



Tribunal Constitucional Plurinacional

VOTO DISIDENTE

Sucre, 27 de junio de 2013

SALA PLENA

Magistrada: Dra. Mónica Ligia Velásquez Castaños

Control previo de constitucionalidad de proyectos de estatutos o cartas orgánicas de entidades territoriales autónomas

Expediente: 02097-2012-05-CEA

Departamento: Chuquisaca

Partes: Andrés Maturano Coronado, Presidente de la Asamblea Autónoma Indígena Originario Campesino del Pueblo Indígena Originario Campesino de Mojocoya y **Eliseo Pedrazas Zárate** Secretario General de la Subcentralía Única de Trabajadores Campesinos; en el proceso de control de constitucionalidad del Proyecto de Estatuto Autonómico Indígena Originario Campesino de Mojocoya.

La suscrita Magistrada expresó su voto disidente con la Declaración Constitucional Plurinacional 0012/2013 de 27 de junio, mediante la cual se declararon inconstitucionales varios artículos del Proyecto de Estatuto Autonómico Indígena Originario Campesino de Mojocoya.

Esta magistratura ha explicado los razonamientos constitucionales por los que considero que no corresponde a este Órgano concentrado de control de constitucionalidad manifestarse, en control previo, respecto de la constitucionalidad o no de los estatutos indígena originario campesinos, disquisiciones que es necesario reiterar, puesto que condicionan el actuar de la suscrita Magistrada.

Este Despacho, ha sido disidente de la Declaración Constitucional Plurinacional 0012/2013, por razones expuestas en su oportunidad, las cuales concluyen en que conforme a los valores, principios y mandatos constitucionales, no es constitucionalmente válido efectivizar un control previo de constitucionalidad a los proyectos de estatutos indígena originario campesinos, puesto que ello repercute en una política de asimilación prohibida por constituir integración forzosa de dichos pueblos a los órganos del Estado.

En aquella ocasión se expuso los siguientes fundamentos, que es necesario reiterar, pues mantienen su vigencia y actualidad:

"Para empezar considero necesario exponer que las normas del art. 256 de la Constitución Política del Estado (CPE), establecen que en Bolivia las normas internacionales referidas a derechos humanos adquieren características supraconstitucionales en ciertas circunstancias, en particular cuando declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución Política del Estado; y de igual modo, que la interpretación de los derechos consagrados por el texto constitucional, serán interpretados de acuerdo con los tratados internacionales cuando sea posible arribar a una comprensión más favorable de los mismos.

Artículo 256.

I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Ahora bien, en el ámbito de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, existen varios convenios internacionales ratificados por Bolivia, así, además del conocido convenio 169 de la OIT, existe la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI), ratificado por la Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007; norma internacional que no sólo es un marco supra constitucional de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, pues conforme al art. 256 de la CPE, son normas que incluso tienen preeminencia sobre las que prevé nuestra Constitución Política del Estado, y por ello deben ser aplicadas, siendo por ello parámetro de constitucionalidad para la evaluación de la función que debe cumplir este Tribunal respecto de los proyectos de Estatuto autonómico indígena originario campesino.

Continuó y extrayendo algunos contenidos de ese documento internacional que resultan vitales para comprender la autonomía indígena originaria campesina, tenemos que su art. 3 dispone que: 'Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural'; precepto que proclama el derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos; potestad que se encuentra reiterado en las normas del art. 30.II.4 de la CPE.

Esa libre determinación se ejerce en un vasto ámbito; siendo el art. 4 de la propia DNUDPI el que prescribe que una de las formas es la autonomía: 'Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas'.

Ahora bien, la exposición de la autonomía indígena originaria campesina como una expresión de la libre determinación de los pueblos, la catapulta a una condición

sustantiva diferente a la de una simple autonomía territorial, pudiendo considerarse sobre todo una autonomía cultural, distinta y ponderada con referencia a los otros tipos de autonomías existentes en el país; así, es diferente de la autonomía universitaria consagrada por las normas del art. 92.I de la CPE, así como de las autonomías departamentales, municipales y regionales previstas por los arts. 277, 283 y 280, respectivamente de la CPE; interpretación respaldada por las normas del art. 289 de la misma Ley Fundamental de 2009, que establece lo siguiente: 'La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas sociales y económicas propias'.

La ponderación adicional que exige una autonomía indígena originaria campesina, es producto de la preexistencia de elementos sustantivos protegidos por el derecho internacional de los pueblos indígenas, como son el territorio, la cultura, la historia, la lengua, la organización, las instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias; las que tiene derecho a conservar, conforme al art. 5 de la DNUPDI; pero que además es obligación del Estado preservar, conforme al art. 8.2.a) de la misma norma internacional que dispone:

'2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica'.

De la misma manera, el inc. d) del mismo artículo, establece que el Estado debe establecer mecanismos para prevenir: 'Toda forma de asimilación o integración forzadas'.

Aquí conviene hacer una digresión adicional respecto de la relación de la autonomía indígena originaria campesina con las autonomías territoriales; en ese orden, conforme a las normas del art. 269.I de la CPE, Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorio indígena originario campesinos; pues bien, de esos cuatro estamentos territoriales, tres de ellos son única y exclusivamente territoriales, es decir que deben su concepción constitucional a la necesidad de dividir el territorio del Estado, para su administración y gobierno, buscando un mejor ejercicio de la democracia, distribuyendo la soberanía popular entre varios entes, en general para compartir las facultades concedidas al Estado, todo lo que en esencia sirve para lograr los objetivos estatales de forma más eficaz y eficiente.

Como se puede apreciar, es sustancialmente diferente la autonomía indígena originaria campesina, que no encuentra sustento en la voluntad estatal de distribuir la soberanía popular y las funciones del Estado, conceptos y objetivos propios del orden cultural formal a que responden las estructuras estatales de orden republicano del estado nación; en el marco de esa conclusión, es que es imperativo marginar a las autonomías indígenas originario campesinas de la simple condición de autonomías territoriales, para impulsar su verdadera identidad de autonomías culturales que reivindican formas y modos distintos en todas las áreas culturales, a las formales que el Estado desde la propia Constitución proclama para todos los demás habitantes del Estado.

La doctrina del derecho internacional de los pueblos indígenas, expone que no obstante esa conclusión, no debe comprenderse a lo indígena originario campesino al margen de los estados, sino que éstos tienen el deber de respetar su cultura, organización política, económica, etc., e incluso sus tradiciones jurisdiccionales.

Todo lo expuesto hasta ahora, nos impele a la proposición de que no se puede reducir a la autonomía indígena originaria campesina a sólo otra forma de autonomía territorial, pues ésta última no es cultural ni responde al ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos que comparten identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, y que además son anteriores a la invasión colonial española, características de todo pueblo indígena originario campesino, conforme el art. 30.I de la CPE.

Ahora bien, en opinión de este despacho, quedó por demás demostrado que las autonomías indígena originario campesinas, son una categoría propia de autonomía, instaurada en Bolivia para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos enumerados en el art. 30 de la CPE; en ese orden, estas autonomías no se encuentran regidas por las mismas normas que las autonomías departamentales, municipales y regionales, porque el cúmulo de prerrogativas emergentes del derecho internacional y de la Constitución Política del Estado, genera un blindaje a favor de su identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión; así conforme al art. 30.II de la CPE, tienen derecho a:

- 1. A existir libremente.*
- 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.*
- 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.*
- 4. A la libre determinación y territorialidad.*
- 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.*
- 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.*
- 7. A la protección de sus lugares sagrados.*
- 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.*
- 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.*
- 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.*
- 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.*
- 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.*
- 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.*
- 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.*
- 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de*

sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

Derechos que deben ser respetados por el Estado, conforme al párrafo III del art. 30 de la CPE; pero que además, deben merecer medidas protectivas contra todo intento de asimilación o integración forzadas (art. 8.2.d) de la DNUDPI.

En ese orden de ideas, la autonomía indígena originaria campesina no puede ser considerada una autonomía territorial, sino una autonomía cultural y territorial; pero aún en este caso, el término territorial encuentra dos perspectivas; a) Una primera, atinente a la división territorial del Estado, que con fines de mejor organización de la estatalidad ha sido asumida mediante mecanismos de imposición, es decir por leyes y decretos de límites departamentales y municipales, que no tiene nada que ver con la segunda perspectiva de la territorialidad; y, b) Una concepción indígena de lo territorial, que es el reconocimiento por medio de los tratados internacionales como la DNUDPI, por parte de los estados y del boliviano entre ellos, de que los pueblos indígena originario campesinos tienen una relación holística de la vida y de su relación con lo que en ella encuentran, que los integra al territorio y a su entorno, generándose a partir de ella todo lo protegido constitucionalmente: cultura, idioma, tradiciones, instituciones y cosmovisión. En este orden, el territorio autónomo indígena originario campesino, no es sólo una división al interior del Estado boliviano, es sobre todo un integración de los seres humanos que viven ahí con su territorio y a partir de ello con una serie de prerrogativas y potestades propias que emergen de su propia cultura y cosmovisión y que el Estado no sólo debe respetar, sino que también debe evitar que sean agredidas por otras culturas y por el propio estado a través de sus personeros.

Esta particular realidad consagrada constitucionalmente a favor de los pueblos indígena originario campesinos, hace que su relación con el sistema constitucional sea tenue, puesto que muchas veces es el propio sistema constitucional el que atenta contra la vigencia de sus valores culturales, tradiciones e instituciones de los pueblos indígena originario campesinos; como se puede apreciar en el análisis que hace el proyecto de declaración de las instituciones de la democracia del proyecto de Estatuto de Totorá Marka, al afirmar que la exigencia de haber sido censado para ser autoridad, sólo será aplicable si es que el censo ha sido llevado a cabo dos años antes de la elección (art. 88); lo que puede desconocer las instituciones en las que se basa la democracia de Totorá Marka, las que por ejemplo pueden precisar que las autoridades hayan convivido efectivamente con el pueblo indígena durante toda su vida, lo que vulneraría nuestro sistema constitucional en el derecho al sufragio pasivo, pero no sus costumbres; similares problemas existirán en todas las normas de los estatutos indígena originario campesinos, pues es normal la tensión entre estos dos sistemas de convivencia; razón por la que el derecho constitucional comparado, como e

colombiano, ha reducido las exigencias constitucionales para una maximización de las instituciones indígena originario campesinas; así, la Corte Constitucional Colombiana, según Rosember Ariza Santa María, en el libro *Elementos y Técnicas de pluralismo jurídico, Manual para operadores de justicia*; refiriéndose a los límites de la autonomía indígena originaria campesina, proclama que: 'Los únicos límites a esta autonomía...deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura y penas de mutilación) y libertad (prohibición de la esclavitud)'.

Ahora bien, la tensión emergente entre valores, principios, derechos y normas constitucionales y las de los pueblos indígena originario campesinos, se atempera en base a muchos criterios, instrumentos y metodología propia; a modo de ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, según Rosember Ariza en el libro ya descrito, encuentra los límites de los principios del derecho indígena originario campesino, con la ayuda de algunos elementos como: 1) La mayor o menor cohesión social del pueblo indígena específico; 2) No negación de derechos fundamentales; 3) El peso específico del valor constitucional en disputa; y, 4) la primacía de los usos y costumbres indígenas sobre el derecho secundario o normas dispositivas.

Con esas premisas, cada una de las técnicas a ser aplicadas para identificar el límite del derecho indígena originario campesino en relación al derecho constitucional formal, son herramientas que sirven para analizar casos concretos, no formulaciones estatutarias con la pretensión de normas jurídicas abstractas, generales y obligatorias para el pueblo indígena originario campesino, como vienen a ser los estatutos para la autonomía indígena originaria campesina, de lo que se deduce que el análisis de las tensiones entre el derecho indígena originario campesino, siempre se hace a partir de la existencia de un caso concreto y para averiguar el alcance de los usos y costumbres indígenas originario campesinos, pues mientras no exista problema **EL DERECHO INDIGENA ORIGINARIO CAMPESINO CONVIVE CON EL DERECHO FORMAL**, siendo ese un principio elemental que se debe asumir para respetar de forma material los derechos consagrados en el art. 30 de la CPE y en especial aquellos sistematizados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Después de ello y tomando otro elemento, la exigencia prevista por las normas del art. 292 de la CPE, para que cada pueblo indígena originario campesino elabore su estatuto, se encuentra acompañada del reconocimiento del derecho sustantivo irrenunciable, cual es que se lo hará conforme a sus normas y procedimientos propios, pero además, que el contenido será el previsto por las normas del art. 30 de la CPE que proclaman los derechos de los pueblos indígena originario campesinos y que ya han sido transcritos, así como los de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas; derecho que como ya ha sido expuesto contiene el reconocimiento de formas, tradiciones, usos y costumbres de autogobierno, los que no pueden ser contrastados con las normas constitucionales de forma previa a su aplicación, porque se encuentra garantizada la coexistencia de ambas jurisdicciones; y sólo corresponde identificar sus límites, cuando alguno de los miembros de esas comunidades indígena originario campesinas consideren que esa coexistencia es lesiva de algún derecho constitucional; análisis que se desarrollará en base a las herramientas que existen para la dilucidación de cada problema; empero, de forma previa es una labor imposible, ya que habría que efectivizarla mediante la comprensión y aplicación

de las normas constitucionales formales, las que en muchos mandatos laceran los derechos indígena originario campesinos a proclamar en el estatuto, así como sus usos, costumbres y tradiciones, cultura que para convivir con el derecho formal estatal y subsistir, requiere la no interferencia previa del Estado, sino sólo cuando alguno de los miembros del pueblo indígena originario campesino ejerza su derecho a contender sobre su aplicación.

En ese orden de ideas, y en una interpretación sistemática de las normas del art. 292 de la CPE, que disponen: 'Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley'; se tiene que la elaboración de los estatutos de las autonomías indígena originario campesinas, conforme a la Constitución y a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, obliga a que sean exceptuados de examen de constitucionalidad previo.

A mayores argumentos, se tiene que la verificación de la incompatibilidad o no del derecho indígena originario campesino con la Constitución, sólo se puede hacer cuando se verifique la aplicación del mismo, precautelando así el derecho a la vigencia de los usos, costumbres, normas y procedimientos propios de los pueblos indígena originario campesinos, y la garantía de que ningún ente estatal pretenda su asimilación o integración forzada a los cánones de convivencia establecidos por el derecho estatal; aplicando de ese modo la primacía de la Constitución por sobre otras normas, que como el art. 118.II del Código Procesal Constitucional (CPCo), que de modo tangencial refiere a los legitimados para remitir a control previo de constitucionalidad este tipo de documentos, pretende un control previo de estas normas consuetudinarias insertadas en el Estatuto indígena originario campesino, sin tomar en cuenta las peculiaridades de este tipo de documentos; pero además, respetando el principio de preeminencia del derecho indígena originario campesino por sobre las normas de segundo nivel como son las leyes.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional Plurinacional debe declarar la incompatibilidad del control previo de estatutos indígena originario campesinos con los derechos de los pueblos indígena originario campesinos y por ello la improcedencia de la presente consulta”.

En efecto, no comparto la opinión de mis colegas respecto del alcance de las funciones de este Tribunal, defendiendo más bien la tesis de que al Tribunal Constitucional Plurinacional no le corresponde efectuar control previo de constitucionalidad de los estatutos indígena originario campesinos, conforme ha sido explicado en anteriores votos disidentes

En ese orden de ideas, conforme a los argumentos expuestos en aquella oportunidad y que reproduzco ahora, continúan siendo la convicción de esta Magistratura y reiterándolos expongo el presente voto disidente a la DCP 00012/2013, misma que estudiando el Proyecto de Estatuto Autonomo Indígena Originario Campesino de Mojocoya ha manifestado opiniones que considero inadecuadas para la plurinacionalidad consagrada en Bolivia.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional

Plurinacional.

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA