

EL DERECHO INDÍGENA Y LAS PAUTAS PARA LA CONFORMACIÓN DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

Alejandro Mansilla Arias

(Universidad Gabriel René Moreno, Santa Cruz, Bolivia)

I

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar el desarrollo de la presente ponencia, es menester señalar que dos son los aspectos que serán analizados en ella:

- **El Histórico.-** En el que se desarrollará, dimensiones culturales, políticas, sociales y jurídicas que serán interpretadas y analizadas, históricamente desde la Colonia hasta nuestros Días. Teniendo como horizonte vital, la necesidad de Fortalecer la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena, ya que la omisión “voluntaria o involuntaria” de los grupos de poder, ha imposibilitado la integración (Desarrollo de una sociedad en la que exista igualdad de oportunidades) de las mayorías indígenas y campesinas. Esto ha provocado y provoca, manifestaciones populares, pacíficas o violentas, radicalismos políticos, que en suma provocan inestabilidad al nivel de la aplicación de las políticas Estatales a ser implementadas. Por esto, se debe fortalecer las Instituciones Comunitarias, como una medida de coadyuvar al Estado, en la consecución de una mayor estabilidad en todos sus ámbitos, diseñando programas “INTERCULTURALES Y MULTICULTURALES” entre los diversos sectores sociales, que tengan una identidad étnica originaria o adscrita. Todo esto debe dirigirse “NO” hacia la fragmentación y construcción de micro repúblicas, sino más bien hacia la integración del Estado a partir de las diferencias y semejanzas culturales.

- **El Jurídico.-** Inicio este análisis jurídico, partiendo de las Sentencias Constitucionales 143/2003 – Recurso de Amparo Constitucional de 6 de febrero de 2003 y 273/2003 – Recurso de Hábeas Corpus de 5 de marzo de 2003, 0295, Recurso de Amparo Constitucional de 11 de marzo de 2003, dictadas por el Tribunal Constitucional, por consiguiente me adscribo en líneas generales a la línea jurisprudencial que los Excelentísimos Magistrados del Tribunal Constitucional han dejado en los tres Recursos que les ha correspondido resolver. Pero en el detalle mismo de las Sentencias Constitucionales debe profundizarse un sinnúmero de aspectos culturales y sociológicos que hacen a lo jurídico.

Es por esta razón que desarrollo y profundizo, los términos de indígena y campesino, que estas Sentencias Constitucionales conllevan y que escritos así, son contrapuestos. Es por esto

que a partir de las aproximaciones sociológicas, jurídicas e históricas que brindaré en el desarrollo de la presente ponencia, considero que los legisladores que dictaron las Reformas Constitucionales del año 1995, incluyeron erradamente, en el Art. 171 parágrafo III, el término de “autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas”.

Brevemente debo señalar que, la utilización de los términos de indígenas y campesinos, parten del uso histórico indistinto, que dan los diversos grupos dominantes, utilizando estos términos, peyorativa y antojadizamente en algunos casos, en otros en un sentido de profunda reflexión, ya que por una parte se tendía a compensar el error establecido por la Reforma Agraria, al campesinizar y asimilar, al siervo indígena del occidente y a indigenizar al siervo indígena del oriente, pero en cualquiera de los dos casos nunca se estableció una diferencia sociológica válida.

También debo aclarar que estos términos fueron acuñados y utilizados de acuerdo a los proyectos históricos existentes de Nación (indios en el siglo XIX y parte del XX, campesinos y mestizos a partir de mediados del siglo XX) todos estos términos, tenían como finalidad, construir la Nación Estado Boliviana.

Otro dato comparativo que es necesario mencionar, es que la redacción de ese texto constitucional tiene base el Convenio 169 de la O.I.T., que en la redacción de su texto, no menciona nunca el término “pueblos campesinos” y menos aún “autoridades originarias campesinas”, mencionándose solamente los términos de agricultores itinerantes, trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura (Art. 20, apartado 3, inc. a).

Por todas estas razones, es que se debe conformar una línea jurisprudencial que en el desarrollo de su hilo conductor distinga específicamente estos aspectos, dado que en el presente y en el futuro, podrán ser causas de problemas jurídicos de distinta índole, a causa de las supuestas permisiones que la Constitución pueda dar a esos sectores sociales. Estos creen poder utilizar el Derecho Consuetudinario de los Pueblos Indígenas sin tener nada que ver cultural y políticamente con ellos.

Para este fin daré varias pautas esenciales en el sentido sociológico, cultural y jurídico, que servirán de punto de partida para un razonamiento profundo, que nos permitirá tener una aproximación más puntual a cerca de que grupos se deben considerar como pueblos indígenas y por exclusión y contraposición a quienes se debe considerar campesinos.

Todos estos elementos coadyuvarán a la conformación de la línea jurisprudencial constitucional, sobre Derecho Indígena, que desde todos los aspectos es necesaria para interpretar nuestra Constitución, el Nuevo Código de Procedimiento Penal y las demás normas, que atañen al Derecho Consuetudinario Indígena.

II

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DERECHO INDÍGENA EN BOLIVIA

1.- ANÁLISIS HISTÓRICO – SOCIAL Y JURÍDICO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA EN BOLIVIA.

En el territorio sobre el cual sería conformado el Estado Republicano de Bolivia, el “problema Indigenal” al igual que en la América Continental, tuvo diferentes tipos de tratamientos, con igual variedad de resultados de acuerdo a los periodos históricos que se sucedieron y a los grupos dominantes que hilvanaban estas políticas. Es por esta razón que debemos hacer un recuento histórico sucinto, de los hitos fundamentales que cambiaron, las formas del tratamiento del Derecho Indigenal.

Estas etapas son:

1.1. Coloniaje.- A partir del nombramiento del quinto Virrey del Perú, Don Francisco de Toledo, por parte del Rey Don Felipe II, se puede señalar que la concepción del Derecho Indiano, cambió notablemente, ya que este Virrey tenía por misión establecer “el derecho legal de España a la posesión y dominio de las tierras de Indias”.¹

Para lograr este objetivo, se encomendó al Cronista Pedro Sarmiento de Gamboa, realizar la cronología de la historia de los Incas, para ver si estos tenían derecho a las tierras del Perú y en general a todas las tierras que en antaño ocupó el Imperio Incaico. De esta investigación se desprende que, con respecto a todas esas tierras, tan conquistadores fueron los incas como los españoles y que ambos podían exhibir iguales títulos para la posesión, pero con la diferenciación principal de que a la vez: “los títulos españoles sobre las tierras en disputa, tenían mayor rango, por el hecho de que ellos cristianizaron al Perú”.

Esta conclusión legal a la que se llega, sienta las bases de lo que sería un pacto tributario, que incluía el derecho a aplicar sus usos y costumbres. Ese sistema Colonial Indígena – Español, duraría casi tres siglos y mantuvo cierta paz y estabilidad en la Colonia, inclusive en los periodos de levantamientos indigenales, como los de Tupac Amaru y Katari.

Pero en que consistía este Sistema Colonial, con su correlativo pacto tributario es algo que a continuación señalare:

a) Se reconocía a los indígenas de sangre noble, como miembros de la corona española y se les daban títulos nobiliarios, sobre sus organizaciones comunitarias que ocupaban una jurisdicción determinada.

b) Los nobles indígenas podían regular con amplia autonomía, la convivencia social dentro de la jurisdicción territorial determinada, que tenían a su cargo (organización comunitaria), sea esta llamada ayllu, marka, etc., y por ende podían administrar justicia, sobre tres materias que han sido bases del derecho indígena consuetudinario y son: Régimen de Tierras, Régimen Familiar y Régimen de Delitos. Estas tres áreas, serían conocidas hoy como Derecho Agrario, Derecho de Familia y Derecho Penal.

c) Reconocidas las diversas autoridades indígenas sobre una jurisdicción territorial determinada por la Corona Española, estas debían tributar con Dinero y con Hombres, cuando lo necesiten las autoridades jerárquicamente superiores (Virrey, Oidores, Capitanías Generales, etc.), para los diversos trabajos, sean estos en las Minas de Potosí, Huancavelica, etc., o en los diversos repartimientos sobre los que se constituirían las haciendas coloniales.

Este sistema de cuasi autonomía del Derecho Indígena, en el que las autoridades originarias, actuaban como mediadores étnicos entre la Corona Española, sus autoridades y los indígenas.

Las autoridades indígenas originarias deberían cumplir con dos estos imperativos fundamentales, para que sus derechos no resultasen afectados² y eran:

- Acatar y respetar las ordenes de las Autoridades españolas que representaban a la Corona.
- Se debería respetar y practicar los preceptos de la religión católica.

Basados en los hechos y las normas sobre las que se respaldó este proceso, es que se instituyó la separación entre villas españolas y villas indias³, mientras que paralelamente se estructuraron nuevas formas o puentes de comunicación en que ambas culturas y sistemas jurídicos, interactuarían, aunque siempre bajo la égida social, cultural y legal española.

Durante la Colonia y en el proceso pre independentista, se registró diversas sublevaciones indígenas, cien durante todo el siglo XVIII, que según expertos como Flores u O'phelan, contabilizaron estas sublevaciones⁴.

De este centenar de sublevaciones, dos fueron las principales y se efectuaron entre 1780 y 1782, me refiero a las sublevaciones de Tupac Amaru y Tupac Katari que se prolongaron en el sur de lo que hoy es Perú y Bolivia.

Estas dos sublevaciones tuvieron como base de protesta, diversos argumentos, que respondían principalmente a un estado de exacción progresiva e irracional de impuestos a las comunidades indias, por parte de diversas autoridades españolas, como los corregidores

¹ Ver, **Historia de Bolivia**, de MESA GISBERT, Carlos Daniel; en su parte colonial, Crónicas de Guamán Poma, Ed. Gisbert, La Paz – Bolivia.

² Ver, **Resistencia, Rebelión y Conciencia Campesina en los Andes**, de STERN, Steve; Ed. I.E.P. y Universidad de Wisconsin, 1990, pags, 45 al 47

³ Ver, MESA GISBERT, Carlos Daniel. **Historia de Bolivia**. Parte Colonial. Ed. Gisbert y Cia. Año 2000. La Paz – Bolivia.

⁴ Ver, **Resistencia, Rebelión y Conciencia Campesina en los Andes**, de STERN, Steve, Citando a Flores y O'phelan, Ed. IEP y la Universidad de Wisconsin, páginas 50, 51.

provinciales, los encomenderos, etc.; la injustificada necesidad de hombres para la explotación de las minas reales en Potosí o Huancavelica que provocaba un éxodo masivo de hombres y por ende de fuerza de trabajo en el agro; cuestiones de índole religiosa, al considerar a los españoles, falsos cristianos, hasta el hecho de que los indígenas trataron de retomar viejas formas de fé, pertenecientes al periodo precolonial.

En cuanto a la rebelión dirigida por Tupac Amaru, tenía por finalidad el reclutamiento de dirigentes entre las elites andinas establecidas y ricas, como también en la “búsqueda de coaliciones con mestizos y criollos simpatizantes”, sin romper diametralmente con la subordinación hacia la corona.

En el caso de Tupac Katari, la sublevación tenía contenidos de liberación y rompimiento total en todos los aspectos con la Corona Española, por otra parte su contenido político era propenso a alterar los alineamientos políticos andinos locales, al tratar de encumbrar a comuneros a posiciones de liderazgo, moviéndose mas rápidamente hacia el sentimiento de solidaridad racial aymara, que excluía no sólo a los no - indios, sino también a las poblaciones rebeldes quechuas.⁵

Ambas sublevaciones fracasaron, fruto de la violencia que fue utilizada en contra de ellas, pero también de la imposibilidad de conseguir la militancia total de los indígenas a quienes defendían. Irónicamente el ejército que derroto a Tupac Amaru en el Perú, estaba compuesto por 80 % de Indios.

Llegado el proceso de la independencia (1809 – 1825), se hegemonizó la dirección de la guerra independentista por criollos y mestizos, quienes lucharon (junto a los indígenas que eran la tropa), hasta la liberación total de Latinoamérica de la Corona Española.

1.2. República.-

Lograda que fue la Independencia y creada la República de Bolivia, bajo la noción del Estado Nación, que aparejaba la teoría del monismo jurídico, los criollos independentistas de Bolivia sustentaron que en los países coloniales habían surgido nuevas naciones mestizas con su propia identidad, distinta a la de la metrópoli, homogeneizando la idea de nación bajo las características del grupo dominante y oficializando una monocultura, un monolingüismo, etc. Esto les daba el fundamento y la supuesta legitimidad política a la identidad de Estado de Derecho.

Este primer periodo Republicano, que duraría hasta 1874, los grupos dominantes mantuvieron las relaciones de casta y los privilegios servidumbrales derivados de la Colonia. Hay que señalar que pese a que sustancialmente no se modificó las relaciones jurídicas y

⁵ Ver, Resistencia, Rebelión y Conciencia Campesina en los Andes, de STERN, Steve; Ed. IEP y la Universidad de Wisconsin, pág. 48.

económicas, las comunidades indígenas crecieron en un 26% más que en la colonia⁶ y paralelamente a ella la aplicación del Derecho Consuetudinario propio de cada uno de los pueblos indígenas de Bolivia se hizo mas patente. En realidad ⁷el naciente Estado Boliviano de Corte profundamente Colonial, permitía una “pluralidad jurídica” entre el Derecho Oficial Blanco Mestizo y el Derecho Consuetudinario Indígena. Esto era fruto de la vigencia Jurídica de las normas Toledanas del tiempo de la Colonia, por lo que los tratos entre los diversos sectores sociales de Bolivia, seguían siendo inter – raciales, inter - societales e inter culturales, entre villas españolas y villas indias.

A partir de 1870, cuando el mercantilismo inglés se encuentra en su auge, las élites Bolivianas importan la ideología liberal y la noción de Estado Nación, el modelo de Estado Centralizado y con división de poderes, así como la idea de la igualdad ante la ley. Se buscó asimilar o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una hegemonización y asimilación forzada por los Criollos y Mestizos.

Es en este contexto histórico social donde se idea y opera el quiebre de las Comunidades Indígenas, por medio de una misión civilizadora, encarnada en pequeños grupos reformistas y liberales enclavados en Sucre.⁸

Este nuevo tipo de “modernizantes mineros”, apareció gracias a la explotación de minerales como la Plata y buscaban entre otras cosas, desregular la minería y la acuñación de manos del estado, acabar con el proteccionismo y construir ferrocarriles para tener un acceso mas barato al mercado mundial de minerales.

En este contexto histórico social, vuelve a posicionarse el olvidado “problema del indio” y el “Arma”, para acabar con este y su comunidad sería la “Ley de Ex vinculación de Tomas Frías” promulgada el año 1874, que sentó las bases para la tenencia de la tierra por parte de las comunidades indígenas hasta mediados del siglo XX, con el advenimiento de la revolución nacional y la promulgación de la Reforma Agraria.

El fondo de esta Ley de Ex – Vinculación era fundamentar la incompatibilidad entre el comunitarismo y propiedad privada, entre casta y ciudadanía, etc. En síntesis se esgrimía la teoría de que los derechos de los pueblos indígenas, quedarían mejor cubiertos con hacendados paternos que les protegerían de los depredadores abogados, funcionarios del gobierno y curas mestizos.

Los argumentos pragmáticos, buscaban que se desplace la base del tributo indígena por comunidad, al impuesto universal de la propiedad. Estos fines fueron impracticables en un

⁶ Ver, **Indígenas, Elites y Estado en la Formación de las Repúblicas Andinas**, Broke Larson; Editorial IEP y la Universidad Católica del Perú, 2002, pág 145, 146 y 147.

⁷ Ver, **Historia de Bolivia**, de MESA GISBERT, Carlos; Gobierno del Presidente Ballivián, Erarios Nacionales.

⁸ Ver, **Indígenas, Elites y Estado en la Formación de las Repúblicas Andinas**; Brooke Larson; Ed. IEP y la Universidad Católica del Perú, páginas 150, 151, 152.

primer momento, pues los grupos dominantes se dieron cuenta de la atemorizante realidad (que no ha cambiado hasta la fecha) de la insurgencia indígena: “vivir bajo un gobierno débil, coercitivo e inestable, incapaz en general de disciplinar a una indiada cada vez más discolá”.

Por su parte los indígenas quechuas y aymaras, amenazaban el orden establecido, por medio de recursos legales y sublevaciones armadas. Este tipo de conducta mantuvo a raya a los diversos gobiernos y a los hacendados que amenazaban ocupar sus tierras. Este fenómeno social cambió drásticamente con la guerra federal de 1899.

En esta Guerra se da el enfrentamiento entre regiones (Potosí y Chuquisaca contra La Paz) principalmente porque el manejo de la economía se desplaza hacia el Norte, ya que las minas de Estaño se encuentran en la Paz y Oruro. En este episodio histórico se enfrentan Conservadores y Liberales y junto a estos últimos los indígenas aymaras, con su comandante Pablo Zárate Willka.

En sí esta guerra no es trascendental, por las nuevas políticas agrarias que se definirían acerca de las tierras comunitarias de los indígenas, por el contrario esta guerra es importante, porque en este periodo histórico se desarrollan nuevas políticas económicas, raciales, culturales y jurídicas que preparan los argumentos teóricos, de la “Domesticación del Indio”, prestándose argumentos del Darwinismo Social.

Una vez pacificada Bolivia y con las nuevas exigencias planteadas por el industrialismo inglés, comenzaron a implementarse las políticas antes descritas (hay que señalar que en esta época no lograron ponerse de acuerdo las élites y los gobernantes del Estado Criollo, pues unos se inclinaban por el mestizaje como solución nacional al problema indio, mientras otros como Alcides Arguedas lo desdeñaban), que partían del nuevo consenso, al que habían llegado las élites norteñas y sureñas, respecto al papel del indio en Bolivia, y este fue que:

“Debería enseñárseles la templanza, la higiene y los oficios, pero no a leer y a escribir. Debían cuidar sus cultivos, pero no en sus propias tierras comunales. Deberían cumplir con sus acostumbrados servicios laborales y pagar impuestos a la propiedad, pero no deberían ser incluidos en el electorado. Deberían ir a la guerra, pero sin tener derechos civiles que los amparen”.⁹

Es en este periodo que se suscitó la guerra del Chaco, donde los indígenas quechuas, guaraníes y aymaras, pelearon activamente en el campo de batalla del lado Boliviano. Una vez finalizada esta guerra se los trató de borrar de la historia y ese fue el cimiento para la Revolución de 1952.

Por esto Bolivia al igual que las restantes repúblicas andino - amazónicas, Bolivia entró al siglo XX más fragmentada y dividida que antes.

⁹ Ver, Indígenas, Élites y Estado en la Formación de las Repúblicas Andinas, pág. 175.

1.3. El Tardío Siglo XX.- ¿Porqué se denomina a este periodo el tardío Siglo XX?

La razón es política, pues mientras el mundo se debatía entre Sistemas Económicos de tipo Capitalista o Socialista, en Bolivia aún pervivían las relaciones económico sociales de tipo Feudal, que fueron abruptamente cortadas con la Revolución de 1952, donde con un nuevo proyecto histórico, tratamos de insertarnos y posicionarnos en el contexto mundial.

En este periodo histórico las políticas de las élites cambian nuevamente:

“Los indígenas y sus nacionalidades (heterogeneidad) debían ser asimilados en un solo y único concepto “campesino” (homogeneidad); Debería enseñárseles a leer y a escribir en la lengua y cultura dominante, pero no en su propia lengua; Deberían ser pequeños propietarios de la Tierra, pero sin tener acceso a crédito y a tecnología; Deberían ser electores pero no candidatos elegibles”.

Este trance histórico, por la ideología socialista imperante en Bolivia, se marca el desplazamiento de la fuerza rural indígena, por la minera obrerista y aparejada a esta, aunque con menor representatividad, pero no de capacidad de movilización, **el sindicalismo campesino**, por ello muchos pueblos indígenas rurales, aceptaron una identidad como “campesinos mestizos” *, uniéndose a movimientos de base campesina más amplios y a menudo, más poderosos, es el caso de la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia.

Hay que señalar que la utilización del término “mestizo”, como un concepto e identidad “cubre todo”, que establecido de manera confusa, fue y sigue siendo utilizado por los diversos pueblos indígenas, con el propósito de no sufrir las humillaciones y la exclusión implícita de mantener una identidad indígena abierta.

En este largo periodo que va desde 1952, hasta la década de los noventa, se borra de la agenda Estatal, el reconocimiento al Derecho Consuetudinario Indígena y a la posibilidad de auto gobierno de los grupos indígenas, entonces nuevamente vuelve a surgir la corriente indigenista con sus propios partidos: el MRTK y el MITKA, pero desde una combinación indígena y campesina.

Es precisamente en 1990, cuando esta figura y denominación “campesinista”, tomada por los indígenas del occidente, se rompe, pues los Indígenas del Oriente se movilizan, para lograr una reivindicación que se venía impulsando internacionalmente, que era el “RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES”, implicando el “despertar de lo étnico” como nuevo horizonte político en detrimento de la identidad que se había tomado colectivamente “lo campesino”. Este movimiento logra la aprobación de la Ley 1257 de 11 de julio de 1991, que ratifica en su artículo único, el convenio 169 de la O.I.T.

A partir de ese hito histórico, quedó como tema pendiente el Reconocimiento Constitucional, como indígenas propiamente dicho, y esto es logrado el 6 de febrero de 1995 cuando se promulga la Ley 1615, en el Gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada.

En esta Reforma a la Constitución se reconoce a Bolivia, como un país multiétnico y pluricultural. En virtud a este enunciado constitucional, se reconoce el Derecho de los Pueblos Indígenas a tener sus tierras comunitarias de origen, manteniendo sus propios sistemas económicos, sociales y culturales, como también a administrar y aplicar su Derecho Consuetudinario.

III

ANÁLISIS JURÍDICO SOCIAL, PARA LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 171 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

Y

LA CONFORMACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

Las Reformas Constitucionales de 1995, llevaron a cabo una profunda revisión, de las Estructuras Jurídicas que imperaban en nuestro país, no así de las estructuras sociales. Es por ello que se reconoce en el Artículo 1 de la Constitución, la multiétnicidad y la pluriculturalidad ¹⁰

Este reconocimiento en los hechos, se traduce en la existencia del Pluralismo Jurídico (restando la compatibilización, reglamentación, y legalización de estos aspectos), en el Sistema Legal Boliviano, ya que históricamente la existencia de la diversidad cultural, posibilita la existencia de diversos Sistemas Jurídicos Consuetudinarios.

Es por esta razón que antes de introducirnos a un análisis jurídico profundo, es necesario remitirnos a una concepción de los intelectuales marxistas que comprenden y hablan que: “La lucha de clases, es a la vez una lucha de culturas *y esa lucha de culturas, desemboca en una lucha de Sistemas Jurídicos, contrapuestos en un mismo Estado*”¹¹ (el subrayado es mío). Otros intelectuales, que hablan desde el punto de vista del Funcionalismo Norte Americano, hablan de una “Superposición o Imbricación cultural y Jurídica”, desde la cual, los diversos Sistemas Jurídicos existentes, regulan a los diferentes grupos humanos para los que ha sido creado dicho Sistema. Esto afirma la inexistencia de luchas o contraposiciones jurídicas o culturales.

¹⁰ Ver, **Constitución Política del Estado de Bolivia**, Art. 1.

¹¹ Ver, STAVING, Ward, citando a E.P. Thompson; **Amor y Violencia Sexual, Valores Indígenas en la Sociedad Colonial**; Ed. IEP y la Universidad del Sur de la Florida, 1996, pág 11.

Apartándonos de estas conclusiones de tipo sociológico, existen las de tipo jurídico, en las que tomaré varios ejemplos claros, que nos permitirán aclarar y diferenciar puntualmente, los aspectos que regulan el Derecho Consuetudinario Indígena, como del Derecho Oficial Formal.

El primer ejemplo Jurídico tiene que ver con un error de apreciación histórica, que recae en el Derecho Natural de esos tiempos, ya que los Cronistas Españoles, trataron de interpretar la historia incaica desde la perspectiva europea¹².

Es precisamente uno de esos errores, el haber interpretado la lucha de los herederos incaicos Huáscar y Atahuallpa, como la lucha fratricida entre el primogénito y el bastardo, y es que la gran parte de los cronistas se hallaban demasiado imbuidos en los principios de la primogenitura, bastardía y sucesiones reales, de acuerdo a los modelos europeos, para entender la costumbre andina del derecho del “más hábil” para la elección del cargo de Inca o Curaca. Tampoco podían concebir el poder de las momias reales que conservaban criados, derechos y tierras, tal como las poseyeron en vida. Igualmente incomprensibles resultaron las divisiones en mitades, las formas de parentesco andino, de reciprocidad y el complejo sistema de obligaciones y es que en realidad el mundo indígena de América, era y es demasiado original, como para ser comprendido fácilmente.

El segundo ejemplo jurídico es el de la prostitución, relacionado con el pueblo étnico y cultura ayoreóde o ayorea, propio de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia.

Como sabemos en nuestra cultura, la prostitución no es un delito en sí, pero de esta actividad moralmente censurable, se originan una multiplicidad de delitos, como la corrupción de menores, mayores, proxenetismo, tráfico de personas, rufianería, violación de niño, niña o adolescente, estupro, abuso deshonesto, etc. A esto se suma que quien ejerce la prostitución, es marginada (o) socialmente.

Dada esta breve introducción, debo señalar que en esta cultura existen varias pautas que dejan relegado o mal posicionado al Sistema Jurídico Estatal, de las que solo citaré dos:

- a) En la cultura ayorea como en todas las culturas de las tierras bajas y al igual que otras culturas como la hindú, tienen transiciones de ciclo vital diferentes a las nuestras, ya que a muy temprana edad las adolescentes adquieren el status de mujeres. Con esto quiero decir que las niñas y adolescentes de 12 o 13 años, son aptas para el matrimonio y “culturalmente” no biológicamente, aptas para tener hijos.
- b) Que fruto de esta pauta cultural, socialmente aceptada, la mujer desde su adolescencia, es estimulada a tener relaciones sexuales, que a su vez le brinda la

¹² Ver, ROTSOWORKSKY, María; Historia del Tawantinsuyu; Ed. IEP, Lima – Perú, 2000.

posibilidad de tener un “status” (fama, ventajas, etc.) mas alto al nivel de su comunidad, además de aceptarse conductas poliámbricas¹³ (Tipo de matrimonio, en que una mujer puede casarse con varios hombres. Enmarcar este tipo de conducta cultural social, en el ámbito jurídico penal y familiar es algo extraordinariamente complicado, porque no existe ningún tipo penal que regule estos aspectos, a no ser, con un esfuerzo conceptual muy grande pero a la vez errado, de denominarlo BIGAMIA, MATRIMONIO ILEGAL O INFIDELIDAD) en algunos casos.

Por todas estas razones, la prostitución y el comercio sexual, en las relaciones con los foráneos, es aceptado socialmente y culturalmente.

En ese contexto cultural – social, podemos decir que cualquier persona ajena a esa cultura, que tenga relaciones sexuales con adolescentes ayoreos (varones o mujeres), no comete ningún tipo de delito, pero en nuestro contexto social, cultural y jurídico “SI”.

Es más, esa conducta delictuosa recaería en los tipos penales de:

- Violación de niño, niña o adolescente (308 bis. C.P.)
- Estupro (309 C.P.)
- Corrupción de Menores (318, 319, C.P.)
- Corrupción de Mayores (320 C.P.)
- Proxenetismo (321 C.P.)
- Tráfico de Personas (321 bis C.P.).

El tercer ejemplo jurídico es, la Violación, tipificada en el Artículo 308 del Código Penal, ya que en nuestra cultura y Sistema Jurídico de características occidentales, la violación es sancionada contra quien forzaré a menores, adolescentes o mayores, de uno u otro sexo.

Estos aspectos, en el Derecho Consuetudinario Indígena, tienen sus variantes, ya que, los indígenas del occidente (aymaras y quechuas) sancionan este delito, socialmente o comunamente, a quienes violasen a menores o a mujeres casadas, por lo que generalmente se encuentran excluidas, las adolescentes y las mujeres mayores solteras¹⁴, (hay que señalar que no se encuentra documentada la posibilidad de violación a personas del otro sexo, “varones”). Debo señalar que, en el presente se da reiterativamente la comisión de este delito, que las más de las veces, se ha convertido en una causal para el matrimonio entre los indígenas, claro

¹³ Ver, LINTON, Ralph; **Study of the man, Estudio del Hombre, formas de matrimonio**; Ed. Siglo XXI, México D.F., 1987.

Debe observarse que los tipos de matrimonio, establecidos en el ámbito mundial, según estudios antropológicos son: Monogamia (un hombre una mujer); Poligamia que tiene dos variantes a su vez que son la Poliginia (un hombre, varias mujeres) y la Poliandria (una mujer, varios hombres) y por último el Matrimonio por Grupos. Hay que reconocer una forma de matrimonio que se ha venido dando en los últimos tiempos que es el matrimonio homosexual y lésbico, reconocido legalmente en algunos países. Este patrón cultural es de reciente creación o de Etnogénesis.

¹⁴ Ver, **Amor y Violencia, Valores Indígenas en la Sociedad Colonial**, STAVING, Ward; Capítulo III, pág. 16 y 17.

esta, de quienes usualmente se encuentran fuera de la sanción social, o sea, a las adolescentes y a las mujeres mayores solteras, pero esta “violación” de estas mujeres, muchas veces es consentida por ellas, ya que culturalmente es aceptada la utilización de la fuerza o violencia (dentro de sus comunidades endógenas y endógamas, no con foráneos), para que el hombre pueda tener relaciones sexuales con ella.

Debo señalar también que en nuestra cultura esto ha sido aplicado con diferentes matices, ya que en el pasado las relaciones sexuales con mujeres vírgenes, debían ser resarcidas a través del matrimonio, por ejemplo.

Estos ejemplos demuestran, que tenemos valores compartidos entre ambas culturas, pero también demuestra los valores disímiles o diferentes, que hay que compatibilizar, me refiero a la cuasi inexistente sanción, por quienes violen a adolescentes y a mujeres mayores solteras, por considerarlas desde su visión, como causales de matrimonio.

Por esta y otras razones, es que el reconocimiento constitucional del Artículo 1 de la C.P.E., da origen y nacimiento, a la administración de justicia comunal y con ella a la Pluralidad Jurídica, que se encuentra normada en el Artículo 171 de la Constitución Política del Estado, en sus tres párrafos.

A partir de la vigencia de este precepto constitucional es que en febrero y marzo del año 2003, el Tribunal Constitucional, dicta tres Sentencias Constitucionales, la 0143-2003-R y la 0273-2003-R, 0295 – 2003- R, que versan sobre el Derecho Consuetudinario Indígena.

Es a partir de estas Sentencias Constitucionales, que se sienta una diferenciación básica desde el punto de vista jurídico y económico a cerca de que, se debe considerar “Derecho Consuetudinario Indígena” y “Derecho Campesino”. Diferenciación a la que me adscribo desde un punto de vista holístico de las ciencias sociales y desde la cual profundizo en los aspectos jurídicos.

En la Primera Sentencia Constitucional N° 0143-2003, de Amparo Constitucional, de 6 febrero de 2003, en la que el Magistrado relator fue René Baldivieso Guzmán.

Esta Sentencia versa sobre el Derecho Consuetudinario Indígena, en la que diferencia de manera básica, las esferas en las que recaen las comunidades indígenas y las de los Sindicatos Campesinos, siendo sus consideraciones que:

Las comunidades Indígenas, se rigen por sus usos y costumbres, la tierra es titulada colectivamente y repartida entre sus miembros de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, los

frutos económicos de la comercialización de productos son divididos en beneficio de toda la comunidad

Los Sindicatos Campesinos, se rigen por sus estatutos y reglamentos, como también por otro tipo de aspectos.

Si bien es cierto que las diferencias jurídicas, sobre las que se basa el Tribunal Constitucional, para dictar Sentencia Constitucional son ciertas, no son del todo completas, pues hay elementos jurídicos y sociales, que no son tomados en cuenta y que son descritos por el Convenio 169 de la O.I.T., en su Artículo 1, ya que para la cabal comprensión del Derecho Indígena, se debe revisar los conceptos sociológico – históricos.

Vale la pena recalcar que este Convenio, fue ratificado por Ley 1257 de 11 de julio de 1991 y que se encuentra en plena Vigencia en nuestro país.

Estos elementos jurídicos señalan por ejemplo que:

- Las comunidades indígenas son aquellas que tienen conciencia de identidad indígena o tribal.
- Serán considerados pueblos indígenas o tribales, aquellos que desciendan de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista, la colonización o en el establecimiento de las actuales fronteras y que estén regidos total o parcialmente por sus Instituciones Sociales, Económicas, Culturales y Políticas, que tienen base en sus tradiciones y Costumbres.(Los sindicatos campesinos, no tienen origen en las costumbres).

Estos aspectos no sólo nos muestran las diferencias existentes entre los términos sociológico jurídicos de lo “indígena y lo campesino”, sino también, el serio error jurídico - legal, en el que recayeron nuestros legisladores al redactar las Reformas a la Constitución del 12 de agosto de 1994 y que fue promulgada con esos errores, el 12 de febrero de 1995.

Con esto quiero señalar que, independientemente de que el Poder Constituido reconozca la personería jurídica de los Sindicatos Campesinos y sus procedimientos este poder no debería haber incluido y conferido la potestad Constitucional a los Sindicatos Campesinos, de aplicar y administrar justicia, de acuerdo a sus costumbres y procedimientos (Art. 171 de la C.P.E. en su último apartado) y menos aún en el Nuevo Código de Procedimiento Penal (Arts. 28 y 391).

Estos elementos constitucionales son y serán fruto de innumerables interpretaciones erróneas de quienes se creen (campesinos) legítimos beneficiarios de estos reconocimientos legales, históricos, culturales, etc.

Por todas estas razones y con la finalidad de tener una distinción cabal de ambos términos jurídicos y sociales, desarrollamos varias pautas cultural – social, para entender la

complejidad del Derecho Consuetudinario Indígena, basándome en la experiencia de muchas instituciones nacionales e internacionales.

Estas pautas cultural sociales, nos permitirán tener una aproximación real de lo indígena, para que comprendamos la realidad de estos pueblos, sus culturas, su derecho y el inconmensurable legado material que han dejado estos a través del tiempo¹⁵, y son:

1.- La Historia.- La historia siempre ha sido importante para los indígenas latinoamericanos y por ende para los indígenas bolivianos. Las estrechas conexiones con sus antepasados y sus acciones pasadas siempre han sido guía y modelo importante para los pueblos indígenas en sus vidas cotidianas.

Un etno – historiador francés, escribió que los pueblos andino – amazónicos pensaban que el pasado se extendía plenamente visible, delante de ellos, mientras que el futuro, casi invisible, yacía detrás de ellos (Revisar tiempo y espacio en el análisis antropológico).

Incluso hoy, desde la perspectiva del indígena americano, el presente es comprensible, sólo cuando es visto a través del pasado. Es por ello que la historia oral, es el hilo que une a las generaciones y continúa jugando un papel importante en conectar a los pueblos indígenas con su pasado, permitiéndoles construir un puente entre el pasado profundo de sus antepasados (antes de la colonia), el pasado intermedio de la subyugación y la pérdida (Colonia y República donde se pierde su libertad), y el presente que muestra la esperanza y la posibilidad de cambio.

Una parte de esa historia, reivindica también a sus autoridades ancestrales y las formas de organización comunitaria, (tentas, ayllus, markas, cacicazgos, etc.) por ello es que se ha acuñado el término “autoridades originarias o naturales”, esta denominación reviste una calidad histórica que nos remite, a un tiempo anterior a la conquista, o a los primeros contactos de los indígenas con los europeos en tiempos de la colonia o de la Conformación de las fronteras estatales de cada país, calidad que no tienen los campesinos.

2.- El Lugar.- Es importante de varias formas diferentes, ya que la mayoría de los pueblos indígenas continúan conectados a un lugar o espacio geográfico (andes, Amazonía, valles, etc.) que es compartido con otros de su mismo grupo y sirve como elemento formador de su identidad personal como grupal y a la vez es fuente y sustento espiritual derivado de sus antepasados o ancestros, como también un medio de subsistencia, que ayuda a crear y recrear su Sistema Jurídico.

A partir de la formación de esta identidad individual y grupal, estos grupos comienzan a producir una cultura material diferente a la de los otros grupos indígenas (cerámica, formas de

vestir con sus respectivos textiles, mitología e inclusive formas de organización) que ocupan los mismos o diferentes lugares geográficos a los de estos grupos en sí¹⁶, pero tienen diferentes usos y costumbres diferentes, que constituyen su Derecho Consuetudinario.

3.- La Escala.- La identidad del indígena con su lugar geográfico puede variar dependiendo del punto de la escala socio - política que ocupen. La mayoría de los pueblos indígenas vive dentro de pequeñas redes de tipo comunal, construidas a través del parentesco y otras formas de relaciones sociales. Sin embargo, estas redes están arraigadas en (y dependen de) un amplio rango de otras redes sociales, políticas y económicas, superpuestas, que pueden ser descritas jerárquicamente en términos de su nivel de inclusión, por ejemplo de lo menor a lo mayor:

- a) Parentelas o Clanes.
- b) Asociaciones Comunitarias (Ayllus, Tentas, Cacicazgos, Confederación de Indígenas del Oriente Boliviano CIDOB, Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Kollasuyo, CONAMAK etc.)
- c) Municipios Indígenas (Como el que recientemente se constituirá en Izozog, provincia Cordillera del Departamento de Santa Cruz).
- d) Conglomerados Urbano – Ciudadinos de Indígenas Urbanos (El Alto de La Paz esta constituido por Indígenas aymaras; En Santa Cruz, la ciudadela, de la Villa 1º de Mayo esta compuesta en su mayoría por Indígenas provenientes del Oriente Boliviano).
- e) Estados Nación (La que constituyen y reivindican los Quechuas, Aymaras y Guaraníes).
- f) Consorcios Regionales o Inter Estatales (Los Guaraníes ocupan parte de Bolivia y la Mayoría del Estado Paraguayo, los Aymaras, parte del occidente de Bolivia, el Norte de Chile y una pequeña parte del Sur del Perú).
- g) Instituciones Globales, como el Foro Permanente de Derechos Indígenas, establecido en la O.N.U.

Hay que tomar conciencia de que la gran parte de los pueblos indígenas de Bolivia, pueden ser parte de todas estas redes sociales o al menos están influenciados por todas ellas. A medida que pensamos sobre los temas y desafíos que enfrentan, como la aplicación de su Derecho Consuetudinario, debemos tomar en cuenta el nivel de esta escala de redes, pues algunos temas pueden ser locales, otros nacionales e inclusive algunos pueden ser globales.

También el nivel de inclusión a escala regional, nacional o global, influye en la toma de “conciencia” de sus Derechos Constitucionales y de los beneficios de los Tratados y Convenios Internacionales. Esto excluye por su puesto a la parte campesina.

¹⁵ Ver, Un Tapiz Tejido a Partir de las Vicisitudes de la Historia, el Lugar, y la Vida Cotidiana, Fundación Ford y Oxfam América; Ed. Ford., páginas 14 al 19.

¹⁶ Ver, Culturas Bolivianas, de ZAMORA, Kathia y Durán, Romy, Ed. Tupac Katari, 2001.

4.- Contexto.- Esta cuarta pauta, toma en síntesis las otras tres pautas ya descritas con anterioridad, y las confronta con la cultura oficial de los grupos dominantes que controlan el Estado, por ejemplo:

- Legislación nacional e internacional – marco de derechos (formal y consuetudinario)
- Contexto político regional y nacional.
- Políticas Económicas estatales dentro del contexto de las Economías Globalizadas.
- Políticas hacia, calidad de y acceso a la educación pública y universal.
- Discriminación racial y cultural en el ámbito de la sociedad dominante.
- Herencias Estructurales y de actitudes de la era Colonial.
- Disposición y actitud entre las fuentes financieras hacia los pueblos indígenas.

Estas cuatro pautas, nos muestran las grandes diferencias que se pueden marcar por un razonamiento simple de exclusión entre “lo indígena y lo campesino” y que implican por ejemplo: Sus propios desafíos como movimientos, pues los primeros luchan por un territorio, economía e instituciones propias de buen gobierno (muchos dentro de territorios autónomos y no como micro – repúblicas), también luchan por su identidad y gobernabilidad, que son desafíos al sentido de la pertenencia, en cuanto a su historia, cultura e idioma.

Los segundos (campesinos) luchan por un mejoramiento de su vida cotidiana, en aspectos económicos que se traducen en mejor producción, en acceso de créditos, etc., estas reivindicaciones campesinas, no contemplan los objetivos de los pueblos indígenas¹⁷.

- Diferenciación Jurídica entre lo Indígena y lo Campesino.- Por el contrario y según el artículo 171 parágrafo III de la Constitución Política del Estado, se puede considerar válidas, pero incorrectamente (con el consecuente viso de ilegalidad por una mala interpretación del Convenio 169 de la O.I.T. ya que en este convenio no se habla de pueblos campesinos), incluidas a las autoridades naturales campesinas, como administradores de justicia, pues el término campesino reviste en sí, una contraposición al concepto de indígena - originario y también supone una aculturación total o parcial, hacia la cultura dominante. Por otra parte los campesinos son individuos desagregados de sus comunidades, provincias, ciudades y hasta países. Pero también responde al momento histórico global que se vivió en el siglo XX, con la lucha entre los bloques Socialista y Capitalista o “Guerra Fría” y los capítulos que se tejieron

¹⁷ Ver, Un Tapiz Tejido a Partir de la Historia, el Lugar y las Vicisitudes de la Vida Cotidiana; pags. 45 a la 47.

en China y Vietnam, denominadas revoluciones Campesinas¹⁸. En Bolivia esto, tuvo su evidente influjo.

Se aplica también un cambio de visión en lo económico que repercute en lo social, por ejemplo las tierras comunales son manejadas colectivamente y guardan sistemas económicos dobles, como el trueque al interior de su comunidad y el libre mercado de su producción agrícola o de textiles, con el exterior, siendo los resultados (dinero o productos) de estas ventas mercantiles destinados en beneficio de la comunidad indígena en su conjunto.

En el caso de los campesinos, la tierra pasa a ser manejada individualmente, convirtiéndose en propiedad privada, amparada en otros derechos y leyes, que no son de las comunidades indígenas y por el contrario son del régimen jurídico estatal. Hay que distinguir también, que en el proceso del cultivo de la tierra y los productos que resultaren de ella, se destinan a la comercialización foránea, excluyéndose en muchos casos, el trueque inter comunalmente. Los beneficios que resultan de esta comercialización de productos, son para el propietario del fundo, que puede o no destinar parte de ese monto en beneficio de su comunidad.

Para una mejor comprensión es necesario referirnos al artículo 1, inc. b) y el numeral 2 del Convenio 169 de la O.I.T., que se señalan de manera puntual que uno de los factores que diferenciará a los grupos humanos que se beneficiarán con este convenio, es la **“Conciencia de su identidad indígena o tribal”**. Por otra parte señala que los grupos que son considerados indígenas, descienden de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica perteneciente a este, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas o gran parte de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Pero también la gran parte de los artículos del Convenio 169 de la O.I.T., como el Art. 2, numeral 2, inc. b), los Arts. 5, 8, 9, 12 y demás, hacen referencia casi permanente a que los pueblos indígenas tienen valores, prácticas sociales, religiosos y espirituales propios, que tienen se plasman en sistemas económicos, cultura e instituciones propias, que mínimamente en su historia, trascienden hasta el momento de fundación de cada República.

Estos postulados del Convenio 169 de la O.I.T., señalan claramente que desde una perspectiva histórica, los Sindicatos Campesinos y sus autoridades (Secretarios Ejecutivos, Federaciones, Confederaciones, etc.) quedan fuera de este beneficio por ser posteriores a la conquista, la colonia y principalmente a la fundación de la República, ya que estas instituciones se idearon e implementaron hasta muy entrado el siglo XX. Hay que hacer notar que estas organizaciones nacieron para responder al desafío Estatal de la Reforma

¹⁸ Ver, Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Movimientos Sociales; STARN, Orin, Ed. IEP, páginas 16 y 17.

Agraria del año 1953, donde se promulga dicha Ley y 1954 donde comenzó la implementación y operativización de la Reforma.

Para ser más específico en este ejemplo, debemos revisar la historia y las normas jurídicas de una forma comparada. Utilizando en este caso a un país vecino como el Perú, que desarrolló, lo que a la postre se llamaría las Rondas Campesinas y que está reconocido expresamente en su Constitución.

En Perú y Bolivia, encontramos que los sindicatos campesinos surgen en los lugares donde “no hay” organizaciones de tipo ancestral, por lo que estas organizaciones nacen con una doble finalidad:

- Satisfacer sus necesidades.
- Copar o llenar los vacíos del propio Sistema Jurídico Estatal, como también de los vacíos o ausencia de autoridad (Ausencia de Policías, de Jueces, etc.)

Por ello se suele decir que: La justicia campesina, de reciente organización en nuestros países ha re elaborado las prácticas y leyes oficiales del Estado ¹⁹, dentro de su propia forma particular de ver y ejercer la justicia, imprimiendo un ritmo diferente a cualquier corte o parlamento, por ejemplo:

El comité ejecutivo sindical preside la asamblea campesina, realizándose al aire libre, en lo que los campesinos llaman “el lugar de los hechos”. Este puede ser el terreno, cuya propiedad esta en disputa, o el lugar de un asalto o un asesinato que se va a investigar, es ahí donde el minucioso conocimiento local de las relaciones familiares, la geografía y la chismografía entra comúnmente en juego. Todos pueden y con frecuencia lo hacen, intervenir en la andanada de cargos y descargos e intentos de moderación. La propia forma como se ubican los asistentes, en un amplio círculo, ayuda a dar a la asamblea un sentido de jurados, es como si esta asamblea hubiera desarrollado una versión vernácula del juicio por los pares.

Al finalizar el juicio campesino el presidente de la directiva del Sindicato, pregunta ¿ Qué dice la asamblea y que dice la mayoría?. En esta decisión entran en juego todos los elementos antes descritos, de simpatías o rivalidades de familias campesinas y un sinnúmero de elementos, siendo la decisión final, la evaluación que hace el presidente de la respuesta o de la votación a mano alzada. Si un dirigente no respeta la opinión de la mayoría puede ser destituido o ajusticiado rápidamente.

En síntesis esta forma de justicia, válida en algunos aspectos se da en aquellos lugares, donde no existen formas de organización pre hispánico, colonial, o que respondan al momento de fundación de las Repúblicas en América.

- **Síntesis.**- El término sociológico – jurídico de campesinos habla de aquellos individuos que se encuentran desagregados de su comunidad cultural y tradicional.

Con esto, no quiero negar que tengan tradiciones y una forma propia de aplicar el derecho, pero este responde primordialmente a las necesidades y expectativas inmediatas, que nada tienen que ver con los usos y costumbres, ancestrales, señalados en el Convenio 169 de la O.I.T., siendo la realidad que, el campesinado, construye su Derecho de forma ecléctica o desordenada, en base a los intercambios culturales, ya sea con las comunidades originarias o con los espacios urbanos que aplican el Derecho Oficial de carácter occidental.

Sobre esta diferenciación, nos da mayores luces, la definición jurídica legal de la Participación Popular que reconoce la personalidad jurídica de las Organizaciones Territoriales de Base y que en el D.S. 23858 de 9 de septiembre de 1994, en su Artículo 1, párrafo II, reglamenta y define a las Organizaciones Territoriales de Base, y dice:

a) Pueblo Indígena.- Es la colectividad humana que descende de poblaciones asentadas con anterioridad a la conquista o a la colonización, y que se encuentra dentro de las actuales fronteras del Estado, poseen historia, organización, idioma o dialecto y otras características culturales, con la cual se identifican sus miembros, reconociéndose como pertenecientes a la misma unidad socio – cultural; mantienen un vínculo territorial en función a la administración de su hábitat y de sus instituciones sociales, económicas, políticas y culturales.

Por lo que se consideran Organizaciones Territoriales de Base, a las Tentas, Capitanías, Cabildos Indígenas del Oriente, Ayllus, Comunidades Indígenas y otras formas de Organización existentes dentro de una Sección Municipal.

b) Comunidad Campesina.- Es la unidad básica de la organización del ámbito rural, que esta constituida por familias campesinas “**nucleadas o dispersas**”, que comparten territorio común, en el que desarrollan sus actividades productivas, económicas, sociales y culturales.

Esta definición jurídica encierra, las diferencias existentes entre lo “indígena” y lo “campesino” y que a todas luces demuestran las diferencias existentes entre estos grupos. Esto se ha conseguido en virtud a las aproximaciones sociológicas antes descritas, que han sido desarrolladas a cabalidad en las Normas Jurídicas, que se constituyeron en pilares del desarrollo en determinado momento.

En cuanto a la **Segunda Sentencia Constitucional N° 0273-2003-R de Hábeas Corpus**, de 5 de marzo de 2003, siendo su magistrado relator don Willman Ruperto Durán Ribera.

¹⁹ Ver, **Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Nuevos Movimientos Sociales**, STARN, Orin; páginas 50 y 51.

En principio, en esta Sentencia Constitucional, debe interpretarse un aspecto sociológico que reiterativamente se expresa en las relaciones comunitarias de los individuos de los pueblos indígenas, me refiero a las relaciones de fidelidad o rivalidad de las familias al interior de una organización comunal, en otras palabras quiero decir, que las partes (recurrentes, recurridos) suelen actuar en contra de los otros miembros de su comunidad, por rivalidades de los abuelos, padres y familiares lejanos o por cuestiones que ordinariamente consideraríamos sin insignificancia. Estos aspectos afectan sin duda, las relaciones intra comunales e intercomunales y por ende la posibilidad de administrar justicia comunitaria, basada en sus Usos y Costumbres.

Estos elementos debían ser tomados en cuenta por la Señora Fiscal, al iniciar las investigaciones, a cerca de las supuestas transgresiones de las Autoridades Comunales.

Por todas estas razones, debe sentarse a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dos posibilidades, que describo a continuación, para solucionar y en la misma medida fortalecer la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

Advierto que estas dos alternativas de solución, son referidas exclusivamente al caso de los indígenas.

1.- En el caso de plantearse una demanda o querrela, por indígenas ante las autoridades jurisdiccionales, ambas partes y no solo una, deben acreditar la solución o vulneración de su derecho u otros derechos, siendo el rol de las autoridades llamadas por ley, el mediar entre las partes. En caso de no existir la posibilidad de acreditar estos aspectos, debe utilizarse los medios de prueba debidos (testigos, prueba documental, etc.) sin la necesidad de pasar a la justicia ordinaria. Si fueran inexistentes los reclamos o afirmaciones de las partes (vulneración o solución de derechos) se mediará en la solución de dicho conflicto, tomando en cuenta sus valores, costumbres y usos propios de pueblo indígena.

2.- En el caso de que la parte demandante o querellante, solicite o demande la intervención de la autoridad jurisdiccional llamada por ley, por haberse cometido otros delitos o infracciones en contra de su persona y habiéndose comprobado la inexistencia de un proceso comunitario, la autoridad jurisdiccional solicitará que se realice, un proceso comunitario, con su participación en calidad de garante, sin derecho a voto o decisión claro está, respetando los usos y costumbres de dicha comunidad y observando a la vez el cumplimiento de los Derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

En caso de haber negativa por parte de las autoridades indígenas a la realización de dicho proceso comunitario, las autoridades jurisdiccionales se encontrarán facultadas a solucionar

dichos conflictos, basándose en la normativa vigente, con las adecuaciones debidas, en los procesos que se hayan establecido para ese efecto.

En suma esas dos alternativas, ayudarán al fortalecimiento y aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

Pero en cuanto a la aplicación del Derecho Consuetudinario, sin llegar a la vulneración Constitucional del Artículo 171 de la Constitución Política del Estado, en sus tres apartados, sin duda alguna la **Tercera Sentencia Constitucional 0295 de 11 de marzo de 2003, sobre un Recurso de Amparo Constitucional**, en que la Exma. Magistrada Relatora fue la Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, es sin duda alguna, una Sentencia Modelo que se debe seguir, para la solución de los conflictos, del **Derecho Consuetudinario Indígena y la Aplicación de la Justicia Comunitaria**.

En la resolución de dicha Sentencia Constitucional, la Magistrada, hace una correcta valoración de todos los elementos que implican el Amparo Constitucional presentado por los Miembros de una Comunidad Campesina, inclusive suspendiendo el plazo establecido para el pronunciamiento de la Sentencia, para que a través de la contratación y el estudio de equipos de profesionales especializados, se determine si dicha comunidad, se encuentra enmarcada dentro de los enunciados del Art. 171 de la C.P.E. y por lo tanto si ésta sería beneficiaria de la posibilidad de administración del Derecho Consuetudinario Indígena o Justicia Comunitaria.

En su Sentencia Constitucional, contempla la necesidad de una convergencia entre ambos sistemas jurídicos, donde se observen tanto el valor y fundamento de las culturas ancestrales como la necesidad de acatar y hacer cumplir el orden legal establecido, al punto de que, ambos encuentren la convivencia armónica, resguardando los derechos colectivos de las comunidades, como los derechos fundamentales de las personas, establecidos en la Constitución.

Incluyen también un análisis histórico – jurídico de los espacios territoriales, que tuvieron antecedentes prehispánicos, de la existencia o inexistencia de vínculos religiosos, familiares, culturales, etc.

Valorando correctamente los aspectos socio culturales y políticos del Derecho Consuetudinario Indígena y su doble relación con el Estado y por ende con los grupos dominantes, por cuanto los indígenas mantienen en la vida republicana una alternabilidad de estrategias, ya que por una parte asimilan y sobre todo “utilizan el Derecho Oficial”, como un canal de denuncia ante la sociedad nacional e internacional, pero por otra parte, mantienen y organizan, una resistencia a todo nivel, ya sea simbólica (las adaptaciones religiosas a su propia cosmovisión) o violenta (las sublevaciones indignas durante la Colonia y la República).

Lo objetable de esta Sentencia, que recae en los Legisladores y no así en la Exma. Magistrada Elizabeth Iñiguez de Salinas, es que se persiste en homogenizar a los indígenas, a los campesinos indígenas, y a los campesinos como tal, por lo que, es recomendable el estudio de, si se debe beneficiar total o parcialmente a estos grupos humanos, que no tienen vínculos prehispánicos o Republicanos o en estricta aplicación de la Ley debe marginárselos de tal beneficio.

En suma, el procedimiento utilizado, la decisión tomada y sobre todo el punto de convergencia establecido, pueden hacer que esta Sentencia Constitucional, sea la base de la Nueva Línea Jurisprudencial, sobre el Derecho Consuetudinario Indígena.

CONCLUSIONES

Las conclusiones jurídico – sociales a las que podemos llegar, son:

- a) Es necesario que los Magistrados, Jueces y Abogados, abordemos el Derecho Consuetudinario Indígena y la problemática indígena en sí, desde un punto de vista holístico y multi disciplinario de las Ciencias Sociales (Revisión Sociológica, antropológica y psicológica social).
- b) El término jurídico y sociológico de pueblo indígena, tiene ciertas características propias que el término campesino, no tiene, pues el primero supone la existencia de ciertos vínculos, como un territorio común, creencias comunes, una cultura común, igualdad racial o étnica, sistemas económicos propios, formas de organización ancestral, etc.
En cambio el segundo, no tiene este tipo de características, ya que las personas que habitan un territorio específico, pueden ser de orígenes culturales y sociales diferentes y todo lo que ha ello corresponde, por lo que los sindicatos campesinos, deben estar imposibilitados de utilizar las normas del Convenio 169 de la O.I.T., como también de la posibilidad de administrar justicia. Los países que denominan de forma correcta a los pueblos indígenas en sus respectivas constituciones, son las Repúblicas de Colombia y Ecuador.
- c) Es necesario que nuestro ordenamiento jurídico, diseñe procedimientos y recursos legales específicos, que protejan colectivamente a los pueblos indígenas y tribales de Bolivia, según el Art. 12 de la O.I.T. Para esto, el Derecho Comparado es fundamental, sobre todo la Constitución Ecuatoriana, que contempla los “Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas”.
- d) Debemos tomar en cuenta que la administración de Justicia Comunitaria, brinda la posibilidad de aprovechar positivamente la dilatada experiencia de organización y participación comunitaria, incorporándola en la Lógica Formal del Estado Boliviano, sin que

esto implique una asimilación de tipo destructivo, ya que el mismo Estado nunca ha logrado la introyección de sus normas en tales espacios socio – culturales.

e) Sobre las Sentencias Constitucionales que versan sobre el Derecho Consuetudinario Indígena, hay que sacar dos conclusiones específicas que deben ser tomadas en cuenta, en la formación de la Línea Jurisprudencial Constitucional:

- Debe establecerse jurídicamente los espacios territoriales, donde puede aplicarse el Derecho Consuetudinario Indígena y la aplicación de la Justicia Comunitaria, ya que los criterios que aporta, el Derecho Agrario Boliviano y que son tomados en cuenta por la Exma. Magistrada Elizabeth Iñiguez de Salinas en la Sentencia Constitucional 0295-2003 sobre el Recurso de Amparo Constitucional, indican que existen “comunidades campesinas y comunidades de Ex hacienda”, ambas son productos de la asimilación de los Indígenas por la Colonia y el Estado Republicano.

Estos espacios territoriales, deben ser tomados en cuenta para incluir o excluir, total o parcialmente a los campesinos de administrar y aplicar justicia.

Con esto quiero decir, que se ha constituido una Justicia Campesina, (“No Indígena, ni indígena Campesina”), en lugares donde tradicionalmente no hubo ni existió ocupación prehispánica, ni en los tiempos de conformación de las actuales fronteras Republicanas, por lo que habrá que determinar legal y jurisprudencialmente, si estas sub – centrales, centrales, sindicatos y federaciones campesinas, son beneficiarios o no del Convenio 169 de la O.I.T., ratificado por la Ley 1257 de la República.

El no establecer esta diferenciación, entre quienes son indígenas y campesinos, provocó y provocará que entreguemos la vida, los bienes y los derechos de las personas a individuos y grupos sociales que no operan según sus usos y costumbres tradicionales.

f) Igualmente debe aclararse que Justicia Comunitaria, no debe ser concebida como “Impunidad Comunitaria”, pues esta se encuentra sujeta a cumplir estrictamente los Derechos Fundamentales de la Constitución Política del Estado y los Derechos Humanos Universalmente Reconocidas.

g) También debemos tomar en cuenta, las conclusiones a que llegó en un momento dado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco Mundial, fueron claras en todos sus aspectos, en cuanto al beneficio de aplicar el Derecho Consuetudinario Indígena frente al Derecho de Corte Formal Occidental²⁰, por ejemplo:

1.- Las normas y reglas comunitarias sobre justicia coinciden con los valores de la propia cultura y cosmovisión, por lo tanto éstas son entendibles, conocidas y aceptadas por todos los comunitarios.

- 2.- Los fueros de administración de justicia son elegidos y controlados democráticamente por la base social; poseen por lo tanto un prestigio y una legitimidad muy grande.
- 3.- No existe un grupo o sector de especialistas encargados de administrar justicia, la responsabilidad recae sobre todos mediante los sistemas de cargos de tipo rotativo, compartido, electivo, etc.
- 4.- Los procedimientos y resoluciones son controlados por las instancias colectivas denominadas “asambleas”, instancias de mayor participación comunal.
- 5.- Existe una tendencia de unificación entre la organización socio – política y los fueros de administración de justicia, sin embargo se mantiene la diversidad de las funciones especializadas de cada órgano.
- 6.- El acceso a la justicia, es fácil y sin costo.
- 7.- Existe celeridad procesal, además de garantizarse una representación directa de las partes, mediante un proceso generalmente oral.
- 8.- La solución de conflictos pasa del interés privado al interés colectivo, siempre y cuando estos intereses se vean amenazados por los excesos individuales. El cumplimiento de la sanción, es controlado comunalmente.

h) En cuanto a la conformación **en sí**, de la Línea Jurisprudencial Constitucional sobre Derecho Consuetudinario Indígena, debo decir que, según el desarrollo doctrinal de los tratadistas, (incluyendo al Excelentísimo Magistrado, Presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia Dr. Willman Ruperto Durán Ribera) los requisitos para la conformación de las líneas jurisprudenciales devienen de la estructuración o inclusión de los Derechos Fundamentales de las personas, en el Derecho Positivo Interno, pues para que un Estado pueda adjetivarse el título de “Estado de Derecho” debe contener estándares mínimos exigibles, entre los que se encuentra, la subordinación de la legislación a un ordenamiento de valores expresada a través de un consenso básico, reconocidas en nuestra Constitución (o cualquier Constitución) y que abarcará mínimamente, el reconocimiento de los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. ²¹

Es a partir de esto que nuestra Constitución internaliza dentro de sus preceptos legales, no sólo los convenios y pactos, citados anteriormente, que tienen un carácter individual

²⁰ Ver, **Justicia Comunitaria, X tomos**, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Banco Mundial, Tomos 8,9, y 10. Ed. SIERPE, 1999.

²¹ Ver, **Líneas Jurisprudenciales Constitucionales Básicas**, Exmo. Magistrado Willman Ruperto Durán, 2003 páginas 29 al 44.

garantista específico, si no también incluye los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Tribales, establecidos dentro del Convenio 169 de la O.I.T.

Este reconocimiento jurídico marca un hito fundamental para muchas Constituciones Latinoamericanas, incluyendo la nuestra, pues se hace patente la necesidad de aclarar si este reconocimiento es un Derecho Fundamental o no, como también de establecer claramente quienes serán los beneficiarios de este reconocimiento (indígenas y/o campesinos). En el primer caso, la respuesta es afirmativa y se puede colegir este supuesto, a partir de la lectura del párrafo I del Artículo 171 de la Constitución, en que el Estado en el Marco de la Ley, reconoce, respeta y protege los derechos sociales, económicos y culturales de los Pueblos Indígenas de nuestro país. En el segundo caso corresponde a la Jurisprudencia Constitucional, versar con mayor puntualidad, sobre los Derechos que les corresponden a los Pueblos Indígenas y Tribales, todo esto a partir de la Sentencia Constitucional 0143-2003-R. de febrero de 2003.

Debo hacer notar también que siguiendo el hilo conductor, dejado por el Dr. Willman Durán, citando a Luis López Guerra, distingue tres generaciones de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidas:

1.- Primera Generación, CONSTITUCIONALISMO LIBERAL. (Siglos XVIII y XIX).-

En esta primera generación los derechos son de clara dimensión individual ya que protegen al individuo de amenazas externas por parte de los poderes del Estado y participación en la vida pública. Se circunscriben a esta primera generación, los Derechos Civiles (libertad de expresión, de locomoción, de propiedad privada, etc.) y Políticos (el derecho a la petición, etc.), de nuestra Constitución

2.- Segunda Generación, CONSTITUCIONALISMO SOCIAL. (1918).- En este momento histórico, se añaden a las Constituciones otros derechos que tienen en cuenta las relaciones de los individuos con su entorno social (relaciones laborales, económicas, etc.) y que suponen garantías de bienestar o prestaciones materiales (educación, salud).

Se circunscriben a esta segunda generación, los derechos sociales, enunciados en nuestra constitución, como el derecho a la Seguridad Social, a la Educación, etc.

3.- Tercera Generación, PROTECTOR DE DERECHOS COLECTIVOS.- Integra los bienes y derechos antes considerados como sobreentendidos y que son base de la vida misma, pero que comienzan a ser escasos y cuya desaparición amenaza a la colectividad como un todo: Derechos al medio ambiente, a un entorno sano, al patrimonio cultural, etc.

En este último caso, es donde debemos tomar en cuenta los avances de las otras Constituciones como la Ecuatoriana, Venezolana y Peruana que reconocen los DERECHOS COLECTIVOS y es ahí donde debe versar nuestra jurisprudencia, ya que por todas las

razones antes citadas, el Tribunal Constitucional debe interpretar el texto del Artículo 171 de la Constitución, en sus tres párrafos, tomando las pautas sociológicas antes descritas, con la finalidad de elaborar o conformar una línea jurisprudencial que internalice en los hechos, los derechos fundamentales de tercera generación (reconocidos total o parcialmente) descritos en nuestra Constitución Política del Estado y que de igual forma diferencie concreta y específicamente, en todos los aspectos, el Derecho Consuetudinario Indígena, del mal llamado Derecho Consuetudinario Campesino.

Como aspecto meramente referencial, separando la realidad, de que, el Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas – Campesinas, no ha sido estudiado y tratado, por quienes, serían sus más directos beneficiarios, y menos aún ha sido difundido a la Sociedad plena, es Conveniente, que el Tribunal Constitucional, tome algunos aspectos referenciales de dicho Anteproyecto con la finalidad de Fortalecer la Administración del Derecho Consuetudinario Indígena.

i) Es de imperiosa necesidad, porque la Constitución así lo ordena, el elaborar una ley que compatibilice, las funciones de las autoridades indígenas naturales con las atribuciones de los Poderes del Estado y sus respectivas autoridades.

A partir de la elaboración de esta ley, de la diferenciación de “lo indígena y de lo campesino” y de la comprensión de la necesidad histórica – social de gran parte de los sectores que componen el pueblo boliviano, se podrá facilitar y consolidar las Instituciones Comunitarias para la aplicación de su Derecho Consuetudinario, claro está previamente compatibilizando estas funciones con nuestro ordenamiento jurídico interno y los Derechos Humanos Universalmente reconocidos, todo esto con la finalidad de Dotar al Estado de Mayor Estabilidad, en todo orden posible.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Estado Boliviano.
- Constitución Política del Estado de Colombia.
- Constitución Política del Estado de Ecuador.
- Constitución Política del Estado del Perú.

Código Penal Boliviano y el N.C.P.P.

Convenio 169 de la O.I.T.

MESA GISBERT, Carlos Daniel ET ALTERI; **Historia de Bolivia**; Ed. Gisbert;
La Paz – Bolivia; 1998.

ZABALETA MERCADO, René y RIVERA CUSICANQUI, Silvia; **Bolivia, hoy**; Ed. Siglo
XXI; Mexicali – México; 1987.

STARN, Orin; **Reflexiones sobre Rondas Campesinas, Protesta Rural y Nuevos
Movimientos Sociales**, Ed. I.E.P.; Lima – Perú; 1991.

STAVING, Ward; **Amor y Violencia Sexual, Valores Indígenas**, Ed. I.E.P y la Universidad
del Sur de la Florida; Lima – Perú; 1996.

LARSON, Brooke; **Indígenas, Élite y Estado en la Formación de las Repúblicas Andinas**,
Ed. Universidad Católica del Perú; Lima – Perú; 2002.

FUNDACIÓN FORD, OXFAM AMÉRICA, CHASE SMITH, Richard; **Un Tapiz Tejido a
Partir de las Vicisitudes de la Historia, el Lugar y la Vida Cotidiana**; Ed. FORD; Detroit –
E.E.U.U.; 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego; **Entre la Ley y la Costumbre, el
Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina**; Ed. Instituto Indigenista
Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; México; 1990.

ROLDÁN, Roque; **Los Convenios de la O.I.T. y los Derechos Territoriales Indígenas, en
las Políticas de Gobierno y en la Administración de Justicia en Colombia, En Memoria
del Seminario Internacional de Administración de Justicia y Pueblos Indígenas**; Ed.
VAIPO, 1998.

SHANIN, Teodor; **Campesinos y Sociedades Campesinas**; Gráfica Panamericana
México D.F. – México; 1989.

STERN, Steve; **Resistencia, Rebelión y Conciencia Campesina en los Andes**;
Ed. Universidad de Wisconsin; Wisconsin - E.E.U.U.; 1992.

ZAMORA, Kathia y DURÁN Romy; **Culturas Bolivianas**; Ed. Tupac Katari;
Sucre – Bolivia, 2001.

MALENGREAU, Jacques; **Espacios Institucionales en los Andes**;
Ed. IEP y la Universidad Libre de Bruselas; Bruselas – Bélgica; 1992

GOLTE, Jurgen; **Cultura, Racionalidad y Migración**; Ed. IEP; 2001

ROSTWOROWSKI DE DIEZ CANSECO, María; **Estructuras Andinas del Poder**;
Ed. IEP; Lima – Perú; 2.000.

IRIGOYEN FAJARDO, Raquel; **Constitución, jurisdicción Indígena y Derecho
Consuetudinario, Colombia, Perú y Bolivia**; Ed. Mimeo; Barcelona – España; 1994

DURAN, Willman Ruperto; **Líneas Jurisprudenciales Básicas del Tribunal Constitucional**; Sucre – Bolivia; 2003.

RAMIREZ, Silvina y OSSIO, Lorena, MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS y el BANCO MUNDIAL; **Justicia Comunitaria, X Tomos**; Ed. Sierpe; La Paz – Bolivia; 1999