

PLURALISMO JURÍDICO ENÉRGICO VS. MULTICULTURALISMO SELECTIVO. UNA VISIÓN DESDE EL CONTEXTO BOLIVIANO

Rodrigo René Cruz Apaza
Investigador independiente
rodriggcruz@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

Fecha de recepción: 21 de enero de 2023

Fecha de aceptación: 04 de abril de 2023

Fecha de publicación: 30 de junio de 2023

Resumen

El progreso y afianzamiento de los derechos humanos como disciplina y como conjunto sistémico de disposiciones internacionales y constitucionales ha generado una conciencia jurídica a nivel global propensa a proscribir todo acto gubernativo o privado que los conculque; no obstante, algunos Estados, como en el caso boliviano, han asumido el paradigma del pluralismo jurídico, una forma de organización jurisdiccional que incide sustancialmente en la administración de justicia permitiendo la aplicación de penas ajenas a las previstas en la jurisdicción ordinaria por parte de autoridades judiciales indígenas. En razón de que algunas de ellas no presentan compatibilidad con los estándares mínimos de protección de derechos humanos, este escrito tuvo por objetivo contrastar analíticamente dos categorías sobre la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos en un solo sistema constitucional: pluralismo jurídico enérgico y multiculturalismo selectivo; para el desarrollo capitular fue menester, entonces, efectuar revisiones conceptuales sobre estas dos propuestas, sopesar algunas penas en uso de las comunidades indígenas y determinar el tipo de pluralismo jurídico vigente en Bolivia. Una vez concluidos estos ítems, se contó con las bases teóricas necesarias para plantear un pluralismo jurídico selectivo o focalizado en derechos humanos como resultado del trabajo. La investigación hizo hincapié en la experiencia constitucional boliviana; estuvo orientada por un paradigma multidimensional del fenómeno jurídico — consideración de cuestiones normativas, fácticas, principialistas y axiológicas— y empleó el método bibliográfico-doctrinal.

Palabras clave: Pluralismo jurídico enérgico, Multiculturalismo selectivo, Derechos humanos, Derechos fundamentales.

FORCEFUL LEGAL PLURALISM VS. SELECTIVE MULTICULTURALISM. A VISION FROM THE BOLIVIAN

Abstract

The progress and consolidation of human rights as a discipline, and as a systemic set of international and constitutional provisions has created a juridic consciousness at a global level prone to ban any governmental or private action that infringes upon them. However, some states, such as the Bolivian one, have assumed a paradigm of legal pluralism, a way of jurisdictional arrangement that has a jurisdictional impact into the administration of justice. It allows the application of penalties different from those of the ordinary jurisdiction by indigenous judicial authorities. Since some of them do not present compatibility with minimum standards of human rights protection, this work aimed to analytically contrast two categories about the coexistence of various legal systems within a single constitutional system: forceful legal pluralism and selective multiculturalism. To that end, it was needed to review both of these proposals, pondering some of the penalties used in Bolivia's indigenous communities, and establishing Bolivia's type of legal pluralism. Once these items were concluded, the theoretical grounds were set to establish a human-rights focused legal pluralism. This research focused on the Bolivian constitutional case, was directed by a multidimensional paradigm—considering normative, factual, principle-based, and axiological issues—and used the bibliographic-doctrinal method.

Keywords: Forceful legal pluralism, Selective multiculturalism, Human rights, Basic right

INTRODUCCIÓN

Durante la década de los ochenta del siglo pasado y los albores del presente, diversos Estados hispanoamericanos han declarado constitucionalmente que sus sociedades son multiétnicas, pluriculturales o plurinacionales; estas características, en contraposición a lo que pueda suponerse, no es un mero aditivo de nomenclatura estatal, sino que es una cualidad que incide en los aspectos políticos, institucionales y jurídicos de sus ordenamientos.

En el ámbito jurídico, los resultados de la pluralidad cultural presentan dos horizontes: uno normativo, y otro judicial; los pueblos indígenas han bregado arduamente por conservar y exigir el respeto a su derecho autóctono (costumbres y autoridades judiciales) por sobre las invasiones de los mandatos gubernamentales, y, después de varias décadas de lucha, han conseguido que estas demandas sean inscritas expresamente en las constituciones de sus respectivos Estados. Entonces, existiendo el reconocimiento y deber de protección a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, se formuló un constructo conceptual que pudiera significar la coexistencia de distintos sistemas jurídicos en un solo Estado: el Pluralismo Jurídico.

No obstante lo encomiable de la situación jurídica, en la misma época (siglos XX y XXI) el Derecho Internacional y Derecho Constitucional, ambos en sus parcelas específicas de los derechos humanos, adquirieron un frondoso desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial, cuyo producto es la postulación de una serie de estándares mínimos de protección de Derechos; estos parámetros tienen una amplitud y carácter categórico que podrían ocasionar fricciones entre su contenido y algunos usos y costumbres de los pueblos indígenas, en particular respecto a las penas como el azote, los cepos o la expulsión. Este conflicto es posible debido a que la fortificación de las dos disciplinas aludidas ha promovido que el respeto por los derechos humanos ostente cualidad taxativa en la conciencia de una pluralidad de pueblos del globo, *id est*¹, sea la sociedad que fuere los derechos humanos constituyen imperativos de primera atención, debiendo excluirse las prácticas que tiendan a lesionarlos. Se moldeó entonces –utilizando las palabras del profesor Bunge (2009)– un Multiculturalismo Selectivo.

A causa de la vigencia sociológica de estas dos propuestas: Pluralismo Jurídico y Multiculturalismo Selectivo, en una variedad de sistemas constitucionales, el estudio, concentrado en la realidad jurídica boliviana, tuvo por objetivo efectuar un contraste conceptual entre estas dos categorías con el propósito de postular su coordinación en un Pluralismo Jurídico Selectivo o Focalizado en Derechos Humanos. Para fundamentar teóricamente el abordaje fue imprescindible abordar las concepciones sobre el pluralismo jurídico, identificar las penas que colisionan con los estándares mínimos, determinar qué es multiculturalismo selectivo, y analizar el pluralismo jurídico boliviano.

El ensayo es esencialmente de índole teórica, se aplicó el método bibliográfico-doctrinal, consistente en la recolección documental de fuentes de

1 Latinismo que significa: «esto es o es decir».

información diversas (libros, artículos, reportes periodísticos, etc.) para analizar aspectos conceptuales y de interpretación (De Ballón, 2004); y se orientó por un paradigma multidimensional del fenómeno jurídico (consideración de cuestiones principialistas, axiológicas, fácticas y normativas) que hacen hincapié en el factor normativo.

1. Dos concepciones: Pluralismo Jurídico Desmadejado y Pluralismo Jurídico Enérgico.

1.1. Breve referencia conceptual.

La vigencia de las instituciones jurídicas de los pueblos indígenas y la acentuación de la necesidad de su respeto, garantía y conservación ha promovido que algunos Estados de Hispanoamérica adopten el paradigma del Pluralismo Jurídico. Este concepto es opuesto a las visiones monoculturales del Estado moderno y tiene fines reivindicativos, en aras de sustituir constitucional o legalmente la imposición jurídica por la coordinación entre diversos niveles de normación. Así lo destaca Luna Acevedo (2016) cuando sostiene que:

El pluralismo jurídico se define como un conjunto de órdenes normativas que pertenecen a determinados grupos humanos en un mismo espacio geopolítico. (...) El pluralismo jurídico expresa el reconocimiento que hace el Estado a los otros sistemas de justicia que practican, por ejemplo, los pueblos indígenas, como también a los otros grupos sociales que se auto-regulan ellos mismos para convivir pacíficamente (p. 261).

Obsérvese la importancia del uso de expresiones, no es una mera actividad lúdica terminológica la preferencia en esta materia del vocablo «reconocimiento» por sobre «concesión», en cuanto –por lo menos en el caso boliviano– la operatividad del derecho autóctono no fue una creación constitucional o legal *ex nihilo*² y tampoco supuso una venia del aparato estatal; sino que significó dar por cierto y otorgar cobertura constitucional y legal a las prácticas de los ordenamientos jurídicos indígenas del país.

Ergo, desde la perspectiva del autor, y esgrimiendo expresiones propias del profesor Germán J. Bidart Campos (1989), el Pluralismo Jurídico es: una modalidad de organización jurídica y política que permite constitucional o legalmente, una coexistencia de diversos sistemas jurídicos orientada por postulados dialógicos y de coordinación, en aras de arribar a mayores niveles vigencia axiológica, normológica, y sociológica.

1.2. Taxonomía general y una propuesta

Respecto a las clasificaciones sobre los pluralismos jurídicos el profesor Palacio (2000) distingue 5 tipos: a) el pluralismo en sociedades de situación colonial, b) pluralismo inmerso en la formación social capitalista, c) pluralismo en sociedades

2 Latinismo que significa: «De la nada o desde la nada».

con variedad étnica, d) pluralismo en sociedades complejas con coexistencia de submundos y subculturas, y e) pluralismo en períodos de transición o como articulación de diferentes tipos de sociedades o diversas fases (pp. 169-170).

En esta temática también puede servir de guía las enseñanzas de Wolkmer (2018), quien realiza una detallada descripción de las tipologías sobre el pluralismo jurídico. En una primera aproximación alude al pluralismo escindido en Derecho oficial y Derecho no oficial, cuyo cultor sería el profesor Masaji Chiba; posteriormente refiere el Pluralismo jurídico social y Pluralismo jurídico formal (que se bifurca en unitario e igualitario), postulado por el profesor André J. Hoekema; continuando, hace referencia al Pluralismo Jurídico Clásico (siglo XIX hasta la mitad del siglo XX, pluralismo de corte colonial), y el Nuevo Pluralismo Jurídico, propio de sociedades capitalistas modernas, que son un resultado de los aportes de los profesores Sally E. Merry y Boaventura de S. Santos; prosigue precisando el Pluralismo Jurídico autopoiesis y el Pluralismo Jurídico posmoderno. Posteriormente, en aras de objetividad y simplificación del asunto plantea el Pluralismo Jurídico Estatal y el Pluralismo Jurídico Comunitario (pp. 195-198).

De pasar revista al contenido conceptual de cada taxonomía se podrá inferir que el fenómeno del pluralismo jurídico no es una novedad en puridad del siglo pasado o del presente, sino que es una realidad vetusta en la historia jurídica de la humanidad. En la actualidad, esta categoría ha alcanzado hondos niveles de arraigo constitucional y legal, así como un desarrollo doctrinal notable, que impelió a concluir a Derpic Salazar (2009) que: «Negar el pluralismo puede terminar siendo un planteamiento absurdo, como sería en la actualidad negar la evolución o que la tierra gira alrededor del sol» (p. 25).

Considerando las propuestas taxonómicas previamente precisadas y el propósito investigativo de este trabajo, es dable plantear una clasificación que considere tres órdenes: legitimidad, validez y eficacia de las normas jurídicas (De Ballón, 2004) en el Derecho de los pueblos indígenas: *Pluralismo Jurídico Desmadejado* y *Pluralismo Jurídico Enérgico*.

El primero puede ser entendido como el sistema jurídico en el cual se reconoce la validez de las normas de los pueblos indígenas con cortapisas en su aplicación, *id est*, estas se encuentran subordinadas al Derecho estatal de tal forma que deben ser anuladas cuando su contenido prescriptivo colisione con cualquier disposición constitucional o legal. En este marco, el Derecho autóctono³ puede haber emergido cumpliendo los procedimientos de elaboración y ser legítimas, pero la dimensión de la efectividad es condicionada (casi anulada) en aras de la armonía con el Derecho estatal; así lo precisa la profesora Hayes Michel (2016) al afirmar que el Derecho Indiano proveniente de la corona española «permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus ‘usos y costumbres’ –en tanto no contradijeran la

3 Durante el transcurso del trabajo empleamos la locución «derecho autóctono» para significar y particularizar el sistema de principios, valores y normas que se originaron en los pueblos indígenas, *id est*, el Derecho característico y emergente de su cosmovisión.

religión o las leyes→ (p. 89). Este tipo fue observable en particular en el período de colonización de las naciones sudamericanas, como Bolivia y Ecuador.

El pluralismo jurídico enérgico por su parte es un sistema jurídico que reconoce al Derecho de las comunidades indígenas un ámbito de efectividad asaz amplio, debiendo preferirse la coordinación antes que la subordinación y condicionamiento. Dentro de este paradigma, el alcance aplicativo de los preceptos del Derecho autóctono ostenta una co-extensión equivalente al Derecho estatal en general por mandato de la Constitución y las Leyes; ergo, los tres órdenes del Derecho: legitimidad, validez y eficacia, concurren sin restricciones. Este modelo es avizorable, *a prima facie*, en contemporáneos sistemas constitucionales, como el ecuatoriano de 2008 y el boliviano de 2009.

La tipología presentada guarda proximidad conceptual con algunas de las clasificaciones descritas por Wolkmer (2018), pero, esta fue formulada bajo la orientación de las dimensiones de legitimidad, validez y eficacia del Derecho. En la variante desmadejada la última categoría es casi nulificada por las restricciones en su aplicación; la segunda, la enérgica, goza de los tres caracteres por imperativo constitucional y legal, aunque esto es verificable más en un plano teórico que existencial.

Sopesando las ramificaciones prácticas de la segunda variante, es menester abordar las posibles tensiones que podrían generarse en un sistema constitucional respetuoso de los estándares mínimos de protección de derechos humanos.

2. ¿Penas incontestables? Los azotes, cepos y expulsión en el pluralismo jurídico enérgico

Los azotes, los cepos y la expulsión o destierro, son sanciones que las comunidades indígenas suelen aplicar para castigar la transgresión o incumplimiento de sus preceptos por parte de sus integrantes; este es el caso del pueblo Páez de Colombia, y la comunidad de los ponchos rojos de la provincia Omasuyos y los guaraníes en Bolivia (Cruz, 2022). Las consecuencias prácticas de estas penas tienen una pronunciada incidencia en derechos relacionados con la corporeidad humana: la integridad física y dignidad humana, o derechos vinculados al domicilio, que, desde la perspectiva del autor, no se exhiben como compatibles con los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

No obstante, lo vertido, de prohijar el modelo de pluralismo jurídico enérgico estas adquirirían un carácter incontrovertible –no susceptibles de impugnación– en cuanto tendrían la venia de la Constitución y las Leyes del Estado.

Entonces se ingresaría a un escenario jurídico espinoso, por cuanto los derechos humanos inmersos en la Constitución tendrían dos planos distintos de irradiación: primero, aquel integrado por las personas no miembros de pueblos indígenas, y segundo, aquel compuesto por las comunidades indígenas. Desde este prisma, la fuerza normativa de la Constitución, por criterio propio, habría dado la

acquiescencia para la estructuración de distintos niveles de vinculación; esto es así porque la vigencia de los derechos humanos sería irrefutable en el primer plano (para los no indígenas), no tolerándose la aplicación de medidas punitivas que afecten el cuerpo o permitan el destierro de una persona; en contrapartida, en el segundo plano los indígenas serían susceptibles de ser penados por estas. Por tanto, esgrimiendo la expresión de Guastini (2001), cuando se trata de personas comunes la Constitución es *invasora*, pero cuando están involucrados indígenas la Constitución es *retraída*.

En corolario, en un paradigma enérgico de pluralismo jurídico la norma suprema del Estado retrae su carácter *erga omnes* en favor de las autoridades jurisdiccionales indígenas, abriéndose la posibilidad de excesos debido a que, como señaló el profesor Mendoza Crespo (2010) respecto al caso boliviano, otorgar: «poder y derechos a las poblaciones indígenas sin establecer límites claros, puede devenir en una situación de desborde social generalizado en el país, afectando seriamente la gobernabilidad democrática» (p. 14).

A partir de los argumentos expuestos es plausible aseverar que el pluralismo jurídico enérgico genera ramificaciones jurídicas de no hacedera resolución, motivo por el que es antes un anhelo teórico de los propugnadores del respeto pleno del derecho indígena que una realidad jurídica concreta admisible; en consecuencia, son reducidos los casos que pueden citarse para ejemplificarlo, más no nulos. V. gr., la Corte Constitucional de Colombia, en el caso denominado por la doctrina como «La sentencia del Fuede» (Albó, 2012, p. 214), dio su aval al pueblo Páez para castigar a sus miembros mediante azotes por estimarlos reducidos en cuanto a «niveles de gravedad»; contrastando la situación del pueblo Páez con el caso «Tyrer» zanjado por la Corte Europea de Derecho Humanos este organismo judicial señaló:

en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor (Sentencia N.º T-523/97, pp. 17-18).

A pesar de que esta sentencia pueda ser empleada como fulcro argumentativo para la adopción de un pluralismo jurídico enérgico, en aras de un respeto íntegro del derecho autóctono de las comunidades indígenas, la misma dispone –indirectamente– criterios que las penas no deben trascender so pena de ser consideradas inválidas por la jurisdicción constitucional: niveles de gravedad mínimos, teleología legítima (no pretender la degradación del individuo), y poseer factores que mitiguen el dolor. Existe, por consiguiente, aun en este modelo, un marco constitucional que no admite superación.

3. Sobre el Multiculturalismo Selectivo

El multiculturalismo es una propuesta de convivencia que surge por las diversas culturas, correspondientes a distintos pueblos, que habitan un mismo Estado con la finalidad de arribar a una coexistencia armónica y respetuosa. Se pretende construir Estados fundados bajo esta perspectiva porque, como bien advierte el profesor Vallés (2007), en: «la mayoría de los casos, la población de un mismo estado expresa adhesión a identidades colectivas diferentes. Ello ha permitido hablar de Estados plurinacionales, que contienen una diversidad de comunidades diferenciadas por rasgos culturales, étnicos o religiosos distintos» (p. 159). Puede citarse el ejemplo de Reino Unido, Canadá, y Bolivia.

El propósito es loable, sin embargo, desde el visor contemporáneo del Derecho Internacional y Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, resulta peligroso admitir la inserción de prácticas culturales que no compaginen con sus desarrollos tuitivos; tolerar comportamientos no acordes con el avance del respeto por los derechos del hombre podría generar retrocesos deletéreos, p. ej., el carácter patriarcal respecto al derecho sucesorio de comunidades indígenas o las restricciones en la indumentaria femenina en países árabes no guardan consonancia con los niveles de igualdad y libertad que los países de occidente ofrecen a sus ciudadanos. Por consiguiente, los intentos de incorporar este tipo de acciones en sistemas constitucionales comprometidos con la vigencia sociológica (Bidart, 1989) de los derechos humanos, deben ser obstruidos por los órganos encargados de operativizar el control de constitucionalidad.

Pero, como no todas las conductas culturales presentan tensión con los derechos fundamentales, se formula una interrogante a zanjar: ¿Es posible asumir un multiculturalismo que permita la adopción de comportamientos culturales no incompatibles con los estándares mínimos internacionales? Por descontado, este el Multiculturalismo Selectivo.

Este tipo de multiculturalismo fue planteado por el profesor Bunge (2009), como el modelo válido para regir la dinámica social de una democracia (Integral, en sus palabras); al respecto señala:

La cohesión social puede regularse a través de la legislación. En efecto, un Estado puede o bien forzar la asimilación cultural (el paradigma de la fusión cultural o *melting pot*) o bien alentar el multiculturalismo (el modelo del mosaico). Sostengo que ni la asimilación forzosa ni el multiculturalismo sin restricciones son democráticos. La primera porque es coercitiva y el segundo porque tolera cualquier tradición no democrática que un grupo étnico pueda desear importar, tal como la quema de viudas, el crimen de honor, la clitoridectomía, el matrimonio concertado, el adoctrinamiento religioso obligatorio y las prácticas sectarias violentas. Además de amenazar los derechos humanos y la democracia, el multiculturalismo sin restricciones supone la división de la sociedad en guetos. Sugiero el rechazo tanto de la asimilación forzosa como del multiculturalismo sin limitaciones y la práctica,

en cambio, del *multiculturalismo selectivo*. Este consiste en el ajuste mutuo y la tolerancia de todas aquellas prácticas que no violan los derechos humanos (p. 123).

Ahondando en la temática tratada, concluye, en páginas posteriores de la misma obra citada, que:

La democracia supone la tolerancia de todas las creencias y prácticas que no violen ningún derecho humano. En particular, implica la libertad de y respecto de la religión. (...) La democracia respeta el llevar –así como el no llevar– pañuelos en la cabeza, el culto en un templo «extranjero» o la ingestión de comida «exótica», pero no el asesinato de aquellas mujeres que salen con hombres de una fe diferente a la de sus padres ni el impedir que los hijos de los inmigrantes asistan a escuelas laicas. En consecuencia, un Gobierno democrático practicará un *multiculturalismo selectivo*. Aceptar todo lo inofensivo, aun si es ofensivo, pero rechazar todo lo perjudicial. A los potenciales inmigrantes deberíamos decirles: «Bienvenidos. Enriquezcan nuestra cultura y nuestras costumbres, pero dejen atrás su barbarie, porque ya tenemos suficiente con la nuestra» (Bunge, 2009, p. 176).

Siendo este el enfoque multicultural (selectivo) más acorde con el vigor que ostenta en nuestro siglo la cobertura y garantía de los derechos humanos, este también se perfila como el paradigma faro para el tratamiento del pluralismo jurídico en los sistemas constitucionales que permiten la aplicación del derecho indígena en sus jurisdicciones, en cuanto –y sin ánimos de ser considerados detractores de estas comunidades– el respeto por los usos y costumbres de los pueblos indígenas no es argumento suficiente para consentir la vigencia de productos culturales (penas o prácticas sociales) que conculquen los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

Ergo, habiéndose confrontado dos polos relativamente opuestos, Pluralismo Jurídico Enérgico y Multiculturalismo Selectivo, es momento de proponer un tipo de pluralismo jurídico que sea aprobado por el Derecho Internacional y Derecho Constitucional de los derechos humanos. Se advierte al lector que este será esbozado considerando preferentemente la realidad constitucional boliviana, razón por la que será menester abordar lacónicamente el desarrollo de su pluralismo jurídico.

4. Pluralismo Jurídico en Bolivia

4.1. *Pluralismo jurídico de facto y pluralismo jurídico constitucionalizado*

Antes de la llegada de la corona española, los territorios de la América meridional fueron poblados por una pluralidad de pueblos, entre ellos: los aymaras, quechuas, guaraníes, etc.; con la instalación de la Real Audiencia de Charcas (1559) y la posterior conversión estatal de esta en República de Bolivia por efecto del Derecho de Autodeterminación de los Pueblos (1825-1826), los sistemas jurídicos de las comunidades originarias serían seriamente afectados, por cuanto estuvieron

subordinados a las leyes de la autoridad española y el gobierno central del nuevo Estado. Esto provocó contiendas entre pueblos indígenas y el gobierno republicano, v. gr., el caso de los Chiriguanos en el siglo XIX y los amplios levantamientos aymaras del siglo XX (1921 en Jesús de Machaca y 1927 en Chayanta (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2007, pp. 46 y 427).

No obstante, lo referido, la escasa –o casi nula– presencia gubernamental del Estado en el vasto territorio poseído, posibilitó que diversos pueblos indígenas gozaran de una amplia autonomía respecto al ejercicio de funciones administrativas y judiciales; esta peculiar dinámica jurídica, no avalada por la Constitución ni las Leyes del Estado, permitió la configuración de un Pluralismo Jurídico de Facto. Pero, existía una situación de incertidumbre normativa, ya que se daba la posibilidad de ser intervenidos por la normatividad estatal en cualquier momento; era menester entonces trasladar la cuestión del respeto y garantía del derecho indígena del plano del ser, al ámbito del deber ser.

Uno de los profesores que propuso la inserción del jaez antropológico cultural diverso de la sociedad boliviana a nivel constitucional fue José Antonio Rivera Santiviáñez (1994), al sostener que era necesario el: «reconocimiento de la condición de un Estado multinacional y pluriétnico», construido sobre la base «de la unidad nacional en la diversidad» (p. 21). Ideas de esta índole tenían como soporte las numerosas protestas de los pueblos indígenas durante el siglo XIX y el pasado, y el desarrollo del derecho de los pueblos indígenas a nivel internacional y constitucional comparado.

Comprendido el carácter abigarrado del pueblo boliviano, por reforma constitucional de 1994, Bolivia se declaró «multiétnica y pluricultural» (art. 1); este fue un momento constitucional de notable envergadura porque principió el Constitucionalismo Multiétnico y Pluricultural en el país, y, en consecuencia, el Pluralismo Jurídico Constitucionalizado. El artículo pertinente a la materia es el 179. 3, por cuanto en él se dispuso que «Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos». Posteriormente, mediante reforma constitucional de 2004, esta situación sería confirmada sin variaciones sustanciales, ya que se reprodujo lo preceptuado en la reforma anterior cambiando únicamente el numeral por párrafo (art. 171. III).

4.2. Notas del pluralismo jurídico vigente en Bolivia

Si las reformas de 1994 y 2004 son encomiables por ser los primeros pasos para regir la administración de justicia con un enfoque plural, la de 2009 descolla por el reforzamiento y profundización del pluralismo jurídico a través del principio de plurinacionalismo y comunitarismo.

El artículo 1 de la actual norma suprema configura a Bolivia como un Estado Plurinacional Comunitario, intercultural, fundado en la pluralidad y pluralismo

jurídico, cultural y lingüístico; un modelo organizativo que fue loado por diversos autores, porque si bien Ecuador se declaró como un Estado Plurinacional previamente en 2008, a criterio del profesor Clavero (2010), Bolivia es «el primer Estado, al menos en las Américas, que se reconoce expresamente y organiza en serio como plurinacional» (p. 200).

El pluralismo jurídico inmerso en este modelo estatal se formuló a partir de la denominada «Jurisdicción Indígena Originario Campesino», a la que la Constitución confirió expresamente un rango equivalente a la Jurisdicción Ordinaria por el artículo 179, que en su parágrafo primero declara que la función judicial es única y se ejerce por la jurisdicción ordinaria, jurisdicción agroambiental, jurisdicción indígena originaria campesina y otras jurisdicciones especiales; el parágrafo segundo por su parte dictaminó que: «La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía» (Constitución de Bolivia, 2009).

La jurisdicción indígena originaria campesina halla regulación específica en los artículos 190-192, el primero de ellos determina en su parágrafo I que: «Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios»; por su parte, el artículo 191 dispuso que esta se fundamenta en el vínculo particular que existe entre un miembro y el pueblo indígena, y que esta jurisdicción se ejerce en tres ámbitos de vigencia: personal, material y territorial, preceptuándose además que se provea de una Ley de Deslinde Jurisdiccional para su regulación. En fin, el artículo 192 define la eficacia de las decisiones de la jurisdicción indígena ordenando el acatamiento por toda autoridad pública o particular, estando facultadas sus autoridades para solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado; en ese orden de ideas, se dispuso el deber de promoción y fortalecimiento estatal de este gajo de la administración de justicia en Bolivia, mediante mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y las restantes jurisdicciones reconocidas por la Constitución.

El avance es notable, el pluralismo jurídico ahora puede ser considerado como uno de los principios arraigados y caracterizadores de las instituciones constitucionales bolivianas; no obstante la envergadura de la enmienda de 2009, el desarrollo legislativo (Ley N.º 073 de Deslinde Jurisdiccional) y jurisprudencial (algunas sentencias constitucionales) serían objeto de censura por –supuestamente– haber engrilletado e incluso anegado los horizontes de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Desde la perspectiva del autor las críticas son infundadas en parte, en cuanto admitir una *deferencia constitucional amplia* respecto al pluralismo jurídico, podría generar una madeja de problemáticas de ardua ventilación por la jurisdicción ordinaria y –en especial– la constitucional. Ante la prominencia de los derechos humanos y la imperiosa necesidad de su respeto y garantía, la República de Bolivia, y aquellos Estados que guarden paralelismo con su sistema constitucional, deben asumir un paradigma plural de administración de justicia que sea compatible con

el progreso de los sistemas de protección –universal y regionales– de derechos humanos; es este modelo del cual nos ocuparemos ahora.

5. Pluralismo Jurídico Selectivo o Focalizado en Derechos Humanos

5.1. Una realidad jurídica en boga

El epígrafe que se emplea para significar este tipo de pluralismo, como acontece con otras tantas categorías jurídicas, tiene por soporte fáctico una multiplicidad de experiencias normativas predecesoras, razón por la que no es una construcción teórica novicia en puridad, sino una catalogación de algo ya existente.

El Pluralismo Jurídico Selectivo es dable hallarlo en aquellas constituciones contemporáneas que han reconocido el derecho autóctono de los pueblos indígenas. P. ej., el artículo 246 de la Constitución de Colombia de 1993 dispone:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República*. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Por su parte, el artículo 171 de la Constitución de Ecuador de 2008 establece:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, *y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales* (resaltado del autor).

Otra norma suprema que trata la materia con tónica similar a las trasuntadas es la Constitución boliviana de 2009, sobre la cual ya se hizo mención, aunque omitiendo deliberadamente algunas «cláusulas condicionantes». El artículo 190. II preceptúa que: «La jurisdicción indígena originaria campesina *respeto el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución*»; además de la cortapisa constitucional, mediante el artículo 191.II.2, se condiciona a la jurisdicción indígena legalmente, en cuanto conocerá de «los asuntos indígenas originario campesinos *de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional*».

La parte resaltada de los dispositivos constitucionales transcritos destacan las siguientes características del Pluralismo Jurídico Focalizado en Derecho Humanos: a) existencia de limitaciones constitucionales, b) existencia de limitaciones previstas en tratados y convenciones internacionales, c) existencia de limitaciones legales, y d) prioridad del respeto por los derechos humanos.

Por los ítems determinados se infiere que este modelo de pluralismo jurídico comprende la necesidad de proteger a los miembros de los pueblos indígenas ante sanciones anacrónicas contrarias al Derecho constitucional y Derecho internacional de derechos humanos. Entonces, y utilizando las directrices sentadas por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Jackson vs. Bishop* de 1968, la matriz fundamental de este sistema jurisdiccional radica en la idea de que toda forma de castigo incompatible con: los conceptos contemporáneos de decencia y dignidad humana, los preceptos de civilización, y los estándares de buena conciencia y equidad fundamental deben ser declarados inconstitucionales.

Se asume que este es el paradigma que debe seguir todo sistema constitucional que pretenda organizar su función judicial con enfoques plurales, porque la deferencia constitucional no puede sobreponerse –y generar retrocesos– al desarrollo de los estándares mínimos internacionales de derechos humanos, que en los hechos son conquistas jurídicas por su plena efectividad. Prueba de que este es el modelo a seguir lo constituye el reciente proyecto constitucional de Chile (2022), cuyo artículo 309. 1 y 2 se pliega a la importancia de permear la jurisdicción indígena con los derechos fundamentales y derechos humanos previstos en la Constitución y normativa internacional: «El Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas, los que en virtud de su derecho a la libre determinación coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. *Estos deberán respetar los derechos fundamentales que establecen esta Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte.* La ley determinará los mecanismos de coordinación, de cooperación y de resolución de conflictos de competencia entre los sistemas jurídicos indígenas y las entidades estatales» (resaltado del autor).

5.2. Réplica a los discursos críticos

Bien que el Pluralismo Jurídico Focalizado en Derechos Humanos es el tipo de pluralismo más acorde con el constitucionalismo y el derecho internacional, este fue impugnado por un conjunto de autoridades y doctrinarios en Bolivia. Se tiene la opinión del viceministro de Descolonización Félix Cárdenas, quien manifestó que:

La Ley de Deslinde Jurisdiccional para empezar es una Ley de Deslinde totalmente racista porque si la Constitución dice que son de la misma jerarquía (la justicia ordinaria e indígena), ya algunas mentalidades occidentales en el Parlamento han dicho: «no estos pobres campesinos no van a resolver temas grandes, solamente robos, hurtos», eso es racismo jurídico y los temas mayores, claro, los fiscales, los jueces que saben cómo manejar el tema, entonces la Ley de Deslinde está a contrapelo de las exigencias de la demanda de una justicia verdadera (Erbol, 2016).

En el ámbito doctrinal, Sauma Zankys (2016) afirma que antes de la promulgación de la ley deslinde vigente, el Viceministerio de Justicia Indígena

socializó un anteproyecto de ley de deslinde jurisdiccional con diferentes pueblos indígenas, el cual habría obtenido considerable aceptación porque no existía una reducción en los ámbitos de vigencia, y porque definía una competencia integral que facultaba a las autoridades indígenas a conocer una amplia variedad de temas; ergo, este sería el problema de origen de la actual regulación: no recoge todos los insumos debatidos y consensuados con las comunidades indígenas (Escuela de Jueces del Estado de Bolivia, 2016).

Análogo parecer expresa Tapia Colque (2013), en cuanto considera que la Asamblea Legislativa Plurinacional no respetó en «su integridad la propuesta construida desde las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos a la cabeza del Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina», y decidió «subordinar la Justicia Indígena a la Justicia Ordinaria al mejor estilo de los tiempos de colonización» (p. 1); posteriormente concluye:

La historia se repite, porque en la colonia a través de la recopilación de leyes de indias, se ha concedido a los caciques indios administrar justicia apenas sobre temas civiles y entre indios y los temas penales eran de competencia directa de la justicia colonial. Después de más de 500 años, estando en pleno siglo XXI y en pleno proceso de descolonización, la Ley de Deslinde Jurisdiccional a través de sus artículos 9 y 10, al restringir sus facultades plenas de impartir justicia a las NPIOC, es exactamente lo que sucedió hace 1570 años (p. 102).

A criterio del autor las críticas formuladas son insostenibles, ya que, las directrices propuestas por los personajes citados conducirían al Estado Boliviano hacia un Pluralismo Jurídico Enérgico que minaría la fuerza normativa de la Constitución, y, por ende, la plena efectividad de los derechos humanos.

El argumento de Sauma Zankys (2016) de que el anteproyecto de ley del viceministerio de justicia indígena no presentaba una reducción de ámbitos de vigencia como la actual, sino una competencia integral, es deleznable, por cuanto es la propia Constitución la que configura dichas restricciones: «La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial» (art. 191.II), encomendado a la Ley de deslinde de la regulación más prolija de esta jurisdicción.

Las razones de Cárdenas publicadas en Erbol (2016), de que la ley de deslinde produciría un racismo jurídico al no permitir resolver conflictos de trascendencia a las autoridades indígenas, también ameritan revisión; de pasar revista al art. 10.II de la Ley N.º 073 la primera impresión que genera es la amplitud de las materias vedadas al conocimiento de la jurisdicción indígena, pero, de leer pausadamente cada inciso las restricciones se exhiben como razonables en su mayoría: en materia penal, es comprensible que delitos como los de lesa humanidad, seguridad externa del Estado, trata y tráfico de personas, violación, asesinato y homicidio sean privativos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto la pena a imponer por los pueblos indígenas podría ser inferior o superior a las previstas en la legislación penal.

En materia civil, es admisible que cuando el Estado (en sus diversos niveles) sea parte o tercero interesado de un proceso la competencia jurisdiccional de los pueblos indígenas se reduzca, ya que al versar sobre intereses del Estado podrían ser afectados bienes que corresponden a la sociedad boliviana en general; a diferencias de los primeros incisos, el c) y el d) tienen una considerable vastedad objetable *a prima facie*, ya que contemplan diversas ramas del Derecho (laboral, administrativo, minero, de hidrocarburos, etc.), y por contemplar la expresión «otras que estén reservadas...». Por lo vertido, la crítica de Cárdenas es válida en principio solo respecto a la amplitud de las restricciones en razón de materia de los incisos c) y d).

En lo que atañe a la perspectiva de Tapia Colque (2013), respecto a que la jurisdicción indígena habría sido subordinada por la Ley de Deslinde con una semejanza a la experimentada por las leyes coloniales durante el gobierno de la metrópoli, es dable argüir que esta aseveración es meramente una hipérbole; los tiempos y condiciones que rigen son disímiles. La ley de deslinde tiene autorización por mandato expreso de la Constitución para regular los ámbitos de vigencia de aplicación del derecho indígena: «La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas» (art. 192. III); por esta razón, el legislador moldeó el contenido prescriptivo de dicha ley n.º 073 de una forma que no generara colisiones entre jurisdicciones, verbigracia: se reconoce la igualdad jerárquica entre jurisdicciones (art. 3); se contempla –entre otros– los principios de diversidad cultural, interpretación cultural y pluralismo jurídico con igualdad de jerarquía (art. 4, incisos c, d y e); se habilita el control de constitucionalidad respecto a las jurisdicciones existentes en el país por efecto del principio de respeto a los derechos constitucionales (ar. 5); se delimitan ámbitos de vigencia de tal forma que las jurisdicción indígena y otras sean susceptibles de coordinar y coopera antes que colisionar (arts. 7-12; y arts. 13-17).

En ese orden de ideas, es verídico que por efecto del art. 179. II de la Constitución la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina deben ostentar «igual jerarquía»; empero, no debe omitirse la importancia de haber instituido un «estrato de derecho más alto» (Zagrebelsky, 1995, p. 34) que irradia sus preceptos sobre el orbe normativo restante, ora legal, ora derecho indígena: La Constitución.

A consecuencia del modelo estatal escogido, la Ley y el derecho de las comunidades indígenas no pueden desvincularse del proceso que implica la «la permeación del contenido material y formal de la Constitución en todas las esferas del mundo jurídico y político» (Cruz, 2021, p. 293): la constitucionalización del sistema jurídico.

Ergo, dado que la jurisdicción indígena no puede superponerse a la Constitución y la jurisprudencia constitucional producida por su máximo intérprete

(el Tribunal Constitucional Plurinacional), en particular en lo referente a derechos humanos, la opinión del autor objeto de impugnación es injustificada; la igualdad jerárquica fue dispuesta respecto a la jurisdicción ordinaria, no la jurisdicción constitucional. Entonces, la historia no se repite, el derecho indígena está sujeto a una norma interna aprobada por el pueblo: la Constitución –y las leyes que esta estatuya como las pertinentes para desarrollar las jurisdicciones del Estado–, no a leyes foráneas provenientes de un imperio europeo.

5.3. Horizontes

El Pluralismo Jurídico Selectivo o Focalizado en Derechos Humanos es un modelo de organización de la función jurisdiccional más próximo al Pluralismo Jurídico Desmadejado que al Pluralismo Jurídico Enérgico; este trata de equilibrar los postulados de los paradigmas referidos, pero atribuye mayor peso al primero en cuanto la aquiescencia a todo tipo de derecho, como las penas que inciden en la corporeidad (so pretexto de respeto a la diferencia cultural), no condicen con el avance de la cultura de tutela y garantía de los derechos básicos del ser humano.

Es fehaciente que algunas culturas indígenas conservan instituciones que podrían ser estimadas como extemporáneas, como la pena de los azotes y el cepo, pero es menester precisar que estas prácticas no están escritas en piedra, sino que pueden ser proscritas explícitamente por la jurisdicción constitucional después de un amplio diálogo y debate sobre su pertinencia a la luz del Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los derechos humanos. Se añade el término «explícitamente», por cuanto a la fecha el *máximum áncora de la Constitución* no ha pronunciado una sentencia constitucional donde se declare expresamente la inconstitucionalidad de prácticas punitivas como los azotes y los cepos; es verídico que se cuenta con la SCP N.º 1048/2017-S2 de 25 de septiembre que considera a los azotes como contrarios al art. 5.1 de la convención americana, pero esta no asume una posición sólida sobre la incompatibilidad convencional del mismo.

Por tanto, por la autoridad de los principios *favor libertatis y pro homine* en un Estado que posee una sociedad abigarrada, el telos de las diversas culturas que lo integran debería ser el progreso y no retroceso, *id est*, existe la obligación constitucional y convencional de adoptar instituciones acordes a conceptos de dignidad, libertad e igualdad contemporáneos.

CONCLUSIONES

El siglo XX y el presente han sido testigos de la constitucionalización de la cualidad multiétnica, pluricultural o plurinacional en una cohorte de Estados, y la promoción internacional para la protección del derecho de las comunidades indígenas; estos fenómenos produjeron el advenimiento del Pluralismo Jurídico Constitucionalizado y el desecho del Pluralismo Jurídico de Facto.

Fue entonces que se presentó el debate en estos sistemas constitucionales sobre la proyección que deberían tener las jurisdicciones indígenas respecto a

sus semejantes. Desde un punto de vista triádico (legitimidad, validez y eficacia) existieron 2 opciones: un Pluralismo Jurídico Desmadejado, o un Pluralismo Jurídico Enérgico.

No obstante, ambos senderos son radicales por la severa reducción o hipertrofia competencial. El primero de ellos no es compatible con un Estado que se tome en serio los principios de multiétnicidad, pluriculturalidad o plurinacionalismo; el segundo también es defectuoso, porque no es compatible con un Estado que se tome en serio el imperio de la Constitución. Siendo este el panorama, corresponde plantear una tercera vía que no coarte excesivamente el derecho indígena ni lo superponga a los estándares mínimos de protección de derechos humanos; esta alternativa se comienza dibujar insuflando al debate el multiculturalismo selectivo del profesor Mario Bunge.

Ergo, con base a las directrices sentadas por el Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los derechos humanos, la comprensión de la idea de limitación y progresión en favor de los mismos, y la propuesta de Bunge, se moldea un: *Pluralismo Jurídico Selectivo o Focalizado en Derechos Humanos*; que consiste en el reconocimiento, cobertura y respeto de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas en el marco de las intimaciones imperativas del concepto contemporáneo de condición humana y sus expresiones sustanciales más fundamentales: vida, dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad.

Este tipo de pluralismo jurídico no es una novedad teórica en puridad, se encuentra en operación en el sistema constitucional boliviano, ecuatoriano y – con algunos reparos– colombiano. Se juzga que es este modelo de pluralismo el que debe ser implementado por todo aquel Estado que decida asumir el reto de dinamizar un pluralismo jurídico, particularmente cuando se trata de pueblos indígenas, por cuanto es el más acorde con los postulados vigentes en materia de derechos humanos. El reciente proyecto constitucional chileno (2022) es prueba suficiente para constatar que el Pluralismo Jurídico Selectivo o Focalizado en Derechos Humanos, es la alternativa constitucional y convencionalmente idónea.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albó, X. (2012). Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. En Boaventura de Sousa, S., y Exeni Rodríguez, J. L. (Eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (201-243). Abya Yala.
- Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bunge, M. (2009). *Filosofía política*. Gedisa.
- Clavero, B. (2010). Tribunal Constitucional entre Estado Plurinacional y pueblos indígenas: Un reto inédito en las américas. En Blickwede, V. y Zegada, M. E. (Eds.). *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 189-216). Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED – GTZ.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T-523/97.

Cruz Apaza, R. R. (2021). *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Estandarte de la Verdad.

Cruz Apaza, R. R. (2022). Los azotes y los cepos como medidas punitivas: ¿Derecho de las comunidades indígenas campesinas? *Revista Justicia (s)*, (1), 44-60.

De Ballon, J. (2004). *Métodos y Técnicas de Investigación*. Universidad Mayor de San Simón.

De Mesa, J., et. al. (2007), *Historia de Bolivia*, 6ta ed. Editorial Gisbert. Derpic Salazar, C. (2009). *Sobre el pluralismo jurídico*. Idea Internacional. Erbol. (16 de marzo de 2018). Cárdenas: La Ley de Deslinde Jurisdiccional es racista. <http://bitly.ws/Hs4m>

Escuela de Jueces del Estado de Bolivia. (14 de octubre de 2016). *02 – Módulo 2: La jurisdicción indígena originaria campesina y la ley de deslinde jurisdiccional* [Video]. Youtube. <http://bitly.ws/Hs4R>

Hayes Michel, M. Y. (2016). Pluralismo Jurídico en Bolivia. La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia [Tesis de Doctorado, Universidad de Valencia].

Luna Acevedo, H. (2016). La legitimidad social del pluralismo jurídico en Bolivia. *Temas Sociales*, (39), 243-262.

Mendoza Crespo, M. A. (2010). Experiencias de justicia indígena en el departamento de Oruro – Bolivia. En E. Cándor Chuquiruna, (Coord.). *Normas, procedimientos y sanciones de la Justicia Indígena en Bolivia y Perú* (11-67). Comisión Andina de Juristas.

Palacio, G. (2000). Pluralismo Jurídico, Neoamericanismo y Postfordismo: Notas para descifrar la naturaleza de los cambios jurídicos de fines de siglo. *Revista Crítica Jurídica*, (17), 151-176.

Tapia Colque, E. (2013). *Las restricciones de la Ley de Deslinde Jurisdiccional a las facultades ancestrales de impartir justicia en las comunidades de naciones y pueblos indígena originario campesinos* [Tesis de Grado, Universidad Mayor de San Andrés].

Tribunal Constitucional Plurinacional, SCP N.º 1048/2017-S2 de 25 de septiembre.

Vallès, J. M. (2007). *Ciencia Política, una introducción*. Ariel.

Wolkmer, A. C. (2018). *Pluralismo Jurídico, Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Dykinson.

Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*. Trotta.