

Consideraciones para comprender el pluralismo jurídico en el Estado Plurinacional de Bolivia

Inti Schubert*

La nueva Constitución boliviana del año 2009 reforma la estructura del Estado y del sistema judicial. Bolivia ya no se considera una república. La autodenominación ahora es la de un *Estado plurinacional*.¹ En este nuevo nombre se ve reflejada la diversidad cultural del país. La nueva Constitución establece la vigencia del pluralismo jurídico. El Estado reconoce a la jurisdicción indígena como parte integral del nuevo sistema de justicia. La jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria son declaradas de la misma jerarquía. El nuevo sistema integrado de justicia, constituido por las diferentes jurisdicciones, aún está por desarrollarse.

Por la intensidad y la complejidad de las reformas previstas en la nueva Constitución, el país requiere apoyo internacional. Las estrategias políticas y técnicas tienen que evolucionar para permitir que opere el nuevo sistema.

La Constitución ha creado nuevas instituciones como, por ejemplo, la Asamblea Legislativa Plurinacional y el Tribunal Constitucional Plurinacional. Su composición de personal refleja la diversidad cultural. Al constituir la jurisdicción indígena y respetar el derecho de los pueblos originarios a practicar su derecho propio, Bo-

*Abogado. Doctor en Derecho (Universidad de Fráncfort). Asesor principal del Proyecto de Apoyo al Desarrollo de un Ordenamiento Jurídico Intercultural en el Marco de un Estado de Derecho Democrático (PROJURIDE), Bolivia, GIZ. Ha publicado artículos e investigaciones sobre el derecho global.

¹ Decreto supremo n.º 48 del 18.2.2009.

livia cumple con una variedad de tratados internacionales. Entre ellos cabe mencionar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas² y el convenio 169 de la OIT.³

Existe una gran variedad de diferentes sistemas jurídicos indígenas en Bolivia. Esto se debe, por un lado, a las diferencias culturales entre las diferentes comunidades indígenas y, por el otro lado, a la época colonial, en la que los sistemas jurídicos indígenas fueron influenciados con diferente intensidad por el sistema colonial. Mientras algunas comunidades han sido capaces de mantener la sustancia de sus propias tradiciones, otras adoptaron elementos del derecho colonial y sus métodos de sanción. Para algunas comunidades cercanas a urbanizaciones coloniales resultó imposible mantener sus tradiciones jurídicas y las perdieron casi por completo en el transcurso del tiempo.

Sin embargo, existen similitudes entre los sistemas jurídicos de las diferentes comunidades y pueblos indígenas. Básicamente, todo el derecho propio está basado en el derecho consuetudinario que se transmite de generación en generación en forma oral. En algunos pueblos existen excepciones. En estos casos, las autoridades redactan actas que pueden servir como precedentes. Dichas actas son depositadas para el uso posterior por la autoridad sucesora.

En el pasado, el Estado no reconocía las decisiones de las autoridades indígenas y ponía en duda su autoridad para administrar justicia independientemente. Desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, esto ya no es posible. La nueva Ley de Deslinde Jurisdiccional⁴ establece que «las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio» y que «serán acatadas por todas las personas y autoridades».⁵ Las decisiones de la jurisdicción indígena son irrevisables por la jurisdicción ordinaria. Solo el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá pronunciarse sobre estas decisiones y en su caso declararlas inconstitucionales.

La Constitución y la Ley de Deslinde Jurisdiccional obligan a la jurisdicción indígena originaria campesina y a las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente a respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales. El *chicote*, que tiene su origen en prácticas coloniales, aún se aplica en varias comunidades. Esto ya no será legal. Tampoco serán legales aquellos métodos de investigación que provoquen dolor o que impliquen confesiones forzadas. Esto significa que dentro de la jurisdicción indígena, parcialmente, se tendrán que desarrollar nuevas formas de castigo. El Tribunal Constitucional Plurinacional, una vez constituido, conocerá sobre la constitucionalidad de estos casos.

Una ventaja del sistema judicial indígena es su inmediatez. Además es gratuito, restaurativo y busca restablecer la armonía social dentro de una comunidad. En cambio, el sistema formal es moroso, caro y poco transparente para una parte de la población. Ambas jurisdicciones tienen que pasar por un proceso de modernización.

² Resolución aprobada por la Asamblea General, 13 de septiembre de 2007.

³ Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, del año 1989.

⁴ Ley n.º 073, promulgada el 29.12.2010.

⁵ Art. 12, Ley de Deslinde Jurisdiccional.

1. Plurinacionalidad e interculturalidad

En términos jurídicos, la plurinacionalidad significa el respeto a la identidad cultural del otro. En cambio, la interculturalidad requiere el desarrollo y la creación de lo común. Por tanto, la plurinacionalidad es lo que hay que reconocer y la interculturalidad es lo que hay que construir. Desde luego, ambos conceptos se complementan.⁶ Para crear cohesión social, el sistema judicial tiene que garantizar el respeto a las diferencias culturales y al mismo tiempo el respeto a lo común. Sin embargo, el pluralismo jurídico requiere ser ordenado.⁷ En el caso de Bolivia, las categorías necesarias para ordenar el pluralismo devienen de los tratados internacionales y de la perspectiva intercultural.

Por eso, es muy importante impulsar procesos de diálogo intercultural para crear convergencia entre los diferentes sistemas jurídicos. Los respectivos actores judiciales tienen que conocerse, ser capaces de intercambiar experiencias y cooperar mutuamente. El fundamento normativo es la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Esta ley regula los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena en términos territoriales, personales y materiales.⁸ Esto es imperativo para evitar la inseguridad jurídica.

2. Ley de Deslinde Jurisdiccional

Esta ley define los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena en forma restrictiva. En resumen, la jurisdicción indígena se aplica solo a los miembros de pueblos indígenas y solo a las relaciones y los hechos jurídicos que se realicen en el territorio de un pueblo indígena. Además, la ley excluye varias materias legales de la jurisdicción indígena, por ejemplo: el derecho laboral, tributario, minero, administrativo y en materia penal, como la seguridad interna y externa del Estado, terrorismo, narcotráfico, corrupción, violación, asesinato y homicidio. Esta exclusión ha generado cierto descontento en el sector indígena, ya que se esperaba de la ley, más bien, un reconocimiento amplio para conocer y resolver las controversias jurídicas.

El respeto y el reconocimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena ponen punto final a una larga historia de abierta discriminación. En el pasado, un miembro de un pueblo indígena que hubiera sido castigado por su propio sistema de administración de justicia era susceptible de recibir sanciones de la jurisdicción ordinaria en forma adicional. Este doble juzgamiento ahora ha sido erradicado por la Constitución y la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

La exclusión de personas no indígenas de la jurisdicción indígena contribuye a crear la seguridad jurídica para la población. Pero deja a las comunidades indígenas, por el momento, indefensas frente a los actos delictivos que pueden ser cometidos por personas que no pertenezcan a pueblos indígenas. En estos casos, la Ley de Deslinde Jurisdiccional establece que las autoridades indígenas deben remitir la causa

⁶ Véase Catherine Welsh, en Acosta y Martínez: *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, 2009, p. 183.

⁷ Mireille Delmas-Marty: *Ordering Pluralism*, Oxford, 2009.

⁸ Arts. 8-11, Ley de Deslinde Jurisdiccional.

a la jurisdicción ordinaria. Pero sus autoridades no pueden garantizar la celeridad en la tramitación de la causa debido a la distancia entre el lugar de los hechos y el asiento judicial.

3. Mecanismos de coordinación y cooperación

El desarrollo y la implementación de mecanismos eficientes de coordinación y cooperación interjurisdiccional es importante para garantizar la seguridad jurídica a toda la población. La ley prevé, de manera general, la creación de este tipo de mecanismos pero omite establecer mecanismos concretos. La elaboración de mecanismos concretos de cooperación y coordinación quedará finalmente a cargo de los *espacios de diálogo* previstos en la ley. Los mecanismos de coordinación y cooperación se constituyen en el fundamento para avanzar hacia la *función judicial única*.⁹

Hasta ahora no se han encontrado soluciones para el caso de lugares con población mixta. Por ejemplo, en El Alto, según la Ley de Deslinde Jurisdiccional, rige la justicia formal. La realidad es otra. Muchos grupos indígenas se han trasladado a esta ciudad llevando sus prácticas culturales y judiciales. Pero El Alto no es solo un lugar donde se enfrentan la cultura occidental y la cultura indígena. Es también un lugar donde se enfrentan diferentes culturas indígenas entre sí. El Alto es prácticamente una metrópoli indígena. En los hechos, son las autoridades indígenas inmigradas desde sus comunidades las que ejercen la función de mantener el orden social. Este ejemplo demuestra el alejamiento entre la realidad social y la normatividad en ciertas partes de Bolivia. Para el caso de las zonas culturalmente mixtas, la Ley de Deslinde Jurisdiccional omitió prever formas adecuadas de regulación.

4. La indivisibilidad del monopolio del uso legítimo de la fuerza

El reconocimiento estatal de la jurisdicción indígena en Bolivia se produce en forma de una apropiación. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena son de la misma jerarquía. Ninguna es superior a la otra. Ahora ambas son estatales. El Estado se apropia del derecho de los pueblos indígenas. Esto conlleva a una cantidad de preguntas teóricas sobre la naturaleza del derecho en Bolivia y en especial sobre el monopolio del uso legítimo de la fuerza.

¿Existe aún tal monopolio o se ha diversificado? En una democracia, el uso legítimo de la fuerza se legitima a través de las elecciones. La Constitución delega implícitamente en las autoridades indígenas el uso de la fuerza coercitiva a través del reconocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina. Pero las autoridades indígenas están principalmente legitimadas por la posición social dentro de su comunidad. El fundamento de su competencia es el vínculo particular con la respectiva comunidad. Consecuentemente, la Ley de Deslinde Jurisdiccional limita la vigencia personal de la jurisdicción indígena solamente a los miembros del pueblo indígena respectivo. No se aplica a personas ajenas.

⁹ Art. 179, Constitución Política del Estado.

Frente a esto surgen muchas interrogantes de relevancia práctica. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad civil o penal de autoridades indígenas en ejercicio de sus funciones judiciales. Su actuación implica el uso de la fuerza y es *de facto* estatal. Pero ni la Constitución ni la Ley de Deslinde Jurisdiccional convierten oficialmente a las autoridades indígenas en funcionarios públicos, por los cuales el Estado tuviera que asumir una responsabilidad. Este tema normativamente no resuelto puede causar muchas controversias en caso de que una autoridad indígena aplique violencia contra otra persona.

La apropiación estatal del derecho propio de los pueblos indígenas y de las decisiones de la jurisdicción indígena conlleva a otra interrogante con referencia a la responsabilidad legal. ¿Acaso el Estado tendrá que responsabilizarse frente a las Cortes internacionales por violaciones de derechos humanos de autoridades indígenas, tal como sucede con la justicia formal? Ya que el Estado se apropia del sistema indígena, la respuesta tiene que ser afirmativa. Sin embargo, Bolivia carece actualmente de un reglamento que establezca cómo proceder en esos casos. Aún no existe conciencia sobre el problema político que esto puede ocasionar.

5. Bloque de constitucionalidad

La Constitución boliviana no solamente abre su sistema jurídico hacia el pluralismo *desde abajo*; también lo hace hacia el pluralismo *desde arriba*.¹⁰ La Constitución define un bloque de constitucionalidad que incorpora todos los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia y les atribuye rango constitucional. A través de este mecanismo la constitucionalidad puede ir progresando. La velocidad¹¹ del desarrollo de los derechos humanos a nivel nacional y a nivel global no es la misma. Hoy, muchos avances en el desarrollo de los derechos humanos primero se producen a nivel global. Su adopción a nivel nacional, muchas veces, puede tardar varios años. En el caso boliviano, solo se requiere la ratificación del respectivo tratado para su vigencia con rango constitucional. Esto le permite a Bolivia *sincronizar* su sistema jurídico nacional con el nivel global.

No hay que olvidar que la vigencia formal del contenido de los tratados internacionales no significa automáticamente su vigencia práctica. Aparte de crear mecanismos tales como la *sincronización*, es necesario que los actores judiciales se encuentren en condiciones de implementar y aplicar el nuevo contenido constitucional en sus decisiones. El sistema legal en su conjunto tiene que asegurar que las leyes existentes no generen conflictos con el nuevo contenido constitucional. Esto es una gran tarea.

¹⁰ Hablamos de un pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo* porque la perspectiva es desde el Estado nacional para analizar las presiones a las que su sistema legal está expuesto y para discutir alternativas. Si se hablara de un pluralismo *desde adentro* y *desde afuera*, la perspectiva se basaría en el territorio. Esto no permitiría un análisis con conceptos jurídicos.

¹¹ Respecto las diferentes velocidades del desarrollo normativo, véase M. Delmas-Marty, o. cit., p. 119.

Diferente es el caso de los tratados de protección de inversiones. Estos, por su naturaleza, no tendrán vigencia constitucional. Bolivia, además, ha abandonado el sistema del CIADI.¹² Sin embargo, al firmar contratos sobre inversión extranjera, Bolivia reproducirá a nivel nacional las contradicciones normativas entre los tratados internacionales sobre derechos humanos con los tratados globales que regulan el comercio internacional. El Estado boliviano no está preparado para resolver estas contradicciones.

6. ¿Constitucionalismo experimental?

La falta de soluciones concretas para lugares mixtos como El Alto, la incertidumbre sobre la responsabilidad civil de autoridades indígenas y sobre la interrelación entre el pluralismo jurídico *desde arriba* y *desde abajo* y otros temas neurálgicos son el reflejo de un constitucionalismo experimental.¹³ El Estado Plurinacional no debe comprenderse como experimental en el sentido de que sea meramente provisorio. Más bien, se trata de un concepto de Estado en el cual el sistema y la estructura organizativa final no están predefinidos. Entonces, el Estado Plurinacional de Bolivia se encuentra en proceso de formación y construcción. Es importante mantener ese ímpetu inicial recogido por la Asamblea Constituyente y no caer en conceptos de reforma a reforma, como es el caso de Venezuela. El desarrollo de la institucionalidad democrática de Bolivia debe avanzar sobre la base de la constitucionalidad recientemente creada.

Recién se ha iniciado la reestructuración del sistema organizativo del Estado boliviano. En un sistema pluralista se puede advertir que se producirán colisiones normativas. Por eso, es necesario trabajar en una estrategia para ordenar el pluralismo y crear cohesión sistémica a pesar de las posibles contradicciones normativas.

7. Ordenar el pluralismo

En términos de ordenar el pluralismo, existen varias dimensiones. La primera es la mutua armonización¹⁴ de normas de los diferentes sistemas. Debido a la diversidad jurídico-cultural que caracteriza a Bolivia, esta dimensión no parece viable por el momento. La segunda dimensión se refiere al desarrollo de referencias cruzadas en la jurisprudencia. Esto podría desarrollarse tomando en cuenta recíprocamente las decisiones de las diferentes jurisdicciones. Para que esto funcione, es necesario que los actores de dichas jurisdicciones empiecen a intercambiar su jurisprudencia y dialogar sobre los diferentes valores sociales. En un próximo paso habría que sistematizar la jurisprudencia más relevante en términos interculturales y hacerla accesible en español y en diferentes idiomas indígenas.

¹² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID).

¹³ Véase Boaventura de Sousa Santos, en Acosta y Martínez, o. cit., p. 51.

¹⁴ Respecto la UE, M. Delmas-Marty, o. cit., 2009.

Actualmente Bolivia está experimentando la dimensión de hibridización en su sistema judicial. Esto es un efecto del carácter experimental del sistema judicial del país. Por un lado, se mantiene el sistema formal sin mayores cambios. Por el otro, aparecen nuevos actores judiciales como la jurisdicción indígena y la jurisdicción constitucional plurinacional. El riesgo de un sistema híbrido consiste en que se puede convertir fácilmente en un sistema permanente, si se pierde la dinámica de la reforma y la disposición a cambios. Esto resultaría en la imposición del *statu quo* y complicaría la necesaria creación de lo común.

8. El desafío

El pluralismo jurídico no es un fenómeno limitado a la existencia de una jurisdicción indígena reconocida estatalmente. Existe también entre el nivel nacional y el nivel supranacional o global. Esto se debe a la existencia de múltiples tratados internacionales. En el pluralismo jurídico, normas de diferentes orígenes pueden producir colisiones. El desafío consiste en ordenar el pluralismo y asegurar derechos iguales para todos.