

ARTÍCULO 9

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el ámbito tutelar del control plural de constitucionalidad: avances y retrocesos

Access to justice for indigenous peoples in the tutelary sphere of plural control of constitutionality: advances and setbacks

Mónica Gabriela Sauma Zankys^{1*}, Patricia Serrudo Santelices²

¹ Magister en Derecho Penal

² Magister en Derecho Constitucional

* **Correspondencia del autor(es):** gsauma@gmail.com, pserrudo@hotmail.com, dirección.

Resumen:

El presente ensayo analiza el derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas en la justicia constitucional, identificando, para el efecto, las notas distintivas del control plural de constitucionalidad en Bolivia, su desarrollo legislativo, jurisprudencial, y sus efectos sobre el ámbito tutelar del control de constitucionalidad con relación a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Palabras clave: Acceso a la justicia, derechos de los pueblos indígenas, control plural de constitucionalidad, conformación plural, atribuciones plurales, argumentación plural, acciones tutelares, acción de amparo constitucional, acción de libertad, acción popular.

Abstract

This essay analyzes the right of access to justice of indigenous peoples in constitutional justice, identifying, for this purpose, the distinctive notes of the plural control of constitutionality in Bolivia, its legislative and jurisprudential development, and its effects on the tutelary sphere of the control of constitutionality in relation to the rights of the native indigenous peasant nations and peoples.

Keywords: Access to justice, rights of indigenous peoples, plural control of constitutionality, plural conformation, plural attributions, plural argumentation, tutelary actions, constitutional amparo action, freedom action, popular action..

1. El control plural de constitucionalidad en Bolivia

1.1. Sus fundamentos

El sistema constitucional boliviano tiene características propias que lo distinguen de los diferentes constitucionalismos europeos e, inclusive, latinoamericanos, siendo las principales, la plurinacionalidad, la interculturalidad, que desde una perspectiva crítica se fundamenta en la descolonización, y el pluralismo en sus diferentes ámbitos, entre ellos el pluralismo jurídico. Así, la plurinacionalidad quiebra los fundamentos del Estado-Nación caracterizado por el monoculturalismo y el monismo jurídico, al reconocer a los pueblos indígenas no sólo como culturas diferentes —en el marco de una noción multicultural— sino como “naciones”, entendiendo a éstas en una doble dimensión: como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada¹ y como pueblos con capacidad política para definir sus destinos², siempre en el marco de la unidad del Estado, conforme lo determina el art. 2 de la CPE³, y lo entendió la SCP 112/2012, reiterada, entre otras, por las SSCCPP 2211/2012 de 28 de noviembre y 108/2014 de 10 de enero.

1 Walsh, Catherine, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, Plurinacionalidad, democracia en la diversidad. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009, p. 169.

2 Yrigoyen, Raquel Z., El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010.

3 Como anota Alberto del Real Alcalá, la Constitución boliviana quiebra el modelo de Estado propio del “liberalismo homogeneizador decimonónico y, por consiguiente, quiebra la nación jacobina, abstracta, uninacional, centralista y unicultural que ha sido altamente ineficaz desde todos los puntos de vista a la hora de gestionar una sociedad plural como la de Bolivia; y que en la práctica ha fulminado e invisibilizado cualquier diferencia étnica, cultural o nacional. E instaura, en su lugar, un Estado Constitucional de Derecho de carácter Plurinacional”. Del Real Alcalá, Alberto, “La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias”, Memoria Conferencia Internacional “Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”, CONCED, GTZ, Bolivia 2010, p. 103.

Como anota Boaventura de Sousa Santos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos o grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas⁴, añadiendo que la idea de autogobierno que subyace a la plurinacionalidad tiene muchas implicaciones: un nuevo tipo de institucionalidad estatal, una nueva organización territorial, la democracia intercultural, el pluralismo jurídico, la interculturalidad, políticas públicas de nuevo tipo, etc.⁵

La SCP 260/2014, sostiene que el carácter plurinacional del Estado implica la construcción colectiva o “diferida” del Estado, “donde la diversidad de pueblos se vea representada en la estructura del Estado y donde se garantice plenamente sus derechos para la construcción de una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales, conforme establece el art. 9.1 de la CPE, como fin y función del Estado”.

Conforme a ello, la plurinacionalidad es el resultado de la voluntad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y tiene sustento en su libre determinación o autodeterminación, que debe ser entendida como un atributo preexistente a la Colonia que, conforme lo señaló la SCP 260/2014, “les fue sistemáticamente negado, y que se reconduce en el Estado Plurinacional, en el marco de una refundación, de una construcción colectiva del Estado, con la participación plena de los pueblos indígenas”.

Cabe señalar que la libre determinación se encuentra prevista como un derecho de todos los pueblos, en general, en el art. 1 del Pacto Inter-

4 De Sousa Santos, Boaventura, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural, CESU-UMSS, La Paz, Bolivia, 2010, p. 88.

5 *Ibidem*.

nacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el mismo artículo primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶. De manera específica, este derecho se encuentra reconocido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aunque antes el Convenio 169 de la OIT contemplaba algunos elementos de este derecho⁷.

Efectivamente, el art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene que “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico”; posteriormente, el art. 4 de la misma Declaración señala que “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con

sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas”⁸.

De esa manera, la Declaración de las Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas, como sostiene Anaya, tiene un carácter reparador, pues la libre determinación representa el reconocimiento a la negación histórica de ese derecho y la necesidad de remediar dicha negación para que los pueblos indígenas constituyan el Estado, junto a otros sectores, en términos justos y mutuamente acordados después de años de exclusión y aislamiento, lo que implica el reconocimiento e incorporación de los diferentes pueblos en el tejido del Estado⁹. En similar sentido, Erica-Irene Daes, sostiene que la libre determinación constituye una forma de “construcción estatal diferida”, en la que los pueblos indígenas puedan participar en el Estado, en términos de mutuo acuerdo y justicia, después de

6 Dichos artículos señalan: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural”.

7 En el Preámbulo del Convenio 169 de la OIT se señala que se reconocen las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vidas, de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los Estados en que viven. También en el texto de sus artículos se contemplaron algunos derechos que emergen de la libre determinación, como el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8), el derecho a las tierras y a los recursos naturales existentes en sus territorios (art. 15), el derecho a la consulta previa (art. 6) y el derecho a decidir sobre las prioridades de su desarrollo (art 7). Adicionalmente, debe señalarse que el Convenio 169 de la OIT utilizó por primera vez el término de “pueblos” (pues antes, el Convenio 107 de la OIT hacía referencia a “poblaciones” para designarlos), lo que generó temor en los Estados con relación a las demandas que podrían surgir vinculadas al derecho a la libre determinación que, como se ha visto, está reconocido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a todos los pueblos y, en ese sentido, existía el temor de que se minara la unidad de los Estados; pues dicho derecho incluye el derecho a establecer libremente su condición política. En mérito a este “miedo”, el mismo Convenio 169 de la OIT sostuvo que la utilización del término pueblos “no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

8 Ahora bien, el reconocimiento de este derecho no ha sido pacífico por cuanto, como sostiene James Anaya, se entendió a la libre determinación plena “como el logro de un estado independiente o, al menos, como el derecho de elegir la independencia como estado. Por razones obvias, esta tendencia hizo que la afirmación explícita de la libre determinación indígena fuera motivo de un acalorado debate”; motivo por el cual, los Estados insistieron en que la Declaración debería reiterar los principios de integridad territorial y unidad política estatales. ANAYA, James, El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1574-anaya-loibredeterminacion.html>. Así, el art. 46 de la Declaración señala: “I. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encamina a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes”.

Debe aclararse, empero, que los pueblos indígenas en ningún momento aspiraron a conformar Estados independientes y, en ese sentido, la libre determinación de los pueblos indígenas no debe ser concebida desde un enfoque eminentemente estatista, vinculado a aspiraciones independentistas, sino como un derecho humano de carácter colectivo ejercido por los pueblos “en relación con los vínculos de comunidad o solidaridad que caracterizan la existencia humana” y, bajo dicha perspectiva, es el derecho a “participar con igualdad en la constitución y desarrollo del orden institucional gobernante bajo el que viven y, además, de que ese orden de gobierno sea uno en el que puedan vivir y desarrollarse libremente de manera continuada”.

9 DAES, Erica-Irene, cit. por James Anaya, op cit.

muchos años de aislamiento y exclusión, lo que no implica la asimilación de los individuos como ciudadanos iguales a los demás, sino “el reconocimiento y la incorporación de pueblos diferenciados a la constitución del Estado, en términos consensuados”¹⁰.

El derecho a la libre determinación tiene un aspecto dual, porque implica, por una parte, el reconocimiento del autogobierno en las cuestiones vinculada a los asuntos internos y locales y, por otra, el derecho a la participación en diferentes ámbitos de la estructura estatal e instituciones del Gobierno bajo el que viven¹¹. Este aspecto dual del derecho, también se encuentra reconocido a nivel interno; pues, conforme establece el art. 2 este derecho consiste en “su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”. Por otra, la libre determinación también significa, la participación de los pueblos indígenas en la estructura, órganos e instituciones del Estado (art. 30.5., 30.18 de la CPE); por ello se prevé la conformación plural de los órganos del Estado y que la Constitución haga referencia a la construcción colectiva del Estado, en la que deben participar las naciones y pueblos indígena originario campesinos como sujetos colectivos¹².

10 Erica-Irene A. Daes, cit. por James Anaya, op. cit.

11 Santiago, Soraya, Guarayos Llanos, Humberto, *Interdialogando. Hacia la construcción plural del derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara*, Konrad Adnauer Stiftung, Oficina Bolivia, La Paz, noviembre de 2014, p. 89.

12 La SCP 37/2013, ha entendido que “...la plurinacionalidad descolonizante reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones con capacidad para definir sus destinos en el marco de la unidad (art. 2 de la CPE), que se interrelacionan en un mismo territorio y se garantiza el fortalecimiento de esas identidades plurinacionales. La plurinacionalidad como nuevo enfoque de la diversidad, reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su cultura, sus instituciones, sus saberes y conocimientos como factores de cambio dentro del proceso de descolonización y construcción de la plurinacionalidad”.

1.2. El control plural de constitucionalidad

En el marco de la plurinacionalidad y la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la estructura e institucionalidad del Estado boliviano debe pluralizarse en su conformación, con la presencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con la finalidad de materializar sus derechos y construir colectivamente el Estado.

1.2.1. La conformación plural del TCP

En cuanto al control de constitucionalidad, la Constitución boliviana aprobada el año 2009, mantiene el diseño de la reforma constitucional de 1994¹³, en la que se incorpora la jurisdicción constitucional, manteniéndose, en ese sentido, el órgano específico destinado al control de constitucionalidad; empero, en el marco de lo señalado precedentemente, a partir del carácter plurinacional del Estado, y los principios de interculturali-

13 La reforma constitucional de 1994 introduce en Bolivia un sistema de control de constitucionalidad preponderantemente concentrado, con las siguientes características:

1. Crea un órgano específico destinado a ejercer el control;
2. El control puede ser ejercido de manera directa, a través del recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad o indirecto o incidental, dentro de procesos judiciales o administrativos;
3. El control puede ser formulado por determinadas autoridades con legitimación activa (Presidente, Diputados, Senadores, a través del Recurso directo o abstracto de inconstitucionalidad), aunque también podía ser promovido por las partes dentro de un proceso judicial o administrativo o, inclusive, de oficio por la autoridad administrativa o judicial que crea que dentro de dicho proceso se pronunciará resolución sobre la base de una norma sobre la que tiene dudas respecto a su constitucionalidad;
4. En cuanto a sus efectos: 4.1. Las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de una norma tenían carácter erga omnes, salvo el recurso contra tributos y otras cargas públicas, que tenía carácter inter partes; 4.2. Las Sentencias que declaraban la inconstitucionalidad tenían efecto derogatorio o abrogatorio sobre la norma impugnada, salvo en el recurso contra tributos y otras cargas públicas; 4.3. Las Sentencias que declaraban la inconstitucionalidad tenían, en general, efecto hacia el futuro, aunque en algunos supuestos era posible su aplicación retrospectiva y en materia penal retroactiva.

dad y pluralismo jurídico, su diseño se pluraliza porque tiene una conformación plural, además las atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional no sólo están vinculadas con las normas, resoluciones y competencias del sistema ordinario, sino también indígena originario campesino y, finalmente, la metodología de análisis y la argumentación que despliega el Tribunal tiene carácter intercultural, aspectos que se analizan a continuación.

Así, en cuanto a la conformación del Tribunal Constitucional Plurinacional, la Constitución expresamente establece, en el art. 197, que “... estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”. Si bien este es el actual artículo constitucional; sin embargo, el texto constitucional aprobado en Oruro en diciembre de 2007, expresamente señalaba que la conformación debía ser paritaria, palabra que fue eliminada en las modificaciones realizadas posteriormente en el Congreso¹⁴, y que dio lugar a que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional únicamente hiciera referencia a que “al menos dos magistradas y magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto identificación personal” (art. 13 de la LTC), desvirtuando de esa manera la esencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, concebido originalmente como un Tribunal en el que convergían de manera igualitaria los dos sistemas de justicia a objeto de lograr la interpretación intercultural del derecho, de los derechos y de las garantías.

Posteriormente, la Ley 929 de 27 de abril de 2017, Ley de Modificación a las Leyes 025 del Órgano Judicial, 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional y 026 del Régimen Electoral, modificó el art. 13 de la LTCP, con el siguiente texto:

“El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado por nueve (9) Magistradas y Magistrados titulares y nueve (9) Magistradas y Magistrados suplentes”; eliminando el segundo párrafo que sostenía que al menos dos magistradas y magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto identificación personal.

Dicha norma, evidentemente desconoce la previsión constitucional contenida en el art. 197 que exige la representación en el Tribunal Constitucional Plurinacional, tanto del sistema ordinario como del sistema indígena originario campesino; pues si bien la Ley 929, modifica el art. 19.III señalando que de las personas preseleccionadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional, se debe garantizar que al menos una sea de origen indígena originario campesino, por auto identificación personal; empero, por una parte, nótese que sólo se hace referencia a una persona y, por otra parte, ello no garantiza, de ninguna manera, la elección del representante del sistema indígena, como lo exige la Constitución Política del Estado.

A partir de lo anotado, es evidente que nos encontramos ante un proceso de desconstitucionalización, que en una de sus acepciones implica la pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales, que puede surgir por “la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contradicen. La aplicación de un derecho subconstitucional contrario a la constitución, en efecto, importa paralelamente la inaplicación del derecho constitucional que se le opone”¹⁵.

Este proceso de desconstitucionalización también se observa en los requisitos exigidos para postular “al servicio público de magistradas y Magistrados

14 En octubre de 2008, en la Asamblea Legislativa, se presentaron a consideración de las parlamentarias y los parlamentarios, 122 artículos modificados, de los 411 que contenía el texto aprobado en Oruro.

15 Sagües, Néstor Pedro, El concepto de desconstitucionalización, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Disponible en: Dialnet-ElConceptoDeDesconstitucionalizacion-6119788.pdf.

del Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁶; pues, de acuerdo a la Constitución Política del Estado (art. 199) además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, se requiere haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos, añadiendo que para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

Conforme se observa, la Constitución no exige tener la profesión de abogado, sino la especialización o experiencia en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo de derechos humanos; sin embargo, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, adicionalmente exige que la o el postulante, posea título de abogada o abogado en provisión nacional y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho constitucional, Administrativo o Derechos humanos (art. 17); requisitos que indudablemente limitan la representación del sistema indígena originario campesino en el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Adicionalmente a lo anotado, cabe señalar que la Constitución establece que las y los Magistrados serán elegidos mediante sufragio universal (art. 198 de la CPE), mecanismo que debería diferenciar a los Magistrados provenientes del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino, pues estos últimos tendrían que ser elegidos a partir de las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; pues sólo así se garantiza su genuina representación, en el marco, además de los principios de plurinacionalidad y pluralismo jurídico igualitario.

Si esto es así en el Tribunal Constitucional Plurinacional, una peor situación se describe tratándose de los jueces, tribunales y salas constitucionales que tienen como atribución conocer y resolver las diferentes acciones de defensa que se

presentan (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de cumplimiento, acción popular y acción de protección a la privacidad). Efectivamente, de acuerdo a la Ley 1104 de 27 de septiembre de 2018, las Salas Constitucionales son competentes para conocer dichas acciones de defensa, que también pueden ser interpuestas ante cualquier juzgado público de la jurisdicción, en los supuestos previstos en el art. 3 de dicha Ley¹⁶ y, de manera concreta, las acciones de libertad pueden ser presentadas ante jueces y tribunales en materia penal.

Ahora bien, ni la Ley 1104 ni el Código Procesal Constitucional establecen la conformación plural de las Salas Constitucionales y juzgados encargados de conocer las acciones de defensa, y tampoco establecen la necesidad de la intervención de autoridades, ex autoridades de la nación y pueblo indígena originaria campesino o, en su caso de peritos en dichos temas, en los supuestos en los que miembros o colectivos de una nación indígena originaria campesina intervienen en una acción de defensa¹⁷.

16 ARTÍCULO 3. (ÁMBITO TERRITORIAL).

I. Las Salas Constitucionales serán competentes para conocer y resolver las acciones referidas en el Artículo 2 de la presente Ley, por hechos generados en las ciudades capitales de departamento y los municipios que se encuentren a veinte (20) kilómetros de las mismas.

II. En los municipios no comprendidos en el Parágrafo anterior, las acciones de defensa previstas en el Artículo 2 de la presente Ley, podrán ser interpuestas ante cualquier Juzgado Público de la jurisdicción o Salas Constitucionales de su Departamento.

III. Cuando en el lugar no hubiere autoridad, será competente la Jueza, Juez, Tribunal o la Sala Constitucional al que la parte pueda acceder por razones de cercanía territorial o mejores condiciones de transporte. Si la violación del derecho hubiese sido fuera del lugar de residencia de la afectada o el afectado, ésta o éste podrá presentar la acción, si lo estima pertinente, ante la Sala o Juzgado competente por razón de domicilio del accionante.

17 Efectivamente, de acuerdo al art. 5 de la Ley 1104, los vocales de las Salas Constitucionales deben cumplir los requisitos establecidos en el Artículo 234 de la Constitución Política del Estado, y los Artículos 18 y 47 de la Ley N° 025 de 24 de junio de 2010, del Órgano Judicial, y contar con formación académica y experiencia acreditada de al menos seis (6) años en las disciplinas de Derecho Constitucional o Derechos Humanos; adicionalmente se valorará experiencia en Derecho Administra-

Sin embargo, cabe mencionar al Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario¹⁸, que establece que en las acciones de defensa presentadas contra las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina por presunta lesión a derechos o garantías individuales, corresponde que, una vez admitida la acción o fijada la audiencia en las acciones de libertad, el juez, tribunal o sala constitucional debe solicitar “la cooperación a autoridades, ex autoridades o personalidades –dependiendo del caso- de la nación y pueblo indígena originario campesino de reconocida trayectoria (...) con la finalidad que la autoridad tenga una visión plural del derecho”; cooperación que tiene su fundamento en que al ser la justicia constitucional la única vía para revisar las resoluciones de las autoridades indígenas originario campesinas, es fundamental su participación para interpretar interculturalmente los hechos y el derecho. El Protocolo sostiene que además de dicha medida, es posible adoptar otras medidas para una mejor comprensión de los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como visitas a la comunidad, entrevista con miembros clave de la comunidad, etc.

1.2.2. Atribuciones plurales del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad también es plural, debido a que la justicia constitucional no sólo ejerce el control sobre resoluciones, competencias y normas del sistema ordinario, sino también del sistema indígena originario campesino.

Así, en el ámbito tutelar de constitucionalidad, la justicia constitucional puede revisar las resoluciones y decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, cuando se alegue vulneración a

derechos y garantías constitucionales, a través de las diferentes acciones de defensa previstas en la Constitución y el Código procesal constitucional, y así lo entendió la SCP 1422/2012¹⁹, con la aclaración que el análisis que efectúa el Tribunal debe ser realizado de manera intercultural, utilizando, inclusive, metodologías específicas para efectuar la interpretación y ponderación intercultural.

También dentro del control tutelar debe mencionarse a la acción popular, que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional (SC 1018/2011-R y SSCCPP 176/2012, 645/2012, 300/2012, 645/2012 y 487/2014, entre otras), es la vía idónea para la defensa de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

19 FJ. IV.4. de la SCP 1422/2012, señala:

“Tal como se mencionó precedentemente, la jurisdicción indígena originario campesina, no se encuentra sometida a ninguna de las demás jurisdicciones disciplinadas por la Constitución; empero, al ser el Estado Plurinacional de Bolivia, un Estado Unitario sometido a una Norma Suprema como es la Constitución, esta jurisdicción se encuentra sometida al sistema plural y concentrado de control de constitucionalidad encomendado en última instancia al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En el marco de lo señalado, es imperante precisar que el art. 196.1 de la Constitución, encomienda al control plural de constitucionalidad dos roles esenciales: i) El cuidado de la Constitución; y, ii) El resguardo a los derechos fundamentales. En el marco de estas atribuciones, se establece que el último y máximo contralor de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene roles tanto preventivos como reparadores de control de constitucionalidad, los cuales se ejercen en relación a funcionarios públicos, particulares y autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, aspecto que justifica la composición plural del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En efecto, en su ámbito preventivo, a la luz del pluralismo y la interculturalidad, el régimen constitucional, ha disciplinado un mecanismo de control de constitucionalidad preventivo en relación a los pueblos y naciones indígena originaria campesinas, así el art. 202.8 de la CPE, establece como competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, el conocimiento y resolución de consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto; asimismo, en el ámbito reparador de control de constitucionalidad y en particular en el campo del control tutelar de constitucionalidad, las acciones de defensa disciplinadas en la parte dogmática de la Constitución, entre las cuales se encuentra la acción de libertad, constituyen también mecanismos idóneos para activar el ejercicio del control plural de constitucionalidad, en el marco de pautas interculturales de interpretación de derechos fundamentales”.

tivo, Derecho Penal, Derecho Civil u otras áreas del Derecho.

18 Aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia No. 316/2017 de fecha 30 de noviembre de 2017.

En el ámbito competencial de constitucionalidad, existe un conflicto específico, como es el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental y la indígena originaria campesina, a través del cual se protege el principio de igualdad jerárquica de jurisdicciones (art. 179.II de la CPE), de tal manera que las jurisdicciones ejerzan las competencias que les corresponden, respetando los ámbitos de vigencia y competencias establecidos en la Constitución Política del Estado.

Además, en el caso de la jurisdicción indígena originaria campesina, se encuentran involucrados los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus sistemas jurídicos (art. 30.14 de la CPE) y a la libre determinación (art. 30.4 de la CPE), en virtud de los cuales, las naciones y pueblos indígenas definen libremente, entre otros, su sistema jurídico, estableciendo sus normas, procedimientos, autoridades e instituciones, de manera libre, sin imposiciones y sin que el Estado, de manera unilateral defina qué materias puede conocer y qué aspectos le están vetados.

Con relación al ámbito normativo de constitucionalidad, existe dos consultas específicas vinculadas a las naciones y pueblos indígena originario campesinos: El control previo sobre la constitucionalidad de los Estatutos autonómicos indígenas, tratándose de las autonomías indígena originario campesinas, y la consulta de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto.

En el control previo de constitucionalidad de los Estatutos, el proyecto debe ser remitido al Tribunal Constitucional Plurinacional, que se pronunciará sobre la compatibilidad de las normas con la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad. Respecto a la consulta de las autoridades indígenas, ésta se constituye en una de las manifestaciones más claras del control plural de constitucionalidad, por cuanto son las autoridades quienes, voluntariamente, acuden al Tribunal Constitucional Pluri-

nacional para formular la consulta, demostrando con ello su interés en aplicar normas compatibles con la Constitución y el bloque de constitucionalidad, así como la necesidad que sus decisiones sean avaladas por el máximo órgano de justicia constitucional, debido a la subordinación de sus sistemas jurídicos, y a la constante criminalización de su jurisdicción, por cuanto contra las autoridades se inician procesos penales por haber aplicado sus normas²⁰.

1.2.3. Argumentación plural y nuevas metodologías del análisis de los casos

El carácter plural del control de constitucionalidad también se manifiesta en la utilización de nuevas metodologías para el análisis de los casos y la forma de argumentación de las resoluciones. Efectivamente, en los supuestos en los que se cuestionen resoluciones y decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, en el ámbito de las acciones tutelares, o cuando se resuelvan las consultas de las autoridades indígenas sobre la aplicación de sus normas a un caso concreto o, finalmente, cuando se tenga que definir si una competencia está siendo correctamente ejer-

20 En ese sentido, cabe mencionar a la DCP 006/2013, que concibió a la Consulta: "...como un mecanismo constitucional propio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, está condicionada a la diversidad de sistemas jurídicos; es decir, la consulta en sí misma contiene las preocupaciones, preguntas, necesidades y demandas de la diversidad de contextos y problemas que llegan y llegarán a plantear las autoridades indígena originario campesinas. Por eso es que en la consulta el acceso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la justicia constitucional debe ser directo, abierto y flexible, por ende, su procedimiento debe respetar la diversidad y el contexto de cada comunidad.

En el contexto señalado, y en el marco de los nuevos caracteres del Estado Plurinacional, la consulta de las autoridades indígena originario campesinas se encuentra orientada fortalecer, restituir y reconstituir el ejercicio e igualdad jurisdiccional, por ello cada nación y pueblo indígena originario campesino, en el marco de la libre determinación y autogobierno, puede activar la consulta como un mecanismo inherente a su jurisdicción al momento de tomar decisiones, aplicarlas o una vez ejecutadas; es decir, sin formalidades que restrinjan su acceso abierto, directo y flexible a la justicia constitucional, y de manera recíproca pueda ser un instrumento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que permita restituir el equilibrio y armonía en cada una de ellas.

cida por la jurisdicción ordinaria, agroambiental o indígena originaria campesina, la justicia constitucional está obligada a adoptar metodologías que le permita conocer el contexto cultural, los principios valores, normas, procedimientos y autoridades de la nación y pueblo indígena originario campesino, esto con la finalidad de analizar los hechos e interpretar interculturalmente los derechos.

Estas nuevas metodologías van más allá de los informes periciales elaborados por antropólogos o sociólogos jurídicos, pues si bien su labor es importante; sin embargo, se constituyen en intermediarios culturales, que traducen el sistema indígena originaria campesino a la justicia constitucional²¹, que no encuentran justificativo en el Estado Plurinacional, y menos en una institución plural, como es el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la que deberían darse cita tanto el sistema ordinario como el sistema indígena originario campesino, de tal manera que la “voz” de este último sistema participe en la definición de la vulneración o no de derechos fundamentales, a través de una interpretación intercultural; de ahí la necesidad de una conformación plural del Tribunal Constitucional Plurinacional y también de los jueces y tribunales de garantías.

Por ello, es importante que, entre tanto no exista una modificación normativa que pluralice la conformación de los tribunales de la justicia constitucional, es indispensable buscar metodologías que legitimen las resoluciones constitucionales, a

través, por ejemplo de la colaboración de autoridades o exautoridades de la nación y pueblo indígena originario campesinos involucrado en la acción de defensa, que permita el conocimiento del sistema jurídico; asimismo, es importante que se instauren diálogos interculturales, que se efectúen visitas a la comunidad u origen por las propias autoridades de la justicia constitucional, que se permitan las audiencias para escuchar a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, y que se permita la presencia de peritos en temas indígenas, en lo posible, peritos formados con dicha finalidad²².

Estas metodologías plurales, permitirán como se tiene señalado, efectuar una interpretación y ponderación intercultural de derechos (entre derechos colectivos e individuales) que tome en cuenta no sólo la tradición occidental y el desarrollo alcanzado por el sistema universal e interamericano de derechos humanos, sino también la forma de comprensión de los derechos –con una base comunitaria²³– de las naciones y pueblos in-

21 Bartolomé Clavero, al analizar la SCP 1422/2012, sostiene que el caso fue resuelto por un peritaje antropológico proveniente de la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, “una dependencia burocrática del propio TCP”. El autor sostiene que “la antropología y su voz en el Tribunal, la representada por la Unidad de Descolonización, es otra barrera de lo más efectiva para el silenciamiento de la autoridad indígena...esta dependencia del propio TCP, no sólo es voz lo que suplanta...suplanta a la autoridad indígena el propio Tribunal Constitucional Plurinacional arrogándose la inteligencia del derecho comunitario sin siquiera consultar o sin abrir interlocución alguna”. Clavero, Bartolomé, Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/85058>

22 Una experiencia interesante se dio el año 2015, donde se realizó el “Curso para la construcción plural de los derechos humanos”, dirigido a autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina de diferentes naciones y pueblos indígena originario campesinos. En dicho curso se formaron a peritos en derechos de los pueblos indígenas, certificados por la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, y actualmente, algunos de los peritos formados, participan en procesos penales con la finalidad de colaborar en la interpretación intercultural del derecho. Memoria. Curso para la construcción plural de los Derechos Humanos, Konrad Adenauer Stiftung, Fundación Tribuna Constitucional, Bolivia, 2015.

23 Las SCP 790/2012 de 20 de agosto, señala “(...) la comprensión de los derechos, deberes y garantías no puede realizarse desde la óptica del constitucionalismo liberal, sino más bien abrirse a una pluralidad de fuentes del derecho y de derechos, trascendiendo el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual, entendiéndose que los derechos en general, son derechos de colectividades que se ejercen individualmente, socialmente y/o colectivamente, lo cual no supone la negación de los derechos y garantías individuales, pues el enfoque plurinacional permite concebir a los derechos, primero, como derechos de colectividades, luego como derechos que se ejercen individualmente, socialmente y colectivamente en cada una de las comunidades civilizatorias, luego como una necesidad de construir, de crear una comunidad de comunidades; es decir, un derecho de colectividades, un derecho que necesariamente quiebre la centralidad de una cultura sobre las otras y posibilite diálogos, espacios políticos

dígena originario campesinos.

Es en ese ámbito que, a partir del principio de interculturalidad previsto en la Constitución boliviana (arts. 1, 178 de la CPE), la construcción colectiva del Estado, supone la aceptación que todas las culturas son incompletas y que, por tanto, como señala Boaventura de Sousa Santos, pueden ser enriquecidas por el diálogo y la confrontación con otras culturas²⁴; en ese sentido, dicho autor hace referencia a la traducción intercultural, que desde la perspectiva de los saberes asume la forma de una hermenéutica diatópica que consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas para identificar preocupaciones similares (isomórficas) y las diferentes respuestas que proporcionan²⁵.

Este enfoque de la interculturalidad es fundamental en el ámbito de los derechos humanos, pues para definir sobre la existencia de lesión a los mismos, se deberá recurrir a una “traducción intercultural”²⁶ de los derechos.

Una propuesta parecida, pero dirigida de manera específica a los derechos humanos, se encuentra en el trabajo de Mauricio Beuchot, que propone una “hermenéutica analógica” que permita “dialogar con las otras culturas con una doble actitud: aprender de ellas y también la de criticar sus elementos. Una hermenéutica que permita superar la postura univocista en la que se trata de

imponer a toda costa un modelo universal, pero también superar la postura equivocista en la que se permite un relativismo cultural excesivo, que promueve la diferencia a ultranza”²⁷; en síntesis, a través de la hermenéutica analógica es posible respetar las diferencias colectivas y alcanzar la universalidad suficiente para rescatar valores genéricos en medio de valores particulares y, a partir de ellos²⁸, a través del diálogo intercultural, posibilitar así la observación de los valores de diversas culturas comparadas, buscando lo que tienen en común y definiendo aquellos que serán considerados “universales”, o bajo la denominación de la Corte Constitucional de Colombia, los “mínimos interculturales”²⁹.

Cabe señalar que, de acuerdo con Beuchot, no se trata de una universalidad indiferenciada, sino matizada, atenta a las particularidades de las personas en sus diversos contextos. Se trata de conjugar lo universal y lo particular, logrando un universal matizado, buscando el equilibrio pro-

de querella discursiva para la generación histórica y necesaria de esta comunidad de comunidades de derechos.

El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico, hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlas como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto”.

24 DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina, Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural editores, CESU, UMSS, La Paz, 2010, p. 47 y ss.

25 *Ibíd.*

26 *Ibíd.*, p. 44.

27 Beuchot, Mauricio, *Interculturalidad y Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 28.

28 *Ibíd.* p. 65

29 Así, la Sentencia T- 812/1, reiterando la jurisprudencia de la Corte, ha señalado que: “...en virtud del principio de maximización de la autonomía, que se aplica cuando los intereses o personas involucrados pertenecen a la misma comunidad, los únicos límites válidos que se le puede imponer a las autoridades indígenas son el respeto del derecho a la vida, de la prohibición de la tortura, de los tratos crueles e inhumanos, de la esclavitud, por referirse ‘a los bienes más preciados del hombre’ sobre los cuales ‘existe un verdadero consenso intercultural’ y por hacer parte del ‘grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en caso de conflicto armado’. En igual sentido, la jurisdicción indígena también tiene que respetar el debido proceso por expresa exigencia constitucional en la medida en que, según el artículo 246 superior, el juzgamiento debe hacerse conforme a las normas y procedimientos de las comunidades indígenas. Sin embargo, esta previsión ‘no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que se pretende preservar’. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-812-11.htm>.

porcional³⁰.

En las normas internacionales, el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT determina que los pueblos indígenas “deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Añadiendo posteriormente que “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de éste principio” (art. 8.2). Por su parte, el art. 9.1. del Convenio de manera expresa señala que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; finalmente, el art. 8.1. del Convenio 169 de la OIT establece como una obligación del Estado el considerar las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional.

De acuerdo con Raquel Yrigoyen, el art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT obliga a adoptar procedimientos para garantizar una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos, que deben garantizar:

- ⊙ La ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural, atendiendo a las distintas visiones culturales e intereses de las partes.
- ⊙ Presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos, mediante la presencia mixta de ambas jurisdiccionales.
- ⊙ Existencia de mecanismos que permitan las soluciones negociadas, esto es, “que los procedimientos no sean rígi-

dos y orientados a la adjudicación de derechos perdedor o ganador...”.

- ⊙ Los procedimientos deben estar orientados a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados y no así a la sanción de las autoridades originarias³¹.

Entonces, a partir de lo anotado, los jueces y tribunales están obligados a realizar una interpretación intercultural del derecho, que el ámbito interno encuentra fundamento en los arts. 1 y 178 de la CPE, que consagran el principio de interculturalidad; interpretación que está expresamente prevista en el art. 4.d) de la Ley del Deslinde Jurisdiccional que establece que “Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional”.

El Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, construyó el paradigma del vivir bien como pauta específica de interpretación intercultural con cuatro parámetros “de axiomaticidad proporcional y razonable”, conforme a los siguientes argumentos:

(...) el paradigma del vivir bien, somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente

30 Beuchot, Mauricio, op. cit. p. 85.

31 Ibíd.

utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.

Posteriormente, la SCP 1422/2012 fue modulada por la SCP 0778/2014 de 21 de abril, que redujo los cuatro parámetros del paradigma del vivir bien a dos, para la tutela de los derechos individuales o colectivos, acordes con el nuevo modelo de Estado y en particular con el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización:

- ⊙ El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales; y,
- ⊙ El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesino y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o

el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichos actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales en contextos intra e interculturales”.

Debe señalarse que la SCP 778/2014 fija algunos métodos y procedimientos interculturales que tendrían que ser utilizados para la interpretación intercultural, entre ellos, los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos interculturales, y establece que la finalidad del análisis que se efectúe en sede constitucional sobre la posible lesión de derechos o garantías constitucionales es la materialización del valor del vivir bien.

Corresponde también mencionar a la SCP 0487/2014 que ha hecho referencia a la interpretación plural del derecho, y a la posibilidad de realizar ponderaciones –también plurales- de derechos individuales y colectivos, conforme al siguiente razonamiento:

(...) en muchos casos, los jueces estarán obligados a efectuar una ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con la los derechos individuales que, conforme se ha dicho, a partir de lo previsto en el art. 13.III de la CPE tienen igual jerarquía; ponderación en la que se deberá analizar si la medida adoptada, limitadora de un derecho tiene un fin constitucionalmente legítimo, analizando si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional, los tres principios propios de los juicios de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, principios que, empero, deben ser interpretados pluralmente, considerando, se reitera los principios, valores, normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

También cabe señalar que la SCP 722/2018-S4 de 30 de octubre, moduló el “Paradigma del Vivir Bien”, señalando que con carácter previo a efec-

tuarse el análisis, debían identificarse los siguientes elementos:

1) Las características de la comunidad, nación o pueblo indígena de donde emergen los antecedentes fácticos de la acción tutelar; 2) La naturaleza del conflicto, así como de las condiciones particulares de la parte impetrante de tutela -si pertenece o no a un grupo vulnerable, o si sus derechos invocados se encuentran en un riesgo inminente, o son objeto de una evidente y grosera lesión, que sólo pudiera repararse a través de los mecanismos procesales de la jurisdicción constitucional, a expensas de sus propias autoridades jurisdiccionales-; y, 3) Si las autoridades de la estructura organizacional de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde provienen los antecedentes de la acción tutelar, tienen jurisdicción y competencia para resolver con mayor inmediatez el conflicto en cuestión, para que -en su caso- la problemática pase a su conocimiento.

De acuerdo con la SCP 722/2018-S4, la modulación tiene como objetivo fortalecer a la jurisdicción indígena originaria campesina; bajo el entendido que la justicia constitucional no puede suplir las normas y procedimientos propios de dicha jurisdicción, por lo que corresponde que se defina en cada caso si de acuerdo a su sistema jurídico existen instancias o autoridades a las que se puede acudir para que resuelva de manera inmediata el conflicto o la denuncia efectuada por la o el accionante.

Conforme a la jurisprudencia glosada, corresponde que las nuevas metodologías de análisis sean utilizadas por la justicia constitucional y que, ante la colisión de derechos existente, cuando se impugnan decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, corresponde que en todos estos casos se efectúa una ponderación intercultural del derecho, solicitando al efecto el informe técnico a la Secretaría Técnica del Tribunal Constitucional Plurinacional y adoptando otras metodologías plurales; constituyéndose estas

pautas, sin duda, en el estándar jurisprudencial más alto vinculado al respeto a los principios de plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo jurídico y a los derechos -a nivel metodológico, de construcción plural del derecho- de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

1.3. El estándar jurisprudencial más alto

La doctrina del estándar jurisprudencial más alto fue establecida por la jurisprudencia constitucional en las SSCPP 2233/2013 de 16 de diciembre y 0887/2014-S3 de 27 de octubre, en el marco de los principios de favorabilidad y progresividad. De acuerdo con esta doctrina, frente a la existencia de dos o más sentencias constitucionales plurinacionales contradictorias, se debe preferir aquella que hubiere desarrollado de manera más amplia, extensiva y favorable el derecho en cuestión; criterio a partir del cual se concluye que el precedente en vigor será aquel que se escoge a después del examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, ya no solamente a partir del criterio temporal de las sentencias constitucionales -si fue anterior o posterior- que hubiere cambiado, modulado o reconducido un determinado entendimiento jurisprudencial, sino sobre todo, aquél que sea exponente del estándar más alto de protección del derecho.

Esta identificación del precedente es coherente, además, con las características de los Estados Constitucionales, como el principio de constitucionalidad, la preferencia por los derechos humanos, y la preponderancia del órgano judicial, por cuanto las y los jueces tienen una labor crítica y valorativa de las disposiciones legales, en la medida en que, frente a la pluralidad de fuentes normativas³² en nuestro sistema constitucional, les

32 Se hace referencia a una pluralidad de fuentes normativas, por cuanto no sólo es derecho la disposición legal como tal, sino también la Constitución Política del Estado, los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, los precedentes internos e internacionales, las normas de las naciones y pueblos indígenas originario En ese orden de ideas, siguiendo la

corresponde la definición de lo que es derecho a partir de su compatibilidad con las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad y la utilización de los criterios de interpretación de los derechos humanos. En definitiva, la labor jurisdiccional supone un permanente control de constitucionalidad y de convencionalidad, que supera la actividad jurisdiccional mecánica y silogística propia del Estado Legislativo, en la que las y los jueces se limitaban a aplicar la disposición legal en el marco de un silogismo jurídico, bajo el entendido que el derecho era válido por haber sido puesto del legislador, sin posibilidad alguna de realizar una labor crítica de dicha disposición legal.

En ese marco, bajo los criterios actuales del Estado Constitucional, la labor crítica y valorativa del juez no podría desplegarse en toda su magnitud si es que el culto por el principio de legalidad –propio del Estado legislado de derecho, se sustituye por un culto a los precedentes dominantes, que generarían una suerte de “Estado de precedentes constitucionales”, bajo una lógica similar al Estado legislado, en el que las juezas, jueces, tribunales tendrían que vincularse al precedente, por haber sido “puesto” por el máximo tribunal de justicia constitucional, es decir el Tribunal Constitucional Plurinacional, sin ninguna labor crítica ni valorativa del precedente, reduciendo la labor

jurisdiccional a ser simples aplicadores mecánicos de los precedentes mayoritarios o dominantes; labor que de ninguna manera puede ser admitida en el marco de un Estado Constitucional, que exige, como se tiene señalado un continuo contraste de las normas, precedentes vinculados a derechos humanos en el marco de los principios de favorabilidad y progresividad.

1.4. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en el ámbito tutelar

El acceso a la justicia ha sido entendido por la SCP 1478/2012 de 24 de septiembre, a partir de tres componentes: a) el derecho de acceder propiamente a la jurisdicción; b) el derecho a obtener una resolución motivada y fundamentada, y c) el derecho a que esa resolución se ejecute³³. Estos componentes también son predicables del acceso a la justicia en el marco de la jurisdicción indígena originario campesina, con el advertido que cada uno de ellos debe ser pluralizado.

Así, el primer componente (a) implica que no existan obstáculos culturales para el acceso a la jurisdicción; en otras palabras que las naciones y pueblos indígenas o sus miembros, tengan la certeza que el juez o autoridad que conoce su causa, conoce su cultura, sus principios, valores, normas y procedimientos; con relación al segundo

normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia -sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado- contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y, 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho.

33 La SCP 1478/2012, en el FJ.III.1.1. señala: “En ese orden de ideas, siguiendo la normativa referida, corresponde señalar que el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia -sin pretender agotar todas las perspectivas de este derecho tan ampliamente concebido y desarrollado- contiene: 1) El acceso propiamente dicho a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de llegar a la pluralidad de jurisdicciones reconocidas por la Constitución, sin que existan obstáculos, elementos de exclusión, limitación, que dificulten el ejercicio de este derecho tanto por el Estado como por los particulares; 2) Lograr un pronunciamiento judicial proveniente de las autoridades judiciales formales o las autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que solucione el conflicto o tutele el derecho, siempre que se hubieran cumplido los requisitos establecidos en la norma; y, 3) Lograr que la Resolución emitida sea cumplida y ejecutada, debido a que si se entiende que se acude a un proceso para que se restablezca o proteja un derecho, un interés o un bien, en la medida que el fallo no se ejecute, el derecho a la jurisdicción o de acceso a la justicia no estará satisfecho”.

(b) y tercer (c) componentes que la resolución del caso –y su ejecución– sea además, culturalmente adecuada, es decir que considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

Adicionalmente, debe considerarse que el acceso a la justicia en contextos plurales debe ser visto desde dos dimensiones: una individual y otra colectiva; la primera, vinculada a los supuestos en los que miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos son sometidos a procesos en una vía diferente a la jurisdicción indígena originaria campesina, y la segunda, referida a los casos en que las naciones y pueblos indígena originario campesinos acuden a la justicia constitucional para la defensa de sus derechos colectivos

Lo anteriormente anotado, se vincula con el componente tutelar del control de constitucionalidad; pues considerando el ámbito de protección de las acciones de defensa, desde la perspectiva de los derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos, existen dos bloques de protección: i) Protección de los derechos individuales por la aplicación de normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y ii) Protección de los derechos colectivos de naciones y pueblos indígena originarios campesinos.

El primer bloque, referido a los derechos civiles, políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, encuentran protección a través de las acciones de libertad³⁴, amparo consti-

34 La acción de libertad instituida en el art. 125 de la CPE, protege el derecho a la libertad personal frente a detenciones o retenciones arbitrarias; la libertad de locomoción, en casos de restricción y persecuciones indebidas; la vida cuando esté en peligro, la integridad física o personal en cuanto a la prohibición de torturas, tratos crueles, humillantes y degradantes; el debido proceso respecto a supuestos de procesamiento indebido e ilegal. Las SSCC 0023/2010-R, 0218/2014, se han referido al alcance de protección respecto al derecho a la libertad de locomoción y su característica como derecho autónomo. Asimismo, ha sido la SCP 2468/2012, la que establece la amplitud de protección del derecho a la vida, ya sea a través de la acción de libertad o del amparo constitucional, señalando que será la

tucional³⁵ y protección de privacidad³⁶ y la acción de cumplimiento³⁷, mecanismos de defensa en los que deberá aplicarse la interpretación intercultural cuando se alegue lesión a derechos o garantías en la jurisdicción indígena originario campesina.

El segundo bloque, referido a los derechos colectivos específicos previstos en el art. 30 de la CPE, así como en el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas (DNUPI) forman parte del ámbito de protección de la acción popular.

Ahora bien, en consideración a que uno de los principios rectores para la aplicación de derechos fundamentales es el de favorabilidad, del que de-

parte la que podrá elegir qué acción plantear cuando considere que el derecho a su vida se encuentre amenazado o vulnerado. Por su parte las SSCC 0476/2011-R, 1579/2013, han ampliado el ámbito de protección de la acción de libertad en cuanto a la protección del derecho a la integridad física o personal.

35 La acción de amparo, prevista en el art. 128 de la CPE protege todos los demás derechos y garantías constitucionales, que no se encuentran protegidos por las otras acciones de defensa. Siguiendo a Rubio Llorente, la funcionalidad del amparo constitucional, junto con el resto de acciones de defensa y recursos constitucionales, es la de precisar, definir y redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales, delimitando a través del intérprete constitucional su perfil. En efecto, esta funcionalidad ha permitido la redefinición del contenido esencial de los derechos fundamentales. Así en lo que respecta a los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la SCP 0037/2013 de 4 de enero, incorporó la dimensión plural del derecho de acceso a la justicia. Otro ejemplo, es el relativo al derecho a la igualdad en su dimensión colectiva, desarrollado por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero, la que además de referirse a la tetra dimensionalidad de la igualdad: principio, derecho, valor y garantía, determinó que la igualdad desde la perspectiva colectiva, debe ser comprendida a partir de la diferencia; Esto con la finalidad de deconstruir aquellas condiciones que permitan igualar a los grupos que estuvieron en condiciones de subordinación, logrando de esta manera, en el ámbito de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, verdaderas relaciones de interculturalidad sobre la base de la descolonización.

36 La acción de protección de privacidad, prevista en el art. 130, protege los derechos a la intimidad y privacidad personal o familiar, el derecho a la propia imagen, el derecho a la honra y reputación cuando se vean afectados a través bancos de datos privados o públicos.

37 La acción de cumplimiento incorporada en el art. 134 de la CPE, abre su ámbito de protección frente a la omisión de un deber específico previsto en la Constitución o la ley, por parte de los servidores públicos u órganos del Estado.

riva el principio *pro actione*, su observancia es aún mayor en contexto de derechos de pueblos indígenas para garantizar un efectivo acceso a la justicia constitucional, considerando que ésta es la única jurisdicción que puede controlar el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina al momento de aplicar sus normas y procedimientos; así también cuando cualquier miembro indígena considere la lesión de sus derechos individuales por cualquier persona particular, servidora o autoridad.

En este sentido, siguiendo los lineamientos del Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, las flexibilizaciones insertas en la jurisprudencia constitucional deben ser aplicadas a pueblos indígenas con mayor diligencia y en el marco del contexto cultural de los pueblos indígenas y conforme a una interpretación intercultural³⁸.

Bajo esta lógica es que se destaca pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional que han aplicado estos criterios de favorabilidad y que ha dado lugar a la doctrina de la reconducción de acciones, creada en un caso de pueblos indígenas. En efecto, la SCP 0645/2012, incorpora el razonamiento que cuando el accionante se equivocar en la activación de la acción de defensa, ésta podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) a la acción idónea³⁹; doctrina que fue precisada por la SCP 0487/2014, en la que se determinó que si se

tratare de pueblos indígenas la reconducción deberá operar de oficio por el Tribunal de garantías o el TCP.

De igual forma corresponde referirnos a la SCP 0487/2014, cuyo precedente señala que los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, justicia material, *pro actione* y no formalismo, deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Asimismo, se destaca la SCP 1472/2012 a través de la cual se incorporó, en una acción popular vinculada con naciones y pueblos indígenas, el instituto del *amicus curiae* o amigos del Tribunal, como una nueva metodología para el análisis de las acciones tutelares y recursos constitucionales⁴⁰ a través del cual se incorpora en el análisis los informes de especialistas en el tema, cuya opinión se solicita de oficio o a instancia de parte. Al respecto, conforme señala Attard Bellido, aunque la opinión del amigo del tribunal no es vinculante, empero contribuye al fortalecimiento de un modelo argumentativo, en el marco no sólo de parámetros internos, sino también de los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos⁴¹.

Por otra parte, cabe mencionar a las Sentencias que desde una perspectiva individual han flexibilizado los requisitos y formalidades para el acceso a la justicia (en su dimensión individual) de miembros de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Así, la SCP 1422/2012, determinó que la acción de libertad será el medio idóneo para tutelar derechos vinculados a la vida, flexibilizándose cualquier ritualismo o presupuesto procesal para su activación, lo que permitiría

38 En dicho documento se consideró que el precedente contenido en la SCP 0030/2013, debía ser observado con mayor celo para naciones y pueblos indígenas; esta Sentencia entiende que “cuando en etapa de admisibilidad, se genere una duda razonable sobre una lesión manifiesta y ‘grosera’ a derechos fundamentales que en un análisis de fondo de la problemática, podría implicar la aplicación del principio de justicia material a la luz de la pauta de interpretación denominada *pro actione*, la causa deberá ser admitida en mérito a la duda razonable para la aplicación del principio *pro actione*, en resguardo de la materialización de los valores justicia e igualdad”. Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, p. 96.

39 La SCP 0210/2013, determinó que la posibilidad de reconducción de acciones, no solo alcanza al TCP, sino también a los jueces y tribunales de garantías.

40 SCP 0049/2019 de 12 de septiembre, entre otras.

41 Para la autora, con la opinión de los amigos del Tribunal también se fortalece el Estado Constitucional de Derecho. Attard Bellido, María Elena, 2018. La jurisdicción indígena originario campesina en el esquema constitucional boliviano. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado e investigación y Escuela de Jueces del Estado, p. 93.

entender que la subsidiariedad en las acciones de libertad y de amparo constitucional no operarían en casos de miembros de naciones y pueblos indígena originario campesinos; sin embargo, conforme se tiene señalado, la SCP 722/2018-S4 de 30 de octubre, ha establecido que en cada caso se debe analizar la existencia de autoridades o instancias al interior de la nación y pueblo indígena originario campesino a efecto de determinar la subsidiariedad de las acciones de defensa, salvando los casos en los que existan grupos de prioritaria atención;

De otro lado, se debe recordar que no se llena el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia únicamente con medidas destinadas a acceder a la jurisdicción propiamente dicha, sino también, forma parte del contenido esencia de dicho derecho lograr una resolución culturalmente adecuada, motivada y eficaz, acorde con la base principista axiológica⁴². Bajo esta lógica, para naciones y pueblos indígenas la eficacia de una decisión sólo podría lograrse a través de una interpretación intercultural del derecho, sobre esta metodología del pensamiento se ha pronunciado la SCP 1422/2012, que introdujo el paradigma del vivir bien, así como la SCP 778/2014 y la SCP 722/2018-S4, mencionadas en párrafos precedentes.

Corresponde ahora hacer referencia a las sentencias pronunciadas en acción popular sobre determinados derechos colectivos⁴³. En este cometido, se ha señalado que la acción popular es la acción de defensa específica para tutelar los derechos colectivos y difusos de pueblos indígenas, según ha quedado precisado en la SCP 0487/2014, acción

42 La SCP 2221/2012, redimensiona el contenido esencial del derecho a la motivación, señalado que no es suficiente la exposición de las razones de la decisión, sino buenas razones y son buenas razones aquellas que con coherentes con el sistema jurídico.

43 No es intención de este trabajo realizar un análisis de todo el desarrollo jurisprudencial, pues excedería su pretensión, sino simplemente, realizar una radiografía con la identificación de sentencias vinculada a esta temática en el ámbito tutelar de protección.

que goza de la máxima flexibilización procesal, pues no está sujeta a requisitos de admisibilidad, ni necesita de poder específico de representación. Así, a través de las SSCC 0645/2012 y 0006/2016, se ha respetado su derecho a la autoidentificación, y, en ese sentido, se ha establecido que no corresponde exigirles la acreditación de su personería jurídica para acreditar su existencia como pueblo, ni para el ejercicio de sus derechos colectivos (SCP 0006/2016), pudiendo ejercerlos a través de las instituciones representativas que consideren pertinentes bajo su libre determinación (SCP 0645/2012).

Asimismo, bajo una interpretación extensiva y de flexibilización procesal, se ha determinado que a través de esta acción también se tutelan derechos individuales cuando son ejercidos de manera colectiva por naciones y pueblos indígena originario campesinos; así por ejemplo, la tutela de la garantía del debido proceso, derecho a la defensa, petición. Razonamiento expuesto en la SCP 0487/2014⁴⁴.

Respecto a las sentencias que han tutelado determinados derechos colectivos, puede citarse a la SCP 0572/2014, caso Takana el Turi Manapare, en la cual la jurisprudencia constitucional se pronunció respecto a la titulación colectiva de

44 Otro aspecto importante de flexibilización procesal en materia de derechos colectivos, es el relativo a la legitimación activa y pasiva en la acción popular. De acuerdo con la SC 1018/2011-R, la acción popular puede ser presentada por cualquier persona o por otra a su nombre sin necesidad de mandato, siempre y cuando pertenezca a dicha colectividad. Vale aclarar que esta legitimación amplia, en materia de naciones y pueblos indígenas estará condicionada al consentimiento que deberá otorgar determinada nación para que un tercero a nombre o en su representación active una acción popular. En cuanto a la legitimación pasiva, a través de la SCP 1560/2014 se ha establecido que independientemente de la identificación realizada por el accionante, en el marco de los hechos denunciados será el juez o tribunal de garantías, el que deberá deducir quiénes son las autoridades o personas legitimadas pasivamente para su citación de oficio. Con relación a los terceros interesados a través de la SCP 1472/2012 se ha establecido que no corresponde exigir la identificación de terceros interesados en la acción popular, para su admisión. En todo caso de considerarse su citación deberá ser el tribunal de garantías quien ordene su citación..

tierras, al derecho de uso y aprovechamiento de recursos naturales en su territorio, derecho al hábitat y derecho a la territorialidad; estableciendo la presunción de ancestralidad⁴⁵.

En cuanto al fortalecimiento del ejercicio de sus sistemas jurídicos, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones con relación a sus normas y procedimientos propios, concretamente con relación a las sanciones de trabajo comunitario, multas y expulsión. En esta perspectiva, la SCP 0462/2016-S1 de 25 abril, entiende que las determinaciones asumidas en la comunidad, incluidas los trabajos comunitarios, se constituyen en vinculantes para todos los miembros de la comunidad y las personas que habitan el espacio territorial indígena. Con referencia a las multas, es la SCP 1203/2014-S1 de 10 de junio, la que incorpora la observancia del debido proceso para su imposición; es decir, que esta sanción solo encuentra compatibilidad cuando ha sido impuesta estando precedida del procedimiento indígena establecido al efecto y en resguardo del derecho a la defensa. A esto se añade que la SCP 2076/2013, precisó que forma parte de las garantías del debido proceso, la necesidad de una debida fundamentación; sin embargo, esta última exigencia, debe ser entendida pluralmente, pues no será acorde con nuestro sistema exigir una fundamentación jurídica a sistemas jurídicos que esencialmente son orales.

Respecto a las sanciones de expulsión, es recién a partir de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, que en un interpretación plural, se entiende a través de la DCP

006/2013 que la expulsión es una sanción legítima que naciones y pueblos indígena originario campesinos siempre la han adoptado como una medida de protección; empero, debe ser aplicada sólo a casos gravísimos⁴⁶, asegurando el debido proceso. De ahí que su aplicación se analiza caso por caso a través del test de razonabilidad y proporcionalidad.

Con relación a la dimensión individual del derecho de acceso a la justicia, a través de las acciones de libertad y amparo constitucional, como mecanismos tutela de derechos individuales frente a los colectivos, se ha aplicado la interpretación intracultural favorable, en el marco de la protección de los derechos que corresponden a los grupos de prioritaria atención, como son las mujeres, los niños las personas con discapacidad y los ancianos, quienes al interior de las naciones y pueblos indígena originario campesinos pueden sufrir violencia, discriminación o la afectación de diferentes derechos de carácter individual⁴⁷.

La jurisdicción constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dichas temáticas, la primera Sentencia es la SCP 1422/2012, sobre protección a la mujer y los menores de edad, que fueron expulsados, determinando que su protección reforzada también debe ser asegurada en contexto intra e interculturales, a efectos de asegurar los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada, incorporando la interpretación intracultural favorable⁴⁸.

45 El FJ. III.4. de la SCP 572/2014, señala: “ En ese sentido, el acceso al aprovechamiento de los recursos naturales, vía concesión forestal, a las personas individuales o colectivas no puede desconocer la ancestralidad del territorio de los pueblos indígenas ni impedirles el aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentran en esos territorios; existiendo, en ese sentido, una presunción de ancestralidad del territorio con todos los elementos que lo integran, incluidos los recursos naturales- que, en todo caso, para futuras dotaciones o concesiones, deberá ser desvirtuada por los interesados y las autoridades, debiéndose, además, ineludiblemente, efectuarse la consulta previa a los pueblos indígenas del entorno”.

46 La DCP 0057/2015 de 2 de marzo entiende que la decisión de expulsión es desproporcional cuando el hecho sancionado no revista la gravedad que justifique la sanción.

47 Sobre la interpretación intracultural favorable puede consultarse Sauma Zankys, Mónica Gabriela, Interculturalidad y pluralismo jurídico. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado de Investigación (CEPI), Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2017, p. 63 a 65.

48 En dicha sentencia considerando los criterios plasmados en el peritaje de la Unidad de Descolonización del TCP, sobre las normas, procedimientos y la administración de justicia de la comunidad de Poroma, entendió que la decisión de expulsión respecto a estos grupos no cumplió con el test del paradigma del vivir bien. Por su parte, la SCP 0778/2014 complementó

En este escenario, y también desde una dimensión individual del acceso a la justicia, el Tribunal Constitucional al someter a test de razonabilidad y proporcionalidad las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina ha controlado la desproporcionalidad de la sanción con relación a los hechos que la dieron lugar, así se tiene los casos de la SCP 0152/2012, de expulsión de toda la familia, expropiación de casa, terrenos, pago de multa y chicotazos por sospecha de hurto. También se tienen los casos de sanciones corporales en la que controló a través de la SCP 0246/2015-S1, azotes aplicados de manera inmisericorde a una persona de la tercera edad, a raíz de no haber cumplido con algunos deberes sindicales. Similar razonamiento expresa SCP 0003/2015-21, de 5 de enero de 2015, en una temática donde se expulsó a una persona de la tercera edad. A su vez, la SCP 0484/2015-S2 determinó que la sanción de expulsión impuesta a una persona de la tercera edad por inasistencia a asambleas comunitarias, no es armónica con los valores supremos.

Las directrices de tutela reforzada para grupos de prioritaria atención al interior de naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como de proporcionalidad y debido proceso, se extiende a la sanción de pérdida de tierras. Asume este razonamiento la SCP 0041/2014 de 25 de abril, señalando que la reversión de tierras no encuentra justificativo cuando se encuentran personas adultas mayores. Sobre la misma línea, en la SCP 0323/2014 de 19 de febrero⁴⁹.

la tutela favorable y extensiva para mujeres, niñas, niños y adolescentes en contextos intra-culturales, estableciendo que deberá asegurarse la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión a través de una tutela reforzada.

49 Resolvió un amparo constitucional en el que una mujer indígena solicitó tutela a sus derechos al debido proceso, a la petición y al derecho de propiedad, por cuanto las autoridades indígenas de su comunidad le obligaron a firmar un acta, cediendo a favor de éste último el 50% de sus tierras, amenazándole con revertirlas a dominio de la comunidad, argumentando que no tenía derecho a las mismas por su condición de mujer. Es importante señalar que el ejercicio de medidas de hecho aún en los sistemas jurídicos plurales, tampoco encuentran

Con relación a las sanciones corporales, que también suponen casos de ponderación intercultural, en los que deberá considerarse los aspectos del contexto cultural, el significado de las sanciones para los pueblos indígena, además los aspectos vinculados con la persona sancionada, el número y lugar de azotes. Así, la SCP 0152/2015-S2 de 25 de febrero determinó que las autoridades indígena originario campesinas deben respetar los derechos a la vida, la integridad física y prohibición de tortura, debido proceso, defensa y otros, que se constituyen en premisas máximas; en virtud de ello, concluyó que los golpes, torturas o encerramientos⁵⁰ sin alimento ni agua vulneran el derecho a la vida e integridad física.

1.5. Balance jurisprudencial

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho de acceso a la justicia, desde una perspectiva plural, comprende la posibilidad que las naciones y pueblos indígena originario campesinos accedan a la justicia, teniendo certeza que la autoridad judicial conoce su cultura, sus principios, valores, normas y procedimientos; de ahí que, respetando los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad, corresponde que tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional como las y los jueces, tribunales y salas constitucionales, tengan una conformación plural, que garantice el conocimiento o la aproximación a dichos sistemas jurídicos o, por lo menos, que se convoque a autoridades, ex auto-

resguardo en la Constitución; entre ellas, se tiene a las SCP 0152/2015-S2 y 0358/2013, que determinan que no corresponde la utilización de medidas de hecho violentas y arbitrarias.

50 En cuanto a los casos de privación de libertad, en la SCP 0010/2010-R de 6 de abril, otorgando un carácter extensivo al art. 23.IV de la CPE, en cuanto al término autoridad judicial competente, entendiéndose que el mismo incluye a la autoridad indígena originaria campesina; señalando que cuando la Constitución hace referencia a la autoridad judicial competente, debe entenderse que el mismo incluye a la autoridad indígena originaria campesina y es ante ella que deben remitirse a las personas aprehendidas por hechos cometidos en su jurisdicción para que sobre la base de sus propias normas inicie el proceso respectivo.

ridades o peritos en el sistema jurídico indígena originario campesino en conflicto; sin embargo, conforme ha quedado señalado en este trabajo, dicha conformación plural en el Tribunal Constitucional es apenas existente⁵¹ y en los demás jueces, tribunales y salas constitucionales, la composición es monocultural; por lo tanto, el acceso a la justicia como tal no se encuentra plenamente garantizado, pues las naciones y pueblos indígena originario campesinos acuden a la justicia constitucional, en muchos casos, con la seguridad que sus sistemas jurídicos no serán considerados.

Cabe aclarar que a nivel del Tribunal Constitucional Plurinacional se cuenta con la Secretaría Técnica, que tiene una Unidad de Descolonización y otra Unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina, que realizan visitas a las naciones y pueblos indígena originario campesinos ante solicitudes de informe, efectuadas por las y los magistrados, con la finalidad de conocer e informar sobre los sistemas indígena originario campesinos, salvando, en parte, omisiones en la conformación plural del Tribunal; sin embargo, lo esencial del Tribunal Constitucional es precisamente su conformación plurinacional con magistradas y magistrados provenientes del sistema indígena originario campesino, que cuenten con la experiencia en su sistema de justicia para conocer y resolver los casos a partir de su vivencia.

Por otra parte, se ha señalado que el Tribunal Supremo de Justicia ha aprobado el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, que prevé que los jueces, juezas y salas constitucionales deben convocar a autoridades, ex autoridades o peritos de la nación y pueblo indígena originario campesino que corresponda, para que les ilustren sobre los principios, valores, normas y procedimientos del sistema jurídico en concreto; empero, dicho Protocolo no está siendo aplicado actualmente⁵².

Un segundo elemento del acceso a la justicia en su dimensión plural, está vinculado al derecho a obtener una resolución motivada, fundamentada y culturalmente adecuada, es decir que considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos involucrados. Para el efecto, es indudable que se deben cumplir con los siguientes aspectos: La adopción de nuevas metodologías para resolver la causa y la interpretación y/o ponderación intercultural del derecho, los derechos humanos y de los hechos.

Respecto a las nuevas metodologías, es evidente que a nivel del Tribunal Constitucional Plurinacional, como se ha explicado, las Unidades de Descolonización y de Justicia Indígena Originaria Campesina, otorgan a las y los Magistrados, valiosos informes sobre el sistema jurídico y el contexto cultural de las naciones y pueblos indígena originario campesinos involucrados en una determinada acción de defensa; sin embargo, estos informes no son una práctica obligatoria para las Salas del Tribunal Constitucional Plurinacional, por lo que su solicitud está librada a la voluntad de las y los Magistrados. Así, de una somera revisión de la jurisprudencia constitucional, es posible advertir que existen varias Sentencias que, pese a tratar temas vinculados al ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina, no se ha solicitado informe alguno, lo que repercute, además, en la interpretación del derecho, los derechos humanos y los hechos .

Así se tiene la SCP 0366/2019-S4 de 18 de junio, pronunciada dentro de una acción popular en la que se denunció la afectación al derecho a la consulta previa. La Sentencia concluyó, sin un análisis mínimo de peritaje antropológico, que las determinaciones asumidas por el Ministerio de Educación y la Dirección Departamental de

51 Actualmente, sólo existe un magistrado proveniente del sistema indígena originario campesino

52 De la revisión de las resoluciones pronunciadas en acciones

de defensa en las que se encuentren involucrados miembros o naciones y pueblos indígena originario campesinos, se advierte que en ningún caso se ha convocado a autoridades, ex autoridades o peritos.

Educación de Oruro, fueron asumidas dentro del marco competencial sin afectar, en absoluto, la integridad cultural, territorial, administrativa y competencial de los municipios de La Rivera, Todos Santos y Carangas del departamento de Oruro; y en clara ausencia de los criterios de flexibilización procesal se concluye que la nación indígena consultante no ha demostrado que las medidas asumidas fueran a repercutir negativamente en los educandos o pudieran interferir en su organización interna⁵³.

Similar omisión en la utilización del peritaje antropológico o la metodología de los diálogos interculturales, tiene la SCP 0766/2018-S1, sobre decisión de expulsión de Sindicato Agrario; SCP 0647/2018-S2⁵⁴, expulsión de comunidad; la SCP 0465/2018-S3 referida a posesión de tierras.

Además de lo anotado, deberían adoptarse nuevas metodologías plurales, vinculadas al modelo de Estado, en el marco de un constitucionalismo dialógico, donde naciones y pueblos indígena originario campesinos, en un proceso de horizontalidad, entablen un diálogo con las y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, jueces, tribunales y Salas Constitucionales; a través, por ejemplo, de la celebración de audiencias, visitas a los pueblos, comunidades, orígenes, para asegurar el conocimiento de las diferentes formas de vida, de organización, de normas, procedimientos, etc.. Estas nuevas metodologías tienen que ser asumidas en forma directa y no intermedias culturalmente; pues a través de los informes o peritajes, podría no reflejarse fielmente el sistema jurídico de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; entonces, sólo a partir del diálogo directo se logrará un efectivo acceso

53 De acuerdo al principio precautorio que rige en las acciones populares, se aplica la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual, son las autoridades demandadas las que deben demostrar que con sus actos u omisiones no han lesionado o puesto en riesgo del derecho colectivo presuntamente afectado.

54 Esta Sentencia con un voto aclaratorio en el que, precisamente, se observa la omisión de los informes de la Secretaría Técnica del Tribunal Constitucional Plurinacional.

a la justicia, además de fortalecer la jurisdicción indígena originaria campesina para materializar lo que la Constitución proyecta respecto a las relaciones de interculturalidad y descolonización.

La situación es peor tratándose de jueces, tribunales y salas constitucionales, en las que no se utiliza ningún peritaje, informe o metodología plural, pese a que, como se tiene señalado el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, les genera esta obligación.

Con relación al fondo de las resoluciones, que tienen que contener también un componente plural vinculado a la interpretación y/o ponderación intercultural del derecho y de los hechos, se ha advertido en este trabajo que el Tribunal Constitucional Plurinacional ha elaborado el test del paradigma del vivir bien para la ponderación intercultural de derechos fundamentales y también ha efectuado interpretaciones interculturales de los mismos; sin embargo, la utilización de estas nuevas formas de argumentación plural no ha sido uniforme; pues, en algunos casos se efectúa una aplicación monocultural del derecho, sin considerar las características, los principios, valores, normas y procedimientos de la nación y pueblo indígena originario campesino en conflicto; en otros, se aplican las leyes sin contrastarlas con la Constitución y las normas del bloque de constitucionalidad vinculadas a los derechos de los pueblos indígenas.

Un ejemplo de lo anotado, es el contenido en las recientes Sentencias 0364/2019-S4 y 0371/2019-S4⁵⁵, en dichas Sentencias se realiza el razonamiento jurídico a partir de una interpretación literal de la Ley de deslinde, cuando a través de las SSCC 0037/2013, 0778/2014 y 0487/2014 dicha disposición legal debe ser interpretada y aplicada a la luz de los instrumentos internacionales espe-

55 En estas sentencias se declara la nulidad de la sentencia indígena por falta de competencia, además de remitir antecedentes al Ministerio Público por la presunta comisión del delito de desobediencia a resoluciones constitucionales.

cíficos de pueblos indígenas. La SCP 0303/2018-S3 de 17 de julio, es otro caso de interpretación monocultural vinculado al derecho propietario de un tercero, en el que para dilucidar la competencia de la JIOC, en cuanto al ámbito de vigencia personal, no realizó una interpretación conforme a la Constitución y los pactos y la jurisprudencia constitucional, asumiendo que la voluntad del accionante de no someterse a la jurisdicción indígena, era suficiente para sustentar que no se cumplía con el ámbito vigencia personal, no obstante de tener parcelas y terreno al interior de la comunidad, asimismo, respecto a los otros ámbitos se realiza una interpretación literal del art. 10.II de la LDJ, cuando de manera expresa la SCP 764/2014 de 15 de abril, refiriéndose a los presupuestos para el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina estableció que deberá considerarse: los vínculos personales, la generación de actos, hechos o conflictos en la nación o pueblo indígena o que surtan efectos en ella, y la existencia de actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes, cuyo conocimiento es inherente a la esencia de la plurinacionalidad y a su libre determinación.

Con relación al tercer elemento del derecho de acceso a la justicia, referido a la ejecución de las resoluciones, que también debe tener un componente plural, en la medida en que su ejecución considere los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos; este es un aspecto poco trabajado por la justicia constitucional, por cuanto no se efectúa el seguimiento en la ejecución de las Sentencias y, por ende no se conoce cuál ha sido el impacto de la Sentencia en la nación y pueblo indígena originario campesino correspondiente, o si dicha Resolución ha sido cumplida, total o parcialmente.

Por otra parte, es evidente que el tema de ejecución de las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, no revestiría mayor problema si es que

existiera una verdad participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el conocimiento y resolución de las causas, por cuanto se adoptarían resoluciones legítimas para la jurisdicción indígena originaria campesina, por ser soluciones pactadas, en las que además, se utilizarían metodologías de diálogo intercultural; consiguientemente, su ejecución no confrontaría al pueblo, comunidad, u origen correspondiente.

2. Conclusiones

En conclusión es posible señalar que las acciones de defensa son la vía idónea para revisar las resoluciones, decisiones, determinaciones de la jurisdicción indígena originaria campesina, pero bajo la condición que se garantice la conformación plural de jueces, tribunales, salas constitucionales y del mismo Tribunal Constitucional Plurinacional, o que, al menos, se convoque a autoridades, ex autoridades o peritos de la misma nación y pueblo indígena originario campesino en conflicto para el conocimiento de su sistema jurídico, formas de vida, cosmovisión, etc., adoptando procesos dialógicos, para lograr una adecuada: i) interpretación del derecho desde y conforme al bloque de constitucionalidad; ii) interpretación de los derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos conforme a los criterios de interpretación de los derechos humanos, iii) valoración de los hechos y derechos a partir del contexto cultural, y iv) ponderación intra e intercultural de los derechos en conflicto, teniendo en cuenta que para la interpretación de los derechos humanos se debe considerar las características propias que diferencian a las naciones y pueblos indígenas⁵⁶. Criterios de interpretación intercultural que han sido desarrollados por la SCP 0778/2014⁵⁷,

56 Sobre la importancia de estos criterios y la forma de aplicación véase el Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario, aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia, mediante Acuerdo de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia No. 316/2017 de fecha 30 de noviembre de 2017.

57 En dicha Sentencia se estableció que en el test de inter-

al redimensionar el paradigma del vivir bien y establecer que los derechos humanos deben ser comprendidos a partir de los valores propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como la complementariedad, equilibrio, armonía. Así también en la interpretación plural también corresponderá incorporar en la visión de naciones y pueblos indígenas la perspectiva de los derechos humanos para asegurar la complementariedad de las diferentes visiones de vida, sobre todo respecto a los grupos de prioritaria atención que pueden ver afectados sus derechos y garantías como emergencia del ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Finalmente, para evitar retrocesos en la jurisprudencia constitucional y una afectación al derecho de acceso a la justicia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es indispensable que las autoridades judiciales constitucionales, apliquen en sus resoluciones el estándar jurisprudencial más alto, que es el precedente en vigor, por lo tanto no corresponde que se basen en criterios de temporalidad para la aplicación de un precedente; pues, si bien el art. 203 de la Constitución Política del Estado, hace referencia a la vinculatoriedad de los jurisprudencia constitucional, dicha norma debe ser entendida en el marco de los criterios constitucionalizados de interpretación de los derechos humanos (de favorabilidad y progresividad) y, por ende, comprender que el precedente vinculante es el que asume el estándar jurisprudencial más alto y que las y los jueces tienen el deber de efectuar el análisis dinámico de la jurisprudencia para identificar el precedente en vigor; comparación que no sólo debe ser realizada respecto a los precedentes constitucionales, sino que en un diálogo de cortes, internas e internacionales, debe ser efectuada con otros

pretación intercultural deberá analizarse si el acto, decisión o resolución impugnada de la JIOC es compatible con las normas y procedimientos propios de la nación o pueblo indígena originario campesino correspondiente y determinar la posible arbitrariedad del acto que se impugna en el marco de una ponderación intracultural.

Tribunales, como el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc., como por ejemplo lo hizo el Tribunal Constitucional en la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero.

3. Referencias Bibliográficas

- Anaya, James. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1574-anaya-loi-bredeterminacion.html>
- Attard Bellido, María Elena. La jurisdicción indígena originario campesina en el esquema constitucional boliviano. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado e investigación y Escuela de Jueces del Estado, 2018, p. 93.
- Beuchot, Mauricio, Interculturalidad y Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, Siglo XXI Editores, México, 2005, p. 28.
- Clavero, Bartolomé, Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?. Disponible en: <https://www.servindi.org/actualidad/85058>
- Del Real Alcalá, “La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias”, Memoria Conferencia Internacional “Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional”, CONCED, GTZ, Bolivia 2010.
- De Sousa Santos, Boaventura, Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural, CESU-UMSS, La Paz, Bolivia, 2010.

- Rojas Tudela, Farit. Primera Parte Título II: Derechos Fundamentales y Garantías. Análisis y comentario de la Primera Parte de la CPE. Miradas. Nuevo texto constitucional. La Paz, Bolivia: Idea Internacional; Vicepresidencia del Estado Plurinacional y Universidad Mayor de San Andrés. 2010. pp. 288-294. ISBN: 978-91-85724-84-0.
- Santiago, Soraya, Guarayos Llanos, Humberto, Interdialogando. Hacia la construcción plural del derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara, Konrad Adnauer Stiftung, Oficina Bolivia, La Paz, noviembre de 2014.
- Sauma Zankys, Mónica Gabriela, Interculturalidad y pluralismo jurídico. Sucre, Bolivia: Centro de Estudios de Posgrado de Investigación (CEPI), Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca, 2017, p. 63 a 65.
- Sagües, Néstor Pedro, El concepto de desconstitucionalización, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Disponible en: Dialnet-ElConceptoDeDesconstitucionalizacion-6119788.pdf.
- Yrigoyen, Raquel Z., El Horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización, VII congreso de RELAJU, Lima Perú, agosto de 2010.
- Walsh, Catherine, “El Estado Plurinacional e Intercultural”, Plurinacionalidad, democracia en la diversidad. Ediciones Abya-Yala, Quito-Ecuador, 2009

Artículo Recibido: 17/12/2021

Artículo Aceptado: 27/01/2022