



DEFENSOR DEL PUEBLO  
REPUBLICA DE BOLIVIA

# **Sistema Jurídico de los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas en Bolivia**



---

SISTEMA JURÍDICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS,  
ORIGINARIOS Y COMUNIDADES CAMPESINAS EN BOLIVIA

---

Producido por: Defensor del Pueblo  
Diseño: Juan Carlos Tapia Quino  
Impresión: xxxx  
Depósito Legal: xxxxx  
Primera Edición: 1.000 ejemplares  
La Paz, marzo de 2008


## Presentación

Con el objetivo de contribuir a la reflexión sobre la interculturalidad, el pluralismo jurídico, el contenido y alcance del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, también conocido como “justicia comunitaria”, el Defensor del Pueblo pone a su consideración el presente trabajo, el mismo que con una breve introducción histórica y social sobre el tema, realiza una descripción jurídico-normativa del sistema jurídico indígena, a partir de las siguientes categorías de análisis: a) principios del sistema jurídico plural, b) titularidad del derecho de administración del sistema jurídico indígena, c) jurisdicción y competencia del sistema jurídico indígena, y d) derechos humanos y aplicación del sistema jurídico indígena.

Cada una de estas categorías incluye un desarrollo y análisis de la legislación nacional e internacional sobre el tema, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Boliviano, y finalmente, el proyecto de Constitución Política del Estado, elaborada y aprobada por la Asamblea Constituyente en grande y detalle en diciembre de 2007.

Waldo Albarracín Sánchez  
DEFENSOR DEL PUEBLO DE BOLIVIA





**Sistema Jurídico**  
**de los Pueblos Indígenas,**  
**Originarios y Comunidades**  
**Campeñas en Bolivia**



# SISTEMA JURÍDICO<sup>1</sup> DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, ORIGINARIOS Y COMUNIDADES CAMPESINAS EN BOLIVIA

## I. INTRODUCCIÓN

### *Algunos datos*

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda de 2001, el 62,05% de la población se identifica como miembro de alguno de los 33 pueblos indígenas que existen en nuestro país. Sobresalen los departamentos de Potosí con 83,9% de su población que se identifica como indígena y La Paz con 77,5%, en tanto que en los departamentos del oriente y Tarija los porcentajes no superan el 40%<sup>2</sup>.

Por otra parte, de acuerdo a los datos del mismo Censo 30,7% de la población se reconoce como que-

chua, 25,2% como aymara, 1,6% guaraní, 2,2% chiquitano, 0,9% mojeño y 1,4% otro nativo<sup>3</sup>.

Los aymaras y los quechuas son la mayoría rural andina (90%), pero en el Oriente y el Chaco los diversos grupos indígenas conviven con otros campesinos que no son indígenas o son inmigrantes andinos<sup>4</sup>.

### *Qué es el sistema jurídico de los pueblos indígenas*

Según Savigny<sup>5</sup>, la suma total de las instituciones jurídicas constituyen un sistema<sup>6</sup>, el *sistema jurídico*<sup>7</sup> de los pueblos indígenas es aquel sistema, administrado por las autoridades de los pueblos indígenas y conformado por normas y procedimientos, a través

<sup>1</sup> También conocido como Justicia Comunitaria, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario Indígena, se privilegió la denominación de "sistema jurídico" por ser el término acuñado por el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada el 13 de septiembre de 2007 y ratificada por el Estado boliviano como ley de la República en fecha 7 de Noviembre de 2007), y porque éste término engloba el conjunto de autoridades, normas y procedimientos que los pueblos indígenas administran para resolver conflictos.

Por otra parte, hablamos de sistema jurídico "de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas" porque: a) en Bolivia algunos pueblos indígenas y/o sus miembros se identifican como originarios y/o campesinos, b) el artículo 171.III de la Constitución Política del Estado reconoce como titulares del derecho de administrar sus normas para resolver conflictos a las "comunidades indígenas y campesinas". En el presente documento se utilizará indistintamente los términos "sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas", "sistema jurídico indígena" y "jurisdicción indígena".

<sup>2</sup> Molina B Ramiro. y Albó Xavier GAMA ÉTNICA Y LINGÜÍSTICA DE LA POBLACIÓN BOLIVIANA. La Paz, PNUD 2007, pág. 69, 70.

<sup>3</sup> Idem. pág 70.

<sup>4</sup> Albó Xavier, Barrios Suvelza Franz, POR UNA BOLIVIA PLURINACIONAL, La Paz, PNUD septiembre 2006, pág.24.

<sup>5</sup> "Todas las instituciones de derecho forman un vasto sistema, y (...) la armonía de este sistema, en donde se reproduce su naturaleza orgánica, puede solamente darnos su completa inteligencia" Savigny, F., SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL, T. I, Madrid, Góngora, 1930, pág.67.

<sup>6</sup> El sistema jurídico es una entidad abstracta, profunda y racional que, sin embargo, vive en la conciencia del pueblo. Se trata de un "sistema conceptual estático" que se puede elaborar mediante la metodología de la construcción.<sup>34</sup> Si se apela al símil de una edificación, se puede imaginar que la idea del Derecho de Savigny se compone de tres niveles: el primero, que se ubica en la base por su inmediatez con la realidad es la relación jurídica, le sigue la institución jurídica que nace de un proceso abstracto de naturaleza lógico formal y, por último, se encuentra el sistema en el que se enlazan todas las instituciones jurídicas. El postulado fundamental de la Escuela Histórica fue el de un Derecho producto del espíritu del pueblo (Volkgeist), viviente en todos aquellos que pertenecen a una misma nación o etnia. Calle Meza Melba Luz APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO INTERNO O EXTERNO <http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>, 16-11-07.

<sup>7</sup> Término utilizado por el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

del cual los pueblos indígena, originarios y comunidades campesinas, regulan la vida de la comunidad y resuelven conflictos. Es una justicia cercana física y espiritualmente a los miembros de una comunidad indígena o campesina, porque es administrada en su idioma materno, por “sus pares o iguales” y responde a su cosmovisión (valores de la comunidad)<sup>8</sup>.

Son autoridades de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, sus autoridades naturales, es decir las que por tradición, costumbres y prácticas culturales, son consideradas como legítimas por los habitantes de la respectiva comunidad o pueblo indígena<sup>9</sup>.

Las normas de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, constituyen en conjunto su propio Derecho, compuesto principalmente por normas de costumbre (derecho consuetudinario), que van creando precedentes por la repetición y por la práctica cotidiana, llegando a ser de observancia general y de cumplimiento obligatorio<sup>10</sup> por ser entendibles, conocidas y aceptadas por todos los miembros de la comunidad. De acuerdo con Stavenhagen<sup>11</sup> forman parte del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas: a) normas de comportamiento público, b) mantenimiento del orden interno,

c) definición de los derechos y obligaciones de los miembros, d) distribución de los recursos naturales, e) transmisión e intercambio de bienes y servicios, f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción, g) manejo y control de la forma de solución de conflictos, y h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena. La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela define al Derecho indígena como un “conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar, garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno”<sup>12</sup>.

No es correcta la identificación del derecho de los pueblos indígenas con el término usos y costumbres ya que esta última categoría denota un trasfondo colonial, que reduce a las normas jurídicas de los pueblos indígenas a un conjunto de normas de inferior jerarquía, que no poseen naturaleza jurídica y menos de Derecho.

<sup>8</sup> Entre las características del sistema jurídico indígena también podemos citar: a) Accesibilidad, oralidad, rapidez, bajo costo, b) Publicidad, participación y control social de la comunidad c) Flexibilidad y adaptación a nuevas circunstancias, d) Busca la reparación del daño y la reconstitución de la paz y la convivencia social, e) sus sanciones son preferentemente didácticas. Para mayor información ver, Terceros Elba, SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA. CEJIS, Santa Cruz de la Sierra 2003, págs. 24 - 29 y JUSTICIA COMUNITARIA N° 9. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, junio de 1998.

<sup>9</sup> JUSTICIA COMUNITARIA N° 9., idem, pág. 76

<sup>10</sup> Terceros Elba, idem, pág. 20.

<sup>11</sup> Stavenhagen, Rodolfo DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN AMERICA LATINA, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mexico, 1990, pág. 31.

<sup>12</sup> Publicada el 27 de diciembre de 2005, artículo 134.



Por otra parte, en este punto cabe resaltar que el linchamiento<sup>13</sup> no es parte del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, básicamente porque el linchamiento es un delito<sup>14</sup>, y porque no sigue ninguna regla o norma, ni es administrado por ninguna “autoridad” de las comunidades indígenas o campesinas. A diferencia del sistema jurídico indígena que se encuentra reconocido por instrumentos internacionales, la Constitución, las leyes como un derecho de los pueblos indígenas, y es administrado por éstos sobre la base de su propio derecho, a través de sus autoridades elegidas y reconocidas por toda la comunidad.

El sistema jurídico de los pueblos indígenas tampoco es un “medio alternativo de resolución de conflictos”, sino más bien una jurisdicción especial, compuesta por autoridades, normas y procedimientos administrados en el contexto y sobre la base de la cultura y valores del pueblo indígena (su cosmovisión) a diferencia de la negociación, la conciliación, el arbitraje, etc. que son mecanismos “alternativos a la justicia ordinaria” en los que no participan autoridades propiamente dichas, tampoco siguen reglas o normas que tengan la calidad de “Derecho” y adoptan pautas occidentales de solución de conflictos.

### *Un poco de historia*

En lo que ahora es el territorio boliviano, antes de la colonia, tuvieron vigencia varios “derechos autóctonos” y “sistemas jurídicos”<sup>15</sup> el más extendido fue el derecho del Tawantinsuyo andino que se expandió desde el sur de Colombia hasta el norte de Chile<sup>16</sup>, en los llanos y selvas bolivianos también existieron otros sistemas jurídicos menos desarrollados y extendidos que el primero, tales como el sistema jurídico guaraní, chiquitano, mojeño, etc., es decir que existían y existen tantos sistemas jurídicos como pueblos indígenas habitan el territorio boliviano.

Durante la colonia, el gobierno colonial impuso su Derecho -contenido principalmente en las Leyes de Indias- y su propio sistema jurídico a los habitantes originarios de nuestro país -los pueblos indígenas-, sin embargo también reconoció parcialmente a las autoridades, normas y procedimientos (sistema jurídico) de éstos pueblos, para resolver conflictos al interior de sus comunidades.

Razón por la que podemos afirmar que a partir de la colonia conviven en el territorio boliviano más de un sistema jurídico (pluralismo jurídico), aunque en este caso sólo uno de ellos, el sistema jurídico del

<sup>13</sup> Linchamiento es la acción común y en masa realizada por un grupo de personas (muchedumbre) que aplica castigos físicos y simbólicos, dirigidos a atentar contra la dignidad, integridad física y/o la vida de una persona que incurrir en acciones consideradas delictivas o dañinas por el grupo, de manera drástica e inmediata; no sigue ninguna norma o procedimiento, normalmente la muchedumbre actúan bajo el influjo de pasiones encontradas, la personalidad consciente se desvanece, los sentimientos y las ideas de todos los individuos que la componen son orientadas en una misma dirección, formándose un alma colectiva (González Álvarez Daniel. “ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE LAS MUCHEDUMBRES” N° 3, Revista de Ciencias Penales, pág. 54 ). Son consecuencia de la marginalidad, pobreza, desocupación, angustia colectiva y debilitamiento de la confianza del ciudadano en las instituciones públicas, que da lugar a la pérdida del respeto a la ley. Son manifestaciones de impotencia de un grupo social que se halla frente a una situación que considera que el conflicto no puede ser resuelto de otra manera.

<sup>14</sup> El linchamiento es un delito descrito en el Código Penal Boliviano (dependiendo del caso concreto) como homicidio (art. 251), asesinato (art. 252), homicidio por emoción violenta (art.254) u homicidio en riña o a consecuencia de una agresión (art. 259).

<sup>15</sup> Entendidos como conjunto de normas, autoridades y procedimientos para resolver conflictos.

<sup>16</sup> Albó Xavier, Barrios Suvelza Franz, idem, pág.15.

gobierno colonial, prevalecía sobre el resto (pluralismo jurídico subordinado)<sup>17</sup>.

Con la independencia, el Estado republicano -bajo el principio de igualdad jurídica “todos son iguales ante la ley” y el paradigma del “estado nación”- trató de asimilar a los indígenas dentro de un único Estado, una sola cultura y un solo Derecho nacional (monismo jurídico), se ignoraron las diferencias étnicas y culturales y por los tanto también se ignoró los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas<sup>18</sup>.

Sin embargo, a pesar de las condiciones adversas y la clandestinidad a la que fue sometido el sistema jurídico de los pueblos indígenas durante gran parte de la historia republicana, éste no sólo mantuvo su vigencia sino que -ante la ausencia del Estado y el Poder Judicial en área rural- incluso se fortaleció<sup>19</sup>.

Empero, como consecuencia de aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989), la Marcha por el Territorio, la Dignidad y la Vida (1989) protagonizada por los pueblos indígenas de tierras bajas de Bolivia y la reconstitución de los movimientos indígenas en el continente, en el año de 1994 se reforma la Constitución boliviana y se reconoce al Estado boliviano como “multiétnico y pluricultural”, y el derecho de las comunidades

indígenas y campesinas a administrar su propio sistema jurídico (pluralismo jurídico). La reforma de la constitución boliviana se produce en un contexto latinoamericano de reformas constitucionales<sup>20</sup> que reconocen los derechos de los pueblos indígenas y el pluralismo jurídico.<sup>21</sup>

Más adelante en el año 2006, con el advenimiento de un indígena aymara -Evo Morales- a la presidencia del país, se crea por primera vez en la estructura orgánica del Poder Ejecutivo el Viceministerio de Justicia Comunitaria.

En septiembre de 2007, el “sistema jurídico” de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas es reconocido por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>22</sup> y el 7 de noviembre de 2007 esa Declaración es ratificada por el Estado boliviano y promulgada como ley de la república por el Presidente de la Nación.

## II. EL SISTEMA JURÍDICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

El pluralismo jurídico y el sistema jurídico de los pueblos indígenas es reconocido por las constituciones

<sup>17</sup> Ver punto III Principios del Sistema Jurídico Plural (Pluralismo Jurídico)

<sup>18</sup> Apenas en la década del 50 con la Revolución Nacional el Decreto Ley de Reforma Agraria (N° 3464 de agosto 2 de 1953 elevado a rango de ley el 29 de octubre de 1956) establece que “La comunidad indígena, en el orden interno, se rige por instituciones propias” (artículo 123).

<sup>19</sup> Ver punto III Principios del Sistema Jurídico Plural (Acceso a la Justicia).

<sup>20</sup> Colombia 1991, Perú 1993, Ecuador 1998, Venezuela 1999.

<sup>21</sup> El Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, al respecto opina que “El nuevo constitucionalismo pluralista destaca el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros; un cambio en la identidad del Estado-nación que ahora se reconoce como multiétnico y pluricultural; el derecho individual y colectivo a la propia identidad, y el reconocimiento del pluralismo jurídico. Sin embargo, la implementación institucional, el desarrollo legislativo y jurisprudencial y la apropiación misma de las reformas por los propios indígenas y campesinos ha sido desigual en la región. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas E/CN.4/2006/78 16 de febrero de 2006

<sup>22</sup> 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”

de la mayoría de los países de la región andina, tales como Colombia<sup>23</sup>, Perú<sup>24</sup>, Ecuador<sup>25</sup> y Venezuela<sup>26</sup> en los siguientes términos: a) en general se reconoce la diversidad étnica y cultural de éstos países, b) se reconoce funciones jurisdiccionales o de justicia, a las autoridades de las comunidades indígenas y campesinas, c) sobre la base de su derecho consuetudinario o sus propias normas y procedimientos, d) dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas o comunidades campesinas<sup>27</sup>.

En Bolivia, la naturaleza multiétnica y pluricultural del Estado Boliviano fue reconocida por la reforma constitucional de 1994<sup>28</sup>, dicha reforma también reconoce de forma general los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas (artículo 171.I), especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones (artículo 171.II). Respecto al sistema jurídico de los pueblos indígenas, la mencionada reforma constitucional reconoce a las "autoridades naturales" de las comunidades indígenas y campesinas; y les faculta a ejercer funciones de administración y aplicación de normas

propias, en conformidad a sus costumbres y procedimientos (artículo 171.III). Al respecto cabe señalar que el proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente<sup>29</sup> en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (que revisaremos más adelante) incluye de forma expresa el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión<sup>30</sup>.

La norma constitucional vigente (artículo 171.III) también define la necesidad de una ley de compatibilización entre ambos sistemas de justicia (indígena y ordinario) norma que aun no fue sancionada por el Congreso Boliviano. Sin embargo, cabe resaltar que en la práctica el proceso de compatibilización y/o coordinación entre ambos sistemas de justicia en Bolivia se ha iniciado con la promulgación de normas en otro tipo de materias que contenían referencias respecto al sistema jurídico de los pueblos indígenas, tales como el Código de Procedimiento Penal<sup>31</sup>,

<sup>23</sup> Constitución Política de la República de Colombia (1991), Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas, podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial, con el sistema jurídico nacional

<sup>24</sup> Constitución Política de la República del Perú (1993), Artículo 149. Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial, con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

<sup>25</sup> Constitución Política de la República de Ecuador (1998) Artículo 191. 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.

<sup>26</sup> Constitución Política de la República de Venezuela (1999) Artículo 260 Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su habitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes según sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La Ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

<sup>27</sup> Yrigoyen Fajardo Raquel, DERECHO INDÍGENA EN LOS PAISES ANDINOS ¿MECANISMO ALTERNATIVOS O JURISDICCIÓN PROPIA?. 2003 N° 4 Revista CREA Universidad Católica de Temuco, Chile, pág.8.

<sup>28</sup> Constitución Política del Estado Boliviano, Artículo 1° "Bolivia, libre, independiente, 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".

<sup>29</sup> Proyecto aprobado en grande, detalle y revisión en diciembre de 2007.

<sup>30</sup> Artículo 30 parágrafo II incisos 5 y 14.

<sup>31</sup> Ley 1970 de 25 de marzo de 1999, art. 28 "(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 señalados en la Constitución Política del Estado".

la Ley Orgánica del Ministerio Público<sup>32</sup>, la Ley en contra de la violencia intrafamiliar o doméstica<sup>33</sup> y la Ley INRA<sup>34</sup>, la compatibilización también se ha iniciado de facto a través de Sentencias del Tribunal Constitucional sobre el sistema jurídico de los pueblos indígenas.

Entre los instrumentos internacionales ratificados por el Estado boliviano sobre derechos de los pueblos indígenas en general y el derecho a administrar su sistema jurídico, en particular, tenemos: a) al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes<sup>35</sup> y b) a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>36</sup>.

El convenio 169 establece que los pueblos indígenas tienen “el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (artículo 8.2), dicho Convenio también establece que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (artículo 9). Finalmente define la necesidad de que los Estados establezcan “procedimientos

para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (artículo 8.2), principalmente conflictos de competencia entre justicia ordinaria y justicia originaria; y conflictos generados por la vulneración de derechos fundamentales en la aplicación de la justicia de los pueblos indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establece en su 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”.

Por lo expuesto, podemos decir que la normativa boliviana vigente sobre el tema (que incluye el Convenio 169 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), ha definido los siguientes aspectos relativos a la justicia de los pueblos indígenas: a) se reconoce que dentro del territorio boliviano conviven tanto el sistema de justicia ordinario como el sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas<sup>37</sup>, y que como consecuencia de la pluriculturalidad y multiétnicidad del Estado boliviano, también existe

<sup>32</sup> Ley N° 2175 de 6 de febrero de 2001, art.17 “el Ministerio Público deberá prestar la colaboración necesaria a las autoridades naturales de las comunidades originarias, indígenas y campesinas, que así lo requieran, a fin de llevar a cabo las diligencias solicitadas.

<sup>33</sup> Ley N° 1674 de 15 de diciembre de 1995, art.16 “En las comunidades indígenas y campesinas, serán autoridades comunitarias y naturales quienes resuelvan las controversias de violencia en la familia, de conformidad a sus costumbres y usos, siempre que no se opongan a la Constitución Política del Estado y al espíritu de la presente Ley”.

<sup>34</sup> Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria N° 1715 de 18 de octubre de 1996, art. 3 párrafo III “la distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente, se regirán por las reglas de la comunidad, de acuerdo a sus normas y costumbres. En la aplicación de las leyes agrarias y sus reglamentos, deberá considerarse sus costumbres o derecho consuetudinario siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional”.

<sup>35</sup> Ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991

<sup>36</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y promulgada como ley de la República el 7 de noviembre de 2007.

<sup>37</sup> El término de “sistema jurídico” es incluido recientemente en nuestra legislación, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo 34) aprobada como ley de la república el 7 de noviembre de 2007, sin embargo antes de que se aprobara la Declaración también se podía inferir del reconocimiento constitucional (artículo 171.III) de las autoridades, normas y procedimientos que los pueblos indígenas administran para resolver conflictos, elementos todos que caracterizan a un sistema jurídico.

pluralismo jurídico; y b) en el marco general de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, se reconoce el derecho específico de estos pueblos a administrar su sistema jurídico, sin embargo, también se define como límite de dicho ejercicio a “la Constitución y las leyes”, los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales” de la persona o individuo.

### III. PRINCIPIOS DEL SISTEMA JURÍDICO PLURAL

La mayoría de las constituciones de la región andina -incluida la boliviana- reconocen el carácter multiétnico y pluricultural de sus Estados<sup>38</sup> sin embargo en el caso de la Constitución boliviana los principios de “multiétnicidad y pluriculturalidad” y el reconocimiento del sistema jurídico de los pueblos indígenas realizados por los artículos 1° y 171.III de la Constitución boliviana, no tienen aplicación en la regulación constitucional sobre la función judicial del Estado boliviano<sup>39</sup>.

Este error es subsanado por el proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente<sup>40</sup> el mismo que define a la jurisdicción indígena originaria campesina como parte de la función judicial “única” del Estado boliviano, al mismo tiempo de establecer la igualdad de jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina<sup>41</sup>. Asimismo, el mencionado proyecto de Constitución define como principios generales del Órgano Judicial al “pluralismo jurídico y la interculturalidad”<sup>42</sup>.

#### 3.1. PLURALISMO JURÍDICO

Existe una situación de pluralismo jurídico cuando varios órdenes jurídicos (oficiales o no) conviven en un mismo espacio y tiempo<sup>43</sup>, en razón de necesidades existenciales, materiales y/o culturales<sup>44</sup>. Existen dos modelos o formas de configuración del pluralismo jurídico: a) subordinado, tutelar o colonial<sup>45</sup>, cuando un sistema jurídico prevalece sobre otro u

<sup>38</sup> “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”(Constitución Colombia artículo7); “el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación” (Constitución Perú, artículo 2); “El Ecuador es un estado (...) pluricultural y multiétnico” (Constitución Ecuador, artículo 1)

<sup>39</sup> El artículo 116°.I. de Constitución boliviana establece que el Poder Judicial y la función jurisdiccional se ejerce únicamente por la “Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de instancia y demás tribunales y juzgados que establece la Ley”, a diferencia de la constitución colombiana, peruana y la legislación venezolana que reconocen al sistema jurídico de los pueblos indígenas como una jurisdicción especial que forma parte del sistema jurídico nacional.

<sup>40</sup> Proyecto aprobado en grande, detalle y revisión en diciembre de 2007.

<sup>41</sup> Artículo 180 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 originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

<sup>42</sup> Artículo 179 La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, igualdad jurídica, independencia, seguridad jurídica, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

<sup>43</sup> Aseff Lucia M (comp.) Las fuentes del derecho y otros textos de teoría general. Borello Raúl SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO. Buenos Aires, 2005

<sup>44</sup> Wolkmer Antonio Carlos, PLURALISMO JURÍDICO: NUEVO MARCO EMANCIPATORIO EN AMÉRICA LATINA World Wide Web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>

<sup>45</sup> Este tipo de pluralismo jurídico ocurre cuando el Estado reconoce el “otro” derecho, como el “derecho consuetudinario” de los pueblos originarios, pero puede restringir su aplicación a asuntos personales en los cuales el Estado no estaba o no está involucrado. La tolerancia del Estado por “otras” culturas legales puede deberse a la falta de disposición o incapacidad de asegurar que la ley estatal alcance todas las áreas de su territorio. John Griffiths indica que esto es un “débil” pluralismo jurídico porque el Estado tolera la realidad social en su territorio reconociendo formalmente un orden legal paralelo, pero sin renunciar al objetivo del centralismo legal.21 M. B. Hooker, en uno de sus importantes primeros trabajos sobre el pluralismo jurídico estatal, examinó la incorporación del derecho indígena en los sistemas jurídicos neo-coloniales y sin reservas argumenta que solo un derecho puede ser dominante, siendo el otro subordinado. Inksater Kimberly RESOLVIENDO TENSIONES ENTRE DERECHO INDÍGENA Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL PLURALISMO JURI-CULTURAL TRANSFORMATIVO Estudio de Graduado en Derecho DCL 7066T - TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, Facultad de Derecho Universidad de Ottawa, pág. 8.

otros y b) no subordinado o igualitario<sup>46</sup>, cuando dos o más sistemas jurídicos conviven de forma armónica -en igualdad de condiciones y jerarquía- a través de mecanismos que les permiten interactuar, coordinar, recrearse y complementar sus funciones.

Actualmente, nuestra Constitución se adscribe aún en el modelo de pluralismo jurídico subordinado, por cuatro razones: a) a pesar de reconocer las autoridades, normas y procedimientos del sistema de justicia de los pueblos indígenas, la Constitución vigente aún considera al sistema jurídico de los pueblos indígenas como un mecanismo de “solución alternativa de conflictos”<sup>47</sup>, equiparándolo con la conciliación, el arbitraje, etc., en franca contradicción con el carácter multiétnico y pluricultural del Estado proclamado en el artículo primero de la Constitución vigente; y con la naturaleza del “sistema jurídico” de los pueblos indígenas, b) define como límite de la justicia de los pueblos indígenas a “la Constitución y las leyes”, declaración que en la práctica vacía de contenido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a “aplicar sus normas propias”<sup>48</sup>, c) la estructura de la Constitución vigente ubica el reconocimiento del sistema de justicia de los pueblos indígenas en el Título de Régimen Agrario y no en el de Poder Judicial, d) finalmente el artículo 116 de la Constitución boli-

viana vigente, señala que el Poder Judicial se ejerce únicamente por “la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de instancia y demás tribunales y juzgados que establece la Ley”.

Esta situación sería superada por el proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente<sup>49</sup> el mismo que, en primer lugar, califica al sistema jurídico indígena como una “jurisdicción” que forma parte de la estructura del Órgano Judicial y no un “medio alternativo de solución de conflictos”, y en segundo lugar declara de forma expresa la igualdad de jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina<sup>50</sup>.

### 3.2. INTERCULTURALIDAD

Si bien el reconocimiento constitucional de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad boliviana y del derecho a la diferencia fue un paso necesario e importante<sup>51</sup>, el reto actual es el de construir una sociedad y un Poder Judicial intercultural<sup>52</sup>, pero no sólo como discurso sino como una práctica de construcción de relaciones entre grupos, entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el fin de

<sup>46</sup> André Hoekema describe un modelo formal igualitario el cual reconoce el derecho indígena como un sistema distinto, teniendo un status igual al derecho estatal. Este modelo igualitario de pluralismo jurídico ve a la justicia indígena como constitutiva, operando paralelamente al sistema estatal, e integral al derecho de autodeterminación y autonomía política. Inksater Kimberly, idem pág. 9.

<sup>47</sup> Constitución Política del Estado, artículo 171.III

<sup>48</sup> Ver más adelante, el punto referido a la competencia material del sistema jurídico indígena.

<sup>49</sup> Proyecto aprobado en grande, detalle y revisión en diciembre de 2007.

<sup>50</sup> Artículo 180 II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

<sup>51</sup> El artículo 1.I de la constitución boliviana vigente, expresa “Bolivia, libre, independiente, 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”.

<sup>52</sup> Los funcionarios de la administración de justicia deberían recibir formación intercultural permanentemente. Los funcionarios de los órganos judiciales deben conocer a los grupos indígenas de sus zonas. Los indígenas deben tener la oportunidad de formar parte de la administración judicial a fin de superar el ambiente de “indefensión aprendida” en que se encuentran. Los Estados deberían adoptar medidas positivas que fomentaran la contratación de indígenas en los órganos legislativos, judiciales, policiales y penitenciarios. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen E/CN.4/2004/80 26 de enero de 2004.

confrontar y transformar las relaciones del poder, incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad y el Propio Poder Judicial. Las relaciones interculturales se fundan en la transformación- de las relaciones entre los pueblos, nacionalidades y otros grupos culturales, pero también del Estado, de sus instituciones sociales, políticas, económicas y jurídicas y políticas públicas<sup>53</sup>.

En este sentido, el sistema jurídico de los pueblos indígenas se constituye en un instrumento de “avanzada” de la sociedad boliviana para recrearse como una sociedad intercultural, debido a que el reconocimiento constitucional y normativo pleno del sistema jurídico indígena (como jurisdicción especial en un contexto de pluralismo jurídico igualitario), promoverá un cambio significativo en la estructura del Poder Judicial del Estado -que deberá incluir a la jurisdicción especial indígena-, así como en la composición del Tribunal Constitucional institución que -de acuerdo al proyecto de Constitución Política del Estado- deberá acoger entre sus miembros a autoridades del sistema jurídico indígena<sup>54</sup>.

Sin embargo algunos de los cambios a los que hacemos referencia ya se han registrado, por ejemplo: a) cada vez es más frecuente la realización de reuniones o encuentros entre autoridades de la justicia

ordinaria y autoridades del sistema jurídico de los pueblos indígenas, promovidas por la sociedad civil e instituciones públicas<sup>55</sup>, b) la Universidad Mayor de San Andrés<sup>56</sup> en La Paz ha abierto sus puertas a las autoridades indígenas para realizar un curso de Técnico Superior en Justicia Comunitaria, y prevé la incorporación del “sistema jurídico indígena” en la currícula de la Facultad de Derecho. Por supuesto, aun queda mucho camino por recorrer<sup>57</sup>. A pesar de que los ejemplos aun no son abundantes, estos pocos nos demuestran que el diálogo intercultural, es posible.

### 3.3. ACCESO A LA JUSTICIA

No sólo el multiculturalismo y la pluriétnicidad son una realidad en Bolivia, también lo es la falta de acceso a “servicios de justicia” del ciudadano y, en particular, del ciudadano que habita en áreas rurales, mayoritariamente indígena<sup>58</sup>.

Con relación al sistema de justicia formal, sólo el 55% de los municipios del país cuentan con un juez, sólo el 23% cuentan con un fiscal y el 3% con un defensor público. Respecto a los servicios municipales de justicia denominados Servicios Legales Integrales Municipales (SLIM) y Defensorías de la Niñez y Adolescencia (DNA) -destinados principalmente a

<sup>53</sup> Walsh Catherine, INTERCULTURALIDAD, REFORMAS CONSTITUCIONALES Y PLURALISMO JURÍDICO Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002.

<sup>54</sup> Al respecto cabe señalar que la propuesta de inclusión de magistrados pertenecientes al sistema jurídico indígena dentro del Tribunal Constitucional estuvo presente tanto en el informe de mayoría como el de minoría de la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente, con la única diferencia que el primero les reconoce un estatus permanente y el segundo una permanencia temporal (ad hoc). En ese sentido el Proyecto de Constitución aprobado en grande, detalle y revisión por la Asamblea Constituyente establece: Artículo 198 I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino.

<sup>55</sup> Como ejemplo citamos encuentros promovidos por la Red Participación y Justicia (ONG), el Defensor del Pueblo y el Viceministerio de Justicia Comunitaria.

<sup>56</sup> A través del Programa de Técnico Superior y Justicia Comunitaria de la UMSA.

<sup>57</sup> El reconocimiento del sistema jurídico indígena, también deberá influir en la formación de los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores públicos, policías, etc.) y estudiantes de Derecho. Las facultades de Derecho deberán incluir el sistema jurídico indígena en sus currículas.

<sup>58</sup> En la Bolivia rural, los que declararon pertenecer a un pueblo indígena (en el Censo de 2001) son la inmensa mayoría (cuatro de cada cinco). Albó Xavier, Barrios Suvelza Franz, idem, pág.28.



proteger a víctimas de violencia intrafamiliar, en su mayoría mujeres, niños y adolescentes-, sólo existen SLIM's en el 35% de los municipios y DNA's en el 61%. Finalmente, respecto a los servicios "alternativos de justicia", tales como centros de conciliación o mediación, éstos sólo existen en áreas urbanas<sup>59</sup>.

Entonces ¿cómo se resuelven los conflictos en áreas rurales que no cuentan con servicios de justicia?. Los pueblos indígenas y comunidades campesinas recurren a su propio sistema jurídico (donde existe), los "no indígenas" recurren a personas o instituciones que realizan una labor de "gestión del conflicto" (tales como líderes comunitarios, subalcaldes, corregidores, agentes policiales, etc.).

Por lo expuesto se puede concluir, en primer lugar que el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a administrar su sistema de justicia no sólo es una cuestión de derechos (colectivos y/o individuales), sino también de acceso a la justicia. En segundo lugar, una política pública sobre acceso a la justicia en Bolivia debe incluir necesariamente al sistema jurídico de los pueblos indígenas, como un mecanismo de acceso "real" a la justicia de los ciudadanos bolivianos.

Al respecto, el informe de la Inter-American Commission on Human Rights de la OEA sobre Bolivia denominado "Acceso a la justicia e inclusión social el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia " señala que la situación del acceso a la justicia de los pueblos indígenas debe ser analizada desde dos perspectivas: i) Los obstáculos adicionales

con los cuales se encuentran estos sectores de la sociedad cuando intentan obtener respuestas ante autoridades del sistema de justicia oficial; y ii) El reconocimiento del derecho y la administración de justicia indígenas. Estos dos aspectos hacen parte del derecho de acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas y en forma alguna pueden considerarse excluyentes, en el sentido de que el cumplimiento de uno exime al Estado de garantizar el otro<sup>60</sup>.

### 3.4. PLURILINGUISMO

El Censo 2001 concluyó que en Bolivia un 47,3% habla alguna lengua indígena, y el 11,6% sólo habla una lengua nativa<sup>61</sup>, sin embargo -durante los últimos años- el bilingüismo se va reduciendo a favor de los monolingües en castellano, como consecuencia -entre otras razones- de la deficiente implementación de la reforma educativa y la educación intercultural bilingüe<sup>62</sup>.

Creemos que el hecho de que los servicios públicos -incluidos los servicios de justicia, es decir policía, juzgados, fiscalías, etc.- sean prestados únicamente en idioma castellano, no sólo contribuye en la reducción de la población bilingüe, sino que por si misma constituye una flagrante muestra de la discriminación y marginación a la que aun son sometidos los pueblos indígenas.

Razón por la que parece necesario e importante que todas las instituciones operadoras de justicia definan una política institucional para atender de forma satisfactoria a sus usuarios indígenas, a través por

<sup>59</sup> Red Participación y Justicia MAPA DE SERVICIOS DE JUSTICIA.. La Paz 2007.

<sup>60</sup> OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II

<sup>61</sup> Molina Ramiro, Albó Xavier, idem, pág.103

<sup>62</sup> Idem. pág.102



ejemplo de la creación de plataformas de información bilingüe, además de privilegiar el nombramiento de operadores de justicia bilingües en lugares en los que predomine la población indígena.

#### IV. TITULARIDAD DEL DERECHO DE ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA

Las constituciones de los países andinos le reconocen la titularidad de éste derecho a los “pueblos indígenas” y a las “comunidades campesinas y nativas”, en Bolivia nuestra Constitución Política del Estado (artículo 171.III) así como el Código de Procedimiento Penal, reconocen a “las comunidades indígenas y campesinas” como titulares del derecho de administrar su propio sistema jurídico. El proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente<sup>63</sup> reconoce la titularidad de este derecho a las “naciones y pueblos indígena originario campesinos”<sup>64</sup>.

Respecto a la definición jurídica de “comunidad indígena y campesina” tenemos como base la realizada por la Ley de Reforma Agraria en el año de 1953<sup>65</sup> de acuerdo a la cual “comunidad campesina” es el grupo de población vinculado por la proximidad de vivienda y por intereses comunes, cuyos miembros mantienen entre sí relaciones más frecuentes que con gentes de otros lugares, para la satisfacción de sus necesidades de convivencia social<sup>66</sup>. Por otra parte, la misma Ley de Reforma Agraria<sup>67</sup> define a la “comunidad indígena” como aquella compuesta por las familias de los campesinos que, bajo la denominación de originarios y agregados, son propietarios de un área legalmente reconocida como tierra de comunidad, en virtud de títulos concedidos por los gobierno de la Colonia y la República o de ocupación tradicional.

Las definiciones jurídicas más recientes de “pueblo indígena” y “comunidad campesina”<sup>68</sup> en la legislación boliviana -incluida la definición propuesta por el Proyecto de Constitución Política del Estado aprobado

<sup>63</sup> Proyecto aprobado en grande, detalle y revisión en diciembre de 2007.

<sup>64</sup> Artículo 191 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.

<sup>65</sup> Decreto ley 3464 de agosto 2 de 1953 elevado a rango de ley el 29 de octubre de 1956 (artículos 122 y 123).

<sup>66</sup> Por razón de su origen, la mencionada ley distingue dos clases de comunidades campesinas: a) Comunidad de hacienda, compuesta por 50 o más familias de campesinos que, bajo el sistema de latifundio, estuvieron sometidas a una misma dependencia patronal, sea de una finca con varios dueños o de varias fincas que se consideraban pertenecientes a un mismo grupo de propietarios. La Comunidad de hacienda se caracteriza porque tiene la tradición de haber construido una unidad de producción, con disciplina habitual de trabajo colectivo, considerándose entre las familias partes integrantes del mismo grupo, b) Comunidad campesina agrupada es la compuesta por los pobladores de varias fincas medianas y pequeñas, que se asocian voluntariamente hasta alcanzar un número no menor de 50 familias, para obtener el reconocimiento de su personería jurídica. Decreto ley 3464 de agosto 2 de 1953 elevado a rango de ley el 29 de octubre de 1956 (artículos 122 y 123).

<sup>67</sup> Decreto ley 3464 de agosto 2 de 1953 elevado a rango de ley el 29 de octubre de 1956. Reforma Agraria artículo 123.

<sup>68</sup> El Decreto Supremo No. 23858 (Reglamento de las Organizaciones Territoriales de Base de 09 de septiembre de 1994 artículo 1 párrafo II), define a pueblo Indígena como “la colectividad humana que desciende de poblaciones con anterioridad a la conquista o colonización, y que se encuentran dentro de las actuales fronteras del Estado; poseen historia, organización, idioma o dialecto y otras características culturales, con la cual se identifican sus miembros reconociéndose como pertenecientes a la misma unidad socio - cultural; mantienen un vínculo territorial en función de la administración de su hábitat y de sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales. En el marco de la definición anterior se consideran Organizaciones Territoriales de Base de carácter indígenas a las Tentas, Capitanías, Cabildos Indígenas del oriente, ayllus, Comunidades Indígenas y otras formas de organización existentes dentro de una Sección Municipal”. El mismo Decreto Supremo define a la Comunidad Campesina como “la unidad básica de la organización social del ámbito rural que está constituida por familias campesinas nucleadas o dispersas que comparten un territorio común en el que se desarrollan sus actividades productivas, económicas, sociales y culturales. A estos efectos se reconocen las formas de organización comunal, en cuanto representen a toda la población de la comunidad y se expresen en sindicatos campesinos u otros que cumplan con dicha condición”.

Por otra parte, la Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas Ley No. 2771 de 06 de julio de 2004 artículo 5°, define a los Pueblos Indígenas como “organizaciones con personalidad jurídica propia reconocida por el Estado, cuya organización y funcionamiento obedece a los usos y costumbres ancestrales”.

por la Asamblea Constituyente<sup>69</sup>-, han estado marcadas por el contenido del Convenio 169 el mismo que define a los pueblos indígenas como aquellos que descienden de “poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que cualquiera que fuera situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas”<sup>70</sup>.

El Convenio 169 de la OIT, define como titular del derecho a administrar su propio sistema jurídico a los “pueblos indígenas” en general, y no sólo a las instancias comunales, el concepto de “pueblo” es más extensivo que el de “comunidad” pero no excluyente<sup>71</sup>, es importante destacar esto último porque como nos recuerda Raquel Yrigoyen<sup>72</sup> “el término indígena fue exitosamente sustituido por el de campesino en varios países a mediados del siglo XX hasta la fecha (Perú, Bolivia y otros países de Latinoamérica como Guatemala).

En ese mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Boliviano en su sentencia 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003, expresando que “en la parte occidental de nuestro país la organización predominante (de los pueblos indígenas) fue el ayllu, pero con el transcurso del tiempo este tipo de organización quedo reducida a los departamentos de Oruro, Potosí, y parte de Chuquisaca dando lugar -en el

resto del territorio nacional- a la formación de una nueva organización social denominada “comunidad” que puede tener dos formas, la “comunidad campesina” y la “comunidad de ex hacienda (...). A partir de la reforma agraria de 1953, la figura organizativa predominante en el occidente de Bolivia es la de la Comunidad Campesina, sinónimo del Sindicato Agrario o Sindicato campesino”.

Sin embargo, aun queda por definir jurídicamente la situación de campesinos - indígenas migrantes que pierden -en algunos casos transitoriamente- el vínculo con sus territorios ancestrales, constituyendo “comunidades” muchas veces “multiétnicas” en territorios distintos, como es el caso de los colonizadores del Trópico de Cochabamba<sup>73</sup>. Al respecto, el Convenio 169 de la OIT sólo nos da algunas pautas sobre el tema, estableciendo que “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8); una interpretación extensiva de esa norma nos llevaría a afirmar que los miembros de un pueblo indígena tienen derecho a aplicar su derecho donde quiera que se encuentren, sin embargo aun con una interpretación más reducida del alcance del Convenio, esta norma obliga a los Estados -como mínimo- a tomar en cuenta el derecho de los pueblos indígenas al momento de aplicar la justicia ordinaria<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> El proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, establece en su artículo 30: “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.”

<sup>70</sup> Convenio 169 artículo 1.b.

<sup>71</sup> Yrigoyen Fajardo Raquel, *idem.*, pág.11

<sup>72</sup> *Idem.*, pág.12

<sup>73</sup> Los informes por mayoría y minoría de la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente (21 de julio 2007) definen la titularidad del derecho de administrar el sistema jurídico indígena a “comunidades indígenas, originarias y campesinas”. Razón por la que en el caso boliviano creemos importante señalar, que la norma de desarrollo constitucional debe definir claramente el titular del derecho de administración del sistema jurídico indígena, caracterizando a los “campesinos” a los cuales alcanzaría el derecho.

<sup>74</sup> Ver también punto 5.2 competencia territorial, el texto referido a la extraterritorialidad del sistema jurídico indígena.

## V. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA

### 5.1. JURISDICCIÓN

Las constituciones de Colombia y Perú reconocen de forma expresa la jurisdicción indígena, como una jurisdicción especial, las de Bolivia y Ecuador la reconocen de forma implícita al reconocer el derecho de los pueblos indígenas a “aplicar normas y procedimientos propios para la solución de conflictos” (Ecuador) o “aplicar normas propias como solución alternativa de conflictos” (Bolivia). A pesar que la Constitución venezolana no reconoce explícitamente la jurisdicción indígena, esta omisión es subsanada con la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas, la misma que define la jurisdicción especial indígena en los siguientes términos: “consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras. La jurisdicción especial indígena comprende la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos” (artículo 132).

A la luz de la legislación comparada, parece necesario revisar la fórmula constitucional boliviana, de

manera que el sistema jurídico indígena sea reconocido como una “jurisdicción especial” y no un “medio alternativo de solución de conflictos”, dado que en la práctica el reconocimiento del sistema jurídico indígena como medio alternativo de solución de conflictos ha ocasionado que algunos operadores de justicia entiendan que el sistema jurídico de los pueblos indígenas es subsidiario a la aplicación de la justicia ordinaria y sólo puede resolver casos que se encuentren en la esfera de la “libre disposición” personal (lo que excluye a los conflictos de orden público).

En ese sentido, la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente tanto el informe por mayoría como el de minoría<sup>75</sup>, reconocen expresamente la calidad de “jurisdicción especial” (informe por minoría) y “jurisdicción indígena, originaria, campesina” (informe por mayoría) al sistema jurídico de los pueblos indígenas. En esa misma línea la Constitución Política del Estado aprobada en grande, detalle y revisión (artículo 191.I.) establece que “las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

### 5.2. COMPETENCIA TERRITORIAL

El Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su tierra y territorio definiendo al territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera”<sup>76</sup>, en el mismo sentido

<sup>75</sup> Presentado a la Directiva en fecha 21 de Julio de 2007.

<sup>76</sup> Artículo 13.1. (...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

la Constitución Política del Estado boliviana reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre sus “tierras comunitarias de origen”<sup>77</sup>.

Sin embargo respecto a la competencia territorial del sistema jurídico indígena, nuestra Constitución no contiene ninguna referencia expresa, a diferencia de las constituciones de Colombia, Perú y Venezuela, que la circunscriben al “territorio” de los pueblos indígenas. Sin embargo el Código de Procedimiento Penal (aunque sólo tiene validez en el ámbito penal), define el alcance del sistema jurídico de los pueblos indígenas al interior de la comunidad<sup>78</sup>.

Por lo expuesto podemos concluir que en principio la competencia territorial del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas sólo alcanza a las tierras y/o territorio de la comunidad, es decir no puede aplicarse fuera de éstos y/o en área urbana.

Ahora bien, a pesar de que existen pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas que tienen tituladas sus tierras como: a) Tierra Comunitaria de Origen (TCO), b) Comunidades Campesinas, c) Cooperativa Agraria<sup>79</sup>, aun existen comunidades que no tienen ningún título sobre sus “tierras”. Por otra parte, también existen comunidades conformadas por personas o familias que han titulado sus tierras de manera individual (solar campesino,

pequeña propiedad, mediana propiedad). Por lo tanto, la titulación o no de las tierras no puede ser el único parámetro para definir la jurisdicción territorial de las comunidades indígenas o campesinas. En caso de que la comunidad no posea títulos sobre sus tierras o las mismas se encuentren en proceso de titulación, se deberá tomar en cuenta “las normas de la comunidad” respeto a los límites de sus tierras y/o territorio.

Por otra parte, la titulación colectiva de las tierras de una comunidad indígena campesina (como TCO, comunidad campesina, cooperativa agraria, etc.) puede constituirse en un indicio importante para definir si la comunidad es o no titular del derecho de los pueblos indígenas de administrar su sistema de justicia.

No existe jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema, sin embargo podemos concluir que la tendencia normativa es clara, el sistema jurídico indígena alcanza únicamente al territorio de las comunidades indígenas y campesinas. En ese mismo sentido, el Proyecto de Constitución Política del Estado<sup>80</sup> establece que 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 campesina (artículo 192).

<sup>77</sup> 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 (...).

Sobre el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras comunitarias de origen, contamos también con las previsiones realizadas por la Ley INRA (artículo 3.III) “Se garantizan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicaciones económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables, de conformidad con lo previsto en el artículo 171° de la Constitución Política del Estado. La denominación de tierras comunitarias de origen comprende el concepto de territorio indígena, de conformidad a la definición establecida en la parte II del Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo, ratificado mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991”

<sup>78</sup> Artículo 28 “Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina (...)”

<sup>79</sup> Las dos últimas modalidades responden a los modos de titulación definidos por la Ley Reforma Agraria

<sup>80</sup> Aprobado en grande, revisión y detalle en diciembre de 2007.

Sin embargo, es importante comenzar a debatir sobre la situación de los indígenas que cometen faltas fuera de su territorio y por ende “la aplicación extraterritorial del sistema jurídico de los pueblos indígenas”, al respecto el Convenio 169 (artículo 8.1.) establece que los Estados suscribientes deben tomar debidamente en consideración las costumbres o el derecho consuetudinario de los miembros de los pueblos indígenas, al momento de aplicar la legislación nacional. Esto implica que: a) teóricamente es posible plantear la aplicación extraterritorial del sistema jurídico indígena<sup>81</sup>, b) los Estados deben considerar seriamente procesar a través de mecanismos y bajo parámetros “interculturales”, a los indígenas sometidos a la justicia ordinaria.

Respecto a la competencia extraterritorial del sistema jurídico indígena la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela, establece (artículo 133) que “Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo

dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda”.

### 5.3. COMPETENCIA MATERIAL

El Convenio 169<sup>82</sup>, las constituciones de la Región Andina<sup>83</sup>, y la propia Constitución boliviana<sup>84</sup> reconoce la existencia, al interior de los pueblos indígenas de un “conjunto de normas, costumbres y procedimientos” que tienen la finalidad de resolver conflictos y regular la vida de la comunidad; otras constituciones se refieren -más propiamente- al “Derecho”<sup>85</sup> de los pueblos indígenas. Por otra parte, ninguna de éstas normas limitan la competencia material del sistema jurídico de los pueblos indígena a determinadas materias<sup>86</sup>.

Razones por la que podemos afirmar que la competencia material del sistema jurídico de los pueblos indígenas, alcanza a todas las materias que son reguladas por su propio “Derecho”. Esto implica, en primer lugar que el sistema jurídico indígena puede resolver: a) “conflictos graves” tales como el hurto, robo, lesiones graves y -siempre que su Derecho lo regule<sup>87</sup>- casos de homicidio<sup>88</sup> o violaciones; en ese mismo sentido se pronuncia

<sup>81</sup> Raquel Yrigoyen señala como fundamento cultural del “derecho al propio derecho”, el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura. *Idem.* pag.19

<sup>82</sup> Artículo 8.2 “costumbres e instituciones propias”.

<sup>83</sup> “Normas y procedimientos” (Constitución Colombia, artículo 246), “tradiciones ancestrales, propias normas y procedimientos” (Constitución Venezuela, artículo 260)

<sup>84</sup> “Costumbres y procedimientos” (Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 171.III)

<sup>85</sup> “Derecho consuetudinario” (Constitución Perú, artículo 149). “costumbres o derecho consuetudinario” (Constitución Ecuador, artículo 191)

<sup>86</sup> En ese mismo sentido se pronuncia la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente, la misma que en su informe por mayoría señala “Son atribuciones de la jurisdicción indígena originaria campesina las siguientes (...) conocer todo tipo de asuntos que vulneren bienes jurídicos indígenas realizados por cualquier persona dentro de su ámbito territorial”. El informe por minoría no se pronuncia sobre el tema ya que delega a una norma especial el desarrollo de estos aspectos.

<sup>87</sup> Durante los últimos tiempos cada vez con más frecuencia los pueblos indígenas se niegan a conocer delitos “graves” tales como homicidios y violaciones, en estos casos la “sanción” para el agresor es la “remisión” del caso a la justicia ordinaria. En ese sentido Raquel Yrigoyen señala que “es la propia jurisdicción especial la que podría, si así lo viera conveniente, delegar materias o casos para el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, o pedir el apoyo de la fuerza pública” Yrigoyen Fajardo Raquel, *Idem.* pág.18.

<sup>88</sup> En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia, reconociendo al competencia de la jurisdicción especial inclusive en casos de homicidios (Sánchez et. al., 2000, p.132)

el Código de Procedimiento Penal (artículo 28) el mismo que reconoce la competencia del sistema jurídico de los pueblos indígenas en materia penal, sin ninguna limitación por tipo de delito; b) “conflictos leves” tales como los conflictos típicamente civiles o agrarios<sup>89</sup> como las deudas o el traspaso de linderos, c) respecto a la violencia intrafamiliar, el artículo 16 de la Ley N° 1674<sup>90</sup> reconoce la competencia del sistema jurídico de los pueblos indígenas respecto a este tipo de conflictos.

En segundo lugar, esta afirmación implica que el sistema jurídico de los pueblos indígenas no puede resolver conflictos que no se encuentran regulados por su Derecho tales como delitos de narcotráfico, delitos contra el Estado, delitos o faltas cometidos por funcionarios públicos, etc. En este sentido, la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela establece que “Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia de que se trate. Se exceptúan de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio,

lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión” (artículo 133.3).

El proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007 establece en su artículo 192 que “La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos (...)”, es decir que en la línea de la legislación comparada, se reconoce la competencia material del sistema jurídico indígena en todo tipo de materias siempre que la conducta vulnere bienes jurídicos del pueblo o comunidad indígena.

Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano sobre este tema, no es de las más afortunadas, porque a pesar del reconocimiento expreso -realizado por la Ley INRA<sup>91</sup>- sobre la competencia del sistema jurídico indígena en materia agraria, este Tribunal, mediante Sentencia 1008/2004, le niega competencia en dicha materia<sup>92</sup>. Sin embargo, de los fundamentos expresados en la mencionada sentencia<sup>93</sup>, se puede colegir que el origen de éste línea jurisprudencial se fundamenta en cuatro tipos de situaciones: a) la falta de una norma constitucional expresa respecto a la competencia material de la justicia indígena, b) la fórmula constitucional genérica que establece los límites del sistema jurídico indígena en “la constitución y

<sup>89</sup> En materia agraria la Ley INRA N° 1715 establece que “en la aplicación de las leyes agrarias y sus reglamentos, en relación a los pueblos indígenas y originarios, deberá considerarse sus costumbres y su derecho consuetudinario siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional” (artículo 3.III)

<sup>90</sup> “En las comunidades indígenas y campesinas, serán autoridades comunitarias y naturales quienes resuelvan las controversias de violencia en la familia, de conformidad a sus costumbres y usos, siempre que no se opongan a la Constitución Política del Estado y al espíritu de la presente Ley”.

<sup>91</sup> “En la aplicación de las leyes agrarias y sus reglamentos, en relación a los pueblos indígenas y originarios, deberá considerarse sus costumbres y su derecho consuetudinario siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional” (artículo 3.III)

<sup>92</sup> TBC sentencia constitucional 1008/2004 de 1° de julio de 2004, establece que el sistema jurídico indígena “no es aplicable para resolver un eventual conflicto de derecho propietario sobre la tierra, así como sobre bienes inmuebles, muebles, maquinaria y semovientes introducidos a una propiedad agraria para desarrollar una actividad productiva”.

<sup>93</sup> TBC sentencia constitucional 1008/2004 de 01/07/2004 “los procesos de reversión y redistribución de la tierra deben realizarse por instancias y autoridades competentes”.

<sup>94</sup> CPE art.171.III.



las leyes<sup>94</sup> o el “sistema jurídico nacional”<sup>95</sup>, c) la falta de un análisis más detallado del caso, en el lugar de los hechos<sup>96</sup>.

Resalta también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>97</sup> respecto a la competencia del sistema jurídico indígena sobre procesos de solución de conflictos en los que la sanción y/o consecuencia es la destitución de autoridades públicas principalmente concejales municipales. La conclusión del Tribunal Constitucional en esos casos es que el sistema jurídico de los pueblos indígenas “no es aplicable en materia administrativa, y además esa forma de justicia no debe contravenir la Constitución Política y las leyes”<sup>98</sup> por lo que el fundamento parece ser nuevamente la fórmula genérica que establece los límites del sistema jurídico indígena en “la constitución y las leyes”. Esta línea jurisprudencial es especialmente peligrosa para el sistema jurídico de los pueblos indígenas porque si el Tribunal Constitucional continúa aplicándola acabará por negar completamente la competencia material del sistema jurídico indígena<sup>99</sup>. Sin embargo, creo que en este tipo de casos en particular es necesario analizar con profundidad: a) la concepción de “servicio público” y “servidor público” de los pueblos y comunidades indígenas, b) si el “Derecho” de los pueblos indígenas, originarios

y comunidades campesinas incluye o no regulaciones sobre el incumplimiento de funciones o delitos cometidos por funcionarios públicos, c) la existencia o no un “debido proceso” tomando en cuenta que la aplicación del sistema jurídico indígena pudiera encubrir intereses políticos y/o manejo de relaciones de poder existentes al interior de la comunidad<sup>100</sup>.

#### 5.4. COMPETENCIA PERSONAL

El Convenio 169 de la OIT no contiene ninguna referencia sobre el tema.

La Constitución Venezolana es la única Constitución de la Región Andina que contiene una mención expresa sobre la competencia personal del sistema jurídico indígena en los siguientes términos “las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar (...) instancias de justicia (...) que sólo afecten a sus integrantes”. Sin embargo las Constituciones de Colombia y Perú definen claramente la competencia territorial del sistema jurídico de los pueblos indígenas la misma que alcanza a su “ambiente territorial”<sup>101</sup>, de lo que se podría colegir que en esos países el sistema jurídico indígena alcanza también a los “no indígenas” que cometen faltas o delitos dentro del “ámbito territorial” de los pueblos

<sup>94</sup> Ley INRA art. 3.III.

<sup>95</sup> La descripción de los hechos -contenida en la sentencia-, nos conduce a afirmar que la situación no puede calificarse propiamente como justicia comunitaria, sino más bien como un uso arbitrario de la fuerza por parte de los miembros de una comunidad, situación que merece otros tipos de consideraciones y conclusiones.

<sup>97</sup> TBC sentencia constitucional 1103/2004-R de 1 de julio de 2004, TBC sentencia constitucional 353/2007-R de 7 de mayo de 2007, TBC sentencia constitucional 385/2007-R de 10 de mayo de 2007.

<sup>98</sup> TBC sentencia constitucional 1103/2004-R de 16/07/2004.

<sup>99</sup> “La carencia de argumentos jurídicos para fundamentar una posición limitativa de las competencias jurisdiccionales de los pueblos indígenas refleja la pervivencia de la concepción colonial de que los Indios sólo son competentes para conocer casos pequeños o marginales, sin afectar la ley” Yrigoyen Fajardo Raquel, *idem*, pág. 19.

<sup>100</sup> Merece un análisis más detallado las denuncias presentadas por la Asociación de Concejales de Bolivia (ACOBOL) en sentido de que “bajo el pretexto” de aplicación de justicia comunitaria, las autoridades de la comunidad o la propia comunidad reunida en cabildos, decide destituir a concejales o alcaldes de sus cargos. De acuerdo a los datos proporcionados por ACOBOL estos actos encubrirían casos de violencia o acoso político contra concejales “por el hecho de ser mujeres” y /o porque la candidata se negó a renunciar al cargo para dar paso a la titularidad de su suplente (de sexo masculino). Entrevista con María Eugenia Riojas Valverde Gerente de ACOBOL, La Paz, octubre de 2007.

<sup>101</sup> “En Ecuador depende de lo que defina su propio derecho como “asunto interno”, pues hay casos en los que las comunidades y pueblos indígenas consideran un asunto como propio o interno cuando se ha realizado en su territorio o afecta personas o bienes indígenas, aun cuando en tales casos participen personas no indígenas” Yrigoyen Fajardo Raquel, *idem*, pág. 19.

indígenas, en ese sentido Raquel Yrigoyen manifiesta que esta argumentación promueve “la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues es el modo en el que garantiza su reproducción como colectivo y los derecho de sus miembros “añade también, que este fundamento “permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indigenas) cometan hechos dañinos dentro de tales bajo el amparo de que no pueden ser juzgados por dichos sistemas (...) en general los hecho dañinos realizados por no indígenas suelen quedar sin reparación alguna, pues aquellos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales”<sup>102</sup>.

En Bolivia el Código de Procedimiento Penal (art.28) es la única norma, que define de forma “expresa” la competencia personal del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas “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”

Por lo expuesto, de acuerdo a nuestra legislación en principio la justicia comunitaria solo tiene validez entre indígenas de una comunidad. Sin embargo, la sen-

tencia del Tribunal Constitucional 0295/2003 de 11 de marzo de 2003 reconoce la competencia del sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas sobre “no indígenas” que residen en la comunidad por más de 12 años, en el caso concreto el Tribunal entiende que los recurrentes debían cumplir con los compromisos contraídos con la comunidad, participar de los trabajos comunitarios, cancelar las cuotas periódicas y multas impuestas<sup>103</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que en Bolivia la competencia personal del sistema jurídico indígena alcanza sin discusión a: a) indígenas miembros de una comunidad, b) “no indígenas” con un tiempo razonable de permanencia dentro de la comunidad.

Al respecto, el Proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, no contiene una referencia expresa respecto a la competencia personal del sistema jurídico indígena a diferencia de los informes por mayoría y minoría presentados por la Comisión de Poder Judicial<sup>104</sup>, sin embargo de la lectura del artículo 191 se puede inferir que la competencia alcanza a “no indígenas” que hayan vulnerado bienes jurídicos del pueblo indígena originario o campesino dentro de su territorio<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> Idem pág. 19

<sup>103</sup> Aunque luego el mismo Tribunal Constitucional, desconoce el “fallo” o “resolución” de la comunidad, la misma que incluía la “expulsión” de los recurrentes, a quienes les concede la tutela solicitada, “condicionando sus efectos a que los mismos adecuen de inmediato su conducta a las normas comunitarias, participando puntual y oportunamente en los trabajos comunes y acatando las decisiones de las autoridades, en tanto no sean contrarias a los derechos y garantías fundamentales”; adicionalmente dicho Tribunal establece que “los recurridos (la comunidad campesina) informen por escrito a este Tribunal, en el plazo de seis meses a partir de su notificación con el presente fallo, si los recurrentes han adaptado su forma de vida a las costumbres de la Comunidad de San Juan del Rosario”. No tenemos noticia sobre el cumplimiento de la última previsión, pero de mantenerse la inconducta de los “recurrentes” entendemos que el Tribunal Constitucional -en concordancia con los argumentos contenidos en la mencionada sentencia- debía reconocer la validez de la “sanción de expulsión” emitida por la comunidad.

<sup>104</sup> Los informes por minoría y mayoría de la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente (presentado a la Directiva en fecha 21 de Julio de 2007) registran una diferencia con relación a la competencia personal del sistema jurídico indígena, ya que el primero entiende que solo alcanza a los indígenas y el segundo que también alcanza a los “no indígenas” que afecten bienes jurídicos de la comunidad indígena o campesina, dentro de su ámbito territorial.

<sup>105</sup> 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



## 5.5. CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Respecto al surgimiento de posibles conflictos de competencia entre el sistema jurídico indígena y la justicia ordinaria, el Convenio 169 de la OIT establece una regla general: siempre que sea necesario, los Estados deberán establecer procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir entre la legislación nacional y/o la administración pública, con relación al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas (incluido el derecho a administrar su sistema jurídico)<sup>106</sup>.

La Constitución boliviana como las de Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela definen la necesidad de una ley de coordinación o compatibilización entre el sistema jurídico de los pueblos indígenas y el sistema jurídico nacional (Colombia, Ecuador y Venezuela), los juzgados de paz y demás instancias del Poder Judicial (Perú), los poderes del Estado (Bolivia). Sin embargo a pesar de que algunos países como Perú<sup>107</sup> y Bolivia<sup>108</sup> han aprobado diversas normas relacionadas al sistema jurídico de los pueblos indígenas, sólo Venezuela ha aprobado una norma marco (sobre derechos de los pueblos indígenas) que incluye normativa específica referida a la coordinación entre justicia ordinaria y sistema jurídico indígena; y solución de conflictos de jurisdicción y competencia entre ambos sistemas de justicia<sup>109</sup>.

En Bolivia, la falta de una norma que defina los mecanismos de solución de conflictos de jurisdicción y competencia entre ambos sistemas de justicia (ordinario e indígena) ha ocasionado distintos tipos de conflictos: a) las resoluciones del sistema jurídico indígenas son revisadas nuevamente por el sistema de justicia ordinario, en franca violación del principio jurídico de non bis in idem, b) las autoridades públicas (policías, fiscales, jueces, etc.) no remiten al sistema jurídico indígena, conflictos que son de su jurisdicción y competencia, c) las autoridades públicas desconocen la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, en consecuencia criminalizan sus actos jurídicos<sup>110</sup>. Esta falencia es subsanada por el Proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, que define entre las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional la de conocer y resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental (artículo 203.11).

Finalmente, también existen conflictos de competencia entre comunidades de un mismo o distintos pueblos indígenas, sin embargo no contamos con ninguna pauta normativa o de jurisprudencia para resolver este tipo de conflictos<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Artículo 8.2. "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio".

<sup>107</sup> Raquel Irigoyen, *idem*, pag.31

<sup>108</sup> Ley INRA N° 1715 de 18 de octubre de 1996, artículo 3; Ley N° 1674 de 15 de diciembre de 1995, art.16; Ley Orgánica del Ministerio Público N° 2175 de 6 de febrero de 2001; Código de Procedimiento Penal Ley 1970 de 25 de marzo de 1999

<sup>109</sup> Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas, artículo 133 "De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia"

<sup>110</sup> Si bien los informes por mayoría y minoría de la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente (21 de julio de 2007) no responden a esta problemática, el BORRADOR DE PROYECTO DE CONSTITUCIÓN. INFORMES DE MAYORÍAS de 18 de septiembre de 2007, le reconoce al Tribunal Constitucional la facultad de resolver conflictos de competencias entre jurisdicción ordinaria e indígena.

<sup>111</sup> El informe por mayoría de la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente proponía que la jurisdicción indígena originaria campesina también tenga competencia para la "resolución de conflictos entre pueblos indígenas naciones originarias y campesinas y entre sus miembros".

## VI. DERECHOS HUMANOS Y APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA

De inicio, cabe destacar que el Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la propia Constitución boliviana, reconocen el derecho de los pueblos indígenas a administrar su propio sistema de justicia, como parte de un conjunto de “derechos humanos colectivos” reconocidos a los pueblos indígenas. Por otra parte el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas definen a los derechos fundamentales<sup>112</sup> y los derechos humanos internacionalmente reconocidos<sup>113</sup>, como límite de la aplicación del sistema jurídico indígena. Es decir, que en la normativa internacional, los derechos humanos son al mismo tiempo el marco y el límite de la jurisdicción indígena.

Las constituciones del área andina (Colombia, Ecuador y Venezuela) incluyendo la constitución boliviana, definen como límite del sistema jurídico indígena a “la constitución y las leyes”, fórmula genérica que no aporta muchos elementos para definir con claridad situaciones de violación de derechos humanos en la aplicación del sistema jurídico indígena. Sin embargo, la Comisión de Poder Judicial de la Asamblea Constituyente -en su informe por mayoría<sup>114</sup>- proponía una fórmula novedosa “La jurisdicción indígena originaria y campesina respeta los valores y

derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente”<sup>115</sup>. Respecto a la “interpretación intercultural de los derechos fundamentales” Raquel Yrigoyen<sup>116</sup> opina que la interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violar el derecho a la diversidad reconocido en la mayor parte de las constituciones latinoamericanas, los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con base en el diálogo intercultural. Esta recomendación “interpretar los derechos desde una perspectiva intercultural” es válida aun cuando la constitución vigente no la incluya, por ejemplo no se podrá exigir a los pueblos indígenas respetar la garantía de la defensa técnica (realizada por un profesional abogado) porque esta es incompatible con la naturaleza del sistema jurídico indígena<sup>117</sup>.

Se han formulado duras críticas a las fórmulas constitucionales genéricas que definen como límite de la jurisdicción indígena a “la constitución y las leyes”, tal es el caso de la Corte Constitucional de Colombia la misma que “ha dejado sentado que si la jurisdicción especial tuviera que respetar toda la Constitución y las leyes, devendría vacía”<sup>118</sup>, en consecuencia dicha Corte Constitucional realizando una interpretación intercultural de los derechos fundamentales establece que la jurisdicción especial indígena sólo debe respetar lo que la propia Corte

<sup>112</sup> Convenio 169 artículo 8.2.

<sup>113</sup> Convenio 169 artículo 8.2. y Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas artículo 34.

<sup>114</sup> El informe por minoría establece que “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas originarias y campesinas (...) podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como jurisdicción especial (...) siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes y respeten los derechos fundamentales”.

<sup>115</sup> Sin embargo esta fórmula no se mantuvo en el proyecto de texto constitucional aprobado en grande, detalle y revisión en diciembre de 2007.

<sup>116</sup> Idem pág.23.

<sup>117</sup> Es necesario analizar cada caso en su contexto cultural específico con una mirada intercultural, identificar las causas y los fines perseguidos por la comunidad en la definición del procedimiento y la imposición de la sanción.

<sup>118</sup> Sentencia T-523 de 1997.

denomina los mínimos fundamentales: el derecho a la vida (no matar), prohibición de la tortura, prohibición de esclavitud y la previsibilidad de la norma y la sanción como principio del debido proceso”<sup>119</sup>.

El proyecto de Constitución Política del Estado aprobada por la Asamblea Constituyente en grande y detalle<sup>120</sup> adopta una posición intermedia, deja de lado la fórmula genérica respecto a los límites del sistema jurídico indígena “la Constitución y las leyes”, señalando de forma expresa que “la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución” (artículo 191.II.). Deja en el tintero la obligación expresa de realizar una “interpretación intercultural de estos derechos”, pero la misma proviene del principio de “interculturalidad” incluido como principio general del Órgano Judicial<sup>121</sup>.

El Tribunal Constitucional boliviano no ha llegado a formular una posición muy clara al respecto a los derechos humanos como límite de la aplicación del sistema jurídico indígena<sup>122</sup>, sin embargo mediante sentencia constitucional 0295/2003-R<sup>123</sup>, a hecho un

esfuerzo por establecer que, ningún derecho individual es absoluto y que todos encuentran su límite en el “interés colectivo, la paz social” de las comunidades indígenas o campesinas.

En este punto cabe resaltar que así como el Estado debe privilegiar los derechos humanos de grupos poblacionales con mayor posibilidad de vulneración de sus derechos (mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad, niños y adolescentes) ante la justicia ordinaria, también debe poner mayor atención en los derechos de estas personas frente al sistema jurídico indígena<sup>124</sup>.

### 6.1. ÓRGANO RESPONSABLE DE CONOCER LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS POR EL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA.

El Convenio 169 de la OIT establece una regla general, que también alcanza al tema que nos ocupa, en caso de que la aplicación del sistema jurídico indígena sea incompatible con los derechos fundamentales y los derechos humanos, los Estados deberán establecer procedimientos para solucionar este tipo

<sup>119</sup> Sentencia T-523 de 1997 Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los derechos del hombre, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimiento de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.

<sup>120</sup> Diciembre de 2007.

<sup>121</sup> Artículo 179 La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, igualdad jurídica, independencia, seguridad jurídica, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

<sup>122</sup> Como vimos en el punto referido a la competencia material en varias ocasiones el Tribunal Constitucional ha interpretado que el sistema jurídico indígena no tiene competencia en materia agraria y administrativa, porque el límite de su aplicación se encuentra en “la constitución y las leyes” agrarias y administrativas.

<sup>123</sup> TBC sentencia constitucional 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003, señala que los derechos individuales tales como el “derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, y a percibir una justa remuneración por su trabajo (...) no son absolutos, encuentran límites en el interés colectivo, la paz social y el orden público” en el caso concreto “los recurrentes deben lograr un equilibrio entre sus intereses y los intereses de la comunidad de modo tal que ninguno perjudique al otro, sino que por el contrario se pretenda lograr avances en beneficio general (...) El tribunal considera que es menester encontrar una justa proporción entre la pretensión de los recurrentes de permanecer en la Comunidad y la de los miembros de ésta para que los nombrados la abandonen disponiendo de una medida conciliadora”.

<sup>124</sup> Tomando en cuenta, que se han registrado la existencia al interior de las comunidades indígenas de aplicación de normas y/o sanciones más penosas para las mujeres, por su condición de género. Por ejemplo sanciones más graves contra el aborto y el adulterio, o casos en los que las mujeres no tienen derecho a heredar la tierra de sus padres.

de conflictos<sup>125</sup>. Esta norma refuerza la idea que los procedimientos o resoluciones del sistema jurídico indígena, sólo pueden ser revisados en caso de vulneración de derechos fundamentales y derechos humanos.

En ese sentido la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela señala, en primer lugar que “las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.” Y en segundo lugar “Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados”

En países como Ecuador, Colombia y Bolivia, ante la falta de una ley marco sobre pueblos indígenas o una ley especial sobre el sistema jurídico indígena, son las Cortes o Tribunales Constitucionales quie-

nes han conocido los casos de violación de derechos fundamentales o derechos humanos por el sistema jurídico indígena. En el caso boliviano el procedimiento empleado es el establecido por la Constitución y la Ley del Tribunal Constitucional para el Recurso de Amparo y en algunos casos para el de Habeas Corpus.

En ese sentido el Proyecto de Constitución Política del Estado aprobado por la Asamblea Constituyente en diciembre de 2007, si bien establece que la jurisdicción indígena originaria campesina decidirá en forma definitiva y sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria ni por la agroambiental<sup>126</sup> -al reconocer la competencia del Tribunal Constitucional para ejercer el control constitucional<sup>127</sup>- le reconoce la facultad de conocer -via amparo constitucional o habeas corpus- violaciones a derechos humanos cometidos por el sistema jurídico indígena.

El reconocer a un órgano de la justicia ordinaria la facultad de revisar las resoluciones del sistema jurídico indígena es percibido por algunos autores como un rasgo del pluralismo jurídico subordinado o colonial<sup>128</sup>, sin embargo podemos apuntar dos razones a favor: a) el sistema jurídico indígena es fuerte en el ámbito local pero sus estructuras regionales, departamentales y nacionales, en unos casos son más permeables a los condicionamientos políticos y en otros no tienen competencia para

<sup>125</sup> Artículo 8.2. “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

<sup>126</sup> Artículo 192.

<sup>127</sup> Artículo 197. 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.

<sup>128</sup> “la limitación de Hoekema sobre la autonomía indígena mantiene el centralismo e individualismo del Estado liberal sin otorgar suficiente respeto al derecho de autodeterminación y confianza en la capacidad de las comunidades indígenas para la autocrítica y diversidad interna” Inksater Kimberly, idem, pág. 10.

revisar resoluciones locales del sistema jurídico indígena, b) razón por la que mientras se superan las limitaciones de las instancias "superiores" del sistema jurídico indígena, no habría que descartar la participación del Tribunal Constitucional como mediador entre la justicia ordinaria y el sistema jurídico indígena, sobre todo si este rol es definido por la propia Asamblea Constituyente.

En todo caso existe uniformidad de criterios -en la legislación y jurisprudencia comparada- respecto a

que el Tribunal Constitucional solo debe "intervenir" el sistema jurídico indígena, cuando existe violación -de lo que la Corte Constitucional Colombiana denomina- los derechos "mínimos fundamentales". Respecto al objetivo de la intervención estatal, este solo puede ser el de buscar un equilibrio entre el conjunto de derechos colectivos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas y los derechos individuales de los sancionados.



## BIBLIOGRAFÍA

- ❖ Xavier, Barrios Suvelza Franz, POR UNA BOLIVIA PLURINACIONAL, La Paz, PNUD septiembre 2006.
- ❖ Aseff Lucia M (comp.) Las fuentes del derecho y otros textos de teoría general. Borello Raúl SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO. Buenos Aires, 2005
- ❖ Calle Meza Melba Luz APROXIMACIÓN AL DEBATE SOBRE EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO INTERNO O EXTERNO <http://www.uv.es/CEFD/15/calle.pdf>
- ❖ González Alvarez Daniel. "ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE LAS MUCHEDUMBRES" noviembre de 1990, N°3, Revista de Ciencias Penales (Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica)
- ❖ Inksater Kimberly RESOLVIENDO TENSIONES ENTRE DERECHO INDÍGENA Y NORMAS DE DERECHOS HUMANOS A TRAVÉS DEL PLURALISMO JURIDOCULTURAL TRANSFORMATIVO Estudio de Graduado en Derecho DCL 7066T - TRABAJO DE INVESTIGACIÓN, Facultad de Derecho Universidad de Ottawa.
- ❖ JUSTICIA COMUNITARIA N° 9. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, junio de 1998
- ❖ Molina B Ramiro y Albó Xavier GAMA ÉTNICA Y LINGÜÍSTICA DE LA POBLACIÓN BOLIVIANA. La Paz, PNUD 2007
- ❖ Red Participación y Justicia MAPA DE SERVICIOS DE JUSTICIA.. La Paz 2007
- ❖ Stavenhagen, Rodolfo. DERECHO CONSUETUDINARIO INDÍGENA EN AMERICA LATINA, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Mexico, 1990.
- ❖ Terceros Elba, SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA. CEJIS, Santa Cruz de la Sierra 2003
- ❖ Walsh Catherine, INTERCULTURALIDAD, REFORMAS CONSTITUCIONALES Y PLURALISMO JURÍDICO Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas. Año 4, No. 36, marzo del 2002.
- ❖ Wolkmer Antonio Carlos, PLURALISMO JURÍDICO: NUEVO MARCO EMANCIPATORIO EN AMÉRICA LATINA World Wide Web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>
- ❖ Yrigoyen Fajardo Raquel, "DERECHO INDÍGENA EN LOS PAISES ANDINOS ¿MECANISMO ALTERNATIVOS O JURISDICCIÓN PROPIA?". 2003, N°4 Revista CREA Universidad Católica de Temuco, Chile

