

3 de abril, 2012

Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?

Por Bartolomé Clavero*

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia avanza en la elaboración de una jurisprudencia sin precedentes en lo que interesa a derechos de los pueblos indígenas puesto que la Constitución Política del Estado marca un horizonte inédito al respecto. Avanza sin embargo en una dirección que no parece responder al compromiso de su mandato constitucional de defensa de derechos de pueblos en su calidad de única jurisdicción, la constitucional, situada por encima de la jurisdicción indígena, a lo que se debe su mismo carácter plurinacional. Asumiendo el molde de precedentes en la región con un perfil constitucional bastante inferior, como el de la Corte Constitucional de Colombia, recurre al peritaje antropológico cuando la interlocución debiera producirse directamente, sin mediaciones ni ventrilocuismos, con la justicia indígena. Se contribuye así a ningunearla a efectos constitucionales en la línea de la legislación de desarrollo de la Constitución, pues no de la Constitución misma. En vez de atender a la Constitución del Estado Plurinacional y al derecho interamericano e internacional de derechos humanos, atiende a legislación... y a antropología.

Veamos un caso bien significativo. A finales de enero de 2012 el Juez Segundo de Instrucción en lo Penal del Distrito Judicial de Sucre-Chuquisaca emite sentencia concediendo tutela respecto limitadamente a un solo derecho, el derecho al suministro de agua, y no a la totalidad de la demanda de una familia que reclama frente a un acoso finalmente traducido en expulsión de la comunidad, una expulsión que afecta desde luego a dicho concreto derecho, pero no sólo ni principalmente al mismo. Esta sentencia primera responde a una acción de libertad, que es acción constitucional, ante dicha instancia penal. La autoridad que procediera a la medida de expulsión, mediante notificación efectuada a principios del mismo mes de enero, es la Junta Vecinal de Poroma, Provincia Oropeza, Departamento Chuquisaca (JVP en adelante). Frente a la expulsión con todos sus efectos y, por ende, contra la sentencia del juzgado de lo penal sólo muy parcialmente apreciativa, la familia reclamante interpone a continuación acción de amparo ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP en adelante). Su sentencia es lo que aquí nos interesa. Es la 1422 del año 2012, del 24 de setiembre.

La acción registra el estado de vulneración de derechos fundamentales en el que la JVP sitúa a la familia reclamante: *“sufre un trato discriminatorio e injusto en su comunidad, que ocasiona que sus hijos y nietos no puedan asistir a clases”; “se procedió al corte del servicio de agua potable de su vivienda”; “le impiden ingresar al mercado donde tiene su puesto de venta de comida, fuente principal de sustento familiar”; “se le impide también efectuar el pastoreo de su escaso ganado vacuno”,...* La acción también alega que la JVP carece de autoridad sobre el territorio y la comunidad para poder admitir o expulsar por no contar con la correspondiente jurisdicción: *“La Junta Vecinal, al ser una institución moderna, no puede ser considerada nación o pueblo indígena originario y mucho menos reconocerle dominio ancestral sobre ningún territorio”,* en razón de lo cual *“la Notificación realizada el 9 de enero de 2012, usurpa funciones, viola la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y las Leyes nacionales”*. Esta medida de expulsión se alega

que en todo caso implica “*violencia física y moral, (...) tortura, infamia, muerte civil y confinamiento*”, así como violación flagrante del “*derecho al debido proceso*”. Se abunda arguyendo que la medida afecta a derechos acreedores de especial protección como sean los de mujeres y menores de edad de la familia.

La sentencia del TCP, emitida el 24 de setiembre de 2012, aprecia por entero la reclamación. Concede “*la tutela solicitada, respecto a todos los derechos denunciados como lesivos, disponiendo el cese de todo acto contrario*”. “*Se concluye que el Juez de Garantías (el de lo Penal de Chuquisaca), al conceder la tutela solamente de manera parcial, evaluó de manera incorrecta los antecedentes de la causa*”. Un tribunal constitucional no plurinacional habría sencillamente constatado que los derechos afectados son efectivamente fundamentales y que, por lo tanto, deben ampararse sin reservas, pero no es esto lo que se reduce a hacer la sentencia del TCP. La misma se extiende en dilucidar si la JVP es o no autoridad indígena y, pues la respuesta resulta positiva, en considerar el derecho indígena que debe aplicarse al caso, con lo que dicha misma resolución de tutela se basa en éste, en el derecho indígena, antes que en la propia Constitución o que en el derecho más general de los derechos humanos: “*La notificación de 15 de enero de 2012 que establece la expulsión de los ahora accionantes, es contraria a la cosmovisión del pueblo indígena originario campesino de Poroma*”, por la que se procede a anularla en todos sus términos y a todos los efectos.

Si el acercamiento a esta sentencia se hiciese desde un punto de vista meramente constitucional y no desde el plurinacional necesariamente más complejo, la misma ofrecería la impresión de un viaje para el que no hacen falta las pesadas alforjas de un largo rodeo por la condición indígena de la JVP y del derecho entonces principalmente aplicable al caso. No obstante, aparte por supuesto el amparo de la parte reclamante, en esa carga de jurisprudencia sobre la autoridad más afectada por la resolución constitucional, la autoridad indígena, reside el interés de la sentencia. Un tribunal que no sólo es constitucional, sino también plurinacional, está obligado a enfrentarse con esas cuestiones del carácter indígena o no indígena de la autoridad del acto o de los actos impugnados y del derecho a ser consecuentemente tomado en cuenta. El problema radica, no en que el TCP haga esto, sino en la forma como lo hace. Veamos.

Frente a la alegación de la parte recurrente de que la JVP no es autoridad indígena, el TCP sienta que dicha junta es parte de un entramado institucional de carácter híbrido entre comunitario y municipal, descrito por la sentencia con todo detalle; que la misma es pieza componente de una institucionalidad toda ella representativa del pueblo quechua descendiente del los Qhara Qhara precoloniales: “*Los QharaQharaSuyu es (sic) una nación originaria que pertenece al Qullasuyu*”, al territorio del Tawantinsuyu incaico que viene gruesamente a corresponderse con la Bolivia actual. En concreto, “*la Comunidad de Poroma (...) debe ser identificada como pueblo indígena originario campesino, por cuanto inequívocamente es titular de derechos colectivos referentes al ejercicio de su sistema jurídico enmarcado en su cosmovisión*”. Es en lo único en lo que el TCP no acepta la alegación de la parte reclamante, lo que no afectará a la resolución. Cómo, vamos a verlo.

A la conclusión se llega, no por autoidentificación de Poroma, sino por peritaje antropológico: “*Por la naturaleza de la controversia, se solicitó a la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, la realización de un peritaje cultural-antropológico*”, a lo que se suma otra documentación, inclusive la de una entrevista o “*encuentro*” con el Presidente de la JVP. En todo caso, el asunto se aborda y resuelve “*desde una óptica propia de antropología jurídica*” y “*según referencias bibliográficas, extraídas de los investigadores y cronistas*”, además de

dicho estudio de la Unidad de Descolonización, una dependencia burocrática del propio TCP. Un elemento de autoidentificación es suplementario e indirecto, registro del Estado mediante, bien que significativo: “*Se colige también que de acuerdo a referencias del Instituto Nacional de Estadísticas, sobre la base del censo desarrollado el año 2001, el 95% de la población del Municipio de Poroma se auto-identifica como Indígena Originaria Quechua*”.

A los efectos del acto principal impugnado, el de la medida de expulsión, la conclusión de que la JVP, aun siendo una institución efectivamente republicana y no indígena (“*data de principios de la República y fue creada para relacionarse con los municipios*”) forma parte de la institucionalidad de un pueblo indígena y puede ejercer por lo tanto competencias correspondientes a los pueblos indígenas en conformidad con los derechos registrados en el extenso artículo 30 de la Constitución (Parte I, *Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías*, Tít. II, *Derechos Fundamentales y Garantías*, Cap. IV: *Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos*). En concreto, la JVP “*representa a la población urbana del pueblo de Poroma, constituida como la máxima organización vecinal, única, democrática y representativa de todos los vecinos y vecinas que integran y pertenecen a Poroma*”. Por dicha precisa razón, ha de atenderse, para el abordaje y la resolución del caso, a la “*ritualidad y cosmovisión*” de dicha comunidad humana y en particular al *ch’uwanchar* y *althaki* o *ñan*, al sentido y al procedimiento de cultura indígena para restablecerse el orden societario y enderezarse el camino comunitario, lo que abre un horizonte mucho más amplio que el de la responsabilidad individual en material penal ante la jurisdicción no indígena del Estado.

Las cuestiones a considerarse entonces como relevantes para los *fundamentos jurídicos* de la resolución se refieren ante todo a la posición constitucional de la justicia indígena, tanto a sus competencias autónomas en virtud del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas como a su sometimiento a control de constitucionalidad, en todo lo cual la sentencia también se extiende. Se ocupa de exponer y analizar “*los alcances de la refundación del Estado Plurinacional de Bolivia a la luz del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización*” y “*el ejercicio de la Justicia Indígena originario campesina y el resguardo a derechos fundamentales*” con el consiguiente sometimiento “*al Control Plural de Constitucionalidad*”, plural se le dice porque sería el ejercido no sólo por el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, sino también por instancias jurisdiccionales no plurinacionales del Estado, para todo lo cual se combinan, aunque no siempre explícitamente, referencias a la Constitución y a la legislación sin el discernimiento debido entre un tipo y otro de normas cuando se está tratando de justicia constitucional.

El principio constitucional sobre la posición de la justicia indígena está claro y no deja de manifestarse por la sentencia: “*esta jurisdicción es autónoma y jerárquicamente idéntica a la jurisdicción ordinaria (...), generándose entre ellas una relación de coordinación más no de subordinación*”. Se formula el principio nítidamente en efecto por la Constitución: “*La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía*” (art. 178.II). La jurisdicción que se dice ordinaria es la que va desde el Tribunal Supremo de Justicia al último Juez de Instrucción en lo Penal del Distrito Judicial de Chuquisaca, ambos inclusive. En el diseño de la Constitución, la jurisdicción indígena tan sólo está sujeta al control de constitucionalidad, en defensa de derechos fundamentales, del Tribunal Constitucional Plurinacional, un tribunal con esta condición de plurinacionalidad de la que en cambio carece la jurisdicción dicha *ordinaria*.

¿Cómo es entonces que un juzgado de instrucción ejerce control? ¿Y cómo es que el TCP, tras calificar como indígena a la institución controlada por justicia *ordinaria*, no se cuestiona la competencia de dicho juzgado? No sólo no hace esto, sino que procede a una construcción que encubre la incompetencia constitucional de la justicia *ordinaria* respecto a la indígena: “A la luz del pluralismo e interculturalidad, se colige que la Administración Plural de Justicia, es única en el Estado Plurinacional de Bolivia y ha sido encomendada al Órgano Judicial, en el marco del Principio de Unidad Jurisdiccional”. Se intenta atar cabos: “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”. Lo de sistema plural o control plural de constitucionalidad no es expresión de la Constitución, sino del TCP. Sirve para encubrir la presencia de la jurisdicción *ordinaria* en un campo que no le corresponde. En lo que interesa a la jurisdicción indígena, el TCP no es *última instancia* de control, sino única.

La competencia de la justicia *ordinaria* sobre la indígena no la introduce el TCP, pues lo ha hecho la Ley de Deslinde Jurisdiccional, ley postconstitucional que se desvía con ello de la Constitución y cuya constitucionalidad el TCP se resiste, por lo que se ve, a cuestionarse. Hace más. La sombra de la ley la proyecta sobre la Constitución como si fuera ésta, con declaración de igualdad de jerarquía y todo, la que admitiera la subordinación de autoridad indígena a jurisdicción *ordinaria*. También conviene subrayar que el TCP va incluso más allá que la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Para ésta, el asunto penal es competencia de la jurisdicción indígena, dándole entrada a la *ordinaria* tan sólo a los efectos de control de constitucionalidad en garantía de derechos fundamentales. El TCP extiende la competencia del juzgado de lo penal también a este efecto de justicia penal o así prácticamente a todos los efectos.

Planteándose la cuestión de si hay responsabilidades penales pendientes por parte de miembros de la familia reclamante, la sentencia del TCP se pronuncia por entenderlas ya completamente depuradas ante la instancia del juzgado en virtud de “*providencia de 18 de febrero de 2011, suscrita por la Juez de Instrucción tercero en lo Penal de la Capital (Sucre, Chuquisaca), mediante la cual, se acepta la extinción de la acción penal por reparación integral del daño*”. Pero esta reparación se ha producido a juicio de la justicia *ordinaria*, no de la indígena. Ha de tenerse en cuenta que la medida de expulsión que el TCP anula no es arbitraria o inmotivada. La familia afectada ni suele atender el pago del suministro de agua de la comunidad ni asume compromiso alguno de reciprocidad comunitaria ni, por si algo faltaba, se caracteriza por el respeto a los bienes ajenos, comunales o particulares. Para la autoridad indígena no se trata de un acto delictivo en singular, sino de toda una trayectoria insolidaria y anticomunitaria. Ya sabemos, porque el propio TCP nos lo ha dicho, que hay principios jurídicos indígenas, como el de *ch’uwanchar* y el de *thaki o ñan*, que requieren la segunda perspectiva y no la primera, no la del juzgado de instrucción asumida por el TCP.

La jurisprudencia constitucional alega dichos principios de justicia indígena y pretende aplicarlos, pero realmente no es esto lo que hace. Ni da entrada a la autoridad indígena afectada para hacerlos valer en el caso. Podría haberla convocado de mejor manera que la de un *encuentro* con el Presidente de la JVP, sobre el que además sólo se refleja su existencia. Se habría podido remitir el caso para la decisión final a la autoridad indígena tras sentarse la jurisprudencia pertinente al amparo de derechos. Esta

práctica de devolución estaría más acorde con el espíritu de la Constitución. Sería mucho más constitucional que la de interposición de justicia *ordinaria*. El TCP interpone algo más que la presunta competencia del juzgado de instrucción. 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. No se le da entrada ni a los efectos de asunción y aplicación de la sentencia. La Unidad de Descolonización, 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. En nombre del *peritaje antropológico* el TCP se erige en intérprete que decide por derecho propio respecto a derecho indígena: “*la notificación de 15 de enero de 2012 que establece la expulsión de los ahora accionantes, es contraria a la cosmovisión del pueblo indígena originario campesino de Poroma*”, como ya está citado; “*no se respetaron los procedimientos acordes con la cosmovisión del pueblo indígena originario campesino de Poroma*”; “*la decisión sometida a control de constitucionalidad, es decir la notificación de 15 de enero de 2012, no es armónica con la cosmovisión propia del pueblo indígena originario campesino de Poroma (...) ni responde a una estricta necesidad comunitaria*”. La sentencia en efecto se fundamenta más en presunto derecho indígena que en derecho constitucional o en derecho interamericano o internacional de los derechos de los pueblos indígenas.

La sentencia se dicta “*de acuerdo a los elementos brindados en el peritaje cultural antropológico realizado por la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional*” y a la Unidad de Descolonización se le encomienda la misión colonial de llevar la buena nueva a tierra de infieles. Se le ordena “*la socialización de la presente sentencia en el pueblo indígena originario campesino de Poroma*” como forma de cumplimiento de la misma. Para que no vaya a escaparse su alcance, también se ordena a “*la Secretaría General del Tribunal Constitucional Plurinacional la difusión del presente fallo por plasmar un entendimiento fundante en cuanto a los roles del Control Plural de Constitucionalidad en relación a decisiones de la Justicia Indígena originario campesina*”. El TCP no sólo distorsiona la Constitución con esta sentencia, sino que proclama que la distorsión sienta jurisprudencia *fundante*. Para llegarse a esta culminación, todo se ha desarrollado como si la comunidad y la autoridad indígenas no existieran o como si las mismas hubieran de reducirse a ser recipiendarias de unos correctivos que le llegan desde arriba, desde una institución que así funciona más como instancia del Estado que como organismo plurinacional. La plurinacionalidad se la apropia el TCP de modo que la enerva, neutraliza y diluye. En sus manos, la misma *antropología*, una disciplina académica al fin y al cabo de raíz colonial, sigue prestando servicios de este signo colonialista.

Si de lo que se trata es de algo tan plausible como la promoción de cultura de garantía de derechos entre la justicia indígena, no es ese de acallarla y subordinarla hasta ningunearla el mejor modo de proceder. Hay otro, uno que además sintonizaría con la Constitución, precisamente el que se ha impedido por la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Si la jurisdicción *ordinaria* y la jurisdicción indígena ocupan posiciones de igualdad bajo el control de constitucionalidad en común del TCP, no hay fundamento para concederle entrada de instancia en materia constitucional a la una y no a la otra. Si la justicia indígena fuera igualmente competente para acciones constitucionales con la instancia superior del TCP, se abriría la vía para el fomento de una cultura de garantía de derechos por el propio ejercicio de jurisdicción y por la interlocución directa entre

instancias, la indígena y la plurinacional, que de este modo se habilitaría. No harían falta entonces unidades de presunta descolonización.

No hay impedimento en la Constitución para este otro escenario, uno que ya no fuere colonial, sino todo lo contrario. Es lo que el Estado Plurinacional está pidiendo a voces. Una vez que el TCP se manifiesta tan claramente contrario a este requerimiento constitucional, lo que haría falta es otra serie de leyes de desarrollo de la Constitución, esto es, otra Ley del Órgano Judicial, otra Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, otra Ley Marco de Autonomías y Descentralización, otra Ley de Deslinde Jurisdiccional,... a lo que tampoco parece que esté muy dispuesto el Órgano Legislativo. Con la actual Asamblea Legislativa Plurinacional y el actual Tribunal Constitucional Plurinacional, con el actual dominio interorgánico, transversalmente entre poderes constitucionales, de una determinada fuerza política, no parece que haya posibilidad alguna de un Estado Plurinacional en Bolivia.

* Bartolomé Clavero Salvador es jurista e historiador español, especialista en historia del Derecho. Es catedrático de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en representación de los estados de la Unión Europea en el periodo 2008-2010.

Descargar sentencia del TCP analizada:

- [Sentencia del TCP 1422/2012](#)