

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL
SECRETARÍA TÉCNICA Y DESCOLONIZACIÓN
Unidad de Descolonización

TITULO
COMPRENSIÓN PLURAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS
CONSTITUCIONALES; Y HERRAMIENTAS PARA EL DESARROLLO DEL
PLURALISMO JURÍDICO

08 de septiembre de 2017

COMPRENSIÓN PLURAL DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES; Y HERRAMIENTAS PARA EL DESARROLLO DEL PLURALISMO JURÍDICO

Publicación:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Presidente Dr. Macario Lahor Cortez Chávez

Editor:

SECRETARÍA TÉCNICA Y DESCOLONIZACIÓN

Magistrado responsable: Dr. Zenón Hugo Bacarreza Morales

Trabajo realizado por

Teodoro Blanco Mollo (Secretario Técnico)

Daniel Amado Cáceres Copa (Jefe Unidad de Descolonización)

Héctor Luna Acevedo (Sociólogo)

Johnny German Suarez Callao (Antropólogo)

Manuel Plaza Escobar (Historiador)

Mauricio Yucra Pérez (Lingüista)

Reyna Palaguerra López (Esp. En Descentralización y Autonomías)

Ronal Victor Alanes Orellana (Antropólogo)

Derechos Reservados por Ley

Depósito Legal:

Tribunal Constitucional Plurinacional

Oficina Central Sucre

Dirección: Avenida del Maestro 300

Teléfono piloto: (591-4) 6440455

Fax: (591-4) 6912683

Diseño e Impresión:

Imprenta

Dirección:

Teléfonos:

Sucre - Bolivia

2017

PRESENTACIÓN

CONTENIDO	Pag
Introducción	5
CAPÍTULO I. SISTEMA PROCESAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	8
La gestión procesal actual	9
Razonamientos desde la visión ordinaria	19
CAPÍTULO II. CAMINANDO HACIA LA COMPRESIÓN PLURAL CONSTITUCIONAL	43
El derecho al debido proceso	44
El derecho a la defensa	68
El derecho a la libertad desde la visión de los pueblos indígenas	80
El instituto de la propiedad no es una categoría universal	95
El derecho al trabajo	111
El derecho a la tierra	116
El derecho al agua y a la vida como derechos fundamentales	127
Hábitat y/o vivienda desde la visión de los pueblos indígenas	148
CAPÍTULO III. HERRAMIENTA PARA VALORAR LA INCLUSIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES	162
Una herramienta para valorar el pluralismo jurídico	163
CAPÍTULO IV. POLÍTICAS PARA UNA GESTIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL	187
Pautas para un pensamiento alternativo	188
Carga procesal, pluralismo y descolonización	190
BIBLIOGRAFÍA	192

INTRODUCCIÓN

El profesor Boaventura de Sousa Santos plantea que la tarea de refundar nuestros Estados implica necesariamente construir un pensamiento alternativo al de occidente, como él lo llama, basado en la producción y valoración de conocimientos científicos y no-científicos, válidos o no válidos desde la percepción occidental; saberes y conocimientos que vienen no solo de los ámbitos académicos e institucionalizados, sino también de la praxis de los mismos pueblos que han sufrido de manera sistemática injusticias, desigualdades y discriminaciones por la preeminencia, tanto en el orden político, jurídico, económico y cultural, de un sistema que se basa en una sola forma de pensar, de entender, interpretar, juzgar y actuar sobre la realidad. Esto es lo que llama la emergencia de una nueva epistemología: la epistemología del sur.

Esta epistemología del sur, parafraseando al profesor Sousa, parte de una primera condición esencial: un juicio del mundo mucho más amplio que la comprensión del pensamiento crítico occidental. Una concepción de la diversidad del mundo como infinita que incluye los modos muy distintos de ser, pensar, sentir y actuar de cada pueblo, de concebir el tiempo, de organizar la vida, la economía, el ocio, etc. Parte de la premisa de que no hay ignorancia o conocimiento en general, sino que toda la ignorancia es ignorante de un cierto conocimiento, y todo el conocimiento es el triunfo de una ignorancia en particular. Esta incompletitud del conocimiento, dice él, es condición necesaria para comprender que la utopía del *interconocimiento* que comienza, entonces, con la asunción de que todas las prácticas de relaciones entre los seres humanos, así como entre los seres humanos y la naturaleza, implican más de una forma de conocimiento.

La segunda idea central que nos plantea Sousa Santos es la traducción intercultural, la cual la entiende como la posibilidad de crear inteligibilidad recíproca y complementaria, proposición que va en contra del estatuto de totalidad exclusiva que asume una cierta forma de conocimiento bajo una pretensión de universalidad aplicable a todas las culturas y realidades. Entonces, la lucha por su refundación del nuevo Estado es la inauguración de una nueva forma de conocimiento que debe pasar necesariamente, tanto por una lucha social, política como por una colisión de mentalidades, hábitos y subjetividades. Él define al Estado liberal moderno como la construcción política de la descontextualización del mundo de vida, basada en un estatuto de universalidad de la ciencia, la política, la economía y el derecho, independientemente del contexto, hegemonía que, por el otro lado, se expresó en la homogeneización de las distintividades y la atomización indiferente. Entonces, la refundación del Estado significa crear algo nuevo, reconocer la existencia de un debate civilizatorio en plena vigencia. Esta colisión y conflictividad de mentalidades y pensamientos, es lo que carácter constituyente de nuestros procesos sociales que vivimos.

El texto que nos ocupa, pone en mesa de análisis algunos de los institutos jurídicos que son frecuentes en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, tales como el debido proceso, los derechos a la defensa, a la libertad, a la propiedad, al trabajo y a la tierra, la seguridad jurídica, el agua y la vivienda. La importancia de este ejercicio radica en que se ponen en cuestionamiento la forma tradicional de interpretación de los mismos y se proponen formas de interpretaciones alternativas a partir de la experiencia de los pueblos indígenas, los afrodescendientes, los campesinos y las mujeres; así como la reflexión misma de pensadores y analistas. Conscientes de nuestra opción de sumarnos a esta tarea de refundar el Estado, planteamos poner a prueba toda una reingeniería conceptual que nos permita entender la fragilidad de estos institutos cuando se confrontan con la diversidad, por un lado, y, por otro, mostrarnos caminos aplicables para la comprensión del derecho y la justicia en las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Esto supone necesariamente reinventar, resignificar, reconstituir la forma de entendimiento de estos institutos jurídicos y, de ese modo, participar de la construcción de un *pensamiento alternativo* en el ámbito del derecho constitucional que sea capaz de irradiar a todo el sistema jurídico actual que se caracteriza por su estancamiento en conceptos y teorías basadas en la filosofía socrática de la razón.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, por mandato de la Asamblea Constituyente, tiene la más alta responsabilidad de garantizar el acceso a la justicia plural para todo el pueblo boliviano. Desde 2012 ha asumido el reto de cambiar su concepción de la interpretación constitucional y los métodos tradicionales empleados para la labor hermenéutica y en el Plan Estratégico Institucional (2015 – 2019) se ha propuesto realizar esta labor tomando como punto de partida la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Este texto que presentamos se inscribe en este mandato: ver la forma como se entienden estos institutos jurídicos, no solo desde su razonamiento occidental, sino y ante todo, desde lo plural, es decir, desde una concepción mucho más amplia y crítica basada esencialmente en la praxis de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

El texto está organizado de la siguiente manera. En un primer capítulo se analiza el sistema de gestión procesal actual en la medida en que la carga procesal durante estas gestiones (2012 a 2017) se constituye en una de las principales limitaciones para el desarrollo del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización. Se sustenta este análisis mostrando, a partir de las mismas resoluciones constitucionales, cuáles han sido los razonamientos que se han desarrollado en torno a estos institutos jurídicos.

En un segundo capítulo, se presenta lo novedoso del texto: la comprensión plural aplicada a estos institutos jurídicos. En cada uno de estos ensayos se presentan las interpretaciones de lo que se considera pluraliza el entendimiento de estos institutos. Para la construcción de los mismos, se ha recurrido tanto a las mismas resoluciones constitucionales, información obtenida de las fuentes de campo; así, como a fuentes bibliográficas diversas.

En un tercer capítulo, están algunas propuestas que fundamentan la necesidad de reducir la carga procesal que ingresa al TCP. Es así que se plantea la necesidad de implementar filtros en ingreso masivo de acciones de amparo constitucional y de acciones de libertad; así, como la identificación de áreas temáticas de análisis que deberían implementarse, por cuanto –desde nuestra perspectiva- constituyen problemáticas muy profundas que, de alguna manera, inciden en nuestra realidad nacional. Se complementa este análisis con la propuesta de profundizar un área muy débil en la justicia: los procesos formativos y dialógicos, por cuanto “derecho que no se conoce, derecho que no se ejerce”.

El cuarto capítulo constituye una propuesta de una herramienta, la cual, por medio de sus indicadores, permita valorar o calificar una resolución constitucional, determinando sus elementos de incorporación plural, desde la formulación del problema, la fundamentación, el caso concreto y la decisión; ejercicio que permita alcanzar el propósito constitucional de lograr una sociedad justa y armoniosa.

Capítulo I

Sistema procesal y garantías constitucionales

1. El control plural de constitucionalidad y la carga procesal del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)

El control de constitucionalidad puede entenderse como aquella actividad política o jurisdiccional (de acuerdo al modelo que se adopte) que tiene la finalidad de garantizar la primacía de la Constitución, la cual debe ser acatada y cumplida por todos los órganos del poder público, por los gobernantes y gobernados, así como también debe ser aplicada con preferencia a las leyes, decretos y/o cualquier género de resoluciones¹. En tanto, el control plural de constitucionalidad, una propuesta desarrollada desde el Tribunal Constitucional Plurinacional, tiene por objeto materializar el pluralismo jurídico establecido en la Constitución Política del Estado, asegurando de este modo la vigencia y ejercicio del pluralismo jurídico en Bolivia, misma que debe desarrollarse a través de la interpretación intercultural de los derechos y garantías en la justicia constitucional, estableciendo los límites de las distintas jurisdicciones (ordinaria, agroambiental e indígena originario campesino) para el ejercicio de sus competencias, así como el establecimiento de elementos de articulación entre éstas, propiciando y coadyuvando al diálogo y coexistencia entre jurisdicciones que deriven en la consolidación de la convivencia armónica entre los miembros de la sociedad plural boliviana.

El marco normativo que sustenta el trabajo del Tribunal Constitucional Plurinacional compone de los siguientes instrumentos: a) la Constitución Política del Estado, que establece las funciones, su conformación y competencias del Tribunal Constitucional Plurinacional (CPE, arts. 196-204), b) la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley 027), que regula la estructura, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional, c) el Código Procesal Constitucional (Ley 254) que tiene por objeto regular los procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, así como las acciones de defensa ante Juezas, Jueces y Tribunales competentes, d) el Manual de funciones del personal y e) el Manual de Procesos y Procedimientos aprobado por el Pleno del TCP, mediante Acuerdo Administrativo TCP-DGAJ-SP-093/2013 de 29 de noviembre de 2013 y actualizado mediante el Acuerdo Administrativo TCP-AL-SP-052/2014 de 9 de septiembre de 2014, vigente hasta la fecha. En este marco, el sistema plural de constitucionalidad faculta al TCP a ejercer el control de la normativa ordinaria, así como la normativa de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NyPIOC), conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones, entidades y órganos del poder público; y, revisar las resoluciones de la

¹ Alan García, La Configuración del Sistema de Control de Constitucionalidad en Bolivia de acuerdo con la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, en Revista de Derecho Público.

jurisdicción indígena originario campesina cuando se considere que las mismas vulneran derechos fundamentales y garantías constitucionales.²

A través de este tipo control respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, llamado también ámbito tutelar, se verifican si las autoridades, funcionarios públicos o particulares, amenazaron con lesionar o lesionaron estos derechos y garantías constitucionales que protege nuestra norma suprema, disponiendo en todo caso el cese de estas vulneraciones. Este control comprende a las Acciones de defensa, Acciones de libertad, Acciones de amparo constitucional, Acciones de protección a la privacidad, Acciones de cumplimiento y la Acción popular.

En cuanto al control competencial, el TCP conoce y resuelve los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público; los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas; el recurso directo de nulidad y los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental. También se encuentra dentro de este ámbito de control el recurso contra resoluciones del órgano legislativo plurinacional que afecten a uno o más derechos; sin embargo, en este caso el recurso se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En tanto, en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, se verifican las condiciones de validez formal y material de las normas jurídicas contrastándolas con las disposiciones constitucionales y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Este control normativo es ejercido a través de diferentes acciones tales como: Acción de inconstitucionalidad (abstracta o concreta). Esta verificación de validez formal y material de las normas jurídicas se desarrolla a través de dos modalidades: Control previo, que involucra proyectos de ley, normas básicas, preguntas para referendo, control de tratados y convenios internacionales y consulta del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado. En tanto que el Control posterior, comprende la Acción de inconstitucionalidad (abstracta y/o concreta), los Recursos contra tributos, impuestos, tasas patentes, derechos o contribuciones especiales y Consultas de autoridades indígena originaria campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto.

Es así que, durante las gestiones 2012 a junio de 2017, ingresaron el TCP 19.730 expedientes, de los cuales 2.648 corresponden a control normativo y 17.082 al control tutelar (Ver cuadro 1). Como podrá advertirse en el cuadro siguiente, existe una diferencia radical entre acciones que corresponden al control normativo con respecto a las de control tutelar. ¿Cuál la explicación que se puede encontrar a esta diferencia? En un documento de análisis elaborado por la Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales (APEC) se concluye que el mundo

2 Dr. Ruddy José Flores Monterrey. PROCESOS CONSTITUCIONALES EN EL MARCO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA. Cartagena de Indias, diciembre de 2013.

litigante hace un uso y abuso de estas acciones de defensa (principalmente las Acciones de Amparo constitucional y Acción de libertad) a los cuales han llegado a considerar como una instancia más dentro los procesos ordinarios, desnaturalizando de este modo su esencia como mecanismo de defensa. Asimismo, dice, existe un desconocimiento del cumplimiento de los principios de subsidiariedad e inmediatez que deben cumplir estas demandas, antes de ser resueltas por los Tribunales de garantía que son enviados luego al TCP en revisión. De esta manera, entre otros, esta instancia académica del TCP ha recomendado la necesidad de planificar acciones compartidas con los colegios de abogados para desarrollar eventos de capacitación y actualización con relación a la tramitación de las acciones de defensa, aplicar mecanismos preventivos internos y externos que eviten este incremento, concertar con las autoridades jurisdiccionales criterios uniformes respecto de la resolución de estas acciones conforme la jurisprudencia constitucional, evaluación, seguimiento y monitoreo de la gestión procesal permanente, etc.³

Cuadro 1

Total de recursos ingresados al TCP entre las gestiones 2012 a junio 2017

Acciones y recursos ingresados al TCP	Gestiones						Total ge- neral
	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	2.017	
Normativo	673	488	585	388	341	173	2.648
Acción de Inconstitucionalidad			1				1
Acción de Inconstitucionalidad Abstracta	29	34	58	29	28	19	197
Acción de Inconstitucionalidad Concreta	507	281	349	202	165	87	1.591
Conflicto de competencias entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas y entre estas			1		3	2	6
Conflicto de Competencias Jurisdiccionales	13	26	36	34	33	32	174
Conflicto de competencias y atribuciones entre órganos del poder público		1	4				5
Conflicto de competencia y controversia	4						4
Consulta Autoridades Indígena Originaria Campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto	1	5	5	9	9	3	32
Consulta Constitucionalidad de Tratados y Convenios						1	1
Consulta Constitucionalidad Leyes, Decretos Resoluciones	1	1					2
Consulta sobre la constitucionalidad de proyectos de estatutos o cartas orgánicas de entidades territoriales autónomas	31	82	71	49	7	6	246
Consulta sobre la constitucionalidad de preguntas de referendo		1	6	16	32	5	60
Consultas sobre la Constitucionalidad de proyectos de Ley	1	3	1	1	1	1	8
Recurso contra Resoluciones Legislativas	1	2	3	2		1	9
Recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales	2	4	1	1	6		14
Recurso Directo de Nulidad	78	48	49	45	57	16	293
Recurso Directo o Abstracto de Inconstitucionalidad	1						1
Recurso Indirecto de Inconstitucionalidad	4						4
Tutelar	1.791	2.805	3.322	3.465	3.760	1.939	17.082
Acción de Amparo Constitucional	954	1.595	1.873	2.120	2.386	1.180	10.108
Acción de Cumplimiento	29	34	33	36	37	22	191
Acción de Libertad	797	1.165	1.387	1.272	1.317	725	6.663
Acción de Protección Privacidad	2	1	12	6	3		24
Acción Popular	9	10	17	31	17	12	96
Total general	2.464	3.293	3.907	3.853	4.101	2.112	19.730

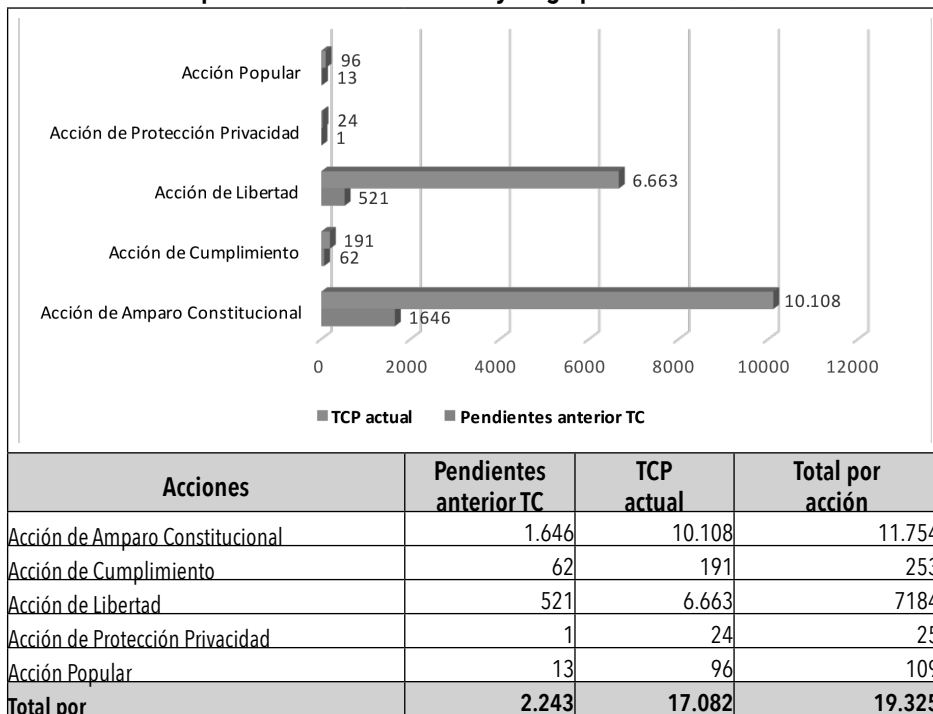
Fuente: Unidad de Planificación del Tribunal Constitucional Plurinacional, 2017.

1.1 Carga procesal en el ámbito de las acciones tutelares

La carga procesal de TCP en lo que respecta a las acciones tutelares es mucho muy superior a las que corresponden al control normativo. Para la gestión del Tribunal Constitucional Plurinacional (2012 a 2017) es de 17.082 expedientes de los cuales 10.108 corresponden a la Acción de Amparo Constitucional, en tanto que la Acción de Libertad cuenta con 6.663 casos. En rangos menores están la Acción de Cumplimiento con 191, la Acción de Protección Privacidad con 24 y la Acción Popular con 96. A esta cantidad debe sumarse las causas pendientes dejadas por el anterior Tribunal Constitucional que fueron tramitadas por la Sala Liquidadora conformada exclusivamente para resolver esta mora procesal, llegando a alcanzar 19.325 causas, 2243 que fueron resueltas por la Sala Liquidadora y 17.082 al actual TCP (Ver gráfico 1).

Gráfico 1

Causas pendientes del anterior TC y carga procesal actual del TCP

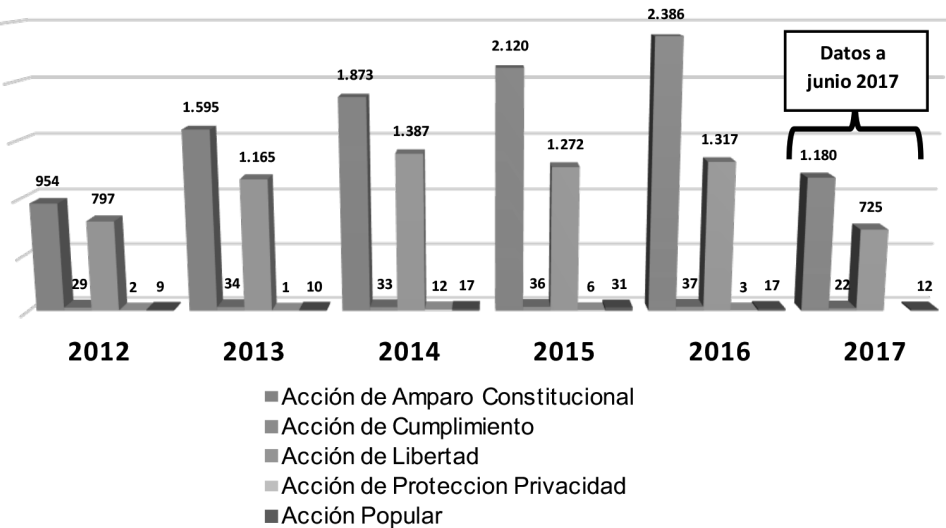


Fuente: elaboración por la Unidad de Descolonización en base a la información proporcionada por la Unidad de Planificación e informes del TCP 2011.

Haciendo un recuento rápido desde enero de 2012 hasta el mes de junio de 2017, se puede apreciar que del total de acciones ingresadas, un 59% fueron acciones de Amparo Constitucional (AAC), 39% Acción de Libertad (AL), con el 1% se encuentran la Acción de Cumplimiento (AC) y la Acción Popular (AP) y por ultimo con un porcentaje menor al 1% se encuentra la Acción de Protección a la Privacidad (APP). En acá también se puede apreciar la gran diferencia que existe entre las AAC y las AL con relación a las otras acciones tales como la AC, APP y AP. Todo esto vuelve a ratificar el uso instrumental que el mundo litigante le da a esta acción de defensa prevista por la Norma suprema.

Desglosando por años, en las gestiones 2015 y 2016 muestran una mayor cantidad de causas ingresadas (ver gráfico 2). En todos estos casos, son las AAC y las AL las que tienen mayor carga procesal. Como podrá apreciarse, son las AAC y AL las que son frecuentemente requeridas por el mundo litigante, en contraste con las otras acciones que cuyo peso procesal es ínfimo en comparación. ¿Por qué se da esta diferencia tan radical entre la AAC, AL con respecto de las otras acciones de defensa? La respuesta parece estar en la forma de tutela que ejerce la justicia, amparando principalmente los derechos individuales. Ante todo, las principales demandas del mundo litigante son las vulneraciones a los derechos fundamentales y las garantías constitucionales.

Gráfico 2
Carga procesal del Tribunal Constitucional Plurinacional por gestiones



Acciones ingresadas al TCP Tutelar	Gestiones						Total
	2.012	2.013	2.014	2.015	2.016	(junio)2.017	
Acción de Amparo Constitucional	954	1.595	1.873	2.120	2.386	1.180	10.108
Acción de Cumplimiento	29	34	33	36	37	22	191
Acción de Libertad	797	1.165	1.387	1.272	1.317	725	6.663
Acción de Protección Privacidad	2	1	12	6	3		24
Acción Popular	9	10	17	31	17	12	96
TOTAL	1.791	2.805	3.322	3.465	3.760	1.939	17.082

Fuente: Datos de la Unidad de Planificación y gestión del TCP, 2017.

1.2 Carga y descarga procesal

Se puede señalar que el sistema de gestión procesal es el recorrido que realiza un expediente por las diferentes áreas de la institución, hasta su resolución⁴. En el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional este sistema de gestión procesal marca tres hitos: ingreso, tratamiento y resolución. Este sistema, está relacionado con la estructura organizacional, la asignación de responsabilidades y la normativa existente. El mismo está compuesto por un personal de tramitación procesal administrativa, mediante el empleo de medios mecánicos o informáticos que corresponda, para lo cual confeccionarán cuantos documentos, actas, diligencias, notificaciones y otros que sean necesarios así como copias de documentos y unión de los mismos a los expedientes. Anotamos a continuación una definición que caracteriza de manera general, la gestión procesal en todo sistema judicial, que se caracteriza por los mismos elementos anotados arriba⁵.

“Es la aplicación de gestión procesal que soporta la tramitación de la información relativa a los procedimientos judiciales, de forma que cualquier órgano judicial implicado en la tramitación de un determinado procedimiento, pueda acceder a la información asociada al mismo con las garantías de reserva, control y confidencialidad requeridas”⁶

⁴ No existen muchas definiciones sobre los sistemas de gestión procesal en el ámbito judicial, si no las que han sido implementadas con los nuevos sistemas tecnológicos que hacen que se reduzcan o eliminen los usos de papeles en pesados expedientes.

⁵ Para el presente trabajo entendemos como “carga procesal” la cantidad de acciones y/o recursos que ingresan al Tribunal Constitucional Plurinacional en sus diferentes modalidades (conformados en Expedientes), tanto en las acciones de control tutelar, como de control normativo, en un determinado tiempo de cada mes, semestre año y un quinquenio. Además en este mismo apartado se analizará la “sobrecarga procesal” es comprendido como el incremento con relación a una gestión o periodo anterior. En tanto que la “descarga procesal”, es la cantidad de Expedientes que se resuelven en un periodo de tiempo y relacionado con la cantidad de causas ingresadas a la misma instancia judicial.

⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Minerva_noj

De forma general el sistema de gestión procesal está relacionado con las funciones específicas que desarrollan en la actividad de la gestión procesal, los cuales se resumen en:

- a) Registro y clasificación de la correspondencia,
- b) Formación de autos y expedientes, bajo la supervisión del superior jerárquico,
- c) Confección de las cédulas pertinentes para la práctica de los actos de comunicación que hubieran de realizarse,
- d) Relacionamiento con otros puestos de trabajo de la institución judicial.

El sistema de gestión procesal interna que se realiza en el Tribunal Constitucional inicia desde el momento que se reciben los expedientes provenientes de los departamentos remitidos en el procedimiento de las acciones sujetas a revisión o cuando ingresan de manera directa diferentes recursos constitucionales para su tratamiento.

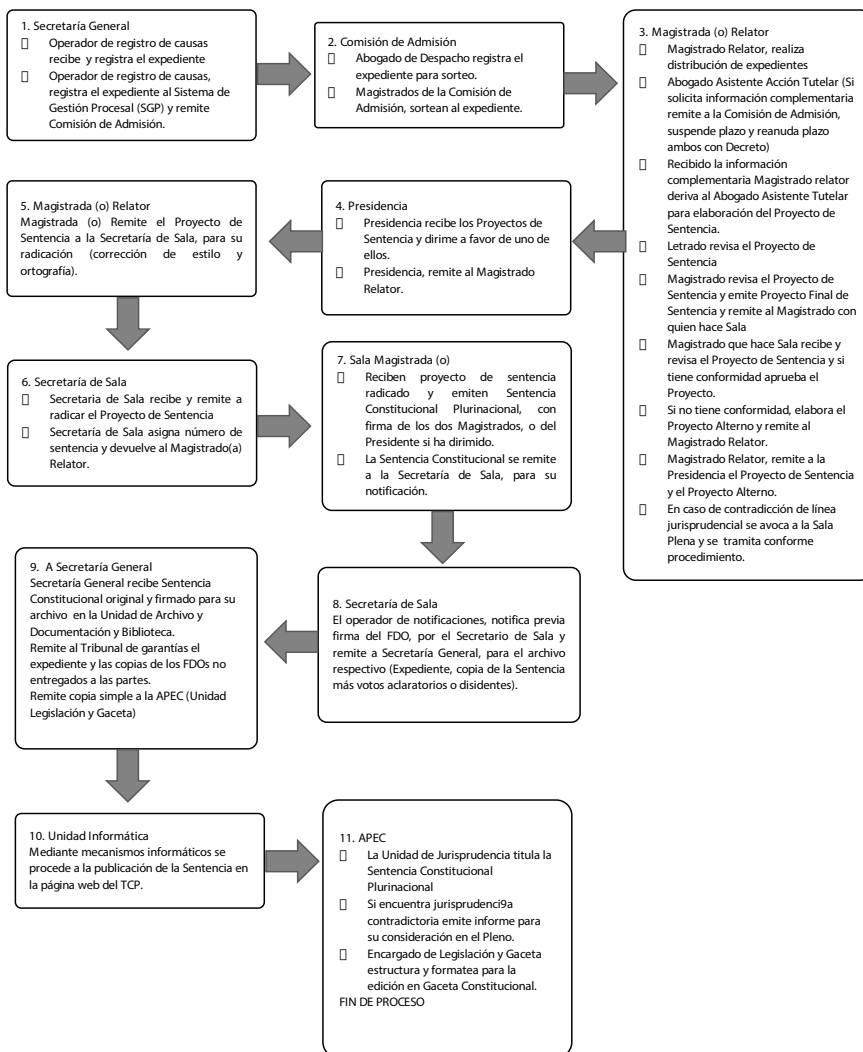
A continuación desarrollamos la conceptualización y el sistema actual que se da a un expediente (montón de papel dice para averiguar la verdad), relacionado con las áreas y las funciones del personal del TCP.

a) Control tutelar

Modelo N° 1

Estaciones que recorre un expediente de control tutelar

Estaciones que recorre un expediente (acciones tutelares)

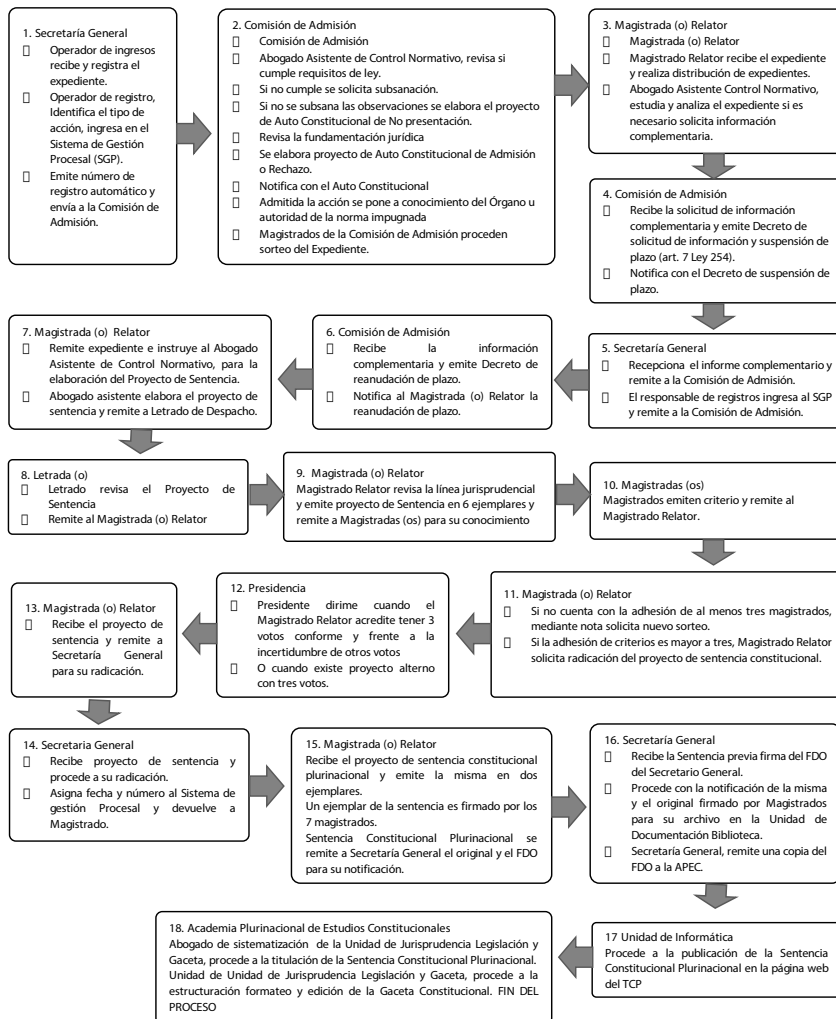


b) En control normativo

Modelo 2.

Estaciones que recorre un expediente de control normativo

Estaciones que recorre un expediente (control normativo)



En los recursos de control normativo, difieren en su proceso debido a que son presentados de manera directa al Tribunal Constitucional Plurinacional, por lo que pasan por una admisión previa emisión del Auto de Admisión, incorporamos aquí solo las etapas más importantes.

Concluyendo para esta parte, la carga procesal que tiene el actual TCP muestra un desequilibrio total entre acciones de control tutelar en relación al control normativo. ¿Cuál la lectura que se realiza? Que el impacto del control constitucional está más orientado a la tutela de derechos de orden individual, particular, que tienen una incidencia simplemente interpartes en comparación, por ejemplo, con un acción popular, un conflicto de competencias o el control previo de constitucionalidad de estatutos o cartas orgánicas que tienen una incidencia mayor en toda una territorialidad. Dicho de otra forma, el control de constitucionalidad de las autonomías (CEAS), por ejemplo, tiene la potencia para incidir en la configuración institucional plurinacional, de incidir en la materialización del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, que una acción de amparo constitucional que simplemente, en las actuales condiciones, se aboca a subsumir los hechos al derecho clásico sin mayor relevancia.

¿Qué factores intervienen para todo esto? Creemos son varios. Entre muchos otros, la excesiva carga procesal y la posible ausencia de filtros y restricciones (por así decirlo) que determinen el ingreso de causas al TCP, la falta de información, coordinación sobre la forma de resolución de causas, falta de información en la sociedad civil respecto de los derechos y las garantías constitucionales; y, la forma como ejercerlos. Todas estas cosas se han convertido en un escollo muy difícil de salvar cuando se tiene la misión de desarrollar el pluralismo jurídico.

Razonamiento de los derechos fundamentales y garantías constitucionales desde la visión ordinaria

1. Derechos y garantías considerados frecuentemente vulnerados

Con referencia a los derechos y garantías, los accionantes en sus memoriales, plantean uno o más derechos y garantías como supuestamente vulnerados, para hacer una descripción de la frecuencia en el que estos derechos son presentados en las acciones de defensa, se realizó un muestreo en Acciones de amparo constitucional (AAC), tomando en cuenta como universo, el total de las acciones ingresadas desde la gestión 2012 a junio 2017, que sumados hacen un total de 8954, el tamaño de muestra se definió en un 10% (diez por ciento), que hacen un total de 895 sentencias, sin embargo debido a que algunas de las acciones durante el proceso de trámite en el Tribunal Constitucional sufrieron observaciones o no fueron aceptadas estas no concluyeron en Sentencias y simplemente fueron resueltas mediante Autos Constitucionales, estas no fueron considerados en la muestra, por lo que el total del tamaño de la muestra se redujo a 835 sentencias en Acciones de Amparo Constitucional.

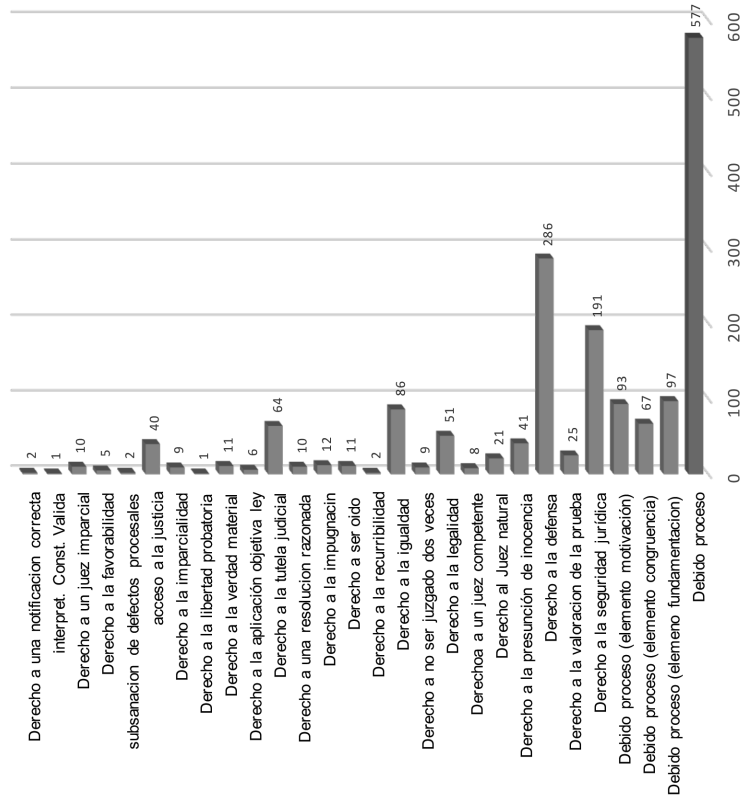
A continuación se muestra los resultados de la sistematización de los derechos que se consideran frecuentemente vulnerados. Como podrá apreciarse, lo que más se reclama es la vulneración del debido proceso en su vertiente derecho a la defensa y el derecho al trabajo. Si bien no puede coincidir con los elementos que comúnmente definen al debido proceso, se muestra que, el mundo litigante utiliza distintas interpretaciones para identificar un derecho vulnerado. Como resultado de la tabulación se tiene que dentro de los derechos y garantías que más se reclama como vulnerados por parte de los accionantes está el debido proceso, posteriormente se encuentran los derechos; sociales y económicos entre los que se encuentran, el derecho al trabajo, a la propiedad, a la salud, a la seguridad social, a la maternidad y a la familia; luego los derechos civiles entre los que se encuentran el derecho a la petición, a la libertad, a la dignidad, a la información, a la libre asociación y a la libre expresión; finalmente los derechos fundamentales entre los que se encuentran a la vida, a la salud, al agua, a los servicios básicos, a la educación, a la vivienda y la no violencia (ver gráfico 1).

Para su presentación desglosada se organiza estos derechos considerados vulnerados en las siguientes categorías:

- El debido proceso y sus elementos que la componen
- Derechos fundamentales
- Derechos civiles
- Derechos sociales y económicos

Gráfico 3

Derechos que los accionantes consideran vulnerados

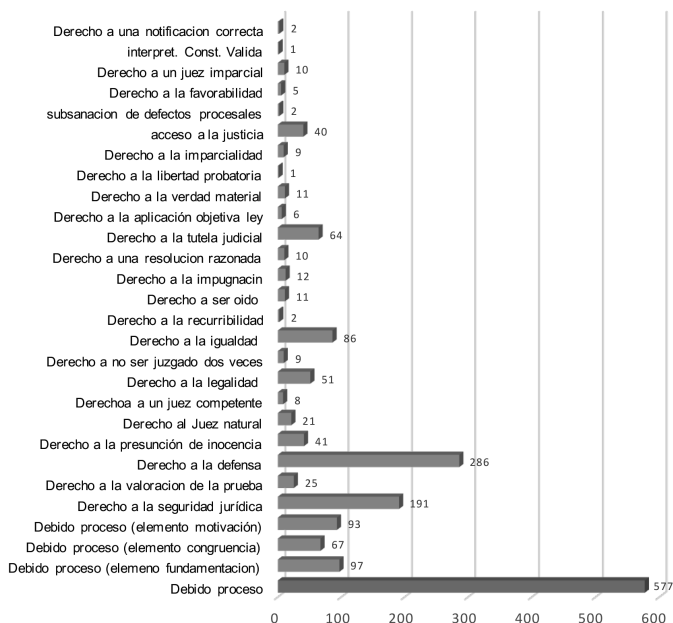


Fuente: Elaborado por la Unidad de Descolonización, 2017.

A continuación se presenta este cuadro anterior desglosado por categorías.

Gráfico 4

El Debido proceso y sus elementos que se consideran vulnerados



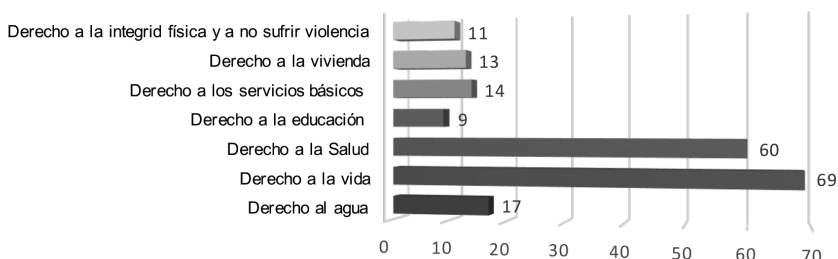
Fuente: Elaborado por la Unidad de Descolonización, 2017.

Respecto al debido proceso, dispuesto como garantía por la CPE (art. 115.II) constituye uno de los derechos que consideran más vulnerados⁷. En la muestra realizada tienen una representación del 69% con relación al total. Los accionantes cuando presentan sus acciones de amparo constitucional, también reclaman como derechos supuestamente vulnerados otros derechos que son elementos del debido proceso, como ser el derecho a la defensa con una frecuencia de 286 sobre un total de la muestra de 835, el derecho a la seguridad jurídica con una frecuencia de 191, el derecho a la fundamentación con una frecuencia de 97, a la motivación con una frecuencia de 93, a la congruencia con 67, a la igualdad con 51, a la tutela judicial con 64 y a ser oído con 11. (ver gráfico 4).

⁷ Se aclara que los derechos que demandan como supuestamente vulnerados los accionantes, no siempre son los más idóneos, por lo que en una mismo caso los accionantes suelen plantear una o varios derechos.

Gráfico 5

Derechos fundamentales que se consideran vulnerados



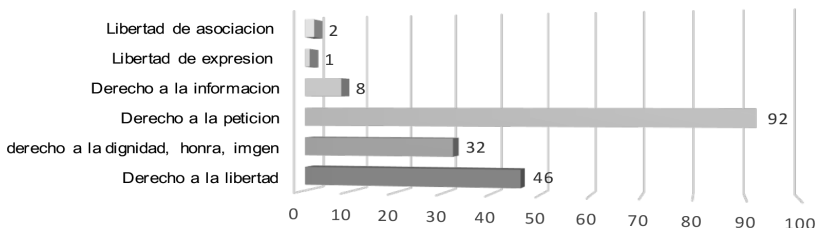
Fuente: Elaborado por la Unidad de Descolonización, 2017.

Finalmente, entre los derechos fundamentales, establecidos en los arts. 15 al 20 de la CPE, se encuentran demandados como supuestamente vulnerados en las AAC (acciones de amparo constitucional), por debajo de 70 de un total de 835; el derecho a la vida con una frecuencia de 69, seguido del derecho la salud con una frecuencia de 60, posteriormente el derecho al agua con una frecuencia de 17, seguidamente del derecho a la integridad y no violencia con una frecuencia de 11 (ver gráfico 5).

Entre los derechos civiles establecidos en los arts. 21 al 25 de la CPE, en las Acciones de Amparo Constitucional, son demandadas como supuestamente vulnerados el derecho a la petición con una frecuencia de 92 casos sobre un total de 835, posteriormente el derecho a la libertad con una frecuencia de 46⁸, seguido del derecho a la dignidad honra e imagen, con una frecuencia de 32, posteriormente se encuentran el derecho a la libre asociación, y el derecho a la libre expresión, con frecuencias muy bajas inferiores a 5 (ver gráfico 6).

Gráfico 6

Derechos civiles que se consideran vulnerados



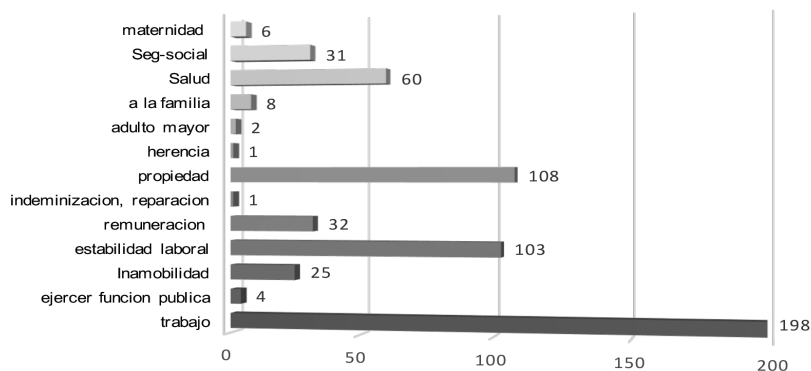
Fuente: Elaborado por la Unidad de Descolonización, 2017.

8 Se puede presumir que este derecho, no tiene una demanda más alta, como supuestamente vulnerado, por existir otro mecanismo de defensa como ser la Acción de Libertad

Respecto de los derechos sociales y económicos establecidos en los arts. 35 al 76 de la CPE, son también consignados como derechos supuestamente vulnerados dentro las Acciones de Amparo Constitucional, entre las que podemos ver con una frecuencia alta es el derecho al trabajo representando el 24% del total de la muestra (una frecuencia de 198 sobre un total de 835), seguida por el derecho de estabilidad laboral con una frecuencia de 103, posteriormente el derecho a la propiedad con una frecuencia de 108, seguido del derecho a la salud con una frecuencia de 60 y el derecho a la seguridad social con una frecuencia de 31 casos (ver gráfico 7).

Gráfico 7

Derechos sociales y económicos que se consideran vulnerados



Fuente: Elaborado por la Unidad de Descolonización, 2017.

2 Perspectiva desde la cual se asume la interpretación de estos derechos y garantías constitucionales

A continuación se presenta la forma de razonamiento que se utiliza para la interpretación y fundamentación de estos derechos y garantías.

2.1 El derecho al debido proceso

El debido proceso es la garantía de mayor espectro porque incluye dentro de sí misma, derechos sociales, jurídicos, políticos y hasta morales, por este motivo es constantemente accionada en las demandas que llegan al Tribunal Constitucional Plurinacional. Para la presente investigación, se han revisado 835 expedientes de los cuales 577, que representan

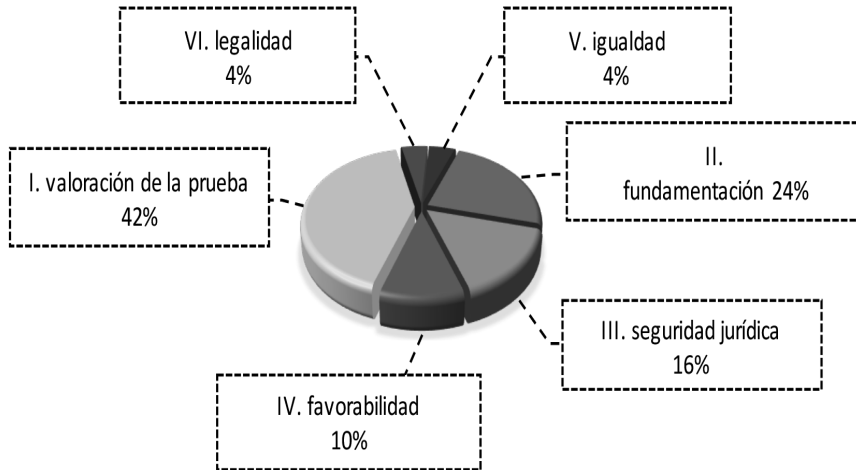
69% de casos, hacen referencia al debido proceso en la parte de los derechos y/o en la fundamentación. Su aplicación es muy diversa, en ocasiones es primordial en la solicitud planteada; en otros expedientes, es sólo un añadido que se acomoda, reforzando la demanda.

De la cantidad referida, de manera aleatoria se han elegido 107 expedientes que significan el 18.5% del total. El examen nos muestra que 89 de ellos desarrollan un criterio en torno a los conceptos integrados al debido proceso, esto representa el 83%, indicando que en este porcentaje, los expedientes activan alguna vertiente que se constituye en parte fundamental de la demanda. Desplegando los derechos inmersos en el debido proceso, hemos sistematizado en 6 categorías utilizando un criterio aleatorio; contrariamente, en el 17% de los expedientes que nombran el debido proceso, no despliegan ningún criterio específico. Las categorías por orden de frecuencia son:

- I. Derecho a la valoración razonable de la prueba; motivación, pertinencia, congruencia de las decisiones judiciales.
- II. Derecho a la fundamentación y motivación y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.
- III. Derecho a la seguridad jurídica, proporcionalidad, razonabilidad, justicia material, imparcialidad, igualdad de las partes ante el juez.
- IV. Derecho a la favorabilidad, al principio de impugnación en procesos judiciales, a la defensa, al juez natural.
- V. Derecho a igualdad, honor, honra, reputación, buena imagen y dignidad.
- VI. Derecho a la legalidad procesal, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y a ser juzgado por un juez imparcial.

Los argumentos más utilizados están referidos a la atención del caso por parte de los operadores de justicia, solicitando que actúen con imparcialidad y siguiendo una correcta valoración; el segundo razonamiento se refiere a la considerada interpretación de los documentos que conforman el expediente; el tercero incide en la interpretación del documento, solicitando una lectura analítica e imparcial; el cuarto hace referencia a la legalidad como instancia que define el proceso dentro del marco de la justicia y los últimos dos se asientan en el resguardo a la honorabilidad y el respeto a la justicia plural. Estos derechos son accionados en función al tenor de la demanda impuesta por el impetrante.

Gráfico 8
Principios impetrados en el debido proceso



Fuente: elaboración propia. 2017.

En ocasiones se utilizan criterios que hemos incluido en diferentes categorías, en tales casos se hizo una ponderación priorizando el derecho que mejor aplica al tenor de la demanda, y en este sentido, la preocupación del accionante se expresa principalmente en la parte de la fundamentación, donde desarrolla los criterios jurídicos que considera necesarios, haciendo referencia a la CPE, la legislación comparada, el bloque de constitucionalidad u otros argumentos que solventan su solicitud.

El elemento principal de toda demanda es la expectativa del accionante porque su causa sea atendida con seriedad y prontitud; y en este contexto, se espera que los jueces analicen los componentes tomando en cuenta las atenuantes. La expectativa es la causa para utilizar el debido proceso, a fin de establecer un marco jurídico amplio en la demanda, pero deja entrever también una zona de inseguridad, que se trata de cubrir mediante la activación de un espectro mayor de garantías.

Existen casos en los que pareciera que la parte accionante desconoce aspectos formales del derecho positivo; en ocasiones la solicitud no cumple ciertos requisitos procedimentales y eso determina su anulación o rechazo; pero por otra parte, la justicia ordinaria es excesivamente

legalista como consecuencia de su vertiente positivista y hegeliana; en todo caso, el debido proceso es una garantía que se activa como componente central de una demanda, pero que también es utilizada de manera aleatoria y hasta innecesaria.

2.2 El derecho a la defensa

Con referencia al derecho a la defensa, se puede inferir, que este es uno de los más demandados por los accionantes ante el Tribunal Constitucional Plurinacional, aseveración claramente demostrada por el número de frecuencia en el que se repite, cifra que asciende a 286 de un total de 835, de una muestra efectuada por la Unidad de Descolonización, lo que en términos porcentuales representaría a un 34% sobre el total de la muestra.

Esto nos hace presumir que en el ámbito judicial, el "litigante" siente que la justicia, continuamente vulnera su derecho a la defensa, razón por la cual tiene que recurrir a una Acción de Defensa como es el amparo constitucional. Una vez ingresada la causa en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional, estos derechos supuestamente vulnerados, son tratadas en las Sentencias Constitucionales Plurinacionales, sin embargo de 286 sentencias, en las que se demanda "el derecho a la defensa" como supuestamente vulnerado, solo en 151 sentencias se llega a analizar en el caso concreto, lo que nos deja entender que, no todas los casos que demandan como supuestamente vulnerado, tienen los argumentos que lo sustenten.

A continuación, expondremos algunos ejemplos sobre el análisis que se hace en las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional, con referencia al derecho a la defensa, en las cuales se puede advertir como la justicia constitucional, fundamenta y aplica dicho análisis.

Sentencia Constitucional Plurinacional, 1206/2013 de 1 de agosto, en el que el accionante demanda como supuestamente vulnerados los derechos a la defensa y al debido proceso, en base a esta fórmula su petitorio a la tutela y en consecuencia se anule todas las actuaciones del Tribunal de primera y segunda instancia, hasta el vicio más antiguo; por su parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el análisis del caso concreto establece lo siguiente:

"En consecuencia, las autoridades demandadas, al no haber dado lugar a una defensa amplia en igualdad de condiciones a la accionante para que se pueda establecer con claridad si se trataba de faltas graves o muy graves vulneró su derecho a la defensa; toda vez, que éste derecho precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento reestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridades que impidan o restrinjan su ejercicio" (SCP 1206/2013, de 1 de agosto).

La Sentencia Constitucional Plurinacional 1093/2012 de 5 de septiembre, en el que el accionante demanda como supuestamente vulnerados los derechos al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, a la "seguridad jurídica" y a la propiedad privada, en base a ellos formula en su petitorio se anule obrados hasta fs. "296 vta."; hasta el Auto de 17 de marzo de 2004 inclusive, dejando sin efecto el Auto de Vista 174/2011, imponiendo sanciones a las autoridades demandadas por desacato a mandatos constitucionales; por su parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el análisis del caso concreto establece lo siguiente:

"...De la revisión de los antecedentes, se acredita que efectivamente los garantes hipotecarios, hoy representado por las accionantes, no fueron notificados con el Auto de Vista que confirma la Sentencia de 18 de marzo de 1997, momento desde el cual se entró a la etapa de la ejecución de sentencia, como tampoco las autoridades judiciales demandadas, al revocar el Auto de 17 de marzo; por Auto de Vista 174/2011, no dieron la oportunidad de defender sus acciones y derechos de propiedad en el inmueble señalado, vulnerándose de este modo su derecho a la propiedad privada, consagrado en el art. 56.I y II de la CPE; por cuanto, en ejercicio de ella pudieron haber pagado eventualmente en forma voluntaria el valor de la garantía, impugnar el avalúo practicado sobre el bien adjudicado dentro del proceso, participar en los actos del remate denunciando irregularidades y otras que correspondan en derecho. Asimismo, al no permitirse su defensa se colocó en situación desventajosa respecto al acreedor y frente al mismo deudor principal, viéndose en desigualdad procesal en los actos de la ejecución de sentencia, mermando la defensa de sus derechos, poniendo con esos actuados en duda su derecho al debido proceso y tomando en cuenta que agotó los recursos existentes en esa instancia para ser escuchado en sus pretensiones..." (SCP 1093/2012 de 5 de septiembre).

Por otra parte, en las Sentencias Constitucionales, el derecho a la defensa es tratada y fundamentada en el marco del derecho ordinario, sin embargo, por falta de sustento, no en todos llegan al análisis del caso concreto, y de ser así, estos son rechazados debido a que sus argumentos no son aplicables, o por el principio de subsidiariedad, como vemos en las siguientes sentencias constitucionales.

Sentencia Constitucional 0375/2012 Sucre, de 22 de junio, en el que el accionante demanda como supuestamente vulnerados los derechos a debido proceso y a la defensa, en base a estos formula en su petitorio el restablecimiento inmediato de sus derechos fundamentales, con imposición de costas, responsabilidad civil y penal disponiendo se anule y se deje sin efecto la diligencia de fs. 207 -del proceso civil.; por su parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el análisis del caso concreto establece lo siguiente:

"...Los ahora accionantes, al momento de advertir las irregularidades en las notificaciones tenían la vía expedita en una primera instancia para solicitar la nulidad

de estos actuados ante el mismo Juez de alzada, conforme el art. 149 del CPC, a objeto de que la misma autoridad judicial corrija las irregularidades denunciadas y no activar directamente la acción de amparo constitucional como erróneamente ocurrió, ya que para que los fundamentos de una acción de amparo constitucional, puedan ser analizados en el fondo, "la parte accionante debe haber utilizado hasta agotar todos los medios y recursos legales idóneos para la tutela de sus derechos, sea en la vía jurisdiccional o administrativa, pues donde se deben reparar los derechos y garantías lesionados es en el mismo proceso, o en la instancia donde fueron vulnerados, esto es, que en principio haya acudido ante la misma autoridad que incurrió en la presunta lesión y luego a las superiores a ésta, y si a pesar de ello persiste la lesión, porque los medios o recursos utilizados resultaron ineficaces, recién se abre la posibilidad de acudir al amparo constitucional, el que no puede ser utilizado como un mecanismo alternativo o sustitutivo de protección, pues ello desnaturalizaría su esencia". (SCP 0375/2012 Sucre, de 22 de junio)

Sentencia Constitucional 0099/2013, de 17 de enero, en el que el accionante demanda como supuestamente vulnerados los derechos A la defensa en juicio, al debido proceso, a la "seguridad jurídica", al trabajo, a la actividad económica, en base a estos formula en su petitorio a) Se deje sin efecto el acta de conciliación suscrita el 7 de junio de 2011, b) Anular el proceso de ejecución del acta de conciliación tramitado en el Juzgado Sexto de Partido en lo Civil y Comercial; c) Establecer responsabilidades, civiles y penales de la Jueza demandada, d) Establecer el pago de daños y perjuicios ocasionados; por su parte el Tribunal Constitucional Plurinacional, en el análisis del caso concreto establece lo siguiente:

"Se advierte que respecto de los tres actos lesivos denunciados por la ahora accionante, no es posible otorgar la tutela solicitada en virtud de no haberse observado el principio de subsidiariedad que caracteriza a la acción de amparo constitucional, situación que imposibilita un análisis de fondo de los extremos denunciados, toda vez que si bien es evidente que la acción de amparo forma parte del control reforzado de constitucionalidad o control tutelar de los derechos y garantías, al constituirse en un mecanismo constitucional inmediato de carácter preventivo y reparador destinado a lograr la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales; sin embargo, este ámbito tutelar queda abierto siempre que no exista otro medio de protección o cuando las vías idóneas pertinentes una vez agotadas no han restablecido el derecho lesionado, lo que significa que de no cumplirse con este requisito, no se puede analizar el fondo del problema planteado y, por tanto, tampoco otorgar la tutela, situación que ocurre en el caso que ocupa conforme se ha demostrado". (SCP 0099/2013, de 17 de enero).

Otro de los motivos del por qué no se tutelan los derechos a la defensa y debido proceso, se debe al principio de inmediatez, como vemos en la siguiente Sentencia Constitucional, 2134/2012, de 8 de noviembre, en la que el accionante plantea como derechos supuestamente vulnerados, al debido proceso y la defensa, formulando en su petitorio, declarar “procedente el recurso”, ordenando la nulidad de obrados hasta el inicio de la demanda. En su análisis del caso concreto el tribunal Constitucional plurinacional estableció lo siguiente:

“La presente acción de defensa de derechos y garantías constitucionales, fue formulada el 7 de septiembre de 2012, después de haber transcurrido más seis meses de emitida la resolución que supuestamente confirmó los supuestos ilegales impugnados; situación que impide a este Tribunal Constitucional Plurinacional, realizar cualquier pronunciamiento de fondo respecto a la problemática planteada, al haberse incumplido el principio de inmediatez, que exige que la parte que se considere agraviada o perjudicada con algún acto o resolución ilegal, que lesionaron sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, actúe con la inmediatez exigida en busca de la restitución de sus derechos presuntamente vulnerados.

Por los argumentos expresados, corresponde denegar la tutela solicitada, ante el incumplimiento del principio de inmediatez en la interposición de la presente acción de amparo constitucional, situación que impide analizar los extremos denunciados en el mismo”. (2134/2012, de 8 de noviembre).

De los casos anteriores se puede establecer que muchos accionantes y operadores de justicia “abogados”, en el momento de formular la Acción de Amparo Constitucional, no verifican si se agotaron todos los medios judiciales que la ley les otorga antes de plantear su Acción de Amparo Constitucional, lo que ocasiona que la misma sea denegada por el principio de subsidiaridad; por otra parte, en otros casos no se verifican los plazos y aun habiéndose sobrepasado los mismos plantean la Acción de Amparo Constitucional, que obviamente es denegada por el principio de inmediatez. Estos casos al ser frecuentes, por una parte, producen el crecimiento de la carga procesal, y por otra parte defraudan las expectativas de los accionantes que son los interesados directos, produciéndoles gastos por los honorarios de los abogados patrocinantes.

Jurisprudencia sobre el derecho a la defensa en contextos Interculturales

Con referencia al derecho a la defensa en contextos interculturales, el Tribunal Constitucional Plurinacional, analiza y fundamenta que dicho derecho debe ser entendido en el marco del pluralismo jurídico, es así que en la SCP 0961/2014, con referencia al derecho a la defensa realiza la siguiente fundamentación:

“El debido proceso en contextos interculturales En el contexto de la Administración de justicia indígena originaria campesina, cabe establecer que el debido proceso

adopta formas particulares que no pueden ser “juzgadas” en términos occidentales, sino más bien deben ser, en esencia, respetadas, pero también en la medida de lo posible compatibilizadas con la metafísica dogmática de la Norma Suprema. Así, la Constitución Política del Estado, al proclamar el pluralismo jurídico (art. 1), establece que se reconocen las instituciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, conforme a esta Constitución y la ley (art. 2 de la CPE), acorde con ello, se reconoce su derecho colectivo al ejercicio de su sistema jurídico de acuerdo a su cosmovisión (art. 30.II. 14 de la CPE); sin embargo de ello, la propia Norma Suprema ha establecido como límite inmanente el respeto del derecho a la vida, del derecho a la defensa y de los demás derechos y garantías establecidos en la presente el art. 190 de la Ley Fundamental. De ahí que se evidencia que la Constitución Política del Estado, si bien ha determinado un reconocimiento pleno del ejercicio del sistema de justicia indígena originario campesino; ha determinado un límite en el ejercicio de dicha potestad, que consiste en el respeto de los derechos a la vida y a la defensa de manera primordial y de manera subyacente al resto de derechos fundamentales y garantías constitucionales establecidas en la Constitución Política del Estado; con ello se quiere relevar, que el Constituyente ha establecido una textura de mínima intervención sobre el derecho indígena originario campesino, que significa que el mismo no puede ser en esencia sometido a un tipo de control externo, salvo que por la gravedad de una afectación de derechos fundamentales, este Tribunal Constitucional Plurinacional, debe brindar una tutela con dos objetivos concretos: 1) Consolidar un ejercicio de la administración de justicia indígena originaria campesina respetuosa de los derechos fundamentales de las personas; y, 2) Reconocer que las decisiones asumidas por la justicia indígena originario campesinas se basan en el principio de intangibilidad, y que su revisión extraordinaria obedece al supuesto excepcional de violación de los derechos fundamentales establecidos en la Norma Suprema. De acuerdo a lo señalado, se tiene que el debido proceso no debe ser entendido en términos occidentales cuando se analiza la tramitación de un proceso sustanciado en la jurisdicción indígena originaria campesina; pues si bien el debido proceso en el occidente tiene un contenido cultural construido a partir de la vivencia y experiencia de distintos sistemas jurídicos, se debe establecer que éste no tiene los mismos componentes que el debido proceso en términos indígena originario campesino, pues obedece legítimamente a tradiciones jurídicas diferentes, ambas constitucionalmente reconocidas, en ese ámbito ésta jurisdicción debe considerar que en los casos que se le presentan sobre aparentes lesiones al debido proceso en la tramitación de un proceso sometido a la jurisdicción indígena originario campesino, **deberá incidir esencialmente en analizar si la persona ha podido asumir defensa en el proceso y si la sanción que se le ha impuesto no afecta sus derechos a la**

vida, a la dignidad y a la integridad física". (Sentencia Constitucional Plurinacional 0961/2014, las negrillas son nuestras).

Tras este razonamiento, podemos enfatizar que desde la visión plural, el derecho a la defensa, debe ser entendida de acuerdo a su contexto. Vale decir que en contextos indígena originaria campesina debe ser de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

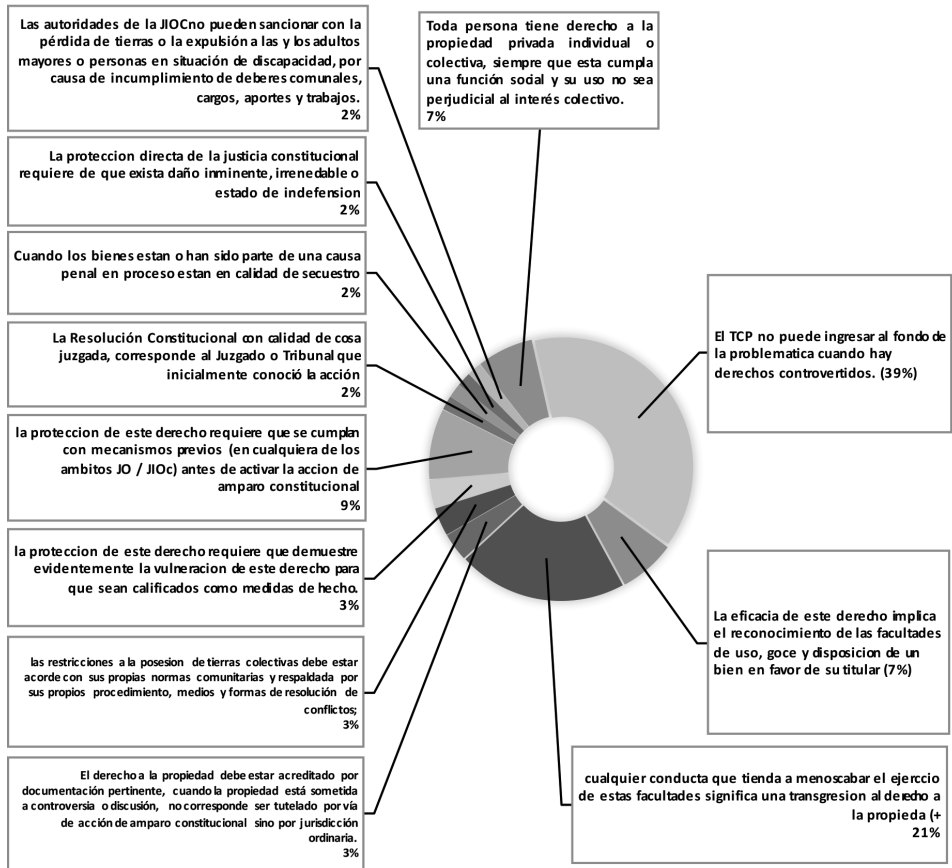
2.3 Respeto del derecho a la propiedad

De acuerdo con las definiciones convencionales que se conocen, *propiedad*, como un derecho, se refiere a la facultad que tiene todo ser humano de tomar posesión de una determinada cosa, sea material (p.e. herramientas, vehículos, vivienda, tierra, etc.) o atributos o cualidades (p.e. propiedad intelectual, etc.) que resultan ser útiles por ser limitados y estar en condiciones de ocupación. En el desarrollo que se ha realizado sobre este derecho, se sostiene que el mismo contempla tres facultades: uso, disfrute y disposición, entendida como la facultad de todo ser humano de poseer, usar y disfrutar de un bien exclusivo y limitado se fundamenta en la capacidad racional del dominio del hombre sobre la sustancia sobre el cual adquiere titularidad y libre disposición, que puede ser reclamada por medio de uso de la fuerza y de la ley.

La sistematización realizada por la Unidad de Descolonización, específicamente en el tema del derecho a la propiedad, nos muestra cuales son las líneas de entendimiento que ha desarrollado el Tribunal Constitucional Plurinacional en varias de sus resoluciones, las mismas que pueden representarse en el siguiente gráfico.

Gráfico 9

Razonamientos desarrollados en torno al instituto jurídico de la propiedad



Fuente: elaboración propia, 2017.

Esta sistematización muestra los siguientes bloques de entendimientos que de alguna manera resume la forma como este Tribunal entiende este derecho:

a) Los elementos constitutivos del derecho a la propiedad.

La fundamentación sobre este instituto jurídico ratifica que los elementos constitutivos del derecho a la propiedad son: uso, goce y disposición del bien. Se afirma que la

eficacia del derecho a la propiedad, principalmente privada, lleva implícito el reconocimiento de estas facultades en favor de su titular.

b) Límites al derecho a la propiedad.

Reiterando lo dispuesto por la Constitución Política del Estado, se establece que toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que esta cumpla una función social y su uso no sea perjudicial al interés colectivo. Por tanto, cualquier conducta que tienda a menoscabar el ejercicio de estas facultades, significa una transgresión del derecho a la propiedad. Empero, la facultad de disponer de la propiedad privada se restringe cuando exista un interés colectivo, definido por causa de utilidad y necesidad pública.

c) Condiciones para que se efectivice esta protección.

Se establece que se requiere la existencia de daño inminente, irremediable o que la persona esté en un estado de indefensión manifiesta para que se efectivice la protección directa por parte del TCP por medio de la acción de amparo constitucional. Dicho de otra manera, la protección de este derecho requiere que demuestre evidentemente que ha existido vulneración manifiesta de este derecho que puedan ser calificados como medidas de hecho.

No obstante, se requiere que a su vez se cumplan con mecanismos previos de solución subsidiarios, antes de que se active esta acción de defensa. Esta previsión involucra también a la jurisdicción indígena originaria campesina (JIOC) la cual también debe garantizar estos mecanismos previos antes de que se acuda a la justicia constitucional.

d) La propiedad en la jurisdicción indígena originario campesina (JIOC).

Se establece que en la jurisdicción indígena originario campesina, las determinaciones de restricción a la posesión de tierras colectivas para sus miembros, debe estar acorde con sus normas y procedimientos propios, respaldadas por sus propios procedimientos, medios y formas de resolución de conflictos, es decir, un debido proceso comunitario. Asimismo, respecto de la protección de los derechos de adultos mayores, se indica que las autoridades de la JIOC no pueden sancionar con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos.

e) Limitaciones para el trabajo del TCP.

Se afirma que las limitaciones que encuentra el TCP para la tutela de este derecho son: a) la existencia de derechos controvertidos, b) la falta de certificación del derecho propietario, c) la falta de documentación real que demuestre que se ha vulnerado este derecho. En la jurisprudencia revisada se indica que el TCP no puede ingresar al

análisis de fondo cuando la propiedad está sometida a controversia o discusión y no corresponde ser tutelado por vía de acción de amparo constitucional, sino que deben ser resueltos primeramente, tanto por la justicia ordinaria como la indígena originaria campesina.

Seguidamente se presentan dos Sentencias que ejemplifican lo descrito líneas arriba.

SCP 0121/2012 de 2 de mayo

"...para efectos de una coherente argumentación jurídica, deben mencionarse los elementos constitutivos del contenido esencial del derecho de propiedad, en ese sentido, este derecho fundamental, cuya génesis se encuentra no solamente en el texto constitucional sino también en el bloque de convencionalidad, **en su núcleo duro se identifican tres elementos esenciales: i) El derecho de uso; ii) El derecho de goce; y, iii) El derecho de disfrute.** Asimismo, estos tres elementos tienen un sustento axiológico que refuerza dicho contenido esencial, basado en los valores libertad, igualdad, solidaridad y justicia. Por su parte, es imperante además precisar que este núcleo esencial del derecho fundamental de propiedad, genera a su vez obligaciones negativas tanto para el Estado como para particulares que se traducen en las siguientes: a) Prohibición de privación arbitraria de propiedad; y, b) Prohibición de limitación arbitraria de propiedad. A partir de los aspectos precedentemente contemplados, debe indicarse que el principio de razonabilidad, el cual tal como se dijo, está conformado por los valores o pautas axiomáticas referentes a la libertad, igualdad, justicia y vivir bien, constituye el estándar axiomático para la directa justiciabilidad del derecho de propiedad, en ese orden, se establece que las decisiones jurisdiccionales que incurran en privación o limitación arbitraria de la propiedad, implican una directa afectación al principio de razonabilidad y como consecuencia directa afectan también el contenido esencial del derecho de propiedad en sus tres elementos esenciales: uso, goce y disfrute".

SCP 0371/2012 de 22 de junio

"... Entonces, corresponde determinar si la restricción al ejercicio del derecho propietario del accionante constituye un acto ilegal que lesiona la facultad de disponer del inmueble -derecho de disfrute- como elemento esencial del derecho de propiedad. Bajo ese contexto y conforme se explicó en los Fundamentos Jurídicos III.3 y III.4 del presente fallo, **el ejercicio del derecho a la propiedad privada está garantizado por el art. 56.I de la CPE; empero, encuentra su límite en el interés colectivo o público; es decir, que la facultad de disponer de la propiedad privada se restringe cuando exista un interés colectivo, definido por causa de utilidad y necesidad pública.** La existencia de esa causa -utilidad pública- no configura

de manera alguna una prohibición o limitación arbitraria o ilegal del derecho de propiedad, dado que la misma encuentra su sustento en la compatibilidad que debe existir entre el derecho de propiedad individual y el interés colectivo”.

2.4 El derecho al trabajo

Desde la colonización hasta nuestros días cada caso, conflicto o problema fue dimensionado, resuelto, condenado y ejecutado, usando y utilizando todas estas herramientas, instrumentos, normas, leyes, operadores de justicia e instituciones de colonización pertenecientes al derecho positivista de la justicia monista anglosajón con pilares fundamentales de la razón; es así que, el paradigma eurocéntrico impuesta continua vigente en el órgano judicial; consiguientemente, este pensamiento diseñado para defender al individualismo continua vulnerando derechos como se muestra en la gráfica de derechos supuestamente vulnerados.

El muestreo estadístico sobre las resoluciones constitucionales de acción de amparo constitucional emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional de las gestiones 2012 a 2016 muestran la vulneración de muchos derechos fundamentales y garantías constitucionales vulnerados por jueces, fiscales, vocales, magistrados, alcaldes, concejales, consejeros, jefes, directores, presidentes, ejecutivos y autoridades de mayor o menor rango en su gran mayoría; tabulado los datos estadísticos; en 895 Resoluciones Constitucionales de Acción de Amparo Constitucional resueltas por el Tribunal Constitucional Plurinacional se encontraron 198 casos que solicitan se conceda tutela del derecho al trabajo, estadísticamente representa el 2,2 % del total de la población vulnerada de este derecho por parte de las autoridades superiores, lo que significa afirmar que de cada 100 litigantes 2 son vulnerados por el derecho al trabajo y se encuentra en tercer lugar calificado como altamente significativo; por tanto, en 8954 Acciones de Amparo Constitucional solicitadas al Tribunal Constitucional Plurinacional se encontraron 198 casos sobre la vulneración del derecho al trabajo por parte de las autoridades superiores; sin embargo, el TCP para resolver el caso de la transgresión del derecho al trabajo procedió a considerar desde la lógica individualista, a fundamentar desde la razón y a medir el conflicto mediante leyes, normas y procedimientos pertenecientes al derecho positivo de la justicia monista logrando confirmar, revocar, denegar o conceder el derecho vulnerado bajo la lógica del derecho positivo, que considera al trabajo como medio o fuente de garantizar la generación de recursos económica para el sustento de su familia para ello es necesario mantener la estabilidad laboral; en ese marco, el derecho al trabajo es fundamentado y razonado desde la ***línea jurisprudencial proteccionista de la interpretación de la norma***; en función a ello se pudo agrupar en las siguientes categorías de acuerdo a la repetición de la vulneración del derecho:

Cuadro 2

Línea jurisprudencia y sus categorías del derecho al trabajo

Nº	LÍNEA JURISPRUDENCIAL	CATEGORÍA
1.	<i>Proteccionista desde la interpretación de la norma</i>	Salvaguardar la relación laboral
2.		Discriminación
3.		Primacía de la realidad
4.		Carga de prueba
5.		Protección maternal y paternal
7.		Salud, familia y vida.

Fuente: Elaboración propia.

De estas categorías que toma el Tribunal Constitucional Plurinacional como línea jurisprudencial; para un análisis más real, las siguientes Resoluciones Constitucionales muestran la fundamentación sobre la vulneración del derecho al trabajo, a la estabilidad e inamovilidad laboral:

"Por consiguiente, corresponde otorgar la tutela demandada en los alcances del precepto constitucional citado y art. 5.II del DS 0012; normativa que es de preferente aplicación en razón a la primacía constitucional prevista en el art. 410 de la CPE, concordante con el 109.I de la misma Norma Suprema; máxime, si la protección que otorga esta garantía trasunta a otros derechos de carácter primario como son la salud, la vida y seguridad social que pudieran ser vulnerados de forma irreparable e irremediable, al producirse una desvinculación laboral como ocurrió en el caso presente. Por lo expuesto precedentemente, la situación planteada se encuentra dentro las previsiones y alcances de la acción de amparo constitucional, por lo que el Tribunal de garantías, al conceder la tutela, ha efectuado una adecuada compulsa de los antecedentes procesales y dado correcta aplicación a esta acción tutelar." (SCP 1315/2013)

Asimismo, la línea jurisprudencial tiene muchas variantes o categorías que protegen a progenitores (padres y madres); sobre el referido asunto el Tribunal Constitucional Plurinacional menciona lo siguiente en la Sentencia Constitucional Plurinacional:

"Consecuentemente, de incurrir la mujer embarazada y/o progenitor de un niño(a) menor de un año de edad, en causales de conclusión o extinción de la relación laboral atribuibles a su persona, determinadas en previo proceso conforme a los procedimientos previstos para el sector público o privado, no resulta aplicable el

beneficio de inamovilidad laboral hasta que el recién nacido cumpla un año de edad, debiendo ejecutarse inmediatamente, conforme se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.5 del presente fallo; empero, -reiterando- queda subsistente el beneficio para el ser en gestación o recién nacido menor a un año de edad, en los términos expuestos. Constituyendo dicho razonamiento una modulación a la SC 1749/2003-R de 1 de diciembre y posteriores Sentencias Constitucionales" (las negrillas nos corresponden). Así la SCP 0076/2012 de 12 de abril declaró "procedente" la acción, efectuó una adecuada compulsa de los antecedentes procesales." (SCP: 0228/2012)

La siguiente Sentencia Constitucional Plurinacional en el marco del proteccionismo que instruye la norma sobre salvaguardar la relación laboral ligada a la vulneración del derecho al trabajo expresa así:

"En lo que se refiere al derecho de petición, acusado de vulnerado, la demandante no ha demostrado que haya existido transgresión del mismo, por cuanto no hace una clara relación entre los hechos supuestamente acontecidos y la lesión de dicho derecho, confundiendo la negativa por parte del demandado a acceder a la solicitud de reincorporación, con el derecho de petición mismo que tiene trascendencia y alcances distintos de aquellos que la demandante entiende como válidos. De todo lo expuesto, se concluye que el Tribunal de garantías, evaluó de manera incompleta los datos del proceso y las normas aplicables al mismo al conceder, en razón a que se constata la lesión de los derechos invocados por la accionante al no haberse dado cumplimiento al acto administrativo dispuesto por la Jefatura Departamental del Trabajo, Previsión y Empleo de Chuquisaca y no así respecto al derecho de petición invocado." (SCP: 1532/2012)

En el análisis de las diferentes Sentencias se ha podido encontrar algunas categorías que corresponden a diferentes frecuencias, entre ellas está la primacía de la realidad, cuando la siguiente Resolución Constitucional menciona en las líneas abajo lo siguiente:

"Por los argumentos expuestos, es evidente que la autoridad demandada lesionó los derechos al trabajo, a la estabilidad laboral, la inamovilidad laboral, además del derecho a la seguridad social, no solamente de la accionante, sino también de su hija menor a un año, además de no considerar que las normas laborales deben ser interpretadas y aplicadas bajo los principios de protección de las trabajadoras, de primacía de la relación laboral, de continuidad y estabilidad laboral, no discriminación e inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador, siendo nulas todas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos, debiéndose; consiguientemente, conceder la tutela de manera inmediata." (SCP: 1507/2013)

Por otra parte, algunas Sentencias Constitucionales Plurinacionales sobre la vulneración del derecho al trabajo clasifica entre sus categorías a la carga de prueba; el Tribunal Constitucional Plurinacional sobre estas categorías agrupadas en la línea jurisprudencial tiene el siguiente razonamiento:

“La ley determinará las sanciones correspondientes’, acogiendo lo determinado por la Constitución en el referido artículo, se puede colegir que las autoridades universitarias han actuado en franca omisión a lo dispuesto por la Norma Suprema, ya que procedieron a despedir injustificadamente a la accionante de su fuente de trabajo sin que concurra una causal determinada por el art. 16 de la LGT, y sin que previamente haya sido debidamente procesada, tal como la misma Universidad estipuló en la cláusula novena del primer contrato a plazo fijo que suscribió con la accionante en el sentido de que el contrato podría ser rescindido en el caso de evidenciarse que la trabajadora incumpla con el trabajo para la que fue contratada y por las causales establecidas en el citado art. 16 de la LGT, en el caso presente dicha situación no aconteció más si se toma en cuenta que cumplido el plazo de este contrato se suscribió otro contrato a plazo fijo con las mismas características del primero, en el que se la designó en las mismas funciones que venía cumpliendo, como se puede observar la accionante no incurrió en ninguna causal que amerite su despido, por el contrario, al haberse celebrado más de dos contratos a plazo fijo como señala la afectada, debió procederse a la conversión de su contrato a uno por tiempo indefinido; pero contrariamente, la Institución demandada la despidió injustificadamente afectando no sólo la estabilidad laboral de la trabajadora, sino que el actuar de dicha Universidad, ha afectado otros derechos reconocidos constitucionalmente, como son el derecho a la remuneración justa, a la alimentación, a la vestimenta, a la salud, inclusive la educación, ya que se debe tener en cuenta que no sólo ha sido afectada la persona, sino todo el entorno familiar que puede o no depender de ésta, correspondiendo en consecuencia, conceder la tutela solicitada por la accionante.” (SCP: 2501/2012)

El trato diferente y perjudicial que se brinda a una persona por motivos de raza, sexo, ideas políticas, religión, etc. se conoce como discriminación; en el análisis del Tribunal Constitucional Plurinacional este tema va muy ligado a la vulneración del derecho al trabajo por los antecedentes coloniales que soporto la sociedad boliviana, en la siguiente Sentencia se puede percibir lo dicho:

“La Resolución que resolvió el recurso jerárquico debió contener todo el análisis de la prueba de cargo y descargo, corrigiendo las distorsiones surgidas en las instancias previas de la sustanciación del proceso administrativo, permitiendo llegar a una conclusión que no genere duda alguna respecto a los motivos que llevaron a aplicar la sanción dispuesta.

Consecuentemente, en virtud a los argumentos expuestos, se evidencia que el Tribunal de garantías, deniega la acción de amparo constitucional, ha evaluado en forma incorrecta los datos del proceso y las normas aplicables al mismo". (SCP: 0414/2013)

Consecuentemente, de las Sentencias Constitucionales mencionadas líneas arriba toma la línea jurisprudencial de las categorías de la salud, familia, vida, salvaguardar la relación laboral, discriminación, primacía de la realidad, carga de prueba, protección maternal y paternal como fundamento jurídico primario para no efectuar la desvinculación laboral; por tanto, Las Resoluciones Constitucionales referentes a la vulneración del derecho al trabajo toman el rumbo proteccionista de la interpretación de la norma.

2.4.1 El derecho a la tierra

La tierra como sujeto de vida para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, fue vulnerada desde la invasión de los colonizadores, quienes despojaron su territorio; posteriormente, en la época de la república, más concretamente desde el año 1825 la parcelación de las tierras comunitarias origino la individualización del territorio, creando problemas de acceso a la tierra, hoy conocido como la vulneración del derecho a la tierra; asimismo, en las Resoluciones Constitucionales emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional encontramos una variedad de derechos vulnerados; asimismo, en la gráfica de derechos supuestamente vulnerados está la tierra.

Desde el pensamiento eurocéntrico vigente en el órgano judicial se ha podido conocer el estado actual del TCP en la emisión de sus resoluciones a través del diagnóstico, que de acuerdo al muestreo estadística del 10 % de una población total de 8954 expedientes hemos logrado revisar 895 Resoluciones Constitucionales de Acción de Amparo Constitucional emitidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), donde se encontraron 4 casos que habían solicitado se conceda la tutela del derecho a la tierra por la vulneración del mismo, estadísticamente representa el 0,04 % del total de la población infringida de este derecho por parte de las autoridades de menor o mayor rango, lo que indica afirmar que de cada 100 litigantes 1 persona aproximadamente es vulnerado por este derecho a la tierra que estadísticamente es significativo; por tanto, en 8954 Acciones de Amparo Constitucional solicitados al Tribunal Constitucional Plurinacional se encontraron 4 casos sobre la vulneración del derecho a la tierra por parte de las autoridades de menor o mayor rango.

El Tribunal Constitucional Plurinacional para resolver el caso de la transgresión del derecho a la tierra procedió a considerar desde la lógica individualista, a fundamentar desde el pensamiento de la razón, a utilizar la misma estructura de sentencia clásica y a medir el conflicto mediante leyes, normas y procedimientos pertenecientes al derecho positivo de la justicia monista logrando confirmar, revocar, denegar o conceder el derecho vulnerado bajo la lógica del derecho positivo, que considera a la tierra como la capa arable que sirve como

objeto de producción de recursos económicos pero en cumplimiento a la función social o función económica social como propiedad individual; en ese entendido, el derecho a la tierra es fundamentado y razonado desde la ***línea jurisprudencial garantista y proteccionista a la propiedad individual y colectiva de la tierra***, para ello la interpretación de la norma considera lo siguiente:

Cuadro 3

Línea jurisprudencial y sus categorías del derecho a la tierra

Nº	LINEA JURISPRUDENCIAL	CATEGORIAS
1.	<i>Garantista y proteccionista a la propiedad individual y colectiva de la tierra</i>	Por el uso que se da al suelo
2.		El acceso a la tierra que se tiene y test del vivir bien
3.		La posesión legal que sustenta sobre la tenencia de la tierra

Fuente: Elaboración propia.

De la frecuencia de categorías que asumió el Tribunal Constitucional Plurinacional como línea jurisprudencial para emitir fallos, tomamos al azar algunas Resoluciones Constitucionales para efectuar el análisis de la fundamentación que asumió para tomar el caso de la vulneración del derecho a la tierra.

"En consecuencia, al ser evidente que en la redistribución de tierras, las autoridades originarias de la Comunidad de Huaricasa y el Ayllu Collana omitieron la intervención del accionante, incurrieron en la vulneración del derecho al debido proceso, lo que amerita conceder la tutela reclamada, dejando sin efecto la redistribución de tierras de la familia Arce, y disponiendo que las autoridades de la Comunidad, de acuerdo a sus usos y costumbres realicen una nueva distribución, garantizando que el accionante sea convocado, participe en la distribución y pueda ejercer su derecho a la defensa de manera amplia, además disponer que las autoridades originarias al emitir sus fallos lo hagan de manera fundamentada explicando a las partes las razones por las cuales tomaron una determinada decisión, y que la misma tienen por finalidad de garantizar la armonía al interior de la Comunidad." (SCP 1386/2016-S3).

Asimismo, se puede observar en la siguiente Resolución Constitucional, la categoría que prioriza el uso de la tierra. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su análisis sobre esta línea jurisprudencial se menciona lo siguiente:

"En conclusión, de conformidad a las normas de la Constitución Política del Estado citadas y la jurisprudencia señalada en el Fundamento Jurídico III.2 de este fallo, al concurrir los elementos de la titularidad o dominio sobre las tierras cultivadas, el desmonte, la tala de árboles así como los actos ilegales y arbitrarios, sobre los que se

están ejerciendo las vías de hecho; aspecto demostrado en el presente caso; por lo que corresponde conceder la tutela solicitada.” (SCP 1232/2016-S1)

El Tribunal Constitucional Plurinacional en obediencia a las normas que garantizan y protegen la propiedad individual y colectiva de la tierra, nos expresa la línea jurisprudencial para la posesión legal que sustenta sobre la tenencia de la tierra, sobre este tema la Sentencia Constitucional remarca lo siguiente:

“En ese sentido, se debe considerar que si bien es cierto que la comunidad Chivé, mantiene el derecho colectivo de las tierras, no es menos evidente que para cambiar o restringir el acceso de algún miembro a dichas tierras colectivas, a través de la posesión, debe seguirse estrictamente el procedimiento que está definido por sus propias normas comunitarias; y, en caso que las autoridades no demuestren que determinada decisión no se encuentra respaldada por un procedimiento, normas y decisión, que responden a sus propios medios y formas de resolución de conflictos; corresponde otorgar la tutela a personas que denuncien dichas circunstancias.” (SCP 1956/2013).

Portanto, observando las Sentencias Constitucionales, el Tribunal Constitucional Plurinacional tomó la línea jurisprudencial que aglutina en las siguientes categorías: El acceso a la tierra que se tiene y el test del vivir bien, el uso que se da al suelo y la posesión legal que sustenta sobre la tenencia de la tierra como fundamentación Jurídica utilizada en la Resolución Constitucional para el acceso a la tierra de parte de los comunarios; en ese marco, la Sentencia Constitucional para solucionar el acceso a la tierra optó la línea jurisprudencial garantista y proteccionista a la propiedad individual y colectiva de la tierra..

2.5 El derecho a la vivienda y al hábitat

Diferentes autores aun vienen haciendo los esfuerzos de contribuir teórica y conceptualmente a la emergente disciplina del Hábitat, desde donde impulsan a mantener una constante reflexión epistemológica sobre este tema: el hábitat y la vivienda que adquieren ciertas características muy similares para la cosmovisión de los pueblos.

Juan José Cuevo Calle, en su texto *La Poética del Espacio*, realiza una reflexión del hombre y su relación con su casa, como posible punto de partida en la producción social del hábitat y en la construcción del conocimiento⁹. Entonces el Hábitat se puede definir como expresión simbólica de un comportamiento humano, de un proceder que hace alusión a las acciones sociales económicas y técnicas esta postura observa el hábitat desde su dimensión cultural como expresión de conductas, ideas y sentimientos tanto individuales como colectivos.

⁹ Juan José Cuervo Calle Arquitecto de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB) y Magíster en Hábitat de la Universidad Nacional de Colombia. Arquitecto de la Universidad Pontificia Actualmente se desempeña como docente investigador en la Escuela de Arquitectura y Diseño de la UPB. Miembro del Grupo de Estudios en Diseño (GED), adscrito a la línea de investigación en Cultura Material.

La casa, según Ivan Illich (1988:30), es el resultado de una interacción del espacio con el hombre, que lo impregna con su ser y con su vida, es decir, con su habitar; entendido éste como aquello conexo con la vida y no solamente con el mero residir. Podemos relacionar habitar con vivir, cuando el entorno en el que nos encontramos es habitable y nosotros (los seres humanos) somos los habitantes.

Según Gastón Bachelard (1997), la casa es una expresión de la existencia del hombre. Estar, habitar o residir en ella significa construirla, vivirla, morarla, leerla, sentirla y pensarla. Esto implica asociarla con los aconteceres en el tiempo, con lo cotidiano, con la permanencia en las rutinas y en los hábitos. La casa es también un espacio que permite lo familiar y lo privado, lo individual y lo íntimo, ámbitos que, con el tiempo, hacen que la casa se convierta en un lugar con alto contenido simbólico, condensador de sentidos. La casa, por lo tanto, es uno de los espacios donde se puede tener plena conciencia del ser y además un lugar donde es posible controlar el mundo, ya que por fuera de ésta hay todo un universo por explotar. El hombre también hace parte del mundo a partir de la casa y gracias a la existencia de la misma.

Así, la casa representa para el hombre la necesidad básica de estar situado en un lugar del mundo, de fundar un centro, no es un punto de referencia relativizada, sino el centro espacial de todo hombre. Alrededor de la casa se desarrolla todo un sistema espacial de relaciones con otros espacios, objetos y personas: todo está referido a su centro orgánico, sin casa el hombre no tiene sentido de vida.

En este proceso se ha desarrollado un estudio para profundizar el derecho al hábitat y a la vivienda, se sostiene que una vivienda es un espacio donde el hombre puede habitar, puede vivir, lo usa, lo disfruta y está dispuesta para toda la familia. De manera personal se fundamenta en la capacidad racional del dominio del hombre sobre el bien inmueble, que puede ser reclamada por medio de uso de la fuerza y de la Ley.

La Constitución Política del Estado Plurinacional otorga dentro los derechos fundamentales, el derecho a la vida y a la integridad física, Psicológica, esto significa que nadie puede ser torturado ni sufrir tratos crueles ni mucho menos ser humillado, por otra parte toda persona tiene derecho al agua a la alimentación a la educación a la salud respetando la equidad de género, intracultural e intercultural participativo. Pero por sobre todo "toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria"

Las naciones y pueblos indígena originario campesino, constitucionalmente tienen derecho a existir libremente, a la libre determinación y territorialidad, a que sus saberes y conocimientos tradicionales, sus idiomas sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados respetados a vivir en un medio ambiente sano con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo

de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicios de los derechos legítimamente adquiridos por terceros .

Profundizando sobre este derecho como instituto jurídico se ha analizado cuantitativamente y cualitativamente. Revisadas de todas las sentencias que llegaron al Tribunal Constitucional Plurinacional; para llegar a esta conclusión se han revisado más de 900 expedientes de los cuales 13, un 1.3% de casos, hacen referencia al hábitat y a la vivienda como derechos fundamentales. Su aplicación es muy diversa, puede ser fundamental en la solicitud planteada aunque en algunas ocasiones es sólo un añadido que se acomoda al caso concreto; esto se debe a la variedad de conceptos que forman parte de esta garantía.

El Derecho al hábitat y a la vivienda correlativamente en las sentencias que llegaron al Tribunal constitucional como se citó anteriormente había alcanzado a tan solo el 1,3% tomando en cuenta del total y como parámetro el 10% solo en Acciones de Amparo Constitucional

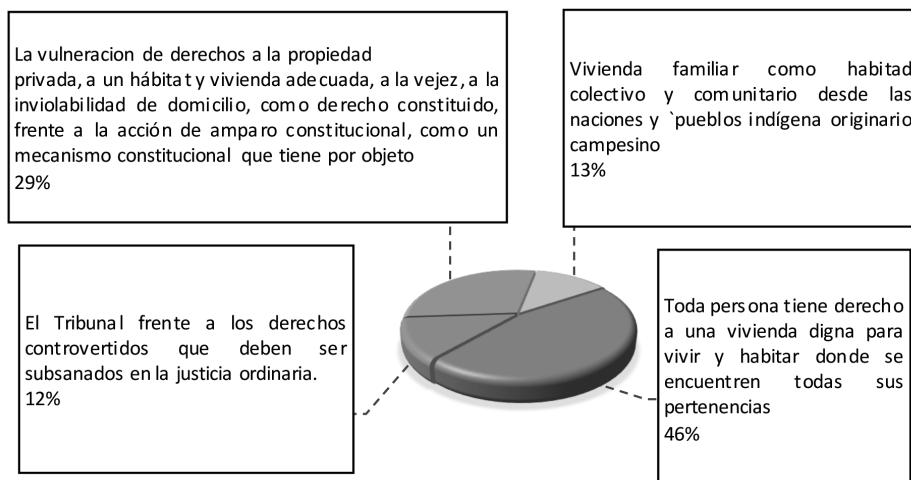
De la cantidad referida, de manera aleatoria se han elegido 139 expedientes que significan el 20.5% del total. El examen nos muestra que 13 de ellos desarrolla razonamientos en torno a los conceptos integrados a la vivienda y hábitat, esto representa que el 1,3% de todo lo ingresado referencia a esta garantía de donde:

- Todo persona tiene derecho a una vivienda digna para vivir bien donde se encuentren todas sus pertenencias
- El Tribunal Constitucional Plurinacional frente a los derechos impugnados que deben ser subsanados en la justicia ordinaria.
- La vulneración de derechos a la propiedad privada, a un hábitat y vivienda adecuada, a la vejez, a la inviolabilidad de domicilio, como derecho constituido, frente a la acción de amparo constitucional, como un mecanismo constitucional que tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados
- Vivienda familiar como habitad colectivo y comunitario desde las naciones y pueblos indígena originario campesino.

Gráfico 10

Razonamientos desarrollados en torno al derecho a la vivienda y hábitat

Razonamientos desarrollados en torno al derecho a la vivienda y hábitat



Fuente: elaboración propia, 2017.

De los razonamientos utilizados como parámetro no se toca el tema de fondo, sino en algunos casos como referencia de apoyo a los derechos y garantías planteados. Sin embargo, es importante mencionar que se puede observar que la jurisdicción ordinaria no ha logrado estudiar en sus razonamientos el tema de la vivienda hasta su esencia, no han logrado comprender lo que significa una casa, un hábitat; sino que son en su mayoría sujetos a la norma desde una justicia positiva. En cuanto a la lectura desde la justicia Indígena originaria campesina, la vivienda no es interpretada como tal por lo tanto es importante rupturar proponiendo alternativas que den solución a los diferentes casos que llega al TCP con relación al derecho que estamos tratando.

CAPÍTULO II

CAMINANDO HACIA LA COMPRESIÓN PLURAL

Procedimientos vs. debido proceso

Manuel Plaza Escobar

*Lo único bueno en sí mismo es la buena voluntad
(Fundamentación de la metafísica de las costumbres)
Emanuel Kant.*

1 ¿Existe debido proceso en la justicia indígena originario campesina?

El debido proceso no aplica dentro de la Jurisdicción Indígena Originario Campesina porque la forma de administración de justicia de los pueblos ancestrales tiene particularidades respecto a la jurisdicción ordinaria, la cual está marcada por la significación desarrollada por la doctrina jurídica occidental. Para los pueblos ancestrales, la justicia es parte de la integralidad; en este sentido, Fernando Huanacuni Mamani, en su obra *Vivir Bien/Buen Vivir*, sostiene que la forma de vida de los pueblos ancestrales es holística y comunitaria, su estructura tiene las siguientes características:

El sistema jurídico comunitario, antepone la vida y el respeto a la libertad. Frente a una ruptura en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas, sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos, asignándole roles de trabajo para devolverle la sensibilidad y la comprensión de que la vida es conjunta y de la necesidad de complementación y cuidado entre todos. La premisa para los pueblos indígenas originarios es la comunidad, trascendiendo lo individual; la comunidad es el pilar esencial de toda la estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social, sino a una estructura y percepción de vida que va más allá de los seres humanos y que se relaciona con toda forma de existencia en una común-unidad de interrelación e interdependencia recíproca (Huanacuni, 2010: 80).

Este es el mayor acercamiento a lo que en el mundo occidental admite como debido proceso; para los pueblos ancestrales los procedimientos son sistémicos porque la justicia está integrada a la vida. En esta dinámica, la Constitución Política del Estado Plurinacional reconoce los sistemas de justicia indígena originario campesinos que adquieren legitimidad e idoneidad siempre que en su práctica se respeten derechos y garantías fundamentales previstos en la Norma Suprema, por ejemplo: el respeto a la vida, la prohibición absoluta de tortura y el derecho a la defensa, constituyen premisas máximas que no pueden ser suprimidas por los sistemas de justicia comunitaria ni por la justicia ordinaria, actuar en inverso implicaría violar la Ley Fundamental y los postulados máximos contenidos en ella, convirtiendo a sus autores en responsables del quebrantamiento de los derechos constitucionales (CPE, art. 110.II).

Diversos estudios sobre la aplicación de justicia en los pueblos indígenas originario campesinos de Bolivia, han establecido que existe una lógica constituida en el marco del respeto a la vida y la armonía social. El fundamento principal del mecanismo es su cualidad

restauradora, siendo la sanción un agregado que se puede aplicar o no, en función a la valoración del principio reparador que sustenta su funcionamiento. Este mecanismo no es homogéneo aunque eso no implica que sea discrecional, la JIOC aplica la sanción en función al caso y al procesado, siendo que las circunstancias y atenuantes definen el tipo de solución que se adopte.

Sin embargo, se ha visto también que existe una mala práctica reñida con sus propios principios y valores, estos excesos cometidos en nombre de la Justicia Indígena Originaria Campesina, son fruto de la relación de los pueblos ancestrales con la sociedad capitalista. Esta situación de confusión insertada por la injerencia cultural de occidente en los pueblos originarios, sobrepone valores, produce desfases y confusión en la aplicación de la justicia, en cuanto que contradice su lógica cultural, relativizando armonía y equilibrio, valores fundamentales de la vida de los pueblos ancestrales.

Cuando en este tipo de sociedades originarias se presentan problemas o conflictos en sus interrelaciones sociales, éstos inconvenientes producen malestar y por tanto, afectación que significa no respetar y no cumplir los valores, principios y normas jurídicas propias que regulan la vida social. Cuando se produce una afectación, se está generando un desequilibrio en la colectividad, por eso, los afectados pueden denunciar los hechos ante las autoridades para que solucionen el problema y se restablezca el equilibrio y la armonía social (GIZ, 2012: 69-70).

Es de vital importancia tener en cuenta - a tiempo de la resolución de las controversias - que uno de los pilares esenciales del Estado Constitucional de Derecho se encuentra en el principio: "Nadie puede hacerse justicia por mano propia"; y en el imperativo: "Queda prohibida toda forma de tortura, desaparición, confinamiento, coacción, exacción o cualquier forma de violencia física o moral" (CPE, art. 114.I), mismos que deben ser observados por la Justicia Indígena Originaria Campesina, puesto que la función jurisdiccional es única, y que la JIOC forma parte de ella en igualdad de jerarquía.

En este sentido, la naturaleza de la Justicia Indígena Originaria Campesina, así como la preservación de la vida y el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, no adquieren carácter punitivo o castigador porque la cosmovisión ancestral es naturalmente reparadora y restauradora de los derechos, esto significa que cada comunidad cuenta con procedimientos y mecanismos aplicados de manera consensuada, activados por las autoridades específicas o generales elegidas mediante procedimientos culturales propios, quienes emiten fallos que pueden ser debatidos en el propio mecanismo o las instancias superiores, para su revisión.

En razón a que el debido proceso se configura como un elemento que resguarda el principio constitucional de prohibición del ejercicio arbitrario de poder, se asegura la prevalencia de

la razonabilidad y por ende los valores de justicia e igualdad, para consolidar el postulado del vivir bien en el Estado Plurinacional de Bolivia. No es que la Jurisdicción Constitucional pretenda sustituir la función indelegable de administrar justicia por parte de las autoridades indígena originaria campesinas, por el contrario, en el marco de las atribuciones conferidas por el art. 196.I de la CPE, únicamente actúa para precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales que deben ser respetadas en el ámbito de su jurisdicción; por ende, negará la tutela cuando exista un apartamiento de los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad contrarios a los postulados establecidos en nuestra Norma Suprema de acuerdo a la interpretación que otorga la Cosmovisión del Pueblo Indígena Originario Campesino, con respecto a los derechos fundamentales establecidos.

Otro componente de la lógica ancestral es que la vida comunitaria establece que nada se entiende de manera individual, todo está ligado no sólo a las personas, sino también a los dioses y la naturaleza. Como resultado de esta interacción, la sociedad se integra en sus componentes y objetivos en función a una forma de vida que desde la lógica occidental se entiende como vivir bien o suma qamaña, Fernando Huanacuni señala que el término tiene varios significados:

Para la cosmovisión de los pueblos indígenas originarios, primero está la vida en relaciones de armonía y equilibrio, por lo que "qamaña" se aplica a quien "sabe vivir". Ahora bien, el término de "suma qamaña" se traduce como "vivir bien", pero no explica la magnitud del concepto. Es mejor recurrir a la traducción de los términos originales en ambas lenguas. Desde la cosmovisión aymara, "del jaya mara aru" o "jaqi aru", "suma qamaña" se traduce de la siguiente forma:

- Suma: plenitud, sublime, excelente, magnifico, hermoso
- Qamaña: vivir, convivir, estar siendo, ser estando (Huanacuni. 2010: 7).

Por tanto, el concepto implica una relación metafísica que trastoca la lógica de la sociedad occidental y abarca mucho más que el concepto material de vivir bien. La justicia desde la cosmovisión indígena originaria campesina tiene que ser comprendida en este contexto y los procedimientos que se aplican, responden a esta percepción, aunque son ejecutados de manera particular, ya que cada pueblo, comunidad o nación actúa en función a su propia dinámica, asentada en su ancestralidad cultural.

El año 2016, la Secretaría Técnica publicó el texto "Sistemas de Justicia", con el fin de visibilizar los mecanismos de la justicia indígena originaria campesina en escenarios diferentes; para este trabajo, se tomaron tres puntos referenciales; La marka Challapata en tierras altas, el municipio de Sicaya en los valles y el territorio del TIPNIS en la zona baja, en esta publicación se señalan mecanismos y particularidades de la JIOC en el procedimiento que se sigue durante el proceso de juzgamiento. El punto de partida de este análisis señala que la Constitución

no determina cantidad de pueblos, pues las lenguas que reconoce en el art. 5 no implican correspondencia con nacionalidad, el escenario es abierto y en consecuencia hablamos de un número indeterminado de sistemas de justicia.

En este marco, la norma suprema reconoce que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos (art. 178.I). El alcance de aplicación de la JIOC está sujeto al mandato de la Constitución Política del Estado; al respecto, el art. 191.I dice: "La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino" (Sistemas de Justicia, 2016: 76). Algunas particularidades determinadas en la mencionada publicación son:

2 Los procedimientos desde los casos concretos

a) Marka Challapata (Oruro)

La cosmovisión de la marka Challapata al igual que de otras comunidades aymaras de las tierras altas, se sustenta en la relación del hombre con la naturaleza, esta correspondencia se expresa en la invocación al achachila Tata Asanajaqui o las wakas, antes de iniciar la faena agrícola u otras actividades. Para las culturas de tierras altas, cada elemento del cosmos, de la naturaleza y del mundo animal tiene una norma que no es autónoma ni independiente de la vida de los habitantes; por este motivo, su evolución y su marcha comprometen las acciones cotidianas (CIDOB-CONAMAQ, 2009: 80) (Sistemas de Justicia, 2016: 33).

Ancestralmente, las normas eran orales y se reproducían de forma intergeneracional, de padres a hijos, hoy existen Estatutos y Reglamentos internos en cada nivel de organización territorial, estos documentos tienen alcance sobre el territorio de la comunidad (Sistemas de Justicia, 2016: 55). En esta lógica, el proceso de juzgamiento se asienta en la ritualidad que se ejecuta en el cerro Asanajaqui¹⁰ y esta forma de organización muestra una estrecha interacción con la estructura de cargos de autoridad de la Justicia Indígena Originaria Campesina JIOC que comienza en la comunidad y sigue en el ayllu y la marka. En Challapata se sustenta en principios y valores ancestrales, ahora constitucionales, como ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso no seas ladrón) y suma qamaña (vivir bien), el procedimiento de resolución de conflictos muestra niveles; primero la comunidad, luego el ayllu, tercero la marka y finalmente el suyu.

Las comunidades campesinas de la marka Challapata mantienen el legado de la reforma agraria en su estructura organizativa, se rigen conforme a Estatutos y Reglamentos internos, pero dependientes del mallku de la marka. La tradición cultural establece que la autoridad

10 Que es la huaca o lugar sagrado.

originaria local está encargada de atender y resolver los problemas locales, aunque para ello influye la voluntad de partes, si en esta instancia no hay acuerdo, se transfiere el caso a la autoridad superior y si no hay acuerdo, se involucra a la Jurisdicción Ordinaria y para ello las autoridades indígenas elevan informes que se convierten en antecedentes del caso. Por tanto, desde la reconstitución de las autoridades y la territorialidad indígena originario de "Jatun Killakas Asanajaqi", el proceso de solución de conflictos se aborda desde los cargos menores hasta los cargos mayores (Sistemas de Justicia, 2016: 63).

Al interior de la comunidad, se desarrolla un procedimiento análogo de resolución de conflictos, las autoridades convocan a las partes en apremio e indagan sobre la gravedad del problema, si no hay acuerdo se involucra al Cabildo. Existe un procedimiento de solución de conflictos que implica tres pasos: la denuncia; la indagación del caso; la solución o conciliación con las partes involucradas. Cada etapa tiene procedimientos que se efectúan de manera organizada (Sistemas de Justicia, 2016: 67).

b) Municipio Sicaya (Cochabamba)

La cosmovisión en el municipio de Sicaya se expresa en un conjunto de creencias relacionadas a sitios o lugares que están ubicados en la cúspide de los cerros, según la tradición histórico cultural estos espacios se conocen como illas, wacas o q'aq'as y son entes protectores de los habitantes del territorio. Los sitios o lugares de las montañas tienen relación con la vida cotidiana de las comunidades campesinas quechuas en el orden social y moral. Actualmente, siguen vigentes los actos rituales de invocación a las montañas, aunque se perdió la figura del alcalde de campo¹¹, por influencia de las iglesias católica y evangélica (Sistemas de Justicia, 2016: 93).

El municipio de Sicaya forma parte de la sub-región andina que se encuentra al sud este del departamento de Cochabamba, en la actualidad está conformado por 20 sindicatos campesinos, dos subcentrales y una central regional con 18 comunidades (Sistemas de Justicia, 2016: 100). La organización de tierras intermedias o valles es esencialmente sindical, como resultado de los cambios operados en 1952; actualmente, el sistema se mantiene vigente mediante una sólida organización. En ese sentido, cuando se refieren a la Justicia Indígena Originaria Campesina en tierras intermedias, es importante la función que ejerce el directorio del Sindicato encabezado por el Secretario General, en temática de conflictos interviene el Secretario de Justicia como autoridad que se encarga de atender los problemas que surgen en la comunidad (Ídem: 85).

En lo referente a la resolución de conflictos, los niveles que se establecen son en primera instancia la comunidad; si las autoridades locales no resuelven el problema se pasa a la Subcentral y luego, si es necesario, a la Central de Trabajadores Campesinos de Sicaya. Es muy raro que el conflicto no termine aquí; sin embargo, existen tres niveles más: la Central Provincial, la Federación Sindical de Campesinos de Cochabamba y finalmente la Confederación Sindical

de Campesinos de Bolivia (UD. 2013). Por tanto, la Justicia Indígena Originaria Campesina de Sicaya se fundamenta en el derecho a la autodeterminación consistente en la capacidad de organizarse y dotarse de un sistema de justicia propio, formado en base a criterios de territorio, identidad cultural, cosmovisión y sistemas jurídicos.

Los principios, valores, normas y procedimientos, así como el sistema de sanciones son el ayni o colaboración y retribución que forma parte de la vida en comunidad; la waturiy o visita que es una práctica ancestral por la que las autoridades mayores visitan las comunidades y el khari – warmi que es la participación igualitaria de hombres y mujeres en el ejercicio de poder (Sistemas de Justicia, 2016: 106). El Informe Técnico 048 establece que el proceso de juzgamiento y las sanciones se fijan de acuerdo a normas y procedimientos propios y en relación a la gravedad del caso.

c) Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Secure (TIPNIS)

No existen pruebas respecto a una posible relación entre pueblos Mojeños, Yuracarés y Chimanes durante el periodo ancestral. Sin embargo, a partir de investigaciones etnohistóricas se establece que existen elementos comparables respecto a la cosmovisión de estos pueblos: primero, no existe la idea de bien y mal en la creación ni en el funcionamiento de la sociedad; segundo, la muerte es un tránsito a otra dimensión, pero la esencia del difunto permanece en la comunidad; tercero, los dioses son generales como la lluvia, el arco iris y locales como la laguna o el monte, están representados por espíritus “jichis”. Las ceremonias se efectúan en espacios y momentos determinados y son dirigidos por brujos o “chamanes” especialistas.

Al no existir noción de propiedad, de acumulación excedentaria ni de matrimonio, la idea de delito es ambigua y se construye solo en base a normas implícitas establecidas por la propia comunidad. La invasión colonial y republicana a estos espacios originó una hibridación cultural, permitió la aparición de instituciones coloniales como cabildo, matrimonio o propiedad. En este contexto aparece la noción de delito y la idea de castigo que primero la iglesia (católica y evangélica) y luego los hacendados utilizan para someter a los pueblos de esta zona (Sistemas de Justicia, 2016: 124).

Como resultado del proceso histórico, los pueblos del TIPNIS cuentan con autoridades elegidas en Cabildo Comunal, la duración de su mandato es de un año. Por encima de la comunidad está la Subcentral y luego viene la Central de Pueblos Indígenas del Beni como instancia superior. La CPIB tiene un departamento exclusivo para temas de justicia, el cual tiene jurisdicción en todo el territorio, así como el respeto y reconocimiento general. Para los pueblos del TIPNIS los delitos pueden ser leves, graves y muy graves; son juzgados siguiendo un procedimiento establecido y en caso de sanción, las autoridades y la comunidad se encargan del cumplimiento de la misma, cuidando que cuando la sanción implica castigo físico, este se efectúe en horario en que los niños no estén presentes.

3 Aplicación del procedimiento en el marco de la descolonización

El debido proceso es una garantía que parte de un hecho concreto, luego tiene una etapa de construcción teórica en dos vertientes, la práctica forense y el procesalismo alemán; la primera teórica, metodológica y la segunda conceptual analítica. Ninguna de las dos se aplica a la lógica del mundo ancestral, donde el procedimiento y la aplicación de justicia son parte de una integralidad que se produce cuando se quiebra el horizonte de la vida en comunidad. Por tanto, sus etapas y formas se asemejan operativamente a lo particular en un juicio o sumario en contra de uno o más de sus miembros por alguna falta cometida, pero no es viable insertar el concepto del derecho occidental a la lógica ancestral donde la aplicación de los procedimientos establecidos cuenta con una razonable dosis de voluntad creativa.

En este sentido, Padilla Rubiano¹²

relata un hecho ocurrido en Guatemala: tres indígenas fueron capturados robando en una comunidad Maya, una vez detenidos por la gente del pueblo que activa la posibilidad de lincharlos, las autoridades originarias logran mediar y entregan a los infractores a la Justicia Ordinaria. El juez decide que la comunidad juzgue el caso no sin antes establecer los marcos señalados por los convenios internacionales. Una vez constituida la ceremonia de juzgamiento que se lleva a cabo en la comunidad, los acusados reconocen su falta:

En curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, a sus hijos, parientes y a las autoridades. En un momento, la mesa de notables, que se había constituido para el juzgamiento, pidió que subieran al estrado los familiares de los procesados donde se llevaba a cabo el juicio. Solicitaron que de rodillas frente a sus hijos, esposas, padres, suegros, etc., cada uno pidiera perdón por su conducta, y diera su palabra de corregir sus vidas, trabajar honestamente y ser buen ejemplo para sus hijos y la comunidad (Rubiano, 2012: 81).

Luego de las declaraciones hechas por los acusados, uno de los notables tomó la palabra e hizo referencia al "valor sagrado de la palabra, la dignidad, la armonía, el buen ejemplo y especialmente al carácter del trabajo como la más noble forma de comunicación entre los seres humanos y la naturaleza" (Ibídem).

Al finalizar la ceremonia se pidió a los procesados compensar a la comunidad con 30 días de trabajo comunitario en obras necesarias para la comunidad donde se pretendía robar, después de lo cual se pidió a los juzgados poner su mano sobre 20 granos de maíz y responder a un juramento que leyó el Alcalde Comunitario, donde se les pidió respetar la palabra empeñada de trabajar honestamente, no robar, ser un buen ejemplo para sus hijos y cumplir el compromiso de la labor comunitaria, lo cual explicó el Alcalde, no es castigo pues el trabajo nunca lo es, sino, la única forma como se puede limpiar el corazón y la mente (Idem. 94).

El debido proceso y el principio de legalidad establecen umbrales y controles, basados en la Ley, con el fin de balancear la asimetría de poder entre el Estado y el individuo, de manera que se facilite la accesibilidad a la justicia y a los contenidos de la Ley. Como elementos constitutivos del Estado de Derecho, frente a la justicia, procuran que las partes puedan llevar adelante su causa, ser oídos y se garantice su derecho a promover sus pretensiones frente a un juez eficiente e imparcial, de manera que el resultado sea un proceso judicial equitativo, eficaz y transparente, que promueva y contribuya al orden y la paz social (Rubiano, 2012: 82).

4 Definiciones

Para la Justicia Ordinaria, el debido proceso resume el derecho que tiene toda persona acusada de un delito, sirve para ser juzgada de manera imparcial por un tribunal competente, contando para tal efecto, con los medios y recursos que le permitan presentar de manera oportuna, de forma verbal o escrita, los descargos que considere necesarios, como medios legítimos de defensa.

Para los PIOC los problemas que se generan atingen al territorio ancestral y significan salirse del camino comprendido desde la totalidad de la existencia. Consecuentemente, la vulneración de los principios y valores conlleva a una crisis que afecta a la convivencia de todos los hijos de la madre tierra; por tanto, solucionar el impase es responsabilidad de todos los integrantes de la comunidad para retornar al camino; lo contrario provoca consecuencias fatales, poniendo en peligro su vida.

En la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos no existe el concepto de debido proceso, fruto de los cánones de la racionalidad occidental; sin embargo, cuando un miembro de la comunidad transgrede la norma, la comunidad trata el tema y determina una sanción, considerando que el hecho rompe la armonía comunitaria y por tanto afecta a todos. Pero por otra parte, las autoridades comunales restablecen la armonía mediante rituales ofrecidos a la naturaleza y las deidades con el fin de retornar al camino noble. El sentido de estos ritos, permite neutralizar la parcialización de las partes, y encaminar acciones comunitarias para que nadie quede favorecido o perjudicado en el proceso de retorno al camino correcto.

Para la justicia indígena originario campesino cada comunidad tiene sus propios mecanismos de solución de conflictos, en ellos participan todos los comunarios bajo la dirección de sus autoridades locales. Durante el proceso de juzgamiento prevalece la idea de contribuir a la reparación del daño y la aplicación de sanciones es determinada con la idea de reinsertar al infractor al núcleo de la comunidad, para retornar a la armonía. Este procedimiento se emplea en el marco de los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad dirigidos hacia la lógica comunitaria propia de la JIOC.

En el marco de lo establecido por la normativa, la persona juzgada en la comunidad cuenta con los mecanismos necesarios para ser escuchada, la preexistencia legal y el orden de los actos procesales se deben entender en la dinámica cultural de cada pueblo y tomando en cuenta que para la JIOC, la justicia está integrada con la economía, la religión, el gobierno y la cultura; por tanto, se juzga en integralidad. Una de las características más notables de la Justicia Indígena Originario Campesina es la rapidez con que resuelve un caso, generalmente la solución surge de dos Asambleas, la primera informativa, procesal y la segunda determinativa, que es cuando las autoridades hacen conocer los mecanismos de resolución del conflicto. En términos temporales este procedimiento concluye en un par de semanas, no tiene costo ni se requiere de abogados juristas o asesores, cada ciudadano expone sus argumentos de forma libre y espontánea.

Para la consolidación del pluralismo jurídico hace falta la concurrencia de las partes involucradas, el respeto entre sistemas de justicia y el apego de estos a los lineamientos establecidos por la CPE; no es que se instrumentalicen los procedimientos en la Justicia Indígena Originaria Campesina pues esto sería romper su propia lógica, se trata más bien de enmarcar los principios de la comunidad internacional y de la Constitución Política del Estado a los marcos de respeto y equidad, como valores reconocidos por la humanidad. ¿Cómo lograrlo? La buena voluntad kantiana debería prevalecer como principio ordenador en los operadores de justicia y los ciudadanos, este mecanismo permitiría coordinar de manera positiva, permitiendo que la JIOC cuente con escenarios y mecanismos adecuados para su funcionamiento, en el marco del respeto a la vida.

4.1 Relación del procedimiento con los principios del Estado plurinacional

a) Descolonización

Históricamente, la justicia fue un instrumento de dominación de ciertos grupos de poder que imponen normativas con fines propios. En ese entendido, el concepto de la descolonización debe ser entendido su extensión comprensiva epistémica basada en la lógica comunitaria e integral de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, esto significa pensar desde la etnicidad comunitaria, en otros términos, desde la vida como principio y fin, con lo cual, se rompe con la institucionalidad instrumental del mundo moderno (De Sousa Santos, 2009, 2010).

En la práctica, la colonialidad se expresa mediante actitudes de dominio o sometimiento político, económico, cultural y jurídico de ciertos individuos o grupos sociales que someten homogenizando a sus semejantes en provecho de sus propios intereses individuales, grupales o institucionales. Entonces es todo tipo de dominio o sometimiento de un individuo o individuos hacia otros en el contexto plurinacional. Consecuentemente, la descolonización

hace referencia a despojarnos de todo tipo de imposición cultural, política, económica y jurídica basada en un modelo uniforme monista.

La descolonización de la justicia, significa, una ruptura con la matriz epistémica del derecho positivo; para ello, la justicia descolonizada debe comprenderse desde el pensamiento de las naciones y pueblos indígenas, sobre todo, partiendo de la ética comunitaria, o racionalidad comunitaria de los pueblos y naciones indígenas que desestructuran la institucionalidad jurídica vigente instituyendo un pluralismo jurídico auténtico promotor equidad social e igualdad jerárquica.

En este escenario, descolonización implica despojarse de todo tipo de saberes y actitudes que promuevan el dominio, sometimiento y discriminación de los sujetos y colectividades plurinacionales; lo que implica encaminar el trabajo constitucional hacia la construcción de una sociedad justa y armoniosa, basada en la plurinacionalidad que encamina al vivir bien. En consecuencia, no es posible entender los procedimientos de la JIOC al margen de este escenario, en tal sentido, debemos superar la lógica del positivismo para generar escenarios de diálogo que permitan la interacción coordinada de los sistemas de justicia.

b) Plurinacionalidad

El proyecto Plurinacional busca ser la base de la descolonización y transformación del Estado a partir de las “naciones y pueblos indígena originario campesinos”, con sus ideas y reivindicaciones (Schavelzon, 2012: XII). Bajo este criterio, la Asamblea Constituyente estuvo compuesta por representantes de todos los estratos de la sociedad boliviana, y por tanto fue una expresión auténtica de la plurinacionalidad del Estado:

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos (Preámbulo CPE).

Esta intención se reafirma en el art. 9 que expresa la intención del Estado: “constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales”. Por tanto, el mandato constitucional obliga respetar los derechos de las nacionalidades reconocidas implícitas y explícitas, en el texto constitucional. En el ámbito de la justicia, significa generar mecanismos de interacción armónica.

Como dice Garcés, la característica de plurinacionalidad del Estado no tiene que ver sólo con los pueblos indígenas pero ellos son un elemento fundamental para tal definición. De hecho, la plurinacionalidad de un Estado tiene que ver con el reconocimiento de la existencia de distintos colectivos políticos con poder de decisión. En el caso boliviano, esta pluralidad de

horizontes políticos proviene de distintas trayectorias históricas, algunas que se remontan a los tiempos precoloniales y otras que se han configurado en el período colonial y republicano (2013: 66).

c) Interculturalidad

Interculturalidad es la interacción entre culturas, implica un proceso de comunicación entre diferentes grupos humanos, con diversas costumbres, siendo la característica fundamental: "la Horizontalidad", es decir que ninguna está por encima de otra, la interculturalidad promueve igualdad, integración y convivencia entre pueblos¹³. En este contexto, una relación normal entre culturas permite que cada una exprese sus valores en un marco de respeto, tolerancia y diálogo. Las diferencias que puedan encontrarse, profundas o superficiales; nos conducen al desafío de conocer y valorar "al otro" para lograr una interacción positiva.

Existe una relación muy estrecha entre la interculturalidad y la diversidad cuya significación hace referencia a variedad, multiplicidad o pluralidad que compone a la persona en relación con la cultura y el medio ambiente. Como concepto y práctica, la interculturalidad significa el contacto e intercambio entre culturas en condiciones equitativas y de igualdad. Esta interacción no debe ser pensada sólo en términos étnicos, sino a partir de la relación, comunicación y aprendizaje permanentes entre personas, grupos, conocimientos, valores, tradiciones, lógicas y racionalidades orientadas a generar, construir y propiciar un respeto mutuo, y un desarrollo pleno de las capacidades de los individuos y colectivos, por encima de sus diferencias culturales y sociales (Universidad Mayor de San Andrés. s/f).

En nuestro país, la aplicación de la interculturalidad rompe con la historia hegemónica de la cultura dominante, que involucra la existencia de culturas sometidas o dominadas, aspectos que promueven la pérdida de identidad. Por tanto, la interculturalidad refuerza las identidades tradicionalmente excluidas para construir, tanto en la vida cotidiana como en las instituciones sociales, una convivencia de respeto y legitimidad entre todos los pueblos y nacionalidades que componen la sociedad boliviana.

La filosofía jurídica determina que los valores axiológicos están inmersos en todas las sociedades y que el esfuerzo que asumimos como humanidad es de interactuar cada vez de mejor manera (Nieva, 2009: 138). En esta lógica, el Art. 9.2 de la CPE señala: (interculturalidad) "es garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad, la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe".

El mandato expresado en la CPE se aplica a la interculturalidad jurídica que en el caso de los pueblos indígena originario campesinos de Bolivia conforman un enorme abanico de posibilidades que si bien tiene aspectos centrales comunes, es evidente que cada

comunidad o pueblo aplica justicia de acuerdo a criterios culturales propios. Promover la interculturalidad, significa respeto a los procedimientos de cada pueblo, acompañando el proceso de juzgamiento con el fin de evitar desfases que puedan estar al margen de los recaudos expresados en el bloque de constitucionalidad y los valores promovidos por el Estado boliviano en su Constitución.

5 Desarrollo temporal del concepto: “Debido Proceso”

El inicio del concepto tuvo su origen en el marco de la vida cortesana medieval, el derecho anglosajón utilizó el término “due process of law” (debido proceso legal) para instituir un marco jurídico favorable al siervo¹⁴; su origen se establece en la “carta libertatum” sancionada el 15 de junio de 1512 por el rey Juan I de Inglaterra “Juan sin Tierra” con el fin de velar por el bien de las personas y de la sociedad en su conjunto. La carta cuenta con 63 puntos mediante los cuales se señalan normas que protegen a los desamparados ante cualquier situación o circunstancia, su cumplimiento determina el marco jurídico y procedimental para determinar un escenario de estabilidad social en el reino.

Otros analistas prefieren establecer que el concepto tuvo su origen en la práctica forense de los siglos XVI –XVIII cuya base se encuentra en el derecho romano; este procedimiento buscó determinar las operaciones ante los tribunales para establecer un modelo de ejecución, dejando de lado las discrecionalidades que se presentaban. La capacitación estaba dirigida por personas expertas en juicios y tenía como destinatarios a jueces, abogados y escribanos. La revolución francesa (1789) y procesalismo alemán (1868-1914) con su método casuístico serían otras dos vertientes (Machicado. 2010), aunque en ambos casos corresponden a momentos históricos posteriores. Estos argumentos aplican bien al desarrollo posterior del derecho, fueron diseñados por el idealismo hegeliano y el positivismo de Augusto Comte, para servir a las clases dominantes.

La declaración burguesa promulgada en Francia, señala que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho”, en cambio el procesalismo tiene como objeto principal de estudio, el punto de vista teórico, no práctico; ambos caminos establecen escenarios jurídicos afines al tratamiento de las causas, de forma normalizada. En este contexto, la definición moderna señala que el debido proceso o derecho a un proceso regular es el derecho que tiene la persona acusada de un delito, a ser escuchada de forma imparcial y a ser juzgada por tribunales establecidos de acuerdo a Leyes pre-existentes. Este derecho no es ilimitado, está sujeto a control judicial y garantiza el orden y la seguridad de los actos procesales (Valetta, 2001: 221); por tanto, es un principio jurídico que determina el derecho de los ciudadanos a la protección necesaria para tener un proceso justo y equitativo, en el cual puedan expresar su punto de vista.

El debido proceso es parte fundamental de los derechos humanos, cuenta con protección a través de los sistemas internacionales de defensa del ciudadano y se considera que determina la legalidad en contra del ejercicio arbitrario de la justicia, evitando la aplicación de sanciones que considera injustas, estableciendo límites al poder (Amachuyo. 2014). Teóricamente, es la seguridad de que el procedimiento de la causa, seguirá los pasos establecidos otorgando tiempos y espacios adecuados; es inherente y aplicable a cualquier procedimiento y permite que los involucrados tengan espacios y medios para exponer sus argumentos. Conceptualmente, puede ser definido como el conjunto de resguardos que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso y le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia conforme a derecho.

En el siglo XX se universalizó asumiendo una acepción globalizante y adquiriendo un carácter exigente para la realización práctica y convergente de los principios garantistas; En este sentido, la Constitución mejicana de 1917 es la primera que incluye derechos sociales y señala el rumbo de los derechos humanos en América Latina, aunque siempre en el marco del liberalismo jurídico.

Se plantea con frecuencia en la doctrina que la primera y más importante de las garantías del debido proceso es el principio de legalidad, visto como la obligación del respaldo legal de cualquier acción contra el individuo. Su alcance tiene dos vertientes que implican escalas de desarrollo: obligatoriedad de lo que dispone la Ley sustantiva, identificada como Estado de Derecho; y obligatoriedad de la acción del Estado ante los hechos punibles, concebidos como tales y que deben ser inexcusablemente perseguidos (Pérez Fleita, 2012).

¿Cuáles son los principios que integran el concepto del debido proceso en el mundo occidental? Se plantea que la primera y más importante de las garantías es la legalidad, vista como la obligación del respaldo legal de cualquier acción contra el individuo. Está estrechamente relacionada con el de reserva que dice que nadie puede ser procesado y sancionado por una conducta que no esté previamente tipificada en la Ley (Pérez Fleita, 2012). El derecho a la presunción de inocencia plantea que el acusado debe ser considerado inocente hasta que la culpabilidad sea judicialmente declarada. El derecho a la defensa es otro de sus pilares, determina la intervención del imputado en el proceso penal abierto para enfrentar una posible reacción contra él y la de llevar a cabo las actividades necesarias para poner en evidencia, con todos los fundamentos, la falta de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe. El principio del juez natural tiene un sentido garantizador que radica en la exclusiva determinación legal de la competencia (Pérez Fleita, 2012).

El principio de contradicción concibe que las partes puedan acceder al proceso penal y en particular, que al imputado se le reconozca el derecho a ser oído en cada una de las instancias, porque en el proceso moderno, la evidencia como presupuesto ineludible de la sentencia,

no puede obtenerse sino mediante la oposición de la acusación y de su antítesis, que es la defensa, la contradicción en el proceso penal contemporáneo ha de ser complementada con la igualdad en la actuación procesal porque no es suficiente que exista contradicción en el proceso, para que ésta sea efectiva, se hace necesario que ambas partes procesales tengan los mismos medios de ataque y defensa, posibilidad de alegación, prueba e impugnación, sin discriminación. El fundamento de este principio está dado en evitar un estado de indefensión (Pérez Fleita, 2012).

El principio de juicio oral y público señala que en razón de éste no se puede penar a una persona sin haber realizado antes un juicio. La publicidad del procedimiento protege a las partes mediante el control público, constituye uno de los medios que ayudan a conservar la confianza en jueces y tribunales. El principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional establece que el juez tiene que estar libre e independiente de todo poder e influencia al momento de juzgar (Pérez Fleita, 2012).

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consiste en el cumplimiento de los plazos procesales, la indefensión no sólo se produce por la denegación de justicia, sino además por el retraso en resolver las peticiones de los administrados. El principio de oficialidad plantea que la Ley marca razones, motivos, condiciones, circunstancias en las que un proceso penal debe comenzar y desarrollarse hasta su sentencia y la humanidad consiste en que durante el procedimiento penal se debe tener presente que el procesado conserve siempre su condición de persona humana y que como tal, se le acuse con dignidad y respeto (Pérez Fleita, 2012).

El debido proceso tiene una acepción conceptual muy amplia, implica una variedad de principios con los cuales cuenta una persona durante el proceso de juzgamiento. De acuerdo a su lógica, el cumplimiento de todos los aspectos que implican, otorga la seguridad de que el acusado será juzgado de manera justa e imparcial, activando los mecanismos que pone a su disposición el Estado para asumir su defensa en el marco establecido por los derechos humanos. De acuerdo a la concepción occidental moderna humaniza la justicia, determinando pasos y procedimientos que se deben cumplir en resguardo de las partes involucradas y garantiza la correcta aplicación de una sentencia que refleje el cumplimiento de aquello que determina la Ley.

5.1 Bloque de constitucionalidad

A pesar de la importancia de las normas internacionales, la jurisprudencia constitucional incluye la expresión "bloque de constitucionalidad" recién a mediados de 1995, con la sentencia C-225 de la Corte Constitucional de Colombia. El bloque de constitucionalidad es una categoría que permite que los tratados de derechos humanos y humanitarios entren con fuerza en la práctica jurídica de los países; teóricamente, esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura de respeto (Uprimny, 1995).

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales, tanto del ámbito universal como regional, los Estados partes en estas convenciones se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas, y a garantizar el libre y pleno ejercicio para toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada en San José, Costa Rica en 1969 (Pacto de San José) en el art. 4.1 establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida...", esto significa que a partir de la concepción, nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. El art. 5.1 determina que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; el art. 11.1 afirma que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" y el art. 33 señala que son competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada Corte.

La Corte tiene competencia para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial (art. 62.3 Corte IDH).

A su vez, el art. 8.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, prevé: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio".

La Convención Belém do Pará establece normativa en contra de la violencia contra la mujer, en su art. 1 señala: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". La Corte IDH asume lo expresado en el art. 2 de la mencionada convención y ratifica que la violencia en contra de la mujer se establece en los tres ámbitos señalados.

El art. 7 condena todas las formas de violencia contra la mujer y conviene en adoptar por todos los medios apropiados y sin dilaciones, “políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia...” en los incisos recomienda actuar con prontitud, ajustar la legislación de los Estados al marco de protección propuesto y castigar al agresor mediante medidas jurídicas y otros puntos. Por ejemplo, Ciudad Juárez, en la república de México, presenta una situación de terror que muestra la “violación reiterada y sistemática de los derechos humanos” así como su vulneración, señala que “niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada”.

El artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella, su responsabilidad se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano, independientemente de su jerarquía... (Pacto de San José. 1969). Esto implica organizar el aparato judicial para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos mediante mecanismos propios, aspecto que no sucede en el caso mencionado. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos y de investigar seriamente los delitos que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación del daño, aspectos que se operativizan en el marco de los procedimientos creados por las legislaciones nacionales.

La Convención señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable...” (Art. 8.1), y que “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes...” (Art. 25.1), establecidos en el marco del debido proceso. La Comisión determina que el Estado “tiene el deber de proteger los derechos humanos de las víctimas y la obligación de adoptar medidas especiales de cuidado, prevención y garantía”.

Sin embargo, el caso Gonzales contra México muestra que en la práctica existen limitaciones y una relativa aplicación de los principios que se postulan, pues frente a la violación y asesinato de dos niñas, la Comisión señala que “las instancias estatales encargadas de hacer cumplir la ley no actuaron para prevenir que acontezcan los hechos ni para individualizar y sancionar a los responsables, las agencias estatales encargadas específicamente de la protección a la infancia no intervinieron de modo alguno ni en la prevención de estos hechos ni en proponer alguna clase de solución para el caso”. La Corte IDH establece también que las familias de las víctimas son acosadas y que el Estado no asume responsabilidad al respecto.

Esta situación que viene a ser recurrente en casos que llegan a la Corte o la Convención, muestra que las instancias cuentan sólo con poder moral para sugerir a los Estados, pero en ningún caso pueden involucrarse directamente en la solución de un problema. En el

caso señalado, la Corte conmina al Estado de México para que encuadre su actuación en el marco del debido proceso, pero no tiene poder coercitivo para determinar que efectivamente se cumplan las sanciones y reparaciones establecidas. Este y otros casos hacen visibles las limitaciones de las instancias internacionales, constituyéndose sólo en instrumentos del sistema capitalista que sirven para proteger a la sociedad dominante en contra de los intereses de los sectores vulnerables.

En el caso Gonzales contra México, las víctimas pertenecen a familias pobres de ciudad Juárez, los indicios de criminalidad apuntan a miembros de la policía, el Estado mexicano no juzga ni protege a las familias de las víctimas las cuales son amenazadas y amedrentadas. La pregunta es ¿Cuál es el beneficio de una institución que sólo cuenta con poder moral? ¿Cuál es la utilidad de una instancia que no es capaz de reparar la injusticia cometida en contra de los desprotegidos?... el resultado es que la Corte Interamericana muestra una fachada encuadrada en una moralidad convencional y legitima el atropello producido por los desfasos del sistema capitalista en contra de la población de un Estado.

5.2 La Constitución Política del Estado plurinacional

La Constitución Política del Estado promulgada en 2009 hace referencia al término en 4 oportunidades, en el título IV “garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”, art. 115. II dice que el Estado garantiza el derecho al debido proceso en el marco del establecimiento de una Justicia plural; más adelante en el art. 117. I señala que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. En el capítulo tercero, art. 137 determina que la declaración de estado de excepción no suspende las garantías, entre ellas al debido proceso, finalmente, en el título V “nacionalidad y ciudadanía”, capítulo segundo, “jurisdicción ordinaria”, art. 180 establece que la jurisdicción ordinaria se fundamenta en una serie de principios procesales, entre ellos el debido proceso. En las dos primeras referencias, aparece como principio del Estado Plurinacional de Bolivia; en las dos últimas como garantía referida al procedimiento que debe respetar la justicia en la resolución de una causa; de esta manera, la Constitución Política del Estado garantiza los derechos ciudadanos en armonía y concordancia a los convenios internacionales.

En cuanto a Derecho fundamental, protege al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, contra posibles abusos de autoridades originados no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas o administrativas que afecten derechos fundamentales, constituyéndose en el instrumento de sujeción de las autoridades a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico (Sentencia Constitucional Plurinacional 1203/2014. Expediente 04592-2013-10-AAC).

En tanto que garantía jurisdiccional constituye un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso como la motivación de las resoluciones, la defensa, la pertinencia, la congruencia entre otras, y que se aplican a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes y normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades pero también las partes intervinientes en la aplicación y resguardo del principio de igualdad (Sentencia Constitucional Plurinacional 1203/2014. Expediente 04592-2013-10-AAC).

De lo referido, se visualiza que aplica dos perspectivas, como derecho reconocido a todo ser humano y como garantía jurisdiccional que tiene la persona para ver protegidos sus derechos en las instancias administrativas o jurisdiccionales donde puedan verse involucrados. En cuanto a su importancia, la jurisprudencia constitucional precisó que está ligado a la búsqueda del orden justo; no es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento sino respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba; los derechos fundamentales como el derecho a la defensa, a la igualdad, etc., derechos que por su carácter fundamental no pueden ser ignorados ni obviados bajo ningún justificativo o excusa por autoridad alguna, pues dichos mandatos constitucionales son la base de las normas adjetivas procesales en nuestro ordenamiento jurídico, por ello los tribunales y jueces que administran justicia, entre sus obligaciones, tienen el deber de cuidar que los juicios se lleven sin vicios de nulidad, como también el de tomar medidas que aseguren la igualdad efectiva de las partes (SC 0999/2003-R de 16 de julio).

La refundación de nuestro Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de la Constitución Política vigente, ha reconocido el pluralismo jurídico como elemento fundante del nuevo Estado. Así lo señala la Ley, cuando sostiene:

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (CPE, art. 1).

En el preámbulo de la Norma Suprema, se propone la búsqueda de un Estado basado en el respeto y la igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad, en el que predomine la búsqueda del vivir bien, con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural. En consecuencia, la constitucionalización del pluralismo y la interculturalidad establecidos por la Norma suprema, otorgan un nuevo marco de convivencia social, respetando las particularidades de las naciones y pueblos ancestrales de Bolivia:

Las naciones y pueblo indígena originario campesino ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos (CPE, art. 190.I).

Este reconocimiento constitucional no puede ser entendido como si las naciones y pueblos indígenas originario campesinos hubiesen nacido con la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, la historia nos refleja que son colectividades que han estado presentes mucho antes de la fundación de la República - hoy Estado Plurinacional de Bolivia -; en consecuencia, el logro de nuestra actual Constitución, consiste en el reconocimiento a éstas formas ancestrales de administrar justicia.

En ese entendimiento y considerando que el pluralismo viene a ser uno de los ejes centrales del nuevo Estado, el art. 30.II.14 de nuestra Ley Suprema, reconoce en las naciones y pueblos indígena originario campesinos, el ejercicio de sistemas políticos, jurídicos y económicos acordes a su cosmovisión, sobre cuya base tienen la facultad de administrar justicia en el ámbito de su competencia.

La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los Tribunales Departamentales de Justicia, los Tribunales de Sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesinas se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especiales reguladas por la Ley (CPE, art. 179.I).

Por lo expuesto, se concluye que la Constitución reconoce que la jurisdicción indígena originaria campesina tiene la facultad de administrar justicia, con independencia y autonomía; pero, la condiciona a respetar la vida, a establecer procedimientos de defensa y a acatar los demás derechos y garantías previstos en nuestra Ley Fundamental (art. 190.II de la CPE), puesto que nuestra Norma Suprema goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, incluyendo a las determinaciones asumidas por la Justicia Indígena.

Se infiere que doctrinalmente el debido proceso cumple sus dos perspectivas, como un derecho en sí reconocido a todo ser humano y como garantía jurisdiccional que tiene la persona para ver protegidos sus derechos en las instancias administrativas o jurisdiccionales donde pueda verse involucrada. Se enriquece además con su carácter de principio procesal, lo que determina que su aplicación nazca desde el primer acto investigativo, según sea el caso, y deba subsistir de manera constante hasta la ejecución de la sentencia, constituyendo una resguardo legal que comprende un conjunto de cauciones jurisdiccionales que asisten a las partes procesales, lo que implica que debe estar inmerso en todas las actuaciones legales ya sea en el ámbito jurisdiccional o administrativo (SC 0299/2011-R de 29 de marzo).

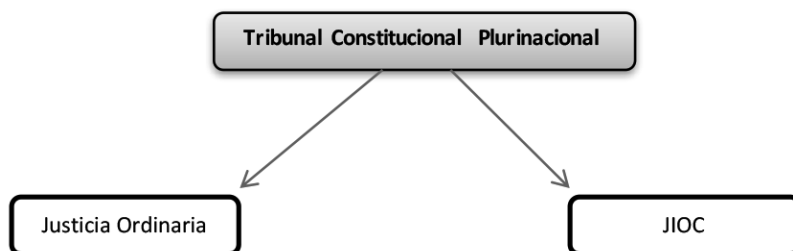
El derecho al debido proceso implica la recta administración de justicia, a un proceso justo en el que no haya negación o quebrantamiento de los amparos que cada persona tiene

jurídicamente atribuidos o asignados. Pero el debido proceso es también el respeto que esta garantía jurídica, fundamental en el derecho positivo, otorga a los pueblos indígena originario campesinos para juzgar por medio de sus autoridades y de acuerdo a sus normas y procedimientos, de esta forma se aplica la plurinacionalidad del Estado.

5.3 El Tribunal Constitucional Plurinacional

La regulación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia TCP se encuentra prescrita en los arts. 196 a 204 de la Constitución Política del Estado y determina la independencia y el sometimiento exclusivo del órgano jurisdiccional a la Norma suprema. La Constitución establece que las decisiones y sentencias del TCP son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno (art. 203). El Tribunal es el guardián de la CPE y vela por la aplicación del mandato expresado en la Ley Mayor, una de sus funciones consiste en establecer criterios que permitan el desarrollo armónico de todos los sistemas de justicia existentes en nuestro territorio, esta diversidad implica a la Justicia Ordinaria, Justicia Indígena Originaria Campesina, Justicia Agroambiental y jurisdicciones especiales, cada una con características particulares, funciones específicas y grados de institucionalidad. La relación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena originaria campesina es de igualdad jerárquica:

Gráfico 11
Ubicación del Tribunal Constitucional Plurinacional



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo a lo expresado en el art. 179.II “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”. Esto significa que la Constitución Política del Estado Plurinacional acoge a ambas con igual rango legal, aunque en la práctica esta situación no se cumple por una total discrepancia ocasionada por el desarrollo desigual y el sometimiento histórico de los pueblos indígenas, aspecto que relativiza las formas de entender y aplicar justicia. En este sentido, el mandato del Tribunal es hacer cumplir la

constitución y en consecuencia viabilizar la igualdad jurídica que impone la Norma suprema y la norma específica que regula la estructura, organización y funcionamiento del Tribunal.

La justicia constitucional será ejercida por el Tribunal Constitucional Plurinacional que tiene la finalidad de velar por la supremacía de la CPE, ejercer el control de constitucionalidad y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales (Ley 027 art. 2).

El art. 3 de la mencionada Ley señala que “los principios que rigen la justicia constitucional son los siguientes: la plurinacionalidad que reconoce la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales, afro-bolivianas, bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano”. En este escenario se aplica el pluralismo jurídico, que implica la coexistencia de varios sistemas jurídicos; la interculturalidad, que reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística; la complementariedad que supone la integración de y entre todos, reconociendo sus individualidades, la sociedad y la naturaleza; la armonía social como base para la cohesión social, la convivencia con tolerancia y el respeto a las diferencias; la independencia que implica que la justicia constitucional no está sometida a ningún otro órgano del poder público; la imparcialidad que establece que la justicia constitucional está definida por la Constitución Política del Estado y las Leyes y que los asuntos que sean de su conocimiento se resuelvan sin interferencia de ninguna naturaleza; sin prejuicio, discriminación o trato diferenciado que lo separe de su objetividad y sentido de justicia; la seguridad jurídica como aplicación objetiva, de tal modo que las personas conozcan sus derechos, garantías, obligaciones y tengan certidumbre y previsibilidad de los actos ejecutados por los órganos del Estado (Ley 027).

La Ley determina que los actos y decisiones de la justicia constitucional son de acceso libre y que en consecuencia, cualquier persona tiene derecho a informarse, salvo caso de reserva que implique seguridad nacional. La capacidad y experiencia constituyen la base para velar por la supremacía de la Constitución Política del Estado y ejercer control de constitucionalidad promoviendo respeto y vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Su desempeño se rige por los principios ético - morales de la sociedad plural y los valores que sustenta el Estado Plurinacional en el marco de la Cultura de Paz expresada en sus resoluciones. El art. 196 de la CPE establece: “vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales”; finalmente, señala que la herramienta interpretativa que debe utilizar el TCP en el ejercicio de sus funciones, es la voluntad del constituyente expresada en las actas de la Asamblea.

El reconocimiento del pluralismo jurídico como base y fundamento del Estado Plurinacional de Bolivia y el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, han sido encarados por el Tribunal Constitucional

Plurinacional a partir de su representación plural y la forma de elección de sus autoridades, puesto que el Tribunal tiene la misión de defender la Constitución y precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

En este escenario, la retardación y congestión en la administración de justicia se convierten en problemas reales y por tal motivo, estudiosos de la sociología jurídica, producen investigación construyendo un nuevo espacio de análisis para politólogos, sociólogos, historiadores y antropólogos que mediante trabajos socio-jurídicos consolidan zonas de interdisciplinariedad y promueven la consolidación del pluralismo jurídico. La política estatal marca otro escenario que entiende el derecho como forma de intervención en los procesos sociales, muestra cómo la Ley se convierte en el instrumento para la materialización de programas determinando el accionar de los campos legales; asimismo, debates y estudios críticos enfatizan en procesos de acumulación de capital, buscando legitimidad en los métodos de lucha (Ariza, 2014: 56).

¿Cómo funciona la descolonización constitucional?, ¿cómo se construye un nuevo discurso constitucional? y, con ello, ¿cómo se logran los nuevos arreglos institucionales que el país requiere para avanzar en el siglo XXI? Los poderes Ejecutivo y Legislativo han desarrollado diversas variantes de materialización de este nuevo discurso. El Ejecutivo en el Plan Nacional de Desarrollo; el Legislativo mediante las Leyes de nacionalización y descolonización, el Poder Judicial mediante la materialización del pluralismo jurídico, estableciendo vínculos con los pueblos y naciones indígenas originario campesinos de nuestro territorio y produciendo una línea jurisprudencial acorde con los nuevos principios de Estado.

6. Línea jurisprudencial del TCP

En el marco del desafío planteado por la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado una línea jurisprudencial en materia de debido proceso, algunas de las sentencias relevantes son: La 1336/2016-S2 sobre este derecho en el ámbito de la justicia indígena originaria campesina, menciona a la SCP 0323/2014, que a su vez se remite a la SCP 0645/2012, la cual precisa lo siguiente: El art. 12 de la Ley 1257, eleva a rango de ley el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, establece que:

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

De este modo, tomando en cuenta que es un resguardo inherente a cualquier ciudadano bajo jurisdicción estatal y que debe hacerse efectivo en la tramitación de procesos

judiciales o administrativos, a consecuencia de los cuales pueden verse afectados derechos fundamentales; en el caso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, dicha garantía resulta aún más indispensable puesto que dada su especial condición, como resultado de sus características propias, condiciones económicas y sociales, sus instituciones representativas, normas y procedimientos propios; la eventual afectación de sus derechos repercute de modo más sensible que si se diera en otros sectores de la población.

En el ámbito de la justicia indígena originaria campesina el debido proceso se debe entender como el derecho que tiene toda persona o colectividad a un proceso justo donde se respeten las normas propias y en el que puedan ser escuchadas de manera imparcial, en igualdad de condiciones y ejerciendo plenamente sus derechos fundamentales contenidos a partir de una interpretación intercultural.

La sentencia 1326/2016-S1 hace mención a la SCP 0361/2015-S1, señalando que:

El derecho al debido proceso reconocido en los arts. 115.II y 117.I de la CPE, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), es tutelado a través de la acción de libertad de acuerdo al entendimiento de la SC 1865/2004-R de 1 de diciembre, cuando: ... a consecuencia de las violaciones al debido proceso invocadas, se colocó al recurrente en absoluto estado de indefensión, lo que no le permitió impugnar los supuestos actos ilegales, señalando que recién tuvo conocimiento del proceso al momento de la persecución o la privación de la libertad.

Asimismo, la SCP 0761/2013 de 11 de junio, citando a la SC 1365/2005-R, expresó que:

... la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el Juez las convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aun siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas....

La sentencia 1095/2016-S1 hace mención al art. 115.I de la CPE estableciendo que "Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos."; asimismo, su párrafo II dispone "El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.", vinculante con los arts. 117, 120 y 180 de la referida Ley Fundamental, por lo que en su sentido más amplio, es decir, como derecho, garantía y principio deberá ser de cumplimiento obligatorio por toda la institucionalidad judicial y administrativa,

en el marco de la teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales, que hallan su cimiento constitucional en el art. 109 y 9.4, que aplican por una parte el derecho subjetivo, que tiene que ver con la potestad de una persona para reclamar la restitución de sus derechos fundamentales vulnerados, y por otro lado el objetivo que pone en movimiento el aparato estatal para restituir el ejercicio de los derechos fundamentales lesionados, considerando el modelo de Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, además de democrático.

En concordancia con lo expresado, bajo el título: “El sometimiento de la Justicia Indígena Originario Campesina al control plural de constitucionalidad”, se establece lo siguiente:

Tal como se mencionó precedentemente, 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 (SCP 1422/2012).

La Constitución, deriva al control plural de constitucionalidad dos roles esenciales: i) El cuidado de la Constitución; y, ii) El resguardo a los derechos fundamentales. En el marco de estas atribuciones, se establece que el TCP es último y máximo guardián de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene roles preventivos y reparadores de control de constitucionalidad, los cuales se ejercen en relación a funcionarios públicos, particulares y autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina, aspecto que justifica su composición plural.

En este marco, la SCP 1203/2014 señala que de manera particular y en lo referido a la jurisdicción especial, reconocida a las autoridades de los pueblos y naciones indígena originario campesinos, se debe establecer que aseguren el respeto a los Derechos Humanos a la hora de administrar justicia, pues no resulta admisible que ninguna jurisdicción atente contra la vida del ser humano, debiendo asumirse que, si bien todo juzgamiento debe hacerse conforme a normas y procedimientos de la comunidad indígena, también se debe observar ciertos parámetros y límites a tiempo de emitir una decisión; es así, que realizando un análisis a partir de nuestra Norma Suprema, se advierte que toda jurisdicción, incluida la indígena originaria campesina, debe observar los postulados que reflejan los principios consecuentes con el debido proceso:

Equidad

Dentro de un análisis sobre la administración de justicia, la noción inicial que podemos tener sobre este principio radica en la tendencia de juzgar con imparcialidad, haciendo uso de la razón. En el caso de la Justicia Indígena Originaria Campesina, la equidad debe

ser comprendida, como el anhelo de buscar el equilibrio en sus decisiones, respecto de los hechos sometidos a juzgamiento comunitario, estableciendo si realmente la sanción o pena que se asigne a una falta, es la que realmente se encuentra acorde a su propio sistema de administración de justicia; es decir, bajo una interpretación intercultural que vele por el equilibrio con los derechos colectivos (SCP 1203/2014 Exp. 04592-2013-10-AAC).

Proporcionalidad

Inicialmente debemos tener claro que, este principio representa el respeto íntegro de los derechos ajenos, en otras palabras la restricción o limitación de un derecho, que pueda realizar la autoridad jurisdiccional o indígena originaria campesina, se hace necesaria cuando se considera la finalidad social del Estado de Derecho de garantizar la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política del Estado, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos; debe tomarse en cuenta que la tutela de los derechos individuales se efectuará en base al contexto colectivo. Dicho de otro modo, la restricción o limitación en la que se traduce la medida legal a adoptarse por la autoridad competente, debe guardar una relación equilibrada y razonable con el fin perseguido, puesto las medidas cargas o restricciones irrazonables, excesivas o inadecuadas romperían el equilibrio (SCP 1203/2014 Exp. 04592-2013-10-AAC).

Razonabilidad

El significado del vocablo razonable, puede ser entendido como todo aquello arreglado a la razón; entonces, es posible señalar que cuando utilizamos dicho término, aludimos a todo aquello que resulta proporcionado e idóneo para alcanzar el fin propuesto; en este sentido, al referirnos a proporcionalidad entre medio y fin, se pretende establecer la necesidad de determinar el contenido de la justicia en la aplicación sustancial de la norma; en la Justicia Indígena Originaria Campesina, razonabilidad o proporcionalidad se convierte en una forma de garantizar el respeto integral de los derechos fundamentales en base al contexto sociocultural de la colectividad, hecho que permite que este principio, se constituya en una herramienta del control que ayude a restablecer la armonía (SCP 1203/2014 Exp. 04592-2013-10-AAC).

En consecuencia, siempre que la Justicia Indígena Originaria Campesina, a tiempo de emitir sus decisiones tenga presente estos enunciados - entre otros propios de su cosmovisión -, se podrán alcanzar y contextualizar los principios y valores axiomáticos previstos en nuestra constitución, sin embargo, nada es posible sin la buena voluntad de los operadores de

justicia que son quienes finalmente generan los marcos apropiados para la aplicación de procedimientos que conduzcan a la implementación del pluralismo jurídico y a la aplicación de procedimientos propios, de cada comunidad, sin romper con los valores expresados en la Constitución y en la Convención Latinoamericana de Derechos Humanos.

-0-

EL derecho a la defensa

Johnny German Suarez Callao

1. Breves antecedentes históricos

En cuanto a los antecedentes históricos del derecho a la defensa, debemos tener en cuenta que dicha institución ya era conocida en el derecho antiguo en Grecia, como nos menciona el jurista alemán James Paul Goldschmidt: *Así por ejemplo, en Grecia, el acusado debía comparecer él mismo aunque era posible la representación por un tercero y la aportación de dictámenes elaborados por peritos jurídicos especiales.* Por otra parte el autor relata que en Roma también era conocida y practicada la defensa hasta el grado de convertirse en una profesión: *En Roma, por su parte, la defensa se desarrolló en conexión con la institución del patronato. En la época posterior de los emperadores, los defensores se llamaban “advocati” llegando a convertirse en una profesión especial que disfrutaba de determinados privilegios* (Goldschmidt, J 1961: 172)¹⁵. Por consiguiente se establece que la institución jurídica del derecho a la defensa no es reciente ni propia del derecho contemporáneo, sino más bien que esta se vino desarrollando a lo largo de la historia.

2. La descolonización del derecho

La Constitución política del Estado ha demarcado con claridad el cambio radical que se asume como nuevo Estado, dejando lo colonial y transitando hacia un estado descolonizado, es así que el preámbulo manifiesta enérgicamente: *Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.* Esto significa una crítica radical al orden dominante que imperaba, es decir, como un proyecto alternativo y crítico a la sociedad capitalista y colonial que se basa en la superposición de “una sociedad dominante a las subalternizadas por la Conquista”, la descolonización busca construir procesos a través de los cuales se pueda desmontar las estructuras y relaciones de dominación y explotación. La línea monista y elitista del derecho debe ser superado a través del pluralismo jurídico y la inclusión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

a. Enfoque intercultural

No obstante al concepto general de intercambio o interacción horizontal entre diversas culturas, el concepto de la interculturalidad, como menciona Catherine Walsh, debe ser entendido como un instrumento descolonizador:

¹⁵ James Paul Goldschmidt (Berlín, 17 de diciembre de 1874 - Montevideo, 28 de junio de 1940) fue un jurista alemán.

*En sí, la interculturalidad intenta romper con la historia hegemónica de una cultura dominante y otras subordinadas y, de esa manera, reforzar las identidades tradicionalmente excluidas para construir, tanto en la vida cotidiana como en las instituciones sociales, un con-vivir de respeto y legitimidad entre todos los grupos de la sociedad*¹⁶

Por lo que podemos decir que interculturalidad se enfoca en la necesidad de transformar las estructuras de la sociedad y las instituciones que las soportan, haciéndolas sensibles a las diferencias culturales y a la diversidad de sus prácticas, jurídicas.

*La interculturalidad es un proceso y también una meta, vale decir, el proceso es el diálogo e intercambio entre las culturas diferentes en una situación de igualdad y, en tanto meta, es acabar con una situación de dominio y subordinación entre dichas culturas*¹⁷

En este sentido, la ruptura del paradigma del monismo positivo, que se establece en la Constitución Política del Estado, al establecer que: *la diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones*; reconoce y visibiliza racionalidades y formas de vida históricamente negadas y subordinadas para hacer de ellas piezas clave en la transformación de la sociedad y del Estado, hasta acabar con cualquier situación de dominio y subordinación existentes entre las diferentes culturas.

En el marco de la interculturalidad, en lo que respecta al ámbito jurídico, corresponde la materialización del pluralismo jurídico y la igualdad jerárquica entre los sistemas de justicia, como parte de este cometido la justicia constitucional debe abordar la reinterpretación de los institutos jurídicos, propios del derecho positivo, en el contexto propio de cada uno de los diferentes sistemas de justicia indígena originaria campesina.

b) Pluralismo jurídico y el derecho a la defensa

El pluralismo jurídico consiste en el reconocimiento de la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico (el Estado). (Boaventura de Sousa Santos y José Luis Exeni Rodríguez 2012:19). En este sentido, el pluralismo Jurídico es un paradigma que desenmascara el mito jurídico monista y centralista estatal. El Pluralismo Jurídico contribuye al reconocimiento de la diversidad y la pluralidad, la convivencia de distintos sistemas jurídicos, propias de la diversidad de culturas, valores y normas que coexisten en un mismo tiempo y espacio.

16

Catherine Walsh. Interculturalidad, Estado, Sociedad Ed. Universidad Andina Simon Boivar, Quito 2009: 41

17

Ibíd.

La Constitución Política del Estado, entiende que el pluralismo jurídico es la coexistencia y colaboración de varios sistemas de justicia en una única función social; lo que nos permitirá también comprender que cada sistema jurídico tiene sus características y particularidades; donde podemos diferenciar el sistema de justicia ordinario positivista, de los sistemas de justicia indígena originario campesinos con sus características propias. Según lo establecido en la Norma Suprema, estos sistemas de justicia gozan de igualdad jerárquica, lo que significa que ninguno es superior al otro o que ninguno debe ser subsumido por el otro.

Para la consolidación del pluralismo jurídico, como lo establece la Constitución Política del Estado, es necesario desarrollar una comprensión amplia sobre el "derecho a la defensa", instituto jurídico que tiene bien fundamentado sus cimientos en el derecho positivo, esto implica abrir su comprensión en el horizonte del pluralismo jurídico, de manera que, no se subalterne y enfrasque en la comprensión ordinaria de este derecho a otros sistemas jurídicos.

Con el afán de contribuir en un entendimiento plural del derecho a la defensa, a continuación, desarrollaremos algunos razonamientos sobre la comprensión de dicho derecho desde la justicia indígena originaria campesina y desde la justicia ordinaria.

3. Derecho a la defensa desde la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina

Una de las características de la justicia indígena originaria campesina, es que no se admite el monopolio de la decisión en una sola autoridad; sino más bien, éstas expresan su carácter complementario entre las partes en conflicto. La finalidad de la justicia indígena originario campesinos es la de restaurar la armonía y equilibrio, por ello, la finalidad no es juzgar por juzgar o sancionar al culpable con la privación de libertad; sin considerar, las consecuencias sociales, psicológicas del sancionado. En ese sentido, la justicia indígena cuida los principios ligados a la vida, no sólo desde un criterio individual sino colectivo; es decir, analiza no sólo la condición jurídica, sino, la cuestión social, económica, familiar del afectado como también del acusado de un delito o falta. Por ello, la sanción que emite la asamblea de una comunidad originaria o sindical campesina que se da en función de la incidencia de la propia comunidad.

Es recurrente mencionar el término "procedimiento" en la justicia indígena originaria campesina, en los cuales, el derecho a la defensa está implícito en la reunión colectiva donde se delibera, y las autoridades escuchan a las partes involucradas, esta depende de la gravedad del problema, si se trata un conflicto menor, la reunión sólo se realiza entre las partes involucradas conjuntamente con la autoridad, sobre todo cuando se trata de asuntos intrafamiliares que no amerite recurrir a una reunión de la comunidad campesina. A diferencia, cuando se trata de conflictos graves es imprescindible la asamblea de la comunidad donde en esta instancia la parte afectada tiene opción de defenderse o de impugnar la sanción (Fernández, 2000).

Los derechos indígenas son colectivos y su comportamiento en el ciclo de la solución de un conflicto son colectivos. Por ejemplo, en las comunidades de Mizque las autoridades de la justicia indígena proceden en un reunión dando la palabra al denunciado, "para que explique lo sucedido, posteriormente el denunciado argumenta en su defensa, en el turno de cada uno de complementan los testigos y después vienen las preguntas de las autoridades a cualquiera de las partes según el esclarecimiento requerido.

(...) Las autoridades presentes evalúan la situación acordando la mejor solución al problema, dependiendo cuáles argumentos fueron los más convincentes, para finalmente dictar sentencia" (Construir, 2014:152).

Una de las características de la justicia indígena originaria campesina es su oralidad, de esta manera todos los procedimientos que se desarrollan generalmente son orales, donde las personas que se encuentran involucrados en un problema o conflicto, tienen la posibilidad de defenderse personalmente o con la colaboración de los familiares o toda la comunidad.

Considerando que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en su decurso de su historia han estructurado sus formas de vida acorde a los patrones culturales sustentados en sus propias cosmovisiones. Entonces, es de suponer que el entendimiento de sus normas y sus procedimientos no siguen la misma lógica racional euro romana que se basa en un razonamiento antropocéntrico, sino generalmente tienen un referente común centrado en un pensamiento cósmico-geocéntrico. Consecuentemente, no existe el concepto de derecho a la defensa comprendido en el marco de los cánones significantes del derecho positivo; sin embargo, en términos sociolingüísticos aymara, quechua y guaraní, derecho a la defensa se puede traducción literalmente de la siguiente manera:

- En idioma aymara: *arxataña* ("defender con argumentos"); *yaqaña* (derecho)
- En idioma quechua: *rimjataymanta* (defender); *chayaquin* (derecho)
- En idioma guaraní: *Yopiaca*; *järoa* (defensa) *oporoepi vae* (el que me defiende). *Simbi*, *jupivae*, *mbaepoere güinovi vae* (derecho)

En términos sociolingüísticos aymara y quechua, derecho a la defensa se puede entender en su traducción literal como *arxataña* (defender), *yaqaña* (derecho); o en términos quechua haciendo una traducción literal significa *rimjataymanta* (defender) *chayaquin* (derecho). Sin embargo el derecho a la defensa como instituto jurídico con su forma de concepción de la justicia ordinaria totalmente técnica y formalista tanto en sus normas y procedimientos, no se encuentra en la justicia indígena originaria campesina.

En cambio este concepto se puede asemejar a algunos términos propios e intrínsecamente establecidos dentro los procedimientos de la JIOC en cada caso con sus propias particularidades, los mismos pueden ser el: *sut'inchay* (esclarecer) en idioma quechua;

ghananchana (esclarecer) en idioma aymara; *mbarandu* (preguntar a ambos) *yaikuakua* (responder) en guaraní, esta diversidad de términos lingüísticos, que se desarrollan en cada uno de los sistemas jurídicos de la JIOC tienen sus propias características, aunque el objetivo común sea el esclarecimiento del problema. La justicia está en base a la comunidad y sus autoridades propias, los mismos que no necesitan contar con ningún tipo de especialización, ya que la sabiduría en justicia está presente latente e intrínseca en la misma comunidad, siendo entre los pocos requisitos ser miembro de la comunidad. En otra de sus características esta su esencia informal, no cuenta con normas y procedimientos rígidos. Por consiguiente no existen especialistas para acusar ni para defender, más al contrario son los propios actores quienes participan en dar a conocer su versión de los pormenores de lo sucedido ante las autoridades o la comunidad con el fin de esclarecer el problema o conflicto.

Este hecho, garantiza el precepto del derecho a la defensa desde los convenios internacionales, que manifiestan que para que se garantice la igualdad de condiciones y las partes y sobre todo el juzgado tiene el derecho a ser oído o escuchado. Por otra parte en cuanto a la asistencia técnica, en el momento que se reconoce el pluralismo jurídico también se establece que cada sistema de justicia tiene sus propios mecanismos de garantizar la igualdad de condiciones de las partes, y en cuanto se refiere a la JIOC está al ser aplicada por sus propias autoridades naturales, en base a sus usos y costumbres, y no así de procedimientos y tecnicismos especializados, se entiende que no se requiere de asistencia técnica y que más bien la misma comunidad se convierte en un factor colectivo que garantizaría el derecho a la defensa en igualdad de condiciones.

4. Derecho a la defensa en el marco de la justicia ordinaria

En textos jurídicos se mencionan que el derecho de defensa puede manifestarse de dos modos. a) La autodefensa consiste "en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible"¹⁸ b) El derecho a la defensa técnica se traduce en la asistencia de letrado. Esta asistencia se garantiza al imputado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales y se traduce, por un lado, en el derecho a nombrar un abogado de su elección para que le asista en el proceso penal y le defienda, y, por otro y subsidiariamente, a que se le nombre un abogado de oficio cuando lo solicite.

El derecho a la defensa técnica se traduce en la asistencia de letrado. Esta asistencia se garantiza al imputado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales y se traduce, por un lado, en el derecho a nombrar un abogado de su elección para que le asista en el proceso penal y le defienda, y, por otro y subsidiariamente, a que se le nombre un abogado de oficio cuando lo solicite.

a. Normas Internacionales

El derecho a la defensa en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los pueblos indígenas, establece plenamente el derecho a la defensa como se puede ver en los siguientes artículos.

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

De esta manera la Declaración de las Naciones Unidas establecen claramente que todas las personas en plena igualdad, tienen derecho a ser oídos por un tribunal independiente e imparcial, lo que significaría que la justicia no debe estar inclinada a favorecer a ninguna de las partes y que mientras no se compruebe su culpabilidad debe existir la presunción de inocencia, debiéndose proceder mediante juicio justo, en el que se garanticen el derecho a la defensa del imputado a establecer o no culpabilidad

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰

Artículo 14. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

19 Ratificada por Bolivia el 20 de junio de 1979

20 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto; Bolivia se adhiere mediante D.S. N° 18950 de 17 de mayo de 1982, elevado a rango de Ley N°2119 promulgada el 11 de septiembre de 2000. Depósito del instrumento de ratificación el 12 de agosto de 1982

- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

5. En las normas nacionales

Constitución Política del Estado

En la Constitución Política del Estado, el derecho a la defensa está establecida en el siguiente artículo.

Art. 115 II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

Art. 119 II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.

Artículo 190. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Código de Procedimiento Penal (Jurisdicción Ordinaria)

En cuanto al derecho a la defensa en Bolivia, esta está definida por los arts. 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley 1970 Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1990. Que hacen referencia a calidad y derechos del imputado, presunción de inocencia, aplicación de medidas cautelares y restrictivas, defensa material, defensa técnica e interprete, respectivamente.

6. El derecho a la defensa en la Justicia Constitucional

Jurisprudencia internacional

De la misma forma se puede ver estos dos modos y contenido en la jurisprudencia internacional como es la Sentencia Constitucional de la Corte de Colombia

"Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado" (Sentencia C-025/09 Corte Constitucional de Colombia).

"El ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un profesional del derecho, científicamente preparado, conocedor de la ley aplicable y académicamente apto para el ejercicio de la abogacía. En nuestro sistema procesal penal, el derecho a la defensa técnica se materializa, o bien con el nombramiento de un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública". (Ibid)

Jurisprudencia Nacional

El Tribunal Constitucional de Bolivia, en la SC 1429/2011-R de 10 de octubre, realiza la siguiente fundamentación sobre el derecho a la defensa:

"Sobre el particular, la SC 1842/2003-R de 12 de diciembre, refiriéndose al derecho a la defensa, identificó dos connotaciones: '...La primera es el derecho que tienen las personas, cuando se encuentran sometidas a un proceso con formalidades específicas, a tener una persona idónea que pueda patrocinarle y defenderle oportunamente, mientras que la segunda es el derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido y por ello mismo es inviolable por las personas o autoridad que impidan o restrinjan su ejercicio...' (negritas añadidas).

Luego, en la SC 1670/2004-R de 14 de octubre, se expresó que: "(...) el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal" (negrillas agregadas). Alcance que ha sido reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, cuando en la SC 0183/2010-R de 24 de mayo, señaló que: "...el derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable; actualmente se encuentra contemplado como garantía jurisdiccional previsto por el art. 115.I de la CPE, que prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso, lo que implica que el acceso a la justicia comprende el derecho a ser escuchado en proceso; a presentar prueba; hacer uso de los recursos; y la observancia de los requisitos de cada instancia procesal".

De la misma manera la Sentencia Constitucional 0155/2012 manifiesta lo siguiente:

"Al respecto y según la opinión de Jorge Eduardo Vásquez Rossi, se puede decir que si bien es importante la defensa material del imputado, la defensa técnica sigue constituyendo, la más efectiva garantía para el resguardo de sus derechos, sea que se ejerza por el abogado de su confianza, abogados de Defensa Pública o el defensor de oficio, sostiene que en el art. 9 del actual Código Adjetivo, le otorga prevalencia a la defensa técnica al declarar su carácter irrenunciable, ya que con similares características se encuentra contenida y regulada en los arts. 92 y 94 del CPP; asimismo afirma que, su inobservancia, conforme a lo establecido por el art. 100 del mismo Código, no sirve para fundar ninguna decisión contra el imputado.

(...)En ese entendido, se puede establecer que la defensa técnica y la defensa material, se encuentran estrechamente relacionadas, puesto que para asumir el derecho a la defensa, el imputado tiene la posibilidad de que ambas puedan concurrir al mismo tiempo durante el desarrollo de todo el proceso penal, pues nadie puede ser condenado, sin ser previamente oído y juzgado en proceso legal; sin embargo, la defensa técnica es un derecho que no está constituido como una facultad o potestad, sino más bien, es un derecho irrenunciable que trata de precautelar y resguardar el derecho a la defensa del imputado, razón por la cual, mínimamente debe contar con la asistencia de una persona con conocimiento jurídico, ya sea el abogado de su confianza o el defensor de oficio designado por la autoridad competente, pues el incumplimiento de la parte in fine del art. 94 del CPP, no permite utilizar bajo ninguna circunstancia la información obtenida contra el imputado, situación que conforme el art. 169 inc. 3) del CPP, constituye actividad procesal defectuosa".

De lo que se colige que el Derecho a la Defensa, tal y como lo expone la Sentencia Constitucional, es una garantía para que ninguna persona pueda ser condenada sin haber sido escuchado

en proceso, el derecho que tiene a presentar prueba y hacer uso de los recursos jurídicos. Por lo que se puede decir que nadie puede ser condenado sin antes haberse defendido jurídicamente.

7. Jurisprudencia internacional para contextos interculturales

El derecho a la defensa, en contextos interculturales, en la jurisprudencia internacional, ha sido entendido desde las normas propias del sistema normativo de cada comunidad, al respecto la Sentencia No. T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia manifiesta lo siguiente:

“Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

(...)

Por otra parte, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-523/97).

La Corte Constitucional de Colombia, entendió que el derecho a la defensa no puede ser entendida en la justicia indígena, de la misma forma que en el derecho ordinario, debiendo ser entendida desde las normas propias de la comunidad, pues en una sociedad que reconoce la diversidad cultural y las diferentes formas de ver el mundo no se puede privilegiar las prácticas del derecho positivo.

8. Contradicciones en la interpretación del derecho a la defensa dentro el pluralismo jurídico

Cuadro 4
Comparación entre la Justicia ordinaria y la JIOC

JUSTICIA ORDINARIA	JUSTICIA INDIGENA ORIGINARIA
• Derecho a ser oídos • Autodefensa • Defensa técnica • Derecho que precautela a las personas para que en los procesos que se les inicia, tengan conocimiento y acceso de los actuados e impugnen los mismos con igualdad de condiciones conforme a procedimiento preestablecido	• Una de las partes o víctimas de un hecho se queja a la autoridad originaria. • No se admite el monopolio de las decisiones en una autoridad; sino más bien, las decisiones expresan la complementariedad entre las partes en conflicto • Las autoridades averiguan el problema que sucede, agotando todos los esfuerzos necesarios • El tratamiento del conflicto en una reunión o ante la autoridad originaria. Este momento es cuando la parte acusada puede defenderse de las acusaciones que es objeto. A esto se suma, la participación de las familias integrantes de un ayllu o comunidad campesina que al conocer un problema se involucra en el análisis y solución del problema (En esta etapa ambas partes argumentan lo sucedido y su verdad, a lo que la comunidad también participa) • Finalmente como un tercer paso está la sanción, este proceso no es mecánico sino es resultado del consenso, análisis en que arriban los miembros de la comunidad.

La diferencia entre ambos sistemas de justicia está en la forma de concepción de la justicia, en la Justicia Ordinaria, esta es totalmente técnica y formalista tanto en sus normas y procedimientos, por lo que es inminente necesario que para la administración de esta justicia tengan que intervenir personas especializadas en derecho siendo un profesional del derecho juez; el demandante para tener acceso a la justicia lo hace mediante un abogado lo que para equilibrar las condiciones se ha previsto que la parte demandada también obligatoriamente tenga que contar con un abogado, y en caso de que no cuente con uno el estado nombra un defensor de oficio.

En cambio en la JIOC, la justicia está en base a la comunidad y sus autoridades propias, los mismos que no necesitan contar con ningún tipo de especialización, ya que la sabiduría en justicia está presente latente e intrínseca en la misma comunidad, siendo entre los pocos requisitos ser miembro de la comunidad. En otra de sus características esta su esencia informal, no cuenta con normas y procedimientos rígidos. Por consiguiente no existen especialistas para acusar ni para defender, más al contrario son los propios actores quienes

participan en dar a conocer su versión de los pormenores de lo sucedido ante las autoridades o la comunidad con el fin de esclarecer el problema o conflicto.

Por consiguiente el derecho a la defensa con sus características y elementos que son imprescindibles para la justicia ordinaria no puede ser aplicado en la justicia indígena originaria campesina, por cuanto dichos elementos como la defensa técnica (propio de la justicia ordinaria) no son propios de este. Sin embargo se puede realizar un entendimiento propio en cada una de los sistemas de justicia indígena originario campesinos, y constatar que en el marco de sus propias normas que y procedimientos reproduce el derecho que tiene las partes a ser oídos y defenderse.

A manera de conclusión

En la Justicia Indígena Originaria Campesina, el derecho a la defensa no existe en el entendido de la justicia ordinaria, no obstante en el marco del pluralismo jurídico este instituto debe ser entendido y reinterpretado desde el contexto mismo de cada uno de los sistemas jurídicos. Es así que este concepto se puede asemejar a algunos elementos propios e intrínsecamente establecidos dentro los procedimientos de la JIOC en cada caso con sus propias particularidades, los mismos pueden ser el: *sut'inchay* (esclarecer) en idioma quechua; *qhananchaña* (esclarecer) en idioma aymara; *mbarandu* (preguntar a ambos) *yaikuakua* (responder) en guaraní, esta diversidad de elementos que se desarrollan en cada uno de los sistemas jurídicos de la JIOC tienen sus propias características, aunque el objetivo común sea el esclarecimiento del problema. El derecho a la defensa, desde la justicia indígena originaria campesina, no tienen que ser aquella contemplada por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. La justicia está en base a la comunidad, sus autoridades y sus normas y mecanismos propios, los mismos que no necesitan contar con ningún tipo de especialización occidental, ya que la sabiduría en justicia está presente latente e intrínseca en la misma comunidad, siendo entre los pocos requisitos ser miembro de la misma. En otra de sus características esta su esencia informal, no cuenta con normas y procedimientos rígidos. **Por consiguiente no existen especialistas para acusar ni para defender**, más al contrario son los propios actores en igualdad de condiciones, quienes participan en dar a conocer su versión de los pormenores de lo sucedido ante las autoridades o la comunidad con el fin de esclarecer el problema o conflicto, mediante lo que se garantiza que las personas pueden argumentar o aclarar lo que es equivalente a asumir su defensa.

1. Introducción

El Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Secretaría Técnica y Descolonización fue realizando informes de gabinete referente al derecho a la libertad desde la gestión 2015, por ejemplo, Informe Técnico de Gabinete TCP/STyD/UJIOC/No.030/2016, analiza el derecho a la libertad desde la justicia indígena de los pueblos guaraníes, de dicho documento se deduce que el derecho a la libertad es parte de la naturaleza de convivencia de los pueblos de tierras bajas, siendo una condición de vida sin estar sometidos a ningún orden. En otro informe TCP/STyD/UJIOC/No. 030/2016 la libertad se interpreta desde la libre locomoción del ser humano, y que para los pueblos indígenas de tierras bajas no existe la restricción al derecho a la libertad porque es simplemente parte de su constitución humana, y se afirma que la libertad es un derecho natural, recurrente sin estar sujeto a un proceso institucional. Por otro, se volvió a revisar el informe técnico de gabinete TCP/STyD/UD/No. 035/2016 "Libertad y Dignidad Humana" en dicho documento se realizó una reflexión desde la ciencia social moderna, y relativamente se abordó desde los pueblos indígenas de Bolivia.

El derecho a la libertad es uno de los temas que se aborda con bastante análisis en las resoluciones constitucionales. El factor que conduce a ello, es que, en un país como Bolivia, la población que se encuentra privada de libertad en su mayoría están sin sentencia; lo cual, sobrepasa los límites permitidos dentro un Estado constitucional, donde los derechos fundamentales es la base de la organización del Estado que a través de las normas se regula a la sociedad.

Entonces, en su interpretación jurídica el derecho a la libertad tiene que ver con las acciones, demandas que plantean las personas que no cuentan con sentencia ante las instancias judiciales, que en último caso involucra al Tribunal Constitucional Plurinacional. En concreto la Acción de Libertad o antes Habeas Corpus son recursos que ingresan al TCP con frecuencia en comparación a otras acciones. Por tanto, el derecho a la libertad en un estado democrático hasta resulta paradójico, porque una característica de la democracia es el respeto a los derechos fundamentales, a las libertades individuales, colectivas, la libertad es un principio del Estado moderno, que también el plurinacional en la Constitución Política del Estado que en el art. 21.3., dice, Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: "A la libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto, expresados en forma individual o colectiva, tanto en público como en privado, con fines lícitos". Así mismo, el numeral 4., dice, "A la libertad de reunión y asociación, en forma pública y privada, con fines lícitos". Mientras

el art. 22 de la CPE dice, “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

2. Consideraciones del derecho a la libertad desde la cosmovisión moderna occidental

Una característica del derecho a la libertad que se interpreta desde el derecho positivo es la noción de sujeto es a partir de una relación opuesta entre nosotros y los otros, de aquellos que están dentro la totalidad frente a aquellos que están fuera de ella. Bajo esa perspectiva, el derecho positivo se edifica desde una lógica vertical, excluyente, normalizadora, punitiva, donde la imposición de un sistema de normas sobre un grupo social es recurrente en la medida que ejerce coacción. Entonces, a quien no obedece la norma hay que castigarle, bajo esta premisa opera el derecho positivo, se ejerce coacción sobre un conjunto de individuos convertidos en seres dóciles. En ese sentido, el derecho a la libertad se vuelve en un instrumento de opresión, o desde donde se condiciona la asimilación del sujeto a un orden social que ensimismo se vuelve totalizante, por ello, un recurso jurídico que construye el derecho positivo es la pena que proviene del latín *ponea*, que significa, “castigo, suplicio y sufrimiento, que en realidad es el concepto real y clásico, ya que la privación o restricción que se aplica al condenado, sea a su vida, libertad o propiedades, constituye un sufrimiento o castigo”(Caritas, 2015: 17).

Entonces, la libertad desde el contexto occidental es lo opuesto a la pena, se busca libertad porque uno está privado de ella, porque está sojuzgado a un ente externo que limita sus acciones. Lo cual, no se trata de hechos aislados, sino de entender la historia de la humanidad en una orientación evolutiva, donde la humanidad habría superado formas tradicionales de convivencia donde aparentemente existía la auto-destrucción entre seres humanos al interior de una cultura. Diferentes regímenes en la historia de la humanidad tienen como característica la represión física y psicológica en base a un sistema moral y dogmático que pre-establece las formas de interacción social al interior de un grupo humano.

Para la modernidad la libertad es el mayor valor que tiene cualquier ser humano, cuando su modo de convivencia se traduce en múltiples relaciones sociales, siempre y cuando no esté sujeto a ningún tipo de restricción física, moral o espiritual. La libertad como categoría se desarrolla a nivel del pensamiento filosófico que se remonta en la antigüedad, concepto que se enraíza en la tradición judeo cristiana, donde la libertad es la ilusión que persigue todo pueblo que vive sumido a condiciones de opresión en un régimen político imperante. Lo cual, se manifiesta en la búsqueda de aquellos pueblos o culturas que pretenden alcanzar a futuro la liberación de su condición de opresión. Por ejemplo, el mito bíblico de la liberación de los israelitas por Moisés de la esclavitud de Egipto expresa el problema del ser humano de su búsqueda permanente de encontrar un mundo ideal donde los seres humanos sean libres, no estén sujetos a ningún tipo de condicionamiento, dentro del mito bíblico el oasis

representa el mito del mundo feliz, contrastando con la representación del desierto que representa la precariedad extrema del ser humano. Entonces, el oasis ese mundo feliz y libre, de la misma forma se puede interpretar el mito del paraíso, donde los seres que sufren en el mundo terrenal encontrarán justicia en el más allá, en el paraíso. Entonces en estos relatos bíblicos está implícito la lucha permanente del ser humano de encontrar algún día la libertad ante los males que aqueja la vida.

La libertad representa un acto de humanización hacia un futuro ideal donde todas las personas sean libres y no es una simple palabra que se resume en una frase u oración, tiene que ver con las múltiples facetas en que la humanidad coexiste bajo un régimen que impone orden, disciplina, carácter, un modelo de vida, determina diferentes ámbitos de la vida cotidiana. Por ejemplo, en el ámbito político, el cuestionamiento a las restricciones del voto a las mujeres, o el derecho de participar en política de los campesinos en los propios estados republicanos derivó en el nacimiento de una ideología alterna al régimen dominante, al menos este hecho llevó a la revolución de los movimientos campesinos, de mujeres luchar por sus derechos que en el fondo buscaban revertir las condiciones de opresión y de la búsqueda de liberación.

En otros términos, libertad – opresión confluyen en una relación dialéctica, libertad es lo opuesto a la restricción, opresión, subordinación, dominación y explotación. Entonces, la confluencia entre libertad – restricción representa la relación de contrarios, dialéctica que termina con la constitución de un nuevo orden social. De esa forma se puede comprender los diferentes periodos de la historia en que la humanidad ha cambiado un orden o sistema político.

Según la historia occidental, se dice que la humanidad ha transitado por varios estadios, teológico, metafísico y científico (Compte, 2008), o la teoría de Max Weber de que las sociedades transitan de la tradición a la modernidad, de una relación social de afectos a relaciones sociales medios fines (Weber, 1998), o la idea que plantea Durkheim de la diferencia entre la solidaridad mecánica y orgánica, en el último, las relaciones sociales se institucionalizan a través de las normas y procedimientos²¹ que regulan la interacción social, entendida la sociedad como la anatomía del ser humano. Por otro lado, Carlos Marx en el materialismo histórico, plantea la transición de la historia de la humanidad por distintos modos de producción, esclavista, feudal, capitalista y socialista, la transición de un modo de producción a otro tiene que ver con la disolución de las relaciones dialécticas que apertura el tránsito hacia un nuevo orden. Entonces, la idea de Marx es que el ser humano alcanza su libertad en el modo de producción socialista. Es decir, uno de los problemas del ser humano es la ausencia de libertad en distintos momentos de la historia; lo cual, su búsqueda derivó en acontecimientos políticos que determinaron el horizonte de la historia de la humanidad.

21 Bajo este enfoque cada componente del cuerpo humano, o cada componente que constituye la sociedad cumple una función específica y sincroniza a nivel del conjunto de la sociedad.

Desde el pensamiento social moderno, la conversión del hombre en un ser civilizado se interpreta como un proceso evolutivo que alcanza la humanidad en el tiempo. El ser humano logra su libertad mediante el pensamiento racional que le permite convertirse en autónomo o auto-suficiente. Por su uso de razón es capaz de explicar cualquier fenómeno social, político, etc., dejando atrás las determinaciones teológicas que rigieron la vida del ser humano, que se da cuenta de que a través del uso de razón puede controlar sus instintos, calcular, organizar y sobre todo desligarse de cualquier prejuicio, mito, religión que subordinaba el pensamiento. Implícitamente se infiere que el pensamiento racionalista es un parámetro que permite comprender la liberación del ser humano en el transcurso de la historia. Una condición para que el hombre ejerza dominio sobre su medio de vida, es el desarrollo de la ciencia moderna que rompe con los dogmas de la teología medieval, o con formas de vida pre-existente a la modernidad. Entonces la ciencia se desarrolla a partir de la razón, fundamento que permite operar para conocer y explicar una realidad concreta. Asimismo, los avances de la tecnología determinan explicar y conocer fenómenos sociales que antes se justificaba por la teología. En esa línea, el racionalismo representa el medio desde donde el ser humano llega al conocimiento, o en base a esos fundamentos constituye un nuevo orden político que entre sus principios está la libertad.

Desde el pensamiento social moderno, la "libertad" desemboca en un fundamento para la formación del Estado moderno y se convierte en un principio que destruye la noción de poder monárquico, oligárquico, etc. A diferencia, el pensamiento racional moderno legitima la construcción de un nuevo orden político instituido por el pueblo²².

Entonces la formación del Estado moderno se edifica sobre el principio de libertad, la revolución francesa se realiza a nombre de libertad, igualdad y fraternidad. Aunque la interpretación en el tiempo se acomoda a determinados intereses de clase que constituye una libertad restringida que protege la propiedad privada. En ese orden, dice Robert Eccleshall: "Para los whigs, libertad significaba primordialmente la salvaguarda del derecho de propiedad; más aún, respaldaban la estructura jerárquica del gobierno aristocrático, que Paine odiaba"²³.

Entonces, la libertad desde la modernidad son los actos humanos que se manifiestan de manera libre en cualquier ámbito de la vida, siempre y cuando no afecte el orden estatuido; dicha afirmación termina siendo formal, ya que, primero en restringir la libertad es el Estado al subordinar a toda persona en el marco de un ordenamiento legal que regula, norma las relaciones sociales tanto en la vida pública o privada. Es decir, los estados reconocen la libertad en el marco de los derechos constitucionales. En resumen, el derecho a la libertad desde la concepción moderna significa una potestad que tiene toda persona de manifestar libremente sus ideas, transitar, o asumir una identidad sin que esto signifique una amenaza al Estado, aunque estas premisas se derrumban en regímenes totalitarios que utilizan el poder como

22 El ejemplo de este hecho fue la revolución francesa de 1789.

23 Robert Eccleshall, Ideologías políticas, Madrid, Tecnos,

instrumento de enajenación para beneficiar a una clase política a determinados intereses de grupo.

El derecho a la libertad desde los convenios y pactos internacionales es un derecho universal que está por encima de cualquier interés ideológico, político y religioso. En esa línea está normado según el art. 7., de la Convención Americana de Derechos Humanos, al respecto dice lo siguiente.

- Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
- Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
- Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

En la Sentencia de la Corte Interamericana "Chaparro & Álvarez". La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al caso Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Iñiguez versus el Estado Ecuatoriano del 21 de noviembre de 2007. La Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabiliza al Estado Ecuatoriano por violar los derechos humanos de las personas Chaparro y Lapo que fueron acusadas de narcotráfico, sin que se les haya demostrado su culpabilidad, por ello, años después el poder judicial del Ecuador lo absuelven de la culpa lo que derivó en la libertad de ambas personas; sin embargo, el daño que se les ocasionó en parte es irreparable, primero porque el Estado Ecuatoriano les provoca un daño material (económico), también inmaterial cuando a ambas víctimas se les alteró sus proyectos de vida, ya que sufrieron preocupaciones, angustias y desesperación al estar privados de libertad. En dicha sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos define la libertad bajo los siguientes términos.

"En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable²⁴".

Lo propio en otra sentencia de la Corte Interamericana "campo algodoner" el Estado mexicano resulta ser cómplice de la desaparición y asesinato de tres jóvenes, entre los derechos fundamentales que se vulneraron están a la libertad, a la vida, al debido proceso, la integridad física y entre otros provocan la violación de los derechos humanos. La corte interamericana define que el derecho a la libertad es un derecho básico fundamental.

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007. P. 13

Entonces uno de los problemas latentes en los estados republicanos es la restricción permanente a la libertad que devienen de un rol perverso de los responsables de administrar la justicia ordinaria, estatal como también de los gobernantes de turno que tienen a su cargo de llevar reformas, velar por el respeto a la integralidad de los derechos fundamentales. Entonces, el rol perverso del Estado desemboca en una flagrante restricción a los derechos humanos entre estos al derecho a la libertad.

3. El derecho a la libertad desde los pueblos y naciones ancestrales.

Primero.- Los pueblos y naciones indígena originario campesinos hoy en día están reconocidos por convenios y normas internacionales, también por normas internas que algunos Estados ratifican las normas supranacionales a favor de los indígenas. Por ejemplo, en los art. 1 y 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, menciona: "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos". Lo mencionado más o menos es una respuesta a favor de los pueblos indígenas, considerando su estado de opresión y explotación a donde condujeron los Estados republicanos. En ese entendido, el derecho a la libertad surge como un mandato supra-nacional de organismos que promueven los derechos humanos a nivel global, en esa línea la libertad como principio universal de los derechos humanos representa el discurso desde el cual constituye un imaginario de reivindicación de los pueblos indígenas. El art. 2., de la Declaración de las Naciones Unidas dice, "Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas".

Segundo.- Mientras desde la visión de las culturas y pueblos no modernos, la libertad como palabra, categoría, conceptos, idea, noción, principio parte de otra trayectoria, o matriz civilizatoria. En primer lugar, la formación de las sociedades no modernas como la andina, amazónica, o la cultura azteca, la vida no se sometía a un proceso de institucionalización, tal cual sucede con la sociedad moderna. Por ejemplo, en los pueblos andinos las comunidades, ayllus podían transitar por distintos pisos ecológicos de acuerdo a sus necesidades materiales, se desplazaban para intercambiar productos agrícolas y pecuarios de la puna con los valles o con la costa, incluso llegaban hasta las fronteras geográficas de los llanos, yungas y Amazonía (Murra, 1978), lo cual, se demuestra con distintos toponimias, lugares que tienen nombres quechuas. Este tránsito no estaba sujeto a un control rígido por el incario; más bien era parte de un dominio que ejercían sobre sus territorios los ayllus andinos, con el fin de reproducir la vida que según Enrique Dussel, la vida es un principio material o fundamento para que los pueblos andinos, que establecen una forma de organización política distinta a la moderna,

pero el fin de ello, es la voluntad de vivir. Sobre los pueblos andinos algunos sociólogos e historiadores (Arze, J. Antonio, 1983; Saavedra Bautista, 1960) señalan que la justicia fue rígido en el incario, y lo asocian a formas primitivas de formación social, o pre-modernas. Ya que según estos autores entre sus castigos contemplaban la pena de muerte y castigos físicos.

En cuanto a la libertad, si bien no contaban con centros para encerrar a una persona, pero ejercían sanciones corporales siendo el más frecuente los chicotazos que hasta ahora sigue vigente. Aunque son interpretaciones de los cronistas: Garcilaso de la Vega, Bernabé Cobo, Guamán Poma de Ayala. Para otros pueblos ancestrales que permanecen en el tiempo, practicaban una racionalidad comunitaria, donde la propiedad o los bienes colectivos tenían un valor supremo sobre el interés personal o sobre la posesión individual de bienes y recursos. Es decir, no se establece la diferencia entre propiedad privada y pública, ya que la tierra es sinónimo de vida, en términos modernos corresponde a un bien público, mientras para los andinos se trata de un bien comunitario, donde todos los integrantes comparten sin medir beneficios que pueda obtener para su interés personal, sino hay una subjetividad, imaginario de que la tierra, aire, la flora y fauna son generadoras de vida, y lo conciben sin establecer ningún tipo de cálculo racional que esté orientado a un beneficio propio, sino prima en ellos la racionalidad comunitaria, donde el ser humano no se mueve solo sino con su entorno. En ese contexto, para los pueblos andinos, o amazónicos no existe el derecho a la libertad en la medida de la apreciación moderna, porque en su historia propia no antecede una historia de dominación, explotación, expulsión, usurpación, acaparamiento, genocidio, humanicidio. Sino la libertad es parte de su constitución humana, al menos si valoramos lo ancestral en su dimensión fundante, cabe resaltar que estos pueblos no construyeron una relación de dominio, a diferencia de lo que fue en el contexto de la modernidad. En el contexto andino una persona es libre, si convive en función de los principios, valores que practica la comunidad, pero esto no es una condición para coaccionar, corporativizar porque los principios y valores no son dogmas, no se traduce en una jerarquización de vida.

La libertad para los pueblos andinos es una condición humana innata de existencia de principio y fin, no está sujeto a un cálculo racional que ponga condiciones a las acciones humanas. Sino más bien, la convivencia colectiva comunitaria se basaba en un diálogo entre el ser humano con su entorno que edificaba un sentido a su vida, por lo cual, esto no representaba una estructura de subordinación, sino digamos era horizontal, el dialogo del ser humano con la flora y la fauna.

En sentido, los bienes, recursos son de uso común y por ello participan el conjunto de la comunidad para su aprovechamiento que permite por ejemplo la reproducción de la vida, el alimento es la base de la existencia de cualquier grupo humano en el tiempo y espacio. Entonces, las culturas andinas y amazónicas, la relación con su medio de vida no estaba restringido lo que ellos buscaban cuando requerían algún producto. Esto en parte rompe

con la noción de que las sociedades pre-modernas, primitivas se disputaban por el alimento hasta quitarse la vida, es decir, la lucha descarnada por la subsistencia hubiese sido la razón o el motivo por el cual se haya establecido las primeras normas que regular el acceso a ello. Entonces, según la hipótesis eurocéntrica del derecho, que las sociedades se organizaran en una comunidad política fue el medio más adecuado para que el ser humano conviva en paz. Esta afirmación, contradice en parte lo que practicaban algunas culturas como la amazónica respecto al uso de los recursos, ellos no se mataban para usufructuar algún producto de la madre naturaleza, en ese sentido eran libres, podían ir a comer cuando quería, entonces para ser libres no había que acceder a ciertos derechos, normas creadas por un Estado, es decir, al tratarse de pueblos, culturas orales la subjetividad contempla un espíritu comunitario. Estaban conscientes de la condición humana básica, en este caso la alimentación era una condición humana que constituye la vida, por lo cual, no está sujeto a ningún tipo de restricción que pudiese alterar la convivencia, entonces por su forma de vida, la libertad en los pueblos ancestrales está implícito en su vida cotidiana²⁵.

Por ejemplo, las relaciones conyugales en algunos pueblos no consiste en un contacto exogámico, sino emparentan entre miembros del mismo entorno social, se puede afirmar que se trata de relaciones endogámicas, lo que se trata es comprender la libertad no como un derecho normado o calculado, sino es comprender en que el ser humano ancestral vivía en su medio de vida sin estar sujeto a un sistema, orden, estado, que ejerza dominio, mientras desde la modernidad política todo ciudadano está sujeto a las normas que establece el Estado²⁶.

Actualmente las culturas andinas como resultado de la colonia adoptaron en el tiempo una conducta coactiva que restringe el derecho a la libertad, al menos la jurisprudencia señala esa figura cuando interpreta el chicotazo como parte del sistema de justicia indígena, que más o menos la jurisprudencia de los países de la región hicieron el mismo reconocimiento.

En ese orden es necesario hacer referencia a las sanciones que en el marco del carácter plurinacional del Estado y el principio de pluralismo jurídico, son aplicadas por las naciones y pueblos indígenas en nuestro país, entre ellas, los chicotazos, el palo santo, etc., que bajo los estándares internacionales podrían ser concebidos como sanciones corporales y por tanto lesivas al derecho a la integridad (Santiago & Guarayo, 2014).

En los pueblos ancestrales de tierras bajas no se advierte esta figura, ya que los enlaces conyugales responden más a un sentido de reproducción social y política al interior de la

25 La necesidad de alimentación es una condición humana en cualquier latitud del mundo, impedirla su acceso es un crimen, en la que desemboca el capitalismo, la sociedad moderna.

26 Interpretando la historia occidental en el pasado los diferentes regímenes políticos se basaron en la intimidación, en la coacción como una característica que predominó en distintos periodos, el ejemplo de ello son los regímenes políticos que naturalizaban la esclavitud, la pena de muerte, el castigo corporal, justificando desde la teología.

comunidad, por tal motivo, la vida social se reproduce en el entorno de la comunidad, no se trata de seres encerrados en su entorno. El sentido de la vida estaba para que todos los miembros posean lo suficiente para reproducir la vida y el respeto a la madre naturaleza: "En un caso, el hombre se ve radicalmente separado del producto de su caza, ya que no debe consumirla; en el otro, él no es jamás completamente un marido sino, a lo más, solamente medio marido: entre un hombre y su mujer viene a interponerse el tercer término, que es el marido secundario"(Clastres, 2008: 103). Lo cual significa que la convivencia no está sujeta a una subordinación, sino más bien es una forma de vida en que las comunidades ancestrales conviven de acuerdo a los requerimientos de su medio de vida. Entonces, no existe un derecho a la libertad instituido como lo es en las sociedades modernas, el tránsito de un medio a otro, el acceso a los bienes materiales es parte de la vida cotidiana que involucra al conjunto de la comunidad. Por ello, antropólogos como el francés Pierre Clastres señala que los guaraníes eran libres porque no estaban sujetos a un régimen político como la sociedad moderna sujeta a un Estado. En su obra la sociedad contra el Estado, demuestra que la creación del Estado en sociedades no modernas es malo, negativo, porque justamente restringe la libertad, creatividad. Este mismo razonamiento lo había realizado Herbert Spencer dentro del desarrollo de los Estados europeos, porque el Estado restringe la creatividad te obliga a pensar como quiere el Estado, asimismo, Michel Foucault en su teoría del poder, el Estado desde la antigüedad ha provocado crear cuerpos dóciles a través de las instituciones como la escuela. Entonces el ser humano en estos escenarios nunca fue libre, controlar la libertad era una condición que en parte garantizaba la vigencia de un Estado. En parte la lectura que hace Pierre Clastres es desde la visión de estado moderno occidental, sin embargo resalta el modo de vida de los guaraníes como una característica de las sociedades que niegan la vigencia de un orden instituido porque restringe la libertad. Los guaraníes no necesitan un orden o instituciones políticas que regulasen a las personas, se podría afirmar que estos pueblos se regulaban en base a sus valores.

Al respecto Clastres dice.

"Resumiendo, la comunidad de residencia en una gran casa y la pertenencia culturalmente reconocida a un mismo conjunto de parientes, definen a los grupos de la Selva Tropical como unidades sociológicas entre las que se operan intercambios y se concluyen alianzas"(Clastres Pierre, 2008: 55)

Entonces, para comprender la connotación de libertad no es suficiente aplicar a un hecho concreto de la realidad social, porque es la modernidad en parte la que reduce la connotación de libertad a una cuestión política, jurídica o al simple ejercicio de la democracia como si fuese un parámetro para determinar si una sociedad es libre o no. Desde los pueblos ancestrales, libertad es más que una palabra, está relacionado con su modo de vida que constituye una ética comunitaria. Por ello, el derecho a la libertad en la cultura guaraní se interpreta como

amenas y tranquilas, donde las relaciones sociales se expresan como parte de la vida cotidiana que constituye la subjetividad comunitaria. En la mente de los guaraníes no está inserto la acción racional medios – fines, ya que en el fondo el cuidado de la propiedad privada es un fundamento para restringir el derecho a la libertad en la modernidad que tiene efectos sobre los pueblos andino, amazónico chaco. Los pueblos ancestrales, en su subjetividad conciben que los bienes no son propiedad de nadie en especial sino del conjunto de la comunidad que habita en el territorio, más que propiedad lo consideran como un lugar sagrado motivo por el cual el mito es un referente moral para la convivencia entre las personas. Al respecto en el Informe Técnico de Gabinete TCP/STyD/UJIOC/No. 030/2016 dice.

“El hombre del campo se instala en el lugar que más les convengan para construir su casa, chaco, crianza de animales, la caza, la pesca y la recolección de frutas silvestres que sirven para la subsistencia familiar con uso adecuado y un manejo sostenibles del medio en que habitan, estas actividades son desarrolladas respetando a los iyas de la madre naturaleza y logran con ello el vivir bien o **yaiko pave**”.

Esta afirmación refleja la subjetividad que cuida la vida de la comunidad por encima del interés particular, pragmático, racional, o aquello que está sujeto a la acción racional medios fines. Desde la subjetividad comunitaria la libertad no es algo por conquistar, alcanzar, porque los pueblos o culturas ancestrales en su lógica no está presente la relación de dominio sobre su semejante; sino la interacción social entre grupos o comunidades se da en función del acceso a los recursos desde donde producen su alimento, en base a la reciprocidad, redistribución ya sean de bienes, recursos o el mismo proceso de organización social se basa en criterios simétricos. Siendo el fin mayor proteger la vida de los integrantes de la comunidad. Aunque en un contexto actual las formas de auto-regulación vigentes en comunidades indígenas son contradictorios, porque en sus formas de sanción la tendencia es endurecer la sanción cuando el acusado incumple la sanción en segunda o tercera instancia, incluso se puede afirmar que pretenden vulnerar algún derecho fundamental, entre ellos, el derecho a la libertad, ya que la comunidad duplica la sanción soslayando algunos derechos reconocidos por la constitución. Por ejemplo, en un caso de adulterio se menciona el siguiente caso.

“Problema grave... un hermano mal obediente con 2 mujeres, no hace caso a las autoridades, con una acta de sanción de Bs.- 1000, en beneficio del camino. Sobre el acta se hizo coger con los miembros del sindicato. Su esposo le denunció a su esposa y le pillaron, la sanción fue de 2 horas de chanco, la mujer baldeada con agua, por segunda vez pagarán la sanción de Bs.- 800. 3ra vez otro error con su hija de la viuda pelearon con la señora... La señora cría a sus 6 hijos, los mayores dieron parte a las autoridades. Posteriormente la viuda fue castigada por las mujeres cargando adobes por 10 min. El hermano colgado por los hombros con soga por 5 minutos y continúan burlándose de toda la comunidad... La 4ta vez le daremos carta de retiro y la 1ra

esposa no debe largar a su marido y que le cuide (Libro de Actas Nación Chuwis, 2007 en CONAMAQ – CIDOB, Estudio socio-jurídico 2009).

El caso puede interpretarse en el marco de las sanciones vigentes en una realidad contemporánea, los cuales provienen de una herencia colonial en contra de los mismos pueblos ancestrales. En ese contexto, el derecho a la libertad para las comunidades originarias abandona su contenido propio, en reemplazo asumen normas y procedimientos de la jurisdicción ordinaria, siendo esto en parte resultado de la asimilación cultural que promovió el Estado republicano. Sin embargo, para comprender la "libertad" que practican los pueblos ancestrales cabe recurrir a la tradición oral vigentes en algunos pueblos ancestrales donde la libertad está asociado a la concepción de vida que tiene un valor inalienable.

"Todas las autoridades y delegados indígenas asumen que la vida es un valor, un bien que merece el mayor respeto y protección. Pero de allí para adelante las diferencias son notables y relevantes, pues en muchas situaciones pueden hasta significar el perdón al agresor" (Delgado, 2015: 59).

Como se indicó dentro la terminología lingüística de los pueblos ancestrales no se encuentra una palabra exacta de libertad en idiomas aymara, quechua o guaraní lo que más se encuentran son aproximaciones o semejanzas lingüísticas, por ejemplo, según el diccionario ñaneñe riru Libertad significaría Yeyora, que en castellano se traduce "estar desamarrados, vivir en completa libertad". Por ello señalan que libertad para el mundo guaraní es vivir en completa armonía con los iyas (dueños) la madre naturaleza o (yandeyari), sin duda por lo que menciona el informe.... se interpreta por libertad un estado donde los actos humanos son naturales como del ecosistema, por ello se dice que la "La libertad es respirar ese aire puro, temprano y fresco".²⁷ Es decir, para los pueblos indígenas el derecho a la libertad no ha sido un problema, porque en su vida ancestral no han construido una relación de dominio, razón por lo cual, no hay centros de privación de libertad, tal como sucede en los Estados modernos que desarrollaron sistemas de represión psicológica, física y de locomoción. Entonces, aquí tienen que ver con otro componente, que es la idea de poder, que en el caso de los pueblos ancestrales esta idea es inexistente en el sentido de que el poder tiene que ver con la dominación, opresión, esclavitud de un régimen político sobre el otro, entonces la libertad en este caso depende los poderes. A diferencia, en los pueblos ancestrales, al no constituirse en Estado, tampoco constituyen una noción de poder como dominio, podemos mencionar las culturas ancestrales se asemejan más a una cultura como horizonte de auto-comprensión.

a. La el derecho a la libertad como auto-determinación

²⁷ Testimonio del especialista en sistemas de justicia de tierras bajas, en Informe Técnica de la Unidad de Justicia Indígena Originaria Campesina.

Por ejemplo, para la cultura Guaraní y otros pueblos el derecho a la libertad también se interpreta en el marco de una emancipación, cuando toman conciencia de su subalternidad, se reafirman ante el Estado y ante las estructuras sociales dominantes.

Los karay, blancos, colonos, ganaderos, deben convertirse, reconocer las injusticias que han cometido con el pueblo guaraní, al cual no solo le quitaron las tierras, sino que también le quitaron la dignidad humana, tanto que hasta este momento hay lugares en este territorio donde aún los guaraní no tienen un palo de terreno, y sus patrones apenas una vez al año saben arreglar sus cuentas²⁸.

El derecho a la libertad desde los pueblos ancestrales es parte de la vida cotidiana, no se trata de un derecho, es parte de su constitución humana, o naturaleza de vida, si bien, los pueblos indígenas en su entorno se constituyen en base a determinados valores, principios esto no significa petrificar un régimen o Estado, sino más bien, se trata de convivir en una lógica horizontal, comunitaria, tomando como principio y fin la vida, que es el principio material por el cual se organizan para garantizar la conviven en comunidad.

Los pueblos ancestrales en sí mismos no constituyen relaciones de dominación; es decir, la libertad es parte de su constitución humana y se restringe cuando los pueblos ancestrales sufren la invasión de la colonia, el atropello a su modo de vida. A partir de entonces la colonización desemboca en la constitución de otro tipo de sujeto, indígenas que creen férreamente en la religión occidental, o comunidades que se organiza bajo el espíritu de la estructura colonial del poder, o la defensa férrea de la propiedad como un bien privado. Entonces, la conciencia de su modo de vida que practicaban los pueblos ancestrales, en parte se fue perdiendo desde la colonia y república, donde el indígena se ve forzado a auto-enajenar hacia una conciencia moderna. Entonces, la noción de libertad que se tienen desde el contexto indígena se asemeja a la estructura del Estado cuando en sus comunidades ejercen una férrea coacción con lo cual se restringe el derecho a la libertad a una cuestión normativa. Entonces el propio originario o sujeto que tienen una raíz ancestral, en un periodo contemporáneo reproduce conductas patriarcales sin tomar conciencia de su vida cotidiana ancestral que se fue perdiendo.

Desde la justicia constitucional el derecho a la libertad no se puede analizar sin hacer mención a otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, jurisprudencia, como también por los convenios y pactos internacionales, por ejemplo, el derecho a la libertad está implícito en el derecho a la dignidad, a la vida, a no sufrir ningún tipo de tortura o castigos corporales que en el marco del constitucionalismo todas las personas están bajo ese amparo. En esa línea, la jurisprudencia constitucional resguarda el derecho a la libertad cuando toca casos de privación indebida de libertad. Al respecto se extrae la siguiente cita.

²⁸ Homilía del Monseñor Juan Pellegrini, en ocasión del centenario de la batalla de Kuruyuki, 28 de enero de 1992, en Caurey Elias, Nación Guaraní, Ñamae ñande rekore, Santa Cruz, Privew Gráfica, 2012. P. 51.

"Ahora bien, debe señalarse que el Tribunal Constitucional en la SC 0010/2010-R antes referida, se pronunció dentro de una acción de libertad respecto a la detención de dos personas por una comunidad, que fueron amarradas, golpeadas y amenazadas de linchamiento. En dicha Sentencia el Tribunal estableció que tales actos son inadmisibles, por cuanto se lesiona el "derecho a la dignidad, a la integridad física, a la vida, así como la prohibición de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes" (Santiago & Guarayo, 2014: 133).

En esa línea, otra jurisprudencia interpreta el derecho a la libertad como libre locomoción física de toda persona, nadie puede ser restringido en el libre tránsito. La SC 1577/2005-R de 6 de diciembre dice, "...la libertad del hombre de poder mantenerse, circular, transitar, salir de su radio de acción cuando él así lo quiera y pretenda..." (Santiago & Guarayo, 2014: 133).

A continuación hacemos una lectura de la concepción de libertad de un caso resuelto al interior de la justicia indígena originaria campesina.

Yo me acuerdo de un problema una hermana (comunaria) venía a la federación llorando con su mamá, que mi terreno me han quitado me han cortado riego, lloraba harto, harto, después el secretario general de la comunidad venía diciendo que no es así, que la señora es mal educada, estas cosas tiene, pero porque le han cortado el riego (le pregunta el dirigente de la federación) pero no trabaja, como nosotros nomás vamos a trabajárselo para ella, y ella va regarse sus chacras. Y un día hemos determinado bajar ya a la comunidad, el comité ejecutivo provincial, subcentral, asamblea general de la comunidad, y otra cosa ha sido, ya habían notificado, habían suspendido, habían tenido multa, ya estaba para expulsar, había varios motivos, esta semana otro marido hacía llegar, el subsiguiente mes, otro marido nomás también, otro marido (...) hemos bajado a la comunidad otro se ha visto, hemos empezado debatir desde las nueve de la mañana, le hemos dicho a la señora pedite disculpas de la comunidad, no ha querido caprichosa, hemos aplicado la multa, que hemos hecho al final, ya hemos encontrado su debilidad, pero tampoco podíamos permitir que expulsen sin que se defienda la señora, hemos dicho si vas a cumplir o no vamos cumplir, hemos preparado una acta tipo resolución, la acta hemos llenado, tres meses para que se reflexione la señora, (...) ese lugar tiene riego, es cálido nomás, hemos considerado, si quieres cumples y si no quieres la multa..., tres meses como examen,, te portas bien, sigue en la comunidad y si te portas mal es expulsión...ha cambiado totalmente su conducta²⁹.

En el caso citado, el sindicato actúa como el Estado, que impone una decisión que asume en asamblea sobre un caso en concreto. Entonces aquí la libertad es un derecho se puede

29 Entrevista al Secretario de Relaciones de la Federación Departamental Única de Trabajadores Campesinos de La Paz Tupac Katari, representante de la Provincia Murillo.

hablar del derecho a la libertad como algo que el sujeto debe acceder en base a determinados mandatos que establece la comunidad.

b. Casos concretos

Reversión de sayaña del comunario Germán Mamani.

Don Germán Mamani es un comunario del ayllu Jila Uta Manasaya de la Marka Curahuara de Carangas, quien en varias ocasiones se resiste de ceder dos hectáreas de su sayaña a favor del vecino, lo cual interpretan las bases del ayllu como si Germán Mamani estuviese queriendo acaparar la sayaña del vecino. Esta situación tuvo consecuencias mayores cuando los comunarios deciden amarrarle a don Germán, ya que éste comunario había amenazado a las bases del ayllu, al Sullka Tamani y al Tamani. Ante esta actitud de “prepotencia” de parte de don Germán M., las bases deciden revertir toda su sayaña a favor de la comunidad y además lo amarran, sobre todo por las amenazas hasta físicas que había realizado en contra de los comunarios y autoridades. Mientras el señor Mallku de Marka se encontraba en el pueblo. Tiene conocimiento del caso a través de la visita que realiza el hermano del don Germán M., indicando que su hermano se encuentra amarrado en su sayaña, de inmediato don Elías Crispín Mallku de Marka se traslada acompañado por el Policía de Curahuara, llegando al lugar el Mallku lo desamarra. Al respecto don Elías Crispín decía lo siguiente.

“de repente un día la persona que tiene problema su hermano ha venido, [...] me dice mira Tamani mi hermano amarrado está atado está ya está por morir, la cadena está asfixiando entonces de esa manera he ido con la policía más de aquí hemos ido de verdad ya estaba colgado, como cordero estaba amarrado, ya estaba morado ya [...] La comunidad, él [hombre amarrado] le había amenazado matarlo, sacar su pistola sobre la comunidad entonces se ha calentado la comunidad, todos estaban unos trescientos personas estaban (...) Después yo le he desamarrado hemos dejado ahí y hemos suspendido el problema que estaban haciendo³⁰”.

El problema se origina por terreno con el vecino, donde según la autoridad originaria don Germán M. tiene un terreno extenso, además pretendía apropiarse del terreno de su vecino quien había emigrado fuera de la región por razones de empleo. Sin embargo, el comunario ausente tenía todas las cuotas anuales o toda la contribución territorial al día, aunque de él ya no se supo nada, sólo en su sayaña queda la esposa o viuda. En ese contexto don Germán M. pretendía acaparar el terreno del vecino colindante, a pesar de poseer una sayaña en extenso. Ante esta situación la comunidad reacciona en defensa de la señora que vive sola. Sobre el caso el Mallku dice.

30 Entrevista realizada al, Elías Crispín, Mallku de Marka, de Curahuara de Carangas, 2010, diciembre, 2010. En Informe de Consultoría, Ministerio de Justicia y GTZ, 2011.

"El hombre [tiene] terreno extenso, éste se lo ha agarrado el [terreno del vecino] que por escasos recursos se ha ido a otra parte a trabajarse [el vecino que fue arrebatado su terreno se fue a vivir a otra parte, sin embargo tiene], las cuotas, trabajos tiene a la comunidad al día, el creo que se ha fallecido, mientras la señora vive todavía. Entonces de esa manera la comunidad ha optado que no puede aprovecharse de otra persona con su prepotencia, de ahí le han amarrado, después hemos bajado a su comunidad, de la Fiscalía ha venido una orden [indicando]. Usted esté presente tata mallku y dele solución. Entonces estuve presente, pero el hombre no quiere ceder nada pues, no puedo ni ceder un pedazo dice es mío, mío, de esa manera han optado que se revierta el terreno a la comunidad, entonces [los comunarios] han sembrado, como cinco a seis hectáreas han sembrado, de esa manera la comunidad ha optado que se revierta el terreno, entonces ahí está, han hecho chacra han sembrado. [...] el hombre se quedó sin terreno"³¹.

Sobre lo sucedido que agrava el conflicto reitera la autoridad originaria: "el hombre amarrado prepotente es el hombre no hace el trabajo de la comunidad, de buena manera han dicho que deje dos hectáreas [...] la gente ha decidido llevar a la reunión. [A esa reunión el comunario llegaría muy enfurecido [...] según el hilacata había amenazado, recién la comunidad habría decidido amarrarle]"³²

En el caso descrito, se puede afirmar que desde la conducta de la comunidad todos los integrantes se sujeta a las normas comunales que no están escritas, en muchos mantienen un carácter ancestral, sino se rigen a través de sus principios, valores, de resoluciones que adoptan en las asambleas de ayllus y marka. Entonces, las personas saben cuáles son sus deberes y derechos en temas de tenencia de tierra. La pregunta es ¿cómo entender el derecho a la libertad en este escenario de las comunidades originarias? Entonces, de antemano nadie en la comunidad puede actuar según su conveniencia e interés personal, sino está sujeto a la decisión comunitaria. Se puede afirmar que la libertad se respeta en cuanto el comunario respeta las normas orales que incumbe al conjunto de la comunidad. Lo que se denota es que la comunidad defiende la condición vida, cuando alguien quiere acaparar los terrenos del vecino es que éste pretendiese quitarle el alimento, la comida, por ende la vida. Entonces este para los integrantes del ayllu es un atentado grave, porque nadie puede acaparar bajo criterios individualistas tierras, ya que el mismo significa la base material de la comunidad. En ese sentido, la libertad se interpreta a partir de que el ser humano debe respetar la vida, no es un instrumento para que una persona actúe según su interés personal sin considerar los derechos de los demás.

31 Entrevista a Elías Crispín Mallku de Marka, Curahuara de Carangas, diciembre 2010. En Informe de Consultoría, Ministerio de Justicia y GTZ, 2011.

32 . Entrevista y conversación con el Señor Mallku de Marka, Elías Crispín [2010]. En Informe de Consultoría, Ministerio de Justicia y GTZ, 2011.

En conclusión, el derecho a la libertad desde los pueblos indígenas tiene otra connotación. En su lenguaje ancestral no existe la terminología derecho a la libertad, lo que se puede identificar son las semejanzas, por ejemplo, en quechua Libertad significa *qhispiyata* (liberado), en guaraní yeyora, iyambae, cada uno tiene una connotación relacionado con la existencia de un ente libre algo que camina por sí mismo. Lo cual, se reduce una idea abstracta idílica, retórica. Entonces la libertad como categoría, concepto requiere un análisis más amplio, considerando su dimensión epistemológica, el derecho a la libertad es la construcción del derecho moderno, del Estado moderno. En cambio, en las naciones y pueblos indígena originario campesinos la libertad es parte de su vida cotidiana, no es algo instituido por una estructura de poder; sino más bien, la libertad está inserto en la naturaleza misma de la vida cotidiana, en otros términos los pueblos ancestrales no han constituido una relación de dominio, a diferencia del Estado que representa una estructura jerárquica que se traduce en establecer relaciones de mando, entre uno del de gobierno sobre el otro. Entonces, el Estado moderno es quien restringe la libertad, o la racionaliza a un ámbito jurídico. Mientras desde los pueblos indígenas la libertad es parte de su vida cotidiana, ancestralmente no se han regido por una estructura de mando, sino su interacción con el medio ambiente, la madre naturaleza ha sido el carácter mítico que ha regulado su modo de vida, entonces todos eran libres para acceder a un bien o producto que tenía el fin de reproducir la vida. Por ello la connotación de libertad desde los pueblos ancestrales está relacionado a la vida.

Por tanto en la descolonización del derecho formal y asumiendo un nuevo paradigma del derecho propio de América, podemos señalar que el derecho a la libertad es una racionalidad exógena y debemos refundar donde la libertad sea algo intrínseco al hombre. Ningún hombre puede privar de la libertad a otro.

-0-

1. Ruptura: la propiedad una institución social que engloba derechos y obligaciones

Desde el derecho formal se entiende a la propiedad, y por ende al derecho a la propiedad, como aquella potestad humana de poseer un bien sobre el cual ejercer las facultades de uso, goce y disfrute por parte de quien detenta un derecho propietario. Estas facultades reconocidas en favor de quien es titular del derecho propietario son exigibles y justiciables cuando se advierte que existe intensión manifiesta de restricción o limitación arbitraria e ilegal de la propiedad. Por tanto, todo acto o medida de hecho que implique privación o limitación arbitraria e ilegal de la propiedad, implican una directa afectación al contenido esencial de este derecho, lo que significa una transgresión del derecho a la propiedad.

Nuestra ponencia plantea que la propiedad es, ante todo, una institución de carácter social que en la definición de su legitimidad, engloba tanto derechos como obligaciones que deben cumplirse a partir de dispositivos sociales tales como el intercambio de bienes, la contribución o la reciprocidad. Precisamos institución social como aquellas pautas de comportamiento regulado por la cosmovisión o el sistema jurídico, que procuran ordenar y normalizar la convivencia de acuerdo determinados moldes de vida. Una institución social (matrimonio, propiedad, sistema económico, etc.) está muy relacionada al cumplimiento de una función (crear orden, reducir la incertidumbre, definir una ubicación social, etc.) de acuerdo con las necesidades básicas o derivadas que tiene la cultura (protección, organización, reproducción, etc.).

Es así que, de acuerdo con nuestra teoría la propiedad no puede entenderse simplemente como un hecho aislado, sino en el marco de un sistema de redes y dispositivos sociales que legitiman su acceso, al mismo tiempo que definen las relaciones que existen entre individuos y grupos. Dicho de otra manera, el derecho a la propiedad está inmersa en un sistema de relaciones de reciprocidad que dan sentido a la noción de comunidad. Es decir, la propiedad como conjunto de las relaciones que se establece entre los seres humanos en la esfera de la vida material, un juego entre lo común y lo individual. Es decir, el acceso a la propiedad, en el caso de una comunidad campesina, indígena u originaria, es parte de su estructura social, pues a través de él se define la ubicación social de las personas, sus roles, deberes y obligaciones.

2. Cuestionamiento a este concepto por su rol histórico

Este instituto jurídico no es universal, es un producto cultural, históricamente determinado. El concepto de propiedad, De hecho, es un producto de la civilización occidental que sufrió un proceso de evolución hasta constituirse como una idea abstracta, como algo inherente al ser (jurídico / natural). Esta concepción de propiedad da lugar a la creencia de que todos los pueblos tienen este mismo concepto de propiedad en el que necesariamente debe existir un sujeto que se apropia del objeto.

Respecto de este tema, Héctor Omar Noejovich, en su ponencia "La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes" (1999), indica que las formas clásicas de propiedad occidentales en los Andes son categorías carentes de sentido. Indica claramente que, por ejemplo el concepto de propiedad romano, el cual estuvo basado en el poder omnímodo del "pater familias" (el ancestro común) sobre cosas, personas, esclavos (es decir el patrimonio) transmitidos hereditariamente, no son aplicables a contextos como los Andes en los cuales no hay (no había) una concepción de propiedad como algo susceptible de apropiarse. Plantea específicamente que las facultades de uso, goce y disfrute occidentales no tienen sentido cuando se habla de otras culturas, por lo tanto, en los Andes, el derecho a la propiedad, tal como se la concibe en occidente era inexistente.

Él indica que en los Andes, lo que existía fue una asignación transitoria de la tierra. El dominio, la tenencia, posesión y usufructo de la tierra, dice, estaban relacionados con la estructura de obligaciones personales y vínculos de parentesco entre las personas. Noejovich indica que en la sociedad inca, el sistema de reasignación periódica, temporaria y condicionada de la tierra entre las familias de los ayllus estaba determinada por el tamaño mismo de las familias y la calidad de la tierra. Se trataba de un sistema de asignación continua (asignación y reasignación) que no daba lugar a la idea de sucesión hereditaria de la tierra. El acceso a la tierra estaba determinada por la función que este cumplía, mientras haya usufructuarios aptos para cumplirlo. El motor de este sistema eran los vínculos del parentesco y las relaciones interpersonales que se cosificaban en acciones concretas tales como el intercambio de bienes y productos, las prestaciones rotativas de servicios, etc.

Esta forma de trabajo fue destruida por la colonia con la apropiación de la tierra a nombre de la Corona española (en nombre del Rey), que luego fue distribuida en calidad de repartimientos y encomiendas entre la elite colonial. La manera de limitar que los pueblos indígenas recuperasen sus tierras fue que todos los que reclamen su derecho muestren sus "justos títulos", los mismos que debían obtenerse mediante el pago a la Corona, es decir, comprar sus títulos ante la Corona de España, lo que se conoce en muchos pueblos como la "corona de España".

Ya en la república, esta imposición del derecho a la propiedad, afirmada en la capacidad individual de acumulación, por sobre un sistema basado en la asignación temporaria y condicionada, contribuyó a la formación de un mercado de tierras y creo las condiciones para

la formación de un sistema de patronal. En nuestro país es evidente este conflicto que se conoció como la política de “Ex vinculación” (1814) por medio de la cual se llegó incluso a subastar comunidades campesinas enteras que no podían demostrar su derecho propietario a la tierra que ancestralmente ocuparon. Esta exclusión de los pueblos indígenas de su legítimo acceso a puntos de clivaje en 1899 con la Guerra Federal en la cual Pablo Zarate Willka demandó la devolución de los territorios a los indígenas sus legítimos dueños. Fue finalmente con las reformas a la propiedad de la Revolución de 1952 que se consolidó la introducción de una lógica de la propiedad privada parcelaria de la tierra.

Prueba de ello es, por ejemplo que en la Constitución Política de la República Boliviana, sancionada en 6 de noviembre 1826, título 11 (De las garantías) art. 149 dice: *“La Constitución garantiza á todos los bolivianos su libertad civil, su seguridad individual, su propiedad y su igualdad ante la ley, ya premie ya castigue”*. Complementada por el art. 154 que indica: *“Quedan abolidos los empleos y privilegios hereditarios y las vinculaciones; y son enajenables todas las propiedades, aunque pertenezcan á obras pias, á relijiones ó á otros objetos”*.

Todo este escenario de imposición de un concepto de propiedad basado en la concepción de un derecho de apropiación, es reflejo de la configuración del nuevo patrón de poder mundial bajo el cual se estructura la geopolítica global. Éste, por un lado, muestra un Estado-nación asentado sobre los territorios indígenas³³ y, por el otro, percibe la existencia de “espacios vacíos” de la presencia de Estado. Por ejemplo en la historia boliviana de los años 60, esta visión condujo a que se implementen políticas migratorias hacia las tierras bajas bajo la consigna de la ampliación de la frontera agrícola y la nueva colonización de “tierras baldías”, que en realidad fueron territorios de los pueblos indígenas del oriente boliviano.

3. Cuestionamientos a su pretensión de apropiación ilimitada

Ya en la Europa del siglo XIX, Pierre Joseph Proudhon cuestionó hasta donde se pueden entender estas facultades. Indicó que en la práctica con estas facultades se está hablando de dominio absoluto sobre la propiedad o sobre todo lo que puede apropiarse, sin preguntarse, si todo es susceptible de apropiación. Desde su perspectiva: *“El derecho romano definía la propiedad como el derecho de usar y de abusar de las cosas en cuanto lo autorice la razón del derecho. Se ha pretendido justificar la palabra abusar diciendo que significa, no el abuso insensato e inhumano, sino solamente el dominio absoluto. Distinción vana, imaginada para la santificación de la propiedad, sin eficacia contra los excesos de su disfrute, los cuales no previene ni reprime. El propietario es dueño de dejar pudrir los frutos en su árbol, de sembrar sal en su campo, de ordeñar sus vacas en la arena, de convertir una viña en erial, de transformar una huerta en monte...”*³⁴.

33 Pilar Lizárraga Aranibar y Carlos Vacaflores Rivero. La descolonización del territorio: luchas y resistencias campesinas e indígenas en Bolivia. doc. Cit.

34 Pierre Joseph Proudhon. Doc. Cit.

De acuerdo con las definiciones convencionales que se conocen, *propiedad*, como un derecho, se refiere a la facultad que tiene todo ser humano de tomar posesión de una determinada cosa, sea material (p.e. herramientas, vehículos, vivienda, tierra, etc.) o atributos o cualidades (p.e. propiedad intelectual, etc.) que resultan ser útiles por ser limitados y estar en condiciones de ocupación. En el desarrollo que se ha realizado sobre este derecho, se sostiene que el mismo contempla tres facultades: uso, disfrute y disposición, entendida como la facultad de todo ser humano de poseer, usar y disfrutar de un bien exclusivo y limitado se fundamenta en la capacidad racional del dominio (si queremos un tanto bíblico³⁵) del hombre sobre la sustancia sobre el cual adquiere titularidad y libre disposición, que puede ser reclamada por medio de uso de la fuerza y de la ley³⁶.

Esta noción clásica deviene su evolución desde lo que fue la propiedad romana, pasando por la concepción de propiedad en el medioevo y finalmente liberal. Eduardo Cordero y Eduardo Aldunate, en su texto "Evolución histórica del concepto de propiedad" replican que el concepto de propiedad romana se fundaba en el poder y potestad hereditario de un antecesor (*pater familias*) sobre personas y cosas. Esta forma de propiedad, tanto sobre personas como cosas, se fundaba en la noción de ancestralidad (un padre ancestro de la familia), cuyos descendientes se consideraban hombres moralmente libres, concepto de ciudadanía que no incluía a los esclavos. Los hombres (hombres, mujeres, familias) que se encontraban en calidad de esclavos en esta forma de propiedad, eran parte de patrimonio del *pater familias*, una cosa más de la casa.

En el medioevo la concepción de la propiedad sufre una mutación hacia posesión de la tierra por los señores feudales quienes arrendaban su usufructo a cambio de que los campesinos arrendatarios paguen un tributo. Los *señores de la tierra*³⁷ intercambiaban protección a cambio de tributo y servicio. En esta forma de propiedad, por un lado se encontraban los señoríos feudales detentadores de la tierra, la autoridad política de los territorios; y, por otro, los campesinos sujetos a un canon de obligación tributaria por la

35 La Biblia católica, en el libro del Génesis, capítulo 1, versículo 28 dice: "Y los bendijo Dios y les dijo Dios: a Fructificad y b multiplicaos; y c henchid la tierra y sojuzgadla; y tened dominio sobre los peces del mar, y sobre las aves de los cielos y sobre todas las bestias que se mueven sobre la tierra".

36 Cabe indicar que en el derecho romano, imperante aun en las currículas de muchas de nuestras universidades, se sostiene que el derecho a la propiedad contempla tres facultades: uso, disfrute y disposición derivado de la limitación esencial de la utilidad en muchos objetos, dominio sobre la sustancia (dominio radical) que se amplía incluso sobre la utilidad (dominio de uso o sobre los frutos, dominio de usufructo). Estas dos clases de dominio, al hallarse en un solo sujeto, constituyen el dominio pleno o perfecto.

37 Esta concepción de "señores de la tierra" que se origina en el sistema feudal de la propiedad de la tierra, ha sido trasplantada a los estudios andinos para identificar las distintas formas de control territorial en los Andes. Debido a esta traslación un tanto irreflexiva, en muchos textos sobre los andes, se menciona la palabra "señoríos" para identificar a las culturas andinas y sus sistemas de gobierno (por ejemplo señorío Aymara). Esta confusión es cuestionable por cuanto la palabra "Señoríos" hace referencia a la existencia de señores propietarios de la tierra de tipo feudal antes de la llegada de la colonia, cosa que no es real ni demostrable.

tierra como arrendatarios. En este contexto se encuentra por ejemplo el antiguo Derecho de *Albarranía* en el cual un personaje importante dentro de su sistema político, podía apropiarse de una cosa simplemente marcándola con su insignia. Parafraseando a Proudom, este es el derecho del robo de tierras y territorios.

Esta forma de posesión de la propiedad, muchas veces fue antagónica con los intereses de la realeza y la monarquía. Por ejemplo, con el descubrimiento América se tomó posesión de las nuevas tierras a nombre de la corona (en nombre del Rey) como un modo de limitar una posesión arbitraria de los señores feudales. De esa manera surgen los repartos y las encomiendas (de tierras y sus habitantes), incluso por periodos largos (una vida, dos vidas, etc.) empero la posesión de la tierra continua siendo del Rey.

Empero, por influencia del liberalismo en las nacientes repúblicas que se independizaron del poder de las monarquías; así como los postulados de la autonomía de la voluntad, el contrato social y la personalidad reconocida a cada individualidad, el derecho a la propiedad, se trasmuta nuevamente y es planteado ahora en función de un sujeto abstracto individual, formalmente igual ante la ley. El derecho a la propiedad pasa de una concepción feudal de dominio sobre la tierra por un señor feudal y arrendataria sujetos a una condición de tributantes a ser un atributo de la persona libre, un ejercicio de libertad individual³⁸. Es decir hombres libres propietarios de la tierra.

Como podrá advertirse, en todo este recuento de la evolución histórica de la propiedad, existe un gran ausente: los pueblos indígenas. Desde el derecho romano, pasando por la propiedad feudal y, posteriormente, la concepción liberal de este derecho, siempre se evalúa el mismo desde la perspectiva de los que ostentan el poder, los que gobiernan. Por ejemplo, en el derecho romano la propiedad estuvo relacionada con la concepción de ciudadanía constituida por hombres moralmente libres, con capacidad de apropiarse de hombres no libres (esclavos) y cosas. Durante el periodo feudal, la propiedad se define en función de la capacidad de los señores feudales, así como la realeza misma, de apropiarse de la tierra y territorios de otros pueblos, el caso de las Américas de tierra y territorios indígenas. Finalmente, como expresión de descontento con la monárquica, este derecho se lo plantea desde su concepción liberal basada en la potestad individual a detentar la propiedad, en este caso desde la propiedad criolla frente a la monarquía española. Propiedad, entonces, como la facultad de todo individuo de tomar dominio todo aquello que es susceptible de apropiación hace referencia a un poder directo entre los hombres y el objeto, poder de dominio que concede al dueño o titular de disponer sin restricciones del objeto adquirido o apropiado³⁹.

38 Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana. Doc. Cit.

39 La influencia de esta evolución del concepto de la propiedad en el plano jurídico puede encontrarse por ejemplo en las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia define que los elementos constitutivos de este derecho: a) la facultad de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir, b) la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación, c) el derecho de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien. De igual manera, en el ámbito jurídico internacional las sentencias de la CIDH interpretan este concepto como un "derecho personal"

4. La propiedad desde los pueblos indígenas

En nuestro medio, uno de los pensadores aymaras que realiza un análisis exhaustivo de este instituto es Fernando Untoja Choque. En su libro "Retorno al ayllu: una mirada aymara a la globalización" plantea que la propiedad, en el caso de los pueblos indígenas, no puede ser pensada más que a través y en la simultaneidad con la dinámica misma del Ayllu, refiriéndose a tierras altas. De acuerdo con su análisis, para entender cómo se entiende la propiedad desde la visión de los pueblos indígenas, es necesario considerar que se opera un juego entre lo común y lo privado, es decir, entre el derecho individual y el derecho colectivo; o de otra perspectiva, entre los intereses familiares e individuales con los intereses colectivos. Refiriéndonos específicamente a la propiedad de la tierra, por ejemplo, en las comunidades andinas, su posesión está determinada al cumplimiento de cargos, al pago de contribuciones y, en extremos, al cumplimiento de normas comunitarias que suelen desembocar en la expulsión. Es decir, el derecho a la propiedad se cosifica a través de múltiples y dispositivos sociales que legitiman su acceso, tales como el cumplimiento de normas comunitarias.

El Ayllu, desde esta perspectiva, es el escenario donde se materializa este juego entre lo común y lo privado, entre la apropiación de lo común y la posesión privada. Entonces, la posesión privada, puede ser concebida solamente cuando existe una pertenencia a una estructura de apropiación. Untoja dice: *"... El individuo (jaqi) en el Ayllu no puede tener tierra en propio; pues la tierra no le pertenece sino al Ayllu. De ahí la imposibilidad de dividir el territorio del Ayllu en propiedades privadas y de alienarlo. Pero el individuo puede convertirse en poseedor privado por la vía de la pertenencia al Ayllu. Es a partir de un espacio ordenado que el individuo debe posicionarse en la economía. Esta pertenencia está asegurada por el juego de la simultaneidad entre "Aramsaya y Urumsaya", esto nos envía al mito fundador de la Sociedad Andina. Esta manera de concebir la relación de los hombres entre sí al interior de la relación pacha-hombre, parece estructurar formas de organización de trabajo y apropiación de bienes bajo un principio único e invariante"*. La comprensión de este sistema de apropiación comunitario pero de posesión privada, debe conducirnos a la comprensión del cómo funciona la economía andina (economía comunitaria). Entonces, la noción de propiedad en el Ayllu, si bien se refiere a la posesión privada de los medios de producción, la misma está inserta en toda la economía del Ayllu y no una estructura aparte.

En el análisis de Untoja, el Ayllu es el propietario común, una unidad, de producción comunitaria y de propiedad común. Sólo la institucionalidad del Ayllu detenta un derecho inminente de propietario capaz de asegurar la producción excedentaria. Entonces el derecho de propiedad

el mismo que se expresa en el derecho de "disponer de algo de cualquier manera legal, de poseerlo, usarlo e impedir que cualquier otra persona interfiera en el goce de ese derecho". Esta misma Sentencia define propiedad como "el dominio o derecho indefinido de usar, controlar y disponer, que se pueda ejercer lícitamente sobre cosas u objetos determinados". Por su parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional en la SCP 1459/2015-S2 define el derecho a la propiedad como la facultad de "usar, gozar y disponer de la cosa".

sobre el territorio, las aguas, los pastizales, nos da el ejemplo de derechos de propiedad, que tienen un carácter más inclusivo que exclusivo. Él dice: *"...Los Ayllus mantienen relaciones de vecindad, proximidad, constituyendo sobre todo una cadena de relaciones sociales, políticas y económicas. Es al interior de esta relación social que se fija las reglas de repartición de tierras, distribución de bienes y las reglas del ejercicio del poder..."*. En el Ayllu es donde lo propio se despliega como común y privado; la propiedad del Ayllu es común y la posesión familiar es privada, hay un derecho sobre las cosas que es constantemente actualizado a través del dominio familiar sobre la sayaña.

Hablar de propiedad en el Ayllu, dice este analista es referirse, por un lado, a la propiedad privada de los medios de producción en la economía del Ayllu en tanto que todo el motor de la economía, está en función de la sociedad global. Concluye que la economía en el Ayllu está constituida por las un conjunto de relaciones sociales que involucran a toda la comunidad, entretejido en el cual el proceso productivo opera a nivel de unidades familiares.

Ana Nuñez, del mismo modo, citando a Antonio Azuela, la propiedad debe entenderse desde su dimensión social cambiante, es decir como una relación social antes que un vínculo solo material. Ella dice: *"...uno de los vínculos más importantes, entre las distintas perspectivas, es que definen la propiedad privada como una relación social, pero no como algo inmutable, homogéneo y reconocible, sino que todo análisis debe prestar atención a su dinámica, en cuanto a actores sociales, objeto en cuestión y proceso social"*⁴⁰.

Más recientemente en España, Lidia Montesinos Llinares ha indicado que la este instituto debe ser entendido: *"... como relaciones de propiedad: relaciones entre personas respecto a cosas, bienes o recursos; pero también relaciones de reciprocidad y responsabilidad marcadas por la adjudicación de derechos y obligaciones. Las relaciones de propiedad –así como hemos visto para los fenómenos jurídicos– aparecen incrustadas en el orden social y no como un fenómeno separado y estrictamente normativo. La "propiedad" no define la relación entre el individuo y la cosa –como propondría la teoría liberal y de la propiedad privada–, sino que la propiedad debe entenderse, en todo caso, como una relación social o un conjunto de relaciones sociales entre personas respecto a cosas"*⁴¹.

En la legislación internacional en materia de derechos indígenas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos define la propiedad como *un derecho global que excluye la apropiación irrestricta de la tierra en perjuicio de la colectividad* y que, además, no puede ser absoluto, pues tiene la limitación del bien común. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT, desde una perspectiva protectora de los derechos indígenas, insiste en que el derecho de propiedad y de posesión de los pueblos indígenas abarca las tierras que tradicionalmente ocupan e incluye a aquellas que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que

40 Ana Nuñez. Doc. Cit.

41 Lidia Montesinos Llinares. Doc.cit.

hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia por su condición de pueblos itinerantes (Convenio 169 OIT, art. 14.1). En conclusión, se plantea otra forma de entender la propiedad, no por sus facultades de poseer, usar y disfrutar, sino por el beneficio común, esto abre la posibilidad de entender que existen distintas formas de acceso, uso y goce de la propiedad.

En la sentencias de la CIDH, se reconoce que: *"Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes"*⁴² por cuanto en el concepto de propiedad que tienen las comunidades indígenas intervienen variables tales como: *"tradiciones y convicciones, relaciones espirituales que van más allá de la posesión escueta y el aprovechamiento patrimonial, se alude a un derecho que no se confunde necesariamente con el dominio pleno característico del derecho civil ordinario"*⁴³.

Desde esta perspectiva, la CIDH concluye que la introducción forzada de los conceptos de propiedad oriundos del Derecho romano y acogidos, con determinadas modalidades, por el Derecho decimonónico, se determinó un amplio proceso de despojo y dispersión de las comunidades. Desde esa perspectiva, la CIDH establece que: *"El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma..."*⁴⁴

5. Propiedad desde el derecho vivo

En esta parte incluimos dos experiencias concretas que hacen referencia al concepto de propiedad en las comunidades campesinas de Bolivia, la primera de tierras altas (Potosí) y la segunda de tierras intermedias (Cochabamba).

a) Turismo comunitario vs emprendimiento privado en la comunidad Coqueza

Coqueza es uno de los cantones de la provincia Daniel Campos del departamento de Potosí y se encuentra en el municipio Taha, a 20 minutos de esa capital y a 120 km de la capital Uyuni. Esta comunidad se encuentra en el borde norte del Salar de Uyuni, a los pies del cerro "Volcán Thunupa" conocido también como "Mika Tayka", el cual es un atractivo turístico muy visitado por nacionales y extranjeros, los mismos que se hospedan en los alojamientos que tiene la comunidad, así como en el hotel (hoteles ecológicos) que se encuentra en las afueras de la comunidad.

42 CIDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia de Fondo y Reparaciones; Párr. 11

43 CIDH, Caso Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez; Párr. 13

44 CIDH. Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C Nº 179.

La economía comunal en todas estas regiones del altiplano, si bien fueron comunes como la ganadería y la agricultura a pequeña escala, muy ligados a una extensión reducida de tierras, cuya calidad y condiciones climáticas están marcadas por amplitudes térmicas extremas de calor y frío, con bajas precipitaciones pluviales, en estos últimos tiempos (1973) han ingresado a la actividad del turismo, atraído principalmente por el Salar de Uyuni. Esta comunidad, al situarse a la orilla norte de este salar, es un centro de atracción por cuanto se encuentra a los pies del Volcán "Thunupa" muy visitado por los turistas que llegan regularmente por este sector. Esta nueva actividad, entre los años 1996-1997 motivó acciones comunales de limpieza del camino al Volcán Thunupa y otros atractivos turísticos con los que cuenta la zona⁴⁵.

En la actualidad, se dice que un promedio de 33 familias trabajan como operadores de servicio turístico por medio de la organización "Asociación de Prestadores de turismo" que agrupa a familias dedicadas a esta actividad. En las normas jurídicas comunitarias que regulan el funcionamiento de la comunidad es que todos los que son miembros de esta tienen la obligación de prestar servicio a la comunidad. De este modo, una persona para ser miembro de esta organización requiere ser comunario del lugar, es decir, haber nacido en la comunidad, esto da lugar a una cierta preferencia para ser admitidos dentro de la organización, especialmente aquellos comunarios que son fundadores de esta actividad en la zona, se debe participar de los trabajos comunitarios, faenas y demás que se programen en la comunidad, tal es el caso de la limpieza del camino hacia el volcán o el arreglo del camino de acceso que comunica al Salar, participar de las reuniones y acatar las decisiones que se tomen en sala, es decir, en la asamblea de la comunidad y de la organización, que se cumpla con los usos y costumbres que tiene la comunidad y que finalmente no se tenga antecedentes negativos.

En 2014 se suscitó un conflicto entre las autoridades de la comunidad con un propietario privado de un hotel que está ubicado en las afueras de esta comunidad, el cual los denunció por avasallamiento de su propiedad, obstaculización del ingreso y salida de turistas y conminatoria para abandonar la comunidad. Este propietario privado demandó la lesión de sus derechos a la propiedad privada, al trabajo, a la libertad de residencia, permanencia, circulación en todo el territorio boliviano y al

45 Entre los atractivos que ofrece esta comunidad, están: el acceso al salar, hospedajes en las casas de la comunidad, observatorios, ascenso al volcán y las Momias de Coqueza y otros objetos que se exponen como patrimonio arqueológico (vajillas, utensilios de uso cotidiano). También se encuentra el Mirador (observatorio astronómico del Volcán Thunupa), en las faldas del mismo, el cual ofrece una visión hacia el Salar y sus islas, por otro lado hacia las cimas de cerro. En el ascenso la Volcán se encuentran diferentes pisos ecológicos, que en las especies de flora se caracterizan por la presencia de tholares, pajonales y cactáceas ubicadas entre los 3600 y 4700 msnm.

principio del “vivir bien”, situación que fue tutelada por el Juez de Partido Mixto y de Sentencia de Uyuni del departamento de Potosí, constituido en Juez de garantías.

b) La transferencia de la propiedad en Thago Thago Alto, Mizque

Thago Thago existe desde la Reforma Agraria en 1952. Esta organización se dividió en dos sindicatos (Alto y bajo) en 1978 debido al interés contar con una organización que regule el acceso al agua para riego que viene desde las galerías filtrantes de manera más continua (Actualmente existen 48 usuarios de riego, esta cantidad de afiliados recibe agua según los cronogramas de riego de parcelas). Se encuentra a 10 kilómetros al oeste de la población de Mizque en su mayoría quechua hablantes. Tiene una población de 120 afiliados al Sindicato que son productores de cebolla como actividad principal, aunque también cultivan papa, maíz, frejol, tomate y zanahoria.

La unidad social es la familia y la organización social gira en torno al trabajo agrícola cuya comercialización de la cebolla es destinada a los mercados de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. Cada afiliado es el titular de una parcela de tierra conjuntamente su familia nuclear (esposo, esposa e hijos). Tierra es la base económica o de subsistencia material para la actividad agrícola, sin en esta actividad ninguna familia podría subsistir o sostener los medios de vida de la familia, la posesión de la tierra es una condición vital para la comunidad.

Dentro de las normas de la comunidad, un afiliado está obligado a participar en los trabajos comunales (faenas) cumplimiento que legitima el ejercicio de los derechos dentro de la organización (reuniones o asambleas, cualquier actividad social colectiva donde interactúan el conjunto de la comunidad). El incumplimiento de estas normas es un factor de desequilibrio entre todos los miembros de la comunidad, es decir, si una persona no actúa las reglas de juego de la comunidad, el resto de los integrantes se pueden sentirse ofendidos por la desobediencia de un afiliado.

Respecto de la propiedad de la tierra, el sindicato cuenta con normas comunitarias si es que se quiere adquirir, transferir o en su caso vender el predio a otras personas. Estas normas indican los siguientes pasos: 1) el comunario afiliado que quiere vender su parcela debe ofrecer a sus familiares, 2) si los familiares no quieren comprar la parcela, se debe ofrecer a las familias colindantes, 3) si los colindantes no quieren o no pueden comprar, se la debe ofrecer a otros integrantes del Sindicato Agrario Thago Thago Alto, 4) si los integrantes de la comunidad no quieren o no pueden comprarla, se la ofrece a otras comunidades o sindicatos vecinos y, 5) finalmente, si los integrantes de otras comunidades vecinas deniegan esta propuesta, entonces la organización avala para que se pueda ofertar el predio de manera amplia.

De la misma manera, cuando una persona ajena quiere adquirir un predio, debe apersonarse a la organización a fin de presentarse y comunicar el interés de pertenecer a la organización. Entonces, la organización evalúa la calidad moral de la persona (si no tienen antecedentes negativos) antes de autorizar su ingreso.

Como podrá apreciarse en los dos casos, el acceso a la propiedad esta relacionados con otros sistemas comunitarios: el sistema económico y el sistema político. Tanto en Coqueza como el Thago thago alto, el acceso está relacionado con el cumplimiento de obligaciones comunales, por ejemplo en el caso de Coqueza el hecho de ser propietarios de un predio indica que los mismos deben cumplir con las normas de la comunidad, participar de las deliberaciones, contribuir a la comunidad, lo que significa también no afectar a la comunidad con las decisiones que se puedan asumir. Por su parte en Thago thago alto, para que una persona mantenga su propiedad debe pertenecer a la organización, si quiere transferir su propiedad debe cumplir con los procedimientos arriba mencionados de comunicación y aprobación interna.

6. El factor “función” respecto de la propiedad en la Constitución Política del Estado y la economía comunitaria

La propiedad individual sobre la tierra está garantizada en tanto cumpla una función social o una función económica social (art. 394.I) prohibiéndose el latifundio y la doble titulación por ser contrarios al interés nacional (art. 396). En tanto que, de acuerdo con el art. 349. I de la CPE: “... *Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo*”, lo que da lugar a la comprensión de la propiedad estatal constituida por empresas y otras entidades económicas que administran estos recursos (art. 309). Esta esta garantía a la propiedad privada se expresa en el reconocimiento y protección de toda iniciativa o ejercicio empresarial que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país (art. 308.I), en la medida en que la propiedad de la tierra deberá estar destinada al “...*cumplimiento del objeto de su creación como agente económico*” (art. 315). Dicho de otro modo, la propiedad de la tierra no puede ser otra que la producción, comercialización de bienes y/o servicios, generación de empleos, etc.

Finalmente, de acuerdo con el art. 394.III de la CPE, el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, el mismo que comprende a los territorios indígena originario campesinos y comunidades interculturales, de las cuales se declara que son indivisibles, imprescriptibles, inembargables, inalienables e irreversibles. Tipo de propiedad colectiva de la tierra sobre la que también recae la previsión del art. 393 de cumplir una función social o una función económica social, con la salvedad de que la función social es entendida como: “... *el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos*

y comunidades indígena originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. En el cumplimiento de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades (art. 397).

El sociólogo Raúl Prada Alcoreza, en su texto "Horizontes del Estado Plurinacional", analiza que la economía plural comporta una red de relaciones caracterizada por: *"...espacios económicos diferenciales, entrelazados e integrados que se articulan y complementan, que se distinguen por sus efectuaciones, sus prácticas y sus estructuras diferentes, empero se conectan en múltiples intersecciones comerciales, financieras, distributivas, de consumo y productivas. Sus circuitos se cruzan, manteniendo sus espacios diferenciales. (...) Por otra parte, los espacios de la economía plural se hallan integrados por un espesor ético y cultural, espesor que atraviesa esos espacios incorporando sentidos que van más allá de la economía".* Por lo tanto es importante comprender a la comunidad más que simplemente la suma de individuos, sino como un sistema interconectado de intereses y objetivos, obligaciones y deberes que entran en contacto con un interés privado en la zona.

El economista boliviano Gonzalo Gosálvez Sologuren, en su texto "Estructura y organización económica del Estado Análisis y crítica en la nCPE", refiriéndose al concepto de propiedad desarrollado por Bourdieu (Bourdieu, 2006) indica que: *"cuando se habla de propiedad privada es importante hacer referencia al conjunto de las relaciones que se establece entre los seres humanos en la esfera de la vida material, relaciones poco armoniosas, que no han caído del cielo a través de una herencia, como pensarían los abogados, la propiedad se cosifica a través de múltiples relaciones y dispositivos sociales".* Es necesario resaltar que el derecho a la propiedad privada, si bien es garantía del derecho a poseer condiciones objetivas de trabajo, la misma no puede entenderse como un hecho aislado, sino en el marco de un sistema de redes y dispositivos sociales que legitiman su acceso. En otras palabras, si bien se garantiza el derecho a la propiedad privada, el uso y acceso a este tipo de propiedad no puede estar exento de las relaciones de reciprocidad que se encuentran en la comunidad.

Desde esta perspectiva, la lógica dialéctica de la actual Constitución Política del Estado ha cambiado la racionalidad neoliberal con la que se interpretaba el derecho a la propiedad privada. Ahora, conjuntamente al derecho a la propiedad y por encima de ella se antepone al ser humano y a la vida como esencia fundamental de la economía y no, como en la economía liberal y neoliberal, al capital y la inversión por encima de los seres humanos y ma misma naturaleza (Madre Tierra). Desde este análisis, parafraseando a Gonzales Sologuren, no se trata de oponerse al mercado a nombre de la economía comunitaria (en este caso el turismo comunitario) sino que desde este nuevo enfoque todos tienen derecho a participar en él con iguales oportunidades y para beneficio de todos. Tal como lo dice este autor, no se trata de que desaparezca la propiedad privada familiar ni empresarial, de lo que se trata es que

todos los que posean su propiedad privada puedan trabajar y obtener sus ganancias, empero subordinando este objetivo a las necesidades y el beneficio de toda la población del país. Dicho de otra manera, prima el bien común al beneficio personal particular.

De acuerdo con el informe de campo que se realizó, existe una gran diferencia en cuanto al concepto de turismo que se proyecta en la región. En el caso de la comunidad Coqueza, cada familia tiene sus propias parcelas situadas tanto en la falda del cerro como en el borde del salar a modo de lotes. Para dicha comunidad, el turismo representa su principal actividad de ingreso que beneficia a todos sus asociados, en cambio para la empresa es una fuente potencial de riqueza. Esta diferencia es visible en la forma misma como se ofrecen los servicios de hospedaje, tanto por la comunidad como por esta empresa: la comunidad trabaja con sus propios recursos económicos, en cambio el hotelero privado dispone de financiamiento para las construcciones que realiza.

La comunidad parece verse afectada por la presencia de este emprendimiento privado que le quita el mercado del turismo, motivo por el cual la comunidad ha optado por demandar la salida de este empresario del sector. Por su parte, el hotelero justifica indicando que es una desventaja que la comunidad no haya adquirido un concepto de oferta turística mucho más atractiva al turista, que les permita tener mayores ingresos.

En la comunidad no se percibe que haya una organización fuerte respecto del turismo comunitario, cuyas autoridades puedan ejercer control respecto de la oferta turística, ésta es más bien iniciativa familiar. De igual manera, tampoco se percibe que la comunidad ejerza control respecto del ingreso de otras personas a la comunidad para ofertar servicios de turismo. Al margen de existir una resolución que da prioridad a los miembros de la comunidad para poder trabajar en el turismo, no existe otra regulación respecto de la presencia de empresarios privados en la zona. Por tanto, no hay un documento que pueda regular como se resuelven los conflictos, tal como el presente caso.

En resumen, en el caso de esta comunidad a las orillas del salar de Uyuni se encuentran las siguientes relaciones conflictivas: a) Empresa privada vs turismo comunitario, b) Derechos individuales a la propiedad y el trabajo vs derecho colectivo a la propiedad y el trabajo, c) intereses personales vs autogobierno comunitario y d) justicia ordinaria vs jurisdicción indígena originaria campesina.

Gonzalo Gosálvez Sologuren al respecto indica que lo comunitario es "aquello que no puede ser convertido en capital" (Jiménez Sardón, 2003). Teóricamente, la organización de la comunidad está estrechamente ligado a su territorio. El conflicto territorial actual en la comunidad con la empresa turística se debe, en parte, al debilitamiento de la organización comunitaria local. La organización comunitaria para el turismo en esta comunidad tiene dos limitaciones: por una parte, existe debilidad organizativa por cuanto existe ausencia

de una normativa interna clara para todos quienes operan el turismo en el territorio de la comunidad que esté basado en los principios y valores comunitarios; y, por otra, está el poco relacionamiento que tienen los ofertantes de servicios turísticos con las autoridades de la comunidad.

Si bien los derechos a la propiedad y el trabajo están reconocidos por la Constitución Política del Estado y plenamente garantizados, su interpretación debe avanzar desde la interpretación enteramente clásica, como protectora del capital y el usufructo privado, a la ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Es decir, la interpretación constitucional debe tomar en cuenta que tanto el derecho al "trabajo" y la "propiedad" en contextos interculturales no solo responde a la relación hombre – capital, sino que intervienen muchos otros factores sociales y culturales que determinan su legitimidad. Dicho de otro modo, en contextos interculturales, los derechos a la propiedad y el trabajo se enmarcan en un sistema de relaciones e interdependencias que unen a toda la comunidad. Por tanto, un intereses económico externo, por muy legal que sea, cuando irrumpe en una comunidad indígena, debe articularse e integrarse dentro este sistema de reciprocidades y obligaciones mutuas, de lo contrario, genera conflictividad interna.

Entonces, lo que sale a primera vista es que no hay una sola comprensión de lo que significa la propiedad. En un nivel más profundo, existe un cuestionamiento insondable a este instituto jurídico por cuanto determina un cierto tipo de abordaje hacia las cosas. Bien lo dijeron los analistas que citamos, es difícil identificar en el concepto clásico de propiedad, una línea que separe entre uso y abuso de la propiedad. Es decir, entre el uso racional de las cosas y el abuso que se realiza de ellas, considerando que el ser propietario, en esta concepción, da derechos no simplemente sobre las cosas sino también sobre su usufructo. En otras palabras, estamos hablando del lucro con la propiedad que se expresa en avasallamientos, expropiaciones y loteamientos, no solo propiciados por comunidades campesinas, sino también personas y grupos con poder económico y político; y con ansia de lucro.

Una primera ruptura que se puede apreciar es la referida a la visión de los pueblos indígenas sobre la propiedad. Tal como no los han mostrado Untoja, Prada y Gosalvez, este instituto jurídico desde la visión andina esta imbricado en un sistema de relaciones y de reciprocidades, de compromisos y de responsabilidades. Más específicamente, Untoja nos ha planteado que existe diferencia entre propiedad y posesión. Cada familia tiene posesión de su sayaña en tanto la misma es parte de toda la propiedad del Ayllu. Creemos que en esto se justifica que la transferencia de la propiedad en comunidades originarias y campesinas, está sujeta a una serie de aprobaciones y aceptaciones que realizan las autoridades a momento de autorizar estos cambios. Este es un primer escenario en el cual la justicia constitucional debe diferenciar el concepto de propiedad que aplica en sus resoluciones: propiedad como un hecho legal o como un hecho social y cultural.

7. Ideas fuerza para la comprensión plural del derecho a la propiedad

A continuación se presenta algunas ideas sobre cómo entender el derecho a la propiedad desde una comprensión plural.

a) No todo es susceptible de apropiación.

Responde a la pregunta ¿hasta dónde uno se puede apropiar de las cosas? ¿Será que existe un límite a la desmedida apropiación? Si, la ética y el interés colectivo. Para la lógica racionalista todo es susceptible de apropiación, incluso la vida humana y de la naturaleza. En el fondo este fue el cuestionamiento del filósofo Joseph Proudhon a la propiedad como sinónimo de acumulación y apropiación desmedida. El derecho a la propiedad, desde esa comprensión destruye la vida por su carácter de acumulación constante (p.e la propiedad de la tierra y los recursos naturales).

Desde la visión de los pueblos indígenas, lo comunitario es aquello que no puede ser apropiado por un particular, pues es de todos. En el tema de la tierra colectiva, la presencia de las áreas urbanas sobre las tierras comunales influye para que se pierda la noción de colectividad e irrumpe una lógica individualista que se afianza en el interés económico.

Este planteamiento tiene un carácter ambientalista y protector de los derechos de la madre tierra. Se opone a la lógica liberal mercantilista que se apropia de tierras y recursos, muchas veces desplazando poblaciones, confinando a familias enteras a condiciones de pobreza y marginalidad. Muchos de estos casos se visualizan a través de avasallamientos a la propiedad que son denunciados bajo la figura de las medidas de hecho. Entonces, la justicia constitucional tienen la misión de ver que esta de fondo, es decir, si se trata de avasallamientos a la propiedad por parte de intereses particulares que buscan la apropiación desmedida o, por el contrario, se trata de intentos de recuperación de la tierra del que fueron expulsados. Lo mismo para a nivel micro cuando se rompe el vínculo comunitario y se trata de apropiar indebidamente de bienes que pertenecen a todos. Entonces, el derecho a la propiedad tiene un límite, la ética y el interés colectivo.

b) El derecho a la propiedad no es igual a todos los pueblos y culturas.

Responde a la pregunta ¿hasta dónde es posible equiparar una sola interpretación de este instituto jurídico a la diversidad de pueblos? El desarrollo de este instituto jurídico desde su aplicación solo es ajustable a ese contexto histórico, social y político y no así a los Andes. En nuestra historia se relata que no existió una concepción de propiedad como sinónimo de apropiación y posesión tal como en el otro lado del mundo, sino más bien se trató de un sistema de redistribución rotativa de la tierra,

cuyo acceso temporario estuvo determinado por la cantidad y calidad de las tierras, así como la cantidad de la familia.

En la actualidad, tras las reformas que se produjeron a la propiedad de la tierra, se ha introducido una lógica parcelaria de la tierra. Cada persona, familia, comunidad, etc., quiere tener su tierra titulada, no obstante que si bien se tiene derecho a una propiedad particular, el ejercicio de los derechos y su legitimidad como propietario está determinada por el cumplimiento de obligaciones. Por ejemplo, para la transferencia de la propiedad, no solo se requiere de los propietarios que cumplan con sus obligaciones que les da derechos, sino que la misma organización se hace responsable de aprobar y avalar la transferencia de tierras a otras personas.

Cada nación y pueblo desarrolla su propia concepción de propiedad. Este planteamiento cuestiona la idea de generalidad de este concepto y propone con firmeza que el derecho a la propiedad, como instituto jurídico, no es aplicable a todos los pueblos y culturas. Esto permitirá comprender incluso que existen sociedades que no tienen un concepto de propiedad como pasa con las sociedades modernas. ¿Puede subsumirse realidades tan distintas a una sola forma de entender la propiedad? Claro que no. La aplicación generalizante de una sola forma de entender e interpretar la propiedad, rompe con la idea de plurinacionalidad, de distintividad. El derecho a la propiedad debe ser entendida como un derecho plural por la existencia de distintas formas de acceso a la propiedad (estatal, privada, cooperativa y comunitaria).

c) El ejercicio de este derecho incluye también cumplir obligaciones y responsabilidades que deben ser proporcionales

Es necesario ver el derecho a la propiedad desde un enfoque integral y no simplemente desde su dimensión económica o jurídica. El reconocimiento del derecho a la propiedad se encuentra legitimado por la comunidad, la cual establece derechos y obligaciones (materiales y simbólicas) que giran en torno al derecho a la posesión. La legitimidad del derecho de posesión se adquiere por medio del cumplimiento de estas obligaciones y servicios (p.e. el cumplimiento de los cargos originarios como requisito para mantener la propiedad de la tierra). El incumplimiento de estas conduce a generar desencuentros y desencantamientos que se materializan en la suspensión y/o corte del derecho de posesión de la propiedad, como único medio material de exigibilidad. En torno al derecho a la propiedad se construye un entretrejo de múltiples relaciones de reciprocidad que ponen en funcionamiento a la comunidad.

El derecho a la propiedad está transversalizada por el cumplimiento de obligaciones y responsabilidades. El derecho a la propiedad está relacionado al cumplimiento de obligaciones y responsabilidades. Este derecho radica en el cumplimiento de obligaciones y responsabilidades. El incumplimiento de estas conduce a generar desencuentros y desencantamientos que se materializan en la suspensión y/o corte del derecho de posesión de la propiedad, como único medio material de exigibilidad. En torno al derecho a la propiedad se construye un entretejido de múltiples relaciones de reciprocidad que ponen en funcionamiento a la comunidad.

d) El uso y goce está limitado por el interés común

El derecho a la propiedad no es absoluto, éste está limitado por el interés común. El derecho a la propiedad debe ser entendida como un derecho plural por la existencia de distintas formas de acceso a la propiedad (estatal, privada, cooperativa y comunitaria). Desde los estudios que se han realizado en temáticas andinas, podemos colegir que el derecho a la propiedad, a diferencia de lo liberal, se fundamenta en una lógica relacional de pertenencia y participación del individuo en la comunidad, cuyo acceso a la misma está determinada por la concurrencia tanto de intereses colectivos como individuales, imbricados en un sistema de relaciones de reciprocidad. Es decir, este juego entre lo común y lo individual legitima los discursos de legalidad de la propiedad.

El uso y goce está limitado por el interés común. ¿Qué es lo comunitario? Desde la visión de los pueblos indígenas, lo comunitario es aquello que no puede ser apropiado por un particular, pues es de todos. El derecho a la propiedad no es absoluto, éste está limitado por el interés común. El derecho a la propiedad desde una visión comunitaria, a diferencia de la liberal, se fundamenta en una relación de pertenencia y participación del individuo en la comunidad, cuyo acceso a la misma está determinada por la concurrencia tanto de intereses colectivos como individuales, imbricados en un sistema de relaciones de reciprocidad. Es decir, este juego entre lo común y lo individual legitima los discursos de legalidad de la propiedad.

-0-

1. El derecho al trabajo desde las naciones y pueblos indígena originario campesino.

La percepción del término derecho al trabajo en la lógica de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (NyPIOC) no existe; sin embargo, la palabra *"irnaqaña o llank'ay"* (trabajar) en lengua aymara y quechua si existe, desde una lógica estrechamente ligada al beneficio de convivencia armónica e equilibrada en comunidad entre las comunidades de la naturaleza, humana y deidades; sobre este tema CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu) en su libro intitulado *"la chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chacha-warmi"* indica: *"Vivir bien es considerar el trabajo como fiesta... Es una forma de crecimiento, por eso es que en las culturas indígenas se trabaja desde pequeños"*⁴⁶ (CONAMAQ, 2010: 133); en síntesis podemos mencionar, en el pensamiento eurocéntrico, el derecho al trabajo definen como la compra y la venta de la fuerza de trabajo del hombre; mientras, en la lógica cosmocéntrica el trabajo va más allá; porque, el trabajo se considera un iwxa/k'amiy (principio y valor) para garantizar, proteger y reproducir la vida en la convivencia entre los hijos de la "pachamama" (madre naturaleza) expresada en forma de fiesta; por tanto, la percepción conceptual del derecho al trabajo entre una cultura y la otra es diferente y varía de acuerdo a su cosmovisión o forma de vida de las culturas.

1.1 Fundamentación

a) Desde los iwxa/k'amiy

Asimismo, el art. 8.I de la Constitución Política del Estado (CPE) indica lo siguiente sobre los principios del *"ama qhilla, ama llulla, ama suwa"* en el Estado Plurinacional de Bolivia: *"El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)"*; del presente precepto constitucional en suma podemos manifestar, que la nueva carta constitucional incorpora al *"iwxa/k'amiy"* de las naciones y pueblos indígena originario campesinos entre sus principios ético-morales para mantener su vigencia del pensamiento eurocéntrico; pero, si ligamos con el concepto del trabajo como la compra y la venta de la fuerza del hombre podemos mencionar, que el *"iwxa/k'amiy"* del *"ama qhilla, ama llulla, ama suwa"* expresa garantizar, proteger y reproducir la vida en convivencia entre los hijos de la *"pachamama"* en la lógica cosmocéntrica; sin embargo, al incorporar

⁴⁶ CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). *La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chacha-warmi*. La Paz. 2010.

como principio ético-moral al Estado Plurinacional se cambia el mensaje que connota en las naciones y pueblos indígena originario campesinos; por tanto, el “ama qhilla, ama llulla, ama suwa” no significa vender o monetizar la fuerza de trabajo del hombre sino y básicamente permite reproducir la vida en su integridad; por lo que concluimos que, el derecho del trabajo en ambas lógicas expresan conceptos diferentes.

b) Desde la chakana/jach'a qhana

El investigador quechua Virginio Sandy (CONAMAQ, 2010: 47)⁴⁷ manifiesta sobre la “chakana” lo siguiente: “... lo cierto, es que la chakana se constituye en el ordenador de la sociedad andina...”; porque, metodológicamente determina el sur para encontrar el “suma qamaña/sumaq kawsay” que tiene el propósito de perpetuar la vida de los hijos de la “Pachamama”. El jach'a qhana como símbolo tetralectico fractal posee cuatro dimensiones bien marcadas que expresa el pensamiento seminal a seguir para construir el “qhapaq ñan/sara-thakhi” y en la tercera dimensión de la “chakana” que es el “luraña/ruway” establece la acción practica del “hacer” para generar producción y economía que debe garantizar, proteger y reproducir vida secuencialmente en orden; sin embargo, si ligamos con el concepto de trabajo que significa mercantilizar o monetizar la fuerza de trabajo del hombre como sostiene la lógica eurocéntrica; consecuentemente, la dimensión del “luraña/ruway” de las naciones y pueblos indígena originario campesinos es distinto que la percepción de la venta de la fuerza de trabajo del hombre, comparar y combinar es un error; por tanto, la lógica cosmocéntrica es muy diferente que el paradigma eurocéntrica en conceptos y definiciones porque tienen origen en distintos puntos como él del trabajo aunque sean similares en acción.

c) Desde la lengua

Si, legalmente se garantiza la consolidación de los territorios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, al respecto el art. 2 de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: *“Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”*; Asimismo, la misma carta Constitucional reconoce como idiomas oficiales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en su art. 5.I de la CPE que expresa lo siguiente: *“Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua,*

⁴⁷ CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chacha-warmi. La Paz. 2010

sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco"; en suma, del presente precepto Constitucional podemos deducir que las naciones y pueblos indígena originario campesinos poseen su propio idioma, territorio, forma de vida y sistema de trabajo para continuar reproduciendo la vida; consiguientemente, las treinta y seis naciones y pueblos indígena originario campesinos están respaldadas legalmente para su consolidación de su territorio, lengua y sistema de trabajo para reproducir la vida; por tanto, en el Estado Plurinacional de Bolivia poseemos 36 distintos tipos de trabajo holístico de acuerdo a su cosmovisión y más un tipo de trabajo especializado impuesto por la colonia que tiene vigencia legal que se ejerce en el sector público y privado oficialmente.

2. El concepto de trabajo y su fundamentación Constitucional

Según Julián Pérez Porto y María Merino (2008), el término derecho proviene del latino *directum*, que quiere decir *"lo que está conforme a la regla"*; sin embargo, el derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver los conflictos en el seno de una sociedad.

Asimismo, Marx en el capítulo sobre la compra y la venta de la fuerza de trabajo en su libro "El Capital", menciona de la siguiente manera:

"La esfera de la circulación o del intercambio de mercancías, dentro de cuyos límites se efectúa la compra y la venta de la fuerza de trabajo, era en realidad un verdadero Edén de los derechos humanos innatos. Lo que allí imperaba era la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham. ¡Libertad!, porque el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo, de la fuerza de trabajo, sólo están determinados por su libre voluntad. Celebran su contrato como personas libres, jurídicamente iguales. El contrato es el resultado final en el que sus voluntades confluyen en una expresión jurídica común..."⁴⁸. (Marx, 1873:461).

Legalmente, el art 46.I.II de la CPE sobre el derecho al trabajo y al empleo manifiesta lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho: 1. Al trabajo digno, con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación, y con remuneración o salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna. 2. A una fuente laboral estable, en condiciones equitativas y satisfactorias. II. El Estado protegerá el ejercicio del trabajo en todas sus formas"*.

2.1 Fundamentación

a) Desde la interculturalidad

48 Marx Carlos. El capital. Londres. 1873.

A la interculturalidad podemos entender de diferentes maneras; pero también, se puede comprender como la convivencia de dos formas de vida o culturas; sobre este tema Silvia Camacho Prado (2010)⁴⁹ expreso lo siguiente: *"...podemos decir que la interculturalidad, es la interacción entre dos o más culturas que desean comunicarse y compartir sus formas de ser en todas las manifestaciones de la vida social y natural."*; si esto es así, relacionando con Bolivia podemos manifestar que es diverso por la existencia de muchas nacionalidades, que hace visible a la variedad de estos pueblos o pluralidad de culturas, expresado en el art. 5.I de la CPE que reconoce las diferentes lenguas como idiomas oficiales del Estado Plurinacional; si la lengua es el alma de la cultura o de un pueblo; Bolivia actualmente tiene más de 36 naciones que poseen su forma de vida, idioma, territorio, historia, identidad cultural y otros componentes culturales; consecuentemente, la interculturalidad tendría que entenderse como la convivencia de estas nacionalidades en la diversidad cultural; por tanto, fundamentar desde la interculturalidad el derecho al trabajo respetando sus normas y procedimientos es sumamente muy importantes considerar esta lógica cosmocéntrica.

Asimismo, la Asamblea Constituyente recogió todos los pedidos de los pueblos y plasmo en la nueva Constitución Política de Estado; referente a la convivencia entre esta diversidad de naciones y pueblos en igualdad de condiciones remarco a la interculturalidad como el instrumento adecuado, respecto a este tema el art. 78 de la CPE establece lo siguiente:

"La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones."

Del precepto Constitucional podemos sintetizar lo siguiente, el Estado Plurinacional está constituido por las diferentes naciones y que estas deben convivir en equilibrio y armonía utilizando el instrumento de la interculturalidad; consiguientemente, la interculturalidad es el instrumento para encontrar el suma qamaña/sumaj kawsay y la diversidad es la base esencial para constituir este Estado; por tanto, el derecho al trabajo debe considerar en ese marco.

b) Desde la plurinacionalidad

La plurinacionalidad se puede entender como la existencia de varias naciones; al respecto el ex presidente ecuatoriano Rafael Correa manifestó lo siguiente: *"... plurinacionalidad es la coexistencia de varias nacionalidades diferentes en un estado amplio, donde diferentes personas, culturas y puntos de vista existen y se reconocen mutuamente."*⁵⁰ ; Si es la existencia de varias naciones, la Organización de

⁴⁹ Camacho Prado, Silvia. Saberes y Conocimientos de las 36 Naciones del Estado Plurinacional. La Paz: UMSA; 2010

⁵⁰ http://www.la-razon.com/index.php?url=/la_gaceta_juridica/Plurinacional_0_2424957589.html

las Naciones Unidas (ONU) citado por Aleida Alavez (2014)⁵¹ al respecto expone los siguientes datos:

"... existen aproximadamente 400 millones de personas indígenas en el mundo que pertenecen a más de cinco mil pueblos en 90 países y que a pesar de representar solo 6 por ciento de la población mundial constituyen 90 por ciento de la diversidad cultural, además de que son propietarios o poseedores de 20 por ciento del suelo que habitan y ocupan, y resguardan 80 por ciento de la biodiversidad del planeta."

Asimismo, el preámbulo de la Constitución Política del Estado al referir sobre la existencia de varias naciones expresa desde lo plural; como establece la Norma suprema al respecto:

"El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos."

Por otra parte, la misma Constitución Política de Estado menciona en muchos de sus artículos, pero con más claridad declara en el art. 1 de la siguiente manera sobre la existencia de muchas naciones que poseen principios y valores que rigen en la justicia plural: *"Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país."*; consiguientemente, en el mundo existe 5 mil pueblos o naciones; en Bolivia viven desde la ancestralidad más de 36 naciones de las cuales solo están reconocidas 36 cultural a través de sus idiomas con la denominación de Estado Plurinacional; por ende, el derecho al trabajo que tiene una concepción diferente en cada pueblo, debe ser considerado desde ese punto de vista, desde las 36 formas de vida existentes en Bolivia, bajo sus normas y procedimientos propios o cosmovisión.

-0-

⁵¹ (Alavez Ruiz, Aleida. Interculturalidad: conceptos, alcances y derecho. Primera edición. Editorial del GPPRD. México, D.F.; 2014.

1. El derecho a la tierra en la JIOC desde las NyPIOC

Desde el horizonte cosmocéntrico o pensamiento de las naciones y pueblo indígena originario campesinos, la justicia es un componente más de la forma de vida del ayllu; su administración es enteramente integral y holístico que está a cargo de las autoridades originarias y de toda la comunidad; su fundamentación obedece enteramente a la garantía, protección, reproducción de la vida de las comunidades humana, naturaleza y deidades; sus normas y procedimientos buscan solucionar y reparar el conflicto en forma integral, cíclico y comunitario siguiendo el proceso de la jach'a qhana/chakana que en sus dimensiones expresa la consulta a las deidades para esclarecer el hecho, la aplicación de sus normas, el análisis y reflexión en forma comunitaria y la reparación o reinserción del infractor en función de la dirección del sara-thakhi/qhapaj ñan (camino o vida noble) que están regentadas por los iwxas/k'amiy o kamachis (principios y valores) que buscan el suma qamaña/sumaj kawsay (vivir bien) del ayllu; que tiene la característica de ser oral, gratuita, publica, pronta, comunitaria, justa, imparcial, fractal, reinsertante y reparadora; sus fallos o resoluciones son inapelables e irrevisables pero de cumplimiento obligatorio por ser enteramente espiritual y comunitaria.

2. Percepción holística de la tierra

Si conceptualmente el territorio es diferente que tierra; según la revisión del documento de la carta orgánica de Totorá Marka del departamento de Oruro: *"... Tierra y Territorio para los pueblos originarios, se define: el Alax Pacha (cielo), Qhaya Pacha (el espacio), Aka Pacha (suelo), Manqha Pacha (sub suelo). El conjunto de todos estos elementos es la Pachamama o Madre Tierra que constituye el hábitat de los pueblos originarios"*⁵²; también, es el medio de vida o convivencia con la naturaleza y las deidades; el termino tierra y territorio expresa más allá del concepto vertido.

Lingüísticamente, el termino aymara *"laq'a"* significa tierra, mientras la palabra *"uraqi"* se entiende como territorio; para esclarecer la diferenciación entre tierra y territorio según el amawt'a Mario Mendoza Gómez: *"La tierra es el propio suelo donde se cultiva o el aka pacha, comúnmente conocido como la capa arable del suelo por los agrónomos, pero es una pequeña parte o miembro integrante del territorio"*; sin embargo, para clarificar esta diferenciación la misma ex-autoridad originaria dice que: *"... territorio es la propia naturaleza, donde están incluidos todos los que vivimos y convivimos con los humanos, naturaleza y deidades"*⁵³

⁵² Estatuto Autonómico Originario de Totorá Marka. Aprobado en grande y detalle. 18 de diciembre de 2011.

⁵³ Mario Mendoza Gómez. Amawt'a del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ). Ex-funcionario del

; consiguientemente, el concepto de territorio es amplio y holístico, un todo; mientras, tierra es uno de los miembros integrantes del territorio o la tierra misma; por tanto, el concepto de derecho a la tierra percibido por el eurocentrismo es superado, porque va más allá del simple derecho humano o derecho fundamental, que la percepción cosmocéntrica de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, porque territorio es el medio donde se reproducen vidas con identidad y tierra la misma tierra del aka pacha; sin embargo, no se puede separar tierra y territorio.

1.1 Fundamentación

a) Desde la cosmovisión de las NyPIOC

Si el concepto de cultura definimos como forma de vida o reproducción de la vida; entonces, cosmovisión será la forma de ver estas formas de perpetuar la vida; asimismo, el amawt'a Mario Mendoza Gómez, sobre el tema expresaba el pensamiento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de la siguiente manera: *"Nuestro territorio es el centro de actividades de la cultura de nuestro pueblo, a través del conocimiento y practica de nuestros saberes, mitos, leyendas, creencias, artesanía y otros"*⁵⁴. De la aseveración del Amawt'a, en resumen podemos mencionar que el territorio es el núcleo del desarrollo de la reproducción de la vida de las culturas; consecuentemente, el territorio posee un valor incalculable para las naciones y pueblos indígena originario campesinos desde su cosmovisión, porque aquí tiene origen la vida de los hijos de la Pachamama (madre naturaleza).

b) Desde el ajayu (espiritualidad)

El "ajayu" se atribuye a algo inmaterial que no se ve, pero se arroga a los sentimientos que se siente, a la generación de la inteligencia, a las inquietudes espirituales y divinas de las deidades; sobre el tema el amawt'a Mario Mendoza Gómez expreso lo siguiente: *"con la madre pachamama dialogamos de sujeto a sujeto para nuestro pensamiento del suma qamaña es la base de coexistencia con la mama pachamama en permanente filosofía de reciprocidad (ayni) y en dialogo permanente de sujeto a sujeto"*⁵⁵; con esto se señala que el territorio es un ser vivo, al igual que un sujeto con vida. Además, la ex-autoridad aditamento lo siguiente refiriéndose a la relación territorio y ajayu: *"La tierra es también el espacio de practica de nuestros valores religiosos telúricos dedicados a la madre pachamama, al tata inti, a la mama phaxsi y a todos nuestros jach'a pukaras, pukaras, jilaratas, uywiris y samiris"*. De la declaración del Amawt'a en resumen podemos manifestar, es el lugar sagrado donde habitan, coexisten, dialogan y generan nuevos pensamientos filosóficos de sujeto a sujeto; son espacios donde se se practican los principios y valores del ayni (reciprocidad)

Tribunal Constitucional Plurinacional. 2014.

⁵⁴ Ibídem.

⁵⁵ Ídem.

con la comunidad de las deidades; además, es otro sujeto considerado como hermano para convivir; por tanto, el territorio como sujeto de vida es el sitio sagrado de dialogo de reciprocidad entre los hijos de la Pachamama para generar saberes y conocimientos en beneficio de la vida.

c) Desde la Pachamama (madre naturaleza)

El termino madre implica reproducir otra vida, dar cariño, amor, afecto, cuidar, alimentar, proteger hasta que se encamine en forma autónoma como ser vivo; sin embargo, el concepto es más amplio a lo manifestado; sobre el concepto exteriorizado Mario Mendoza Gómez dice: *"nuestro territorio concebido como madre Pachamama es la que nos nutre de vida donde producimos, cosechamos y multiplicamos la crianza de nuestro ganado, de nuestro cultivo y de nuestra vida"*⁵⁶; por su parte CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu) sobre dicho argumento indica: *"Nosotros entendemos que nuestra Pachamama es nuestra vida y nosotros somos parte de la Pachamama (...) La Pachamama es nuestra vida, nuestra base y ahí está nuestra tierra, nuestra agua, nuestro aire, nuestro calor, nuestros runas, nuestros animales, nuestras plantas, nuestros recursos naturales..."*⁵⁷ (CONAMAQ, 2010: 122). De las aseveraciones anteriores podemos deducir que el territorio como sujeto de vida se considera como la mamá que nutre de vida a sus hijos y que nosotros la naturaleza y las deidades somos parte de ella; asimismo, es el sustento y la base para nuestra existencia; consiguientemente, el territorio para las naciones y pueblos indígena originario campesinos es su misma vida, su propia existencia y su madre naturaleza porque fortalece, cría, nutre de vida a sus hijos.

d) Desde la vida

La vida es la propiedad o cualidad esencial de la naturaleza, de la humanidad y de las deidades por la cual evoluciona, se adapta al medio, se desarrolla y se reproduce: al respecto el amawt'a Mario Mendoza Gómez desde la lógica de las comunidades expresó lo siguiente: *"Nuestro territorio como centro del suma qamaña es el espacio de vida donde todos los jaqis convivimos y coexistimos comunitariamente (...) la tierra es el espacio de vida del suma qamaña"*⁵⁸; por su parte, la coordinadora andina de organizaciones indígenas-CAOI, en la publicación del CONAMAQ menciona lo siguiente: *"nuestro suma qamaña (...) se basa en el pensamiento de entender que la armonía el bienestar de la comunidad se complementa en valores de coexistencia de permanente equilibrio con la madre pachamama"*⁵⁹

⁵⁶ Ibídem.

⁵⁷ CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chachawarmi. La Paz. 2010.

⁵⁸ Mario Mendoza Gómez. Amawt'a del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ). Ex-funcionario del Tribunal Constitucional Plurinacional. 2014.

⁵⁹ CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chachawarmi. La Paz. 2010.

(CONAMAQ, 2010: 121); de las versiones vertidas se puede sintetizar lo siguiente, el territorio es el espacio de vida donde coexisten y conviven comunitariamente jaqis, sallqas y wak'as, donde tiene vida el suma qamaña/sumaq kawsay que nace, crece y se reproduce; consiguientemente, para las naciones y pueblos indígena originario campesinos el territorio es el lugar, el espacio, el medio de vida donde se desarrolla el mismo origen de los hijos de la Pachamama por eso consideran como su misma vida de ellos.

e) Desde el suma qamaña/sumaq kawsay

La convivencia es el desarrollo de la buena armonía, felicidad en los hogares, es el complejo de valores donde aprendemos amar más, tratar con respeto, comprensión, cariño, amor, afecto, honestidad, unión y tolerancia entre todos en la familia; así también, para muchos estudiosos puede decirse que la convivencia comunitaria es la base o fundamento de toda sociedad que supone la voluntad expresa y decidida de unos individuos de vivir con otros; sobre esta lógica, el amawt'a Mario Mendoza Gómez expresó lo siguiente: *"El territorio es la propia naturaleza, es la fuente del suma qamaña, donde están incluidos todos los que vivimos y convivimos con la papa, quinua, llama, alpaca, hormigas, samiris, marka qullus, hombres y mujeres, ... es la illa del nido donde criamos vida, el lugar donde nuestros hijos viven en armonía y equilibrio, es nuestra casa para convivir"*⁶⁰; de la aseveración del Amawt'a podemos sintetizar que el territorio es el espacio electo para reproducir la vida donde conviven sus hijos de la Pachamama; además, es la deidad del suma qamaña; consiguientemente, para los ayllus, marcas y suyus el territorio desde su lógica cosmocéntrica es considerada como su propia illa (deidad), su fuente del suma qamaña (vivir bien), es su nido, su casa para generar vida donde coexisten las comunidades de la naturaleza, humana y deidades.

f) Desde la identidad cultural

La identidad cultural es el sentido de pertenencia a un determinado grupo social para diferenciarse y no percibir al otro como igual. Así, un individuo puede identificarse con sus contenidos culturales de un grupo social; o sea, con sus principios, costumbres, lengua, vestimenta, valores, normas o procedimientos; al respecto Mario Mendoza Gómez manifestó lo siguiente: *"Nuestro territorio como centro de vida de cada uno de nosotros, porque en ella nacemos, crecemos, vivimos hasta dejar nuestros restos después de pasar a la otra vida; (...) el territorio es más que nuestro carnet de identidad para conocernos, cualquier persona de otro lugar nos puede reconocer rápidamente de nuestro territorio; porque, el territorio describe o dice todo de una persona"*⁶¹. De la presente aseveración, en síntesis podemos manifestar, el territorio para las naciones y pueblos indígena originario campesinos es el centro de la vida para cada uno de los integrantes de un determinado grupo social, porque representa el

⁶⁰ Mario Mendoza Gómez. Amawt'a del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ). Ex-funcionario del Tribunal Constitucional Plurinacional. 2014.

⁶¹ Ídem.

origen y desarrollo del proceso de vida; además, el territorio describe todas las características y particularidades del jaqi /yanantin, porque es el lugar sagrado donde se encuentran sus deidades y sus progenitores; consecuentemente, para los ayllus y markas el territorio representa más que un simple derecho a la tierra; para ellos, el territorio es la medula misma de su vida y de su pueblo, porque es el sitio donde se desarrolló todo el proceso de su vida; además, el territorio otorga su propia identidad cultural al habitante del ayllu, porque describe todas la características y rasgos de la persona para alcanzar prestigio y proyectar al suma qamaña/sumaq kawsay bajo la atenta vigilia de sus deidades y sus progenitores.

g) Desde el poder

El término “poder” significa estar capacitado, reunir las condiciones, poseer autorización para ejercer autoridad competente, hacer lo que se expresa, capacidad de una persona o grupo para imponer de forma recurrente su voluntad sobre otros, habilidad para influir sobre la conducta de otros; asimismo, en lo político se puede decir que es la suprema autoridad que rige los destinos de una nación; del mismo modo, Mario Mendoza Gómez al referirse sobre territorio y poder declaró los siguientes términos: *“La tierra y territorio desde siempre ha sido la causa principal de nuestra lucha política, social y cultural”*⁶²; por su parte, el CONAMAQ aclaró en los siguientes términos en su publicación: *“Los territorios no son solo un espacio geográfico (...) Son recursos naturales, es la frontera, es delimitación, es la estructura, es la organización, es mucho más, porque todo es integral. Ahí se vive y se convive, en los espacios de hanan pacha, kay pacha y ukun pacha”*⁶³ (CONAMAQ, 2010: 122); más adelante, la misma organización expresó lo siguiente: *“En nuestros territorios tenemos organización política, autoridad propia, idioma propio y todo un conjunto de saberes legados de nuestros pueblos”*. De ambas aseveraciones podemos comprender en los siguientes términos, territorio se considera a los propios recursos naturales, a su propia estructura organizacional y muchos más, porque ahí viven y conviven los hijos de la Pachamama en sus diferentes dimensiones; sin embargo, es preciso remarcar, en su territorio ellos desarrollan su propia organización política, son capaces de asumir como autoridad poniendo en funcionamiento su lengua, sus saberes y conocimientos; por tanto, para las naciones y pueblos ancestrales el derecho a la tierra significa más que un simple acceso a la capa arable del suelo, el territorio es el lugar donde se desarrolla su propia estructura, organización política, su propia economía y forma de vida que significa ejercer su propia autonomía de gobierno o poder, por ello la lucha constante de reconstitución, reivindicación y recuperación del poder de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; como la gran marcha por la tierra y territorio, que en otras palabras fue la lucha por la recuperación del poder.

⁶² Ibídem.

⁶³ CONAMAQ (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu). La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chachawarmi. La Paz. 2010.

h) Desde el pensamiento

El pensamiento es la capacidad que tienen las personas de formar ideas y representaciones de la realidad en su mente, relacionando unas con otras; también, es el conjunto de ideas propias de una persona o de una colectividad pensada desde la razón; sin embargo, para las naciones y pueblos indígena originario campesinos los saberes y conocimientos son generados desde la vida y para la misma vida; sobre este asunto el amawt'a Mario Mendoza Gómez expresó de la siguiente manera: *"La tierra nutre la fuerza de nuestra cosmovisión cósmica y telúrica que ha originado nuestro pensamiento y existencia basada en valores duales"*⁶⁴. Del manifiesto expresado se deduce, que el territorio es el lugar que alimenta las formas de vida; así también, el territorio es el sitio que genera saberes y conocimientos bajo los principios y valores duales para el génesis de la vida; consiguientemente, para los ayllus y markas el derecho a la tierra más que un simple orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad, es mucho más profundo; cuando el territorio significa fuente de alimentación y generación de saberes y conocimientos desde la vida y para la vida bajo los iwxas/k'amiy (principios y valores) de la dualidad que es la base fundamental del pensamiento seminal.

3. El territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la actualidad

Actualmente, el territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se encuentra despojado, saqueado, explotado, fragmentado, dividido, invadido, avasallado y esclavizado desde la invasión de los colonizadores que sometieron al genocidio y etnocidio, al respecto de la estructura y organización territorial del Estado Plurinacional de Bolivia el art. 269.I de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: *"Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos"*, esta última fue reconstituido bajo consulta de referéndum sin límites reales de sus ancestros; en resumen; el territorio de las NyPIOC están divididas y denominadas en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos (TIOC); consiguientemente, el territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos actualmente continúan fragmentadas desde la colonia bajo la lógica romana que tiene el propósito de individualizar y mercantilizar.

3.1 Fundamentación desde la interculturalidad

La interculturalidad se dice que es la convivencia de dos culturas; sin embargo, otros autores mencionan como: *"... la interacción entre culturas, es el proceso de comunicación entre diferentes grupos humanos, con diferentes costumbres, siendo la característica fundamental: "la Horizontalidad", es decir que ningún grupo cultural está por encima*

⁶⁴ Mario Mendoza Gómez. Amawt'a del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ). Ex-funcionario del Tribunal Constitucional Plurinacional. 2014.

del otro, promoviendo la igualdad, integración y convivencia armónica entre ellas.”⁶⁵ ; asimismo, sobre el mismo tema, la Constitución Política de Estado establece lo siguiente en su art. 178.I. *“La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.”*; del concepto como del precepto constitucional podemos sintetizar lo siguiente, interculturalidad es la interacción entre culturas dentro del Estado donde conviven varias nacionalidades o pueblos que consideran a la interculturalidad y pluralismo jurídico como principio constitucional; consiguientemente, el derecho a la tierra en su cabalidad no existe en la JIOC, en el marco de la interculturalidad debe considerar bajo sus normas y procedimientos para encontrar el suma qamaña/sumaj kawsay.

1.1 Fundamentación desde lo plurinacional

Plurinacional podemos entender como la constitución de muchas naciones o pueblos que conviven en un solo territorio, sobre este tema María Paz Núñez⁶⁶ refiere lo siguiente: *“...plurinacional es principalmente dar autonomía a los distintos pueblos indígenas que conviven en un mismo Estado.”*; asimismo, la Norma suprema en muchos de sus artículos menciona sobre el tema, pero en los art. 8. I., 178. I. y 197. I. establece claramente lo siguiente:

“El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.”

En suma podemos expresar lo siguiente sobre plurinacional, es la convivencia en un mismo Estado de pueblos indígenas donde asumen el pluralismo jurídico como principios y valores, incluso para la elección de sus autoridades consideran el criterio de plurinacionalidad en sus normas; consiguientemente, el derecho a la tierra como tal concepto no existe; sin embargo,

⁶⁵ <http://elmundodenavita.blogspot.com/2013/01/interculturalidad.html>

⁶⁶ <http://www.latercera.com/noticia/que-significa-ser-un-estado-plurinacional/>

en la lógica de la plurinacionalidad posee muchas consideraciones de acuerdo a sus normas y procedimientos; por tanto, el derecho al trabajo debe fundamentar desde diferentes concepciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos.

4. Consecuencias de la colonia sobre distribución de tierras

Problemas de distribución

En tierras altas, intermedias y bajas continua la lógica colonial de aplicar los antivalores del eurocentrismo de mentir, robar, acaparar, adueñarse de lo ajeno, individualismo, egoísmo, etc. está muy de moda la desesperación de adquirir un pedazo de tierra de forma legal e ilegal, que se ha convertido en una fiebre incontrolable de avasallamiento y loteamiento de territorios indígena originario campesinos por parte de municipios, provincias, regiones, departamentos e incluso de muchas personas oportunistas que se denominan loteadores, dirigentes de los sin techos y avasalladores, sobre la distribución de tierras Kathia Zamorano Márquez⁶⁷ comenta lo siguiente: *"... actual presidente de Bolivia acelera la titulación de tierras a través del INRA y promulga la ley de reconducción comunitaria que distribuye tierras fiscales. Pero hasta hoy no hay una clara política sobre los latifundios. Hay grandes extensiones privadas de tierras improductivas que amparadas en leyes anteriores, conservan sus derechos propietarios con aberraciones como el derecho a cinco hectáreas por una vaca para las tierras ganaderas..."* de este comentario podemos deducir, en los departamentos donde existe tierras fiscales o territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos se continua distribuyendo o titulando sin un criterio técnico que pueda prever conflictos sociales, medioambientales y culturales; consiguientemente, el despojo legal e ilegalmente del territorio a las naciones y pueblos indígena originario campesinos continua de parte del Estado, de los departamentos, provincias, municipios, regiones y personas malviviendo.

Problemas de autonomías

Respecto al problema de las autonomías el art. 2 de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: *"... se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, (...) a la consolidación de sus entidades territoriales..."*; sin embargo, es un simplemente precepto Constitucional que no soluciona problemas que presenta el territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos referente a su autonomía; porque, continua en debate en la Asamblea Constituyente sobre la administración de dicho territorio, sabiendo que de dicho territorio son dueños legítimos desde la ancestralidad; entonces, la discusión en dicho órgano Constitucional es realmente vana; además, este problema es respaldada y es de nunca acabar es la superposición de espacios territoriales con los departamentos, provincias, cantones, regiones y municipios que no dejan superar las autonomías indígena originario campesinos, es una estrategia de dominación, es un anzuelo de la modernidad para pelear entre hermanos

⁶⁷ <http://www.fjernenaboer.dk/pdf/bolivia/tierra%20y%20terrototio.pdf>

y entre los mismos comunarios en tierras altas e intermedias; al contrario, en el territorio de tierras bajas es la otorgación de inmensas hectáreas de tierras a empresarios agropecuarios que con el argumento de invertir, aportar al desarrollo agrícola, otorgar mayor cantidad de mano de obra y contribuir a las políticas públicas del país no dejan prosperar la autonomía indígena originaria campesina; en suma, no se cumple lo dispuesto en la Constitución Política del Estado; más bien, se fortalece la dominación del coloniaje a través de la superposición de espacios territoriales y la gran propiedad de tierras productivas del oriente; por tanto, la autonomía indígena originaria campesina tiene serios problemas y enemigos que superar que no dejan avanzar su legitimación.

Problemas internos

La pelea interna por mantener el territorio colectivo y otros por dividir en individual entre hermanos del campo es a diario, una de las pugnas más bulladas entre indígenas de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO) y campesinos interculturales migrantes que reclaman carencia de tierras productivas y piden distribución o parcelación de las tierras denominadas TCOs, los primeros como reproductores de la vida y los segundos en la lógica colonial de fragmentar individualmente para explotar los suelos y la naturaleza, claro ejemplo es la pelea entre indígenas y campesinos colonizadores en el departamento de La Paz, donde la nación Leco que se encuentra asentado en la tierra colectiva denominado como parque Madidi es invadido por interculturales migrantes de tierras altas; en suma, existe peleas internas entre indígenas de tierras bajas y campesinos migrantes de tierras altas, los primeros por mantener las tierras colectivas para mantener la naturaleza y la biodiversidad y los segundos por parcelas individualmente los territorios para la explotación de suelos y naturaleza; consiguientemente, las peleas internas entre indígenas y campesinos por los territorios colectivos por convertir en individuales es latente en la actualidad en las tierras bajas.

El conflicto entre terratenientes e indígenas es otro problema no resuelto todavía, cuando en las tierras bajas los empresarios se apropian de extensas hectáreas de tierra a nombre del eslogan "la tierra es de quien la trabaja", afectando los territorios de los pueblos indígenas o TCOs. Sobre este tema el art. 393 de la Constitución Política del Estado establece: *"El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda"*. Por ser ambigua este precepto, la misma Norma suprema en su art. 397.II. esclarece la función social o función económica social de la siguiente manera: *"la función social se entenderá como el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígenas originarios campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. En el cumplimiento de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades"*; sin embargo, lo que reza en la carta Constitucional se vulnera por el desconocimiento de los pueblos indígenas, como en

el caso bullado del pueblo Guaraní de Karaparisito del municipio de Lagunillas de la provincia Cordillera del departamento de Santa Cruz, donde *"la familia Ava Guaraní fueron sometidos a condiciones de semiesclavitud y despojados de su territorio por parte del empresario Lesner"*⁶⁸; en resumen podemos indicar lo siguiente, la Constitución Política del Estado prevé el conflicto entre terratenientes y TCOs sobre el despojo de territorios a través de sus preceptos constitucionales, el desconocimiento de los pueblos indígenas ocasiona este tipo de vulneraciones; consiguientemente, si existe problemas vigentes de territorio sin resolver entre los terratenientes o empresarios y los pueblos indígenas en tierras bajas.

Problemas de latifundio

Otro problema actual sin resolver es el caso de la tenencia de tierras extensas en pocas manos, el caso se presenta en las tierras bajas del oriente boliviano. Después de la Reforma Agraria del 1953, se pensó que se pretendía eliminar el latifundio en el oriente Boliviano, es más, el proceso de eliminación fue inverso. Los dueños de estas propiedades con la dotación gratuita de tierras de parte del Estado han acumulado mucho poder económico; pero con las ultimas disposiciones de la carta Constitucional se sintieron amenazados, a consecuencia de aquello la mayoría de ellos optaron la estrategia de copar cargos políticos, especialmente del Oriente Boliviano, en estos últimos 50 años los latifundistas han administrado el Estado incluso con este último gobierno, *"son latifundistas y sus intereses están ligados al acceso y control de los recursos naturales como la tierra, recursos forestales, hidrocarburos, minerales, fuentes de agua y biodiversidad existente en esta inmensa región de Bolivia"*⁶⁹; sin embargo, las tierras bajas del oriente boliviano (Chaco, Oriente y Amazonía), que abarcan los departamentos de Pando, Beni, Santa Cruz, parte del Chuquisaca y Tarija, continúan en manos de los latifundistas ocupando ilegalmente estas inmensas hectáreas de tierras.

Sobre la prohibición del latifundio en Bolivia el art. 398 de la CPE manifiesta claramente lo siguiente: *"se prohíbe el latifundio y la doble titulación por ser contrarios al interés colectivo y al desarrollo del país. Se entiende por latifundio la tenencia improductiva de la tierra; la tierra que no cumpla la función económica social; la explotación de la tierra que aplica un sistema de servidumbre, semiesclavitud o esclavitud en la relación laboral o la propiedad que sobrepasa la superficie máxima zonificada establecida en la ley. En ningún caso la superficie máxima podrá exceder las cinco mil hectáreas"*. Si muy bien está prohibido el latifundio; según CIPCA, en las tierras del oriente boliviano en realidad no se cumple, más al contrario se tiene extensas superficies en manos de grandes empresas agropecuarias que poseen una superficie *"que oscila entre 2.501 a 50.000 hectáreas reconocidas por el Estado en tanto cumplan una función económica social"*; asimismo, los dueños de estas propiedades *"... La mayoría de los latifundistas son directivos y miembros de grupos corporativos como la Cámara Agropecuaria*

⁶⁸ Entrevista a Claudio Esteban Fernández, técnico Especialista de Tierras Bajas del Tribunal Constitucional Plurinacional, 29/05/2017.

⁶⁹ El autor Agrónomo del CIPCA Santa Cruz "Ilegalidad de los latifundios en Bolivia" Publicado: 10 Febrero 2005.

del Oriente, Comités Cívicos, Federación de Empresarios Privados, Cámara Boliviana Forestal y Asociaciones de Castañeros del Oriente Boliviano"; consecuentemente, desde los espacios de poder del Estado (poder ejecutivo, legislativo y judicial) continúan ejerciendo propiedad de estas extensas tierras; además, pueden ejercer presión sistemática para obstaculizar la investigación sobre estos bienes; por tanto, el problema del latifundio hasta ahora no fue resuelto en su totalidad continua vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Problemas de minifundios

El problema vigente de estos tiempos en las tierras altas es el minifundio, donde las naciones y pueblos indígena originario campesinos sufrieron la usurpación y descuartizamiento de sus territorios durante la colonia; en la época republicana dividieron en tierras individuales; pero, en tres momentos marcados, como la reforma agraria de 1953; la segunda reforma agraria del Servicio Nacional de Reforma Agraria o conocida como la ley INRA 1996 y la tercera reforma agraria de la Revolución Agraria 2006; asimismo, en la primera y la segunda época el pueblo pensó que con la devolución de las tierras a los indios se solucionaría el problema de la tierra; sin embargo, la aplicación de una política de distribución y parcelación individual (titulación individual) de tierras no previno el crecimiento demográfico, más bien, contrajo serios problemas para las futuras generaciones; actualmente, el altiplano boliviano padece de las consecuencias coloniales del minifundio que ha ocasionado la expulsión de inmensas cantidades de gente joven hacia las urbes metropolitanas o ciudades intermedias donde se creó cinturones de urbanizaciones periféricas de personas migrantes del área dispersa de las tierras altas logrando sociedades pobres y extrema pobreza circunstancial ante la carencia de mano de obra calificada; sin embargo, *"no existe consenso sobre su dimensión, pero, al margen de las diferencias regionales y zonales, se menciona frecuentemente como parámetro referencial una hectárea o menos, siendo que 60% de UPA (Unidades Productivas Agrarias) no superaría las cinco hectáreas y 30% ni siquiera una hectárea. El minifundio representaría 30% de la tierra y 79% del total de beneficiarios"*. Efectuando la relación de datos, la superficie mínima necesaria para generar un ingreso de subsistencia en las tierras altas sería de ocho hectáreas en las zonas secas y cinco hectáreas en las zonas húmedas y umbrales, por debajo de este parámetro se considerarían como minifundio; sobre el tema, el INRA consideró para la agricultura integrada del altiplano y de los valles, *"habría definido un modelo de superficie de cuatro hectáreas en promedio por unidad familiar como mínimas para cubrir las necesidades de la misma, de las que una es de uso agrícola, otra de pastoreo y las restantes estarían destinadas a la rotación anual o bianual. Asimismo, para el Oriente de Bolivia, con suelos muy frágiles y mayormente con vocación agroforestal, podrían ser necesarias alrededor de 20 hectáreas para una unidad familiar o, al menos, 50 para ganadería familiar"*. Tierra (2015: 62-64); en síntesis se deduce, el territorio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos fue despojado de sus dueños, saqueado y fragmentado desde la colonia hasta estos días, las tierras fueron parcelados y titulados individualmente con consecuencias fatales de minifundio que

provoco despoblamiento, migración y pobreza, en las capitales departamentales se formaron asentamientos urbanos periféricos de sociedades migrantes que sufren de asistencia de servicios básicos y fuentes laborales; estudios realizados intentan mostrar superficies modelo para la subsistencia de las familias del área dispersa que no demuestra la realidad del área rural; consecuentemente, el problema del minifundio existe y no está solucionado en las tierras altas del Estado Plurinacional de Bolivia.

Problemas de carencia de políticas públicas

Si la Constitución Política del Estado establece el rumbo por donde se debe seguir referente a la problemática de tierra y territorio, las naciones y pueblos indígena originario campesinos no encuentran el sur para orientar y solucionar los problemas mayores referente a tierra y territorio, debido a la carencia de políticas públicas del Estado para encarar los conflictos de:

- Problemas de distribución
- Problemas de autonomías
- Problemas internos entre indígenas
- Problemas internos entre terratenientes e indígenas
- Problemas de latifundio
- Problemas de minifundio
- Carencia de políticas públicas

Las políticas públicas del Estado deben contemplar macro, microprogramas y acciones de fortalecimiento a las naciones y pueblos indígena originario campesinos para restablecer su identidad, forma de vida, qhapaq ñan/sara-thakhi (camino y vida noble), suma qamaña/sumaj kawsay (vivir bien) que garantice, proteja y reproduzca la vida de las comunidades humana, naturaleza y deidades.

El derecho al agua como elemento constitutivo de la vida y como elemento que vaticina el fin de la misma

Reyna Palaguerra López

“La escasez de agua no sólo puede llevar a un desastre ecológico y humano y, desde luego, frenar el desarrollo, sino que puede llegar, por sus consecuencias, a constituir una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Indudablemente, la falta de un elemento vital como es el agua produce declive económico, pobreza, enfermedades, muertes prematuras que son origen de tensión social e inestabilidad política que fácilmente originan conflictos internos que pueden convertirse en internacionales”. (Alberto Herrero de la Fuente)

1. El agua es un derecho fundamentalísimo para toda la vida

El agua es un recurso finito, escaso y por tanto vital para la supervivencia de los pueblos. Desde la cosmovisión de los pueblos es la energía que da vida, es un ser vivo, es parte de la vida de la comunidad, de su territorialidad. El sentido fundacional de la noción de soberanía del pueblo sobre los recursos naturales, es que la misma deviene del mandato constitucional de que el agua, al ser un elemento vital para la reproducción de la vida, hace que la misma tenga carácter estratégico, por cuanto se constituye en un bien común de todo el pueblo boliviano. El agua es de propiedad de todo el pueblo boliviano, por lo tanto, siendo el pueblo boliviano el titular de la soberanía sobre este recurso vital, es el Estado quien tiene la obligación de administrar en bien de toda la población, como realizar la “consulta previa” cuando existen disposiciones normativas y acciones susceptibles de afectarles.

Tanto las marchas indígenas de tierras bajas, las demandas de las autonomías territoriales desde tierras altas; así, como las guerras del agua y del gas, en la medida de haberse constituido en escenarios de desencantamiento social, también fueron escenarios que permitieron vislumbrar la necesidad de ver al recurso agua como un bien público que no puede ser objeto de apropiación, concesión, ni privatización. El mismo constituye un derecho fundamental para todo el pueblo boliviano y corresponde al Estado su administración en función de todo el interés público

Por tanto, en el marco del catálogo competencial previsto por la CPE, el agua se constituye en un recurso estratégico para el Estado boliviano y en función de la misma, es competencia exclusiva del nivel central del Estado: “fuentes de agua”. Esto implica que sea este nivel de gobierno quien administre, a nombre del pueblo boliviano, los derechos propietarios de

los recursos naturales y ejerce el control estratégico de dichos recursos. Es decir, que en el marco de la soberanía del Estado, el agua es un bien que debe beneficiar a todo el pueblo boliviano⁷⁰.

En ese marco, la Constitución Política de Estado establece que el Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad. En esta medida, el artículo 374 de la norma suprema instituye que: "El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida". Así como el territorio, desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, es determinante para la supervivencia misma de la comunidad, el agua, es como la sangre que alimenta al territorio. Por tanto, en el control normativo o el control tutelar que realiza el Tribunal Constitucional Plurinacional, es importante recuperar la visión indígena que se ha construido respecto elemento agua como una Deidad en sí misma. La organización social misma que se asienta sobre la forma de acceso y uso de dicho recurso. Dicho de otra manera, el uso y acceso al recurso agua, por la comunidad humana, está relacionado con la cultura de cada pueblo.

El agua es una necesidad humana indispensable para la vida, esencial para vivir con dignidad. Sin agua no hay vida posible. Se trata de un derecho humano personalísimo que debe ser acatado por cualquier sociedad y todo Estado. Resulta ser una condición esencial, previa, que condiciona la existencia y el ejercicio de cualquier otro derecho humano⁷¹.

1.1 El derecho al agua desde la CPE de 2009

La SCP 166/2014 de 01 de septiembre establece dos ámbitos de análisis respecto del agua: a) el agua como derecho subjetivo colectivo y b) el agua como derecho difuso. Respecto de la primera indica: *"El derecho fundamental al agua se constituye en un derecho autónomo que vinculado al derecho de acceso a los servicios básicos, permite la configuración del derecho de acceso al agua potable (preámbulo y art. 20.I y III de la CPE), que puede vincularse o relacionarse de acuerdo al caso concreto por el principio de interdependencia (art. 13.I de la CPE) al derecho a la salud, a la vivienda, a una alimentación adecuados, entre otros derechos individuales que tengan que ver con un nivel de vida adecuado y digno, lo que la Constitución denomina el 'vivir bien' como finalidad del Estado (preámbulo y art. 8.II de la CPE), o lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llama el derecho al acceso a una existencia digna".* En cuanto a la segunda, señala: *"De nuestro texto constitucional puede extraerse la*

70 Parte de la doctrina ha sostenido que el derecho a acceder al agua se encuadra dentro de la categoría de Derechos Humanos, al menos como presupuesto o desarrollo de distintos derechos reconocidos en los acuerdos internacionales, tales como el derecho a la vida, salud, calidad de vida, domicilio, vida privada, alimentación adecuada, entre otros. Discutir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o accesorio de otro derecho principal, carece de sentido y se torna en una discusión innecesaria, pues en ambos casos será objeto de protección por parte del derecho.

71 Mathus Escorihuela, M., "El derecho al agua en el Derecho Argentino", en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 225.

denominada 'Constitución Ecológica', entendida como el conjunto de postulados, principios y normas constitucionales en materia ecológica que permiten entre otros el uso racional de los recursos naturales renovables y no renovables, para preservar la vida no únicamente del ser humano".

El derecho al agua y el abastecimiento para todas las personas debe ser suficiente y continuo, las instituciones a cargo, sean de orden privado o público están en la obligación de suministrar permanentemente ese líquido elemento; ninguna excusa es valedera, para privar de agua a los seres con vida, sean personas, animales o plantas; el derecho al agua no solamente debe ser subjetivo, sino también objetivo en su provisión, por lo que todas las instalaciones y servicios de agua deben ser apropiados a la forma de vivencia de la sociedad, por lo que los servicios e instalaciones de acceso al agua deben ser asequibles para todos los hogares, pues ello está garantizado por la Norma Suprema.

¿Cuál la frontera entre el derecho al agua y el derecho al territorio? Básicamente, este tema puede interpretarse desde el ámbito del agua como derecho de carácter difuso e, tanto que el territorio como derecho de carácter colectivo. Dicho de otro modo, el derecho a la tierra y territorio implica el reconocimiento de una titularidad a un colectivo social determinado, que puede ser un pueblo indígena, el derecho al agua es un derecho universal. En este marco, desde el ámbito internacional, así como desde el ámbito interno, se ha establecido que el derecho a la tierra y territorio está relacionado con la vida, la supervivencia de los pueblos, el derecho a agua hace referencia a la posibilidad de existencia de la humanidad misma. Dicho de otra manera, si bien tierra territorio es un derecho reconocido a los pueblos indígenas del mundo frente a la situación de colonialismo interno que históricamente han vivido, el derecho al agua no se restringe solamente a estos pueblos, sino que abarca a toda la vida existente sobre este planeta (humana, animal, vegetal).

En este marco, de acuerdo con el artículo 375 de la CPE, a nivel interno, el nivel central del Estado se plantea a sí mismo desarrollar planes de uso, conservación, manejo y aprovechamiento 178 Secretaría Técnica y Descolonización sustentable de las cuencas hidrográficas, así como la regulación del manejo y gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego, seguridad alimentaria y servicios básicos, respetando los usos y costumbres de las comunidades. De la misma manera, es deber del Estado realizar los estudios para la identificación de aguas fósiles y su consiguiente protección, manejo y aprovechamiento sustentable, en tanto que concurrentemente entre este nivel y los niveles subnacionales, se debe trabajar conjuntamente en la preservación del agua potable y el tratamiento de los residuos sólidos. Esta disposición se fundamenta en el entendido de que los residuos sólidos (basura en otras palabras) resulta un elemento contaminante de las fuentes de agua que discurren no solo por la jurisdicción municipal, sino que pueden abarcar varios municipios y regiones. La concentración de basura, por las ciudades, así como materiales tóxicos

industriales, tales como la minería, los hidrocarburos, etc. Al afectar a las fuentes de agua disponibles, también llegan a afectar a las poblaciones que del algún modo se encuentran vinculadas a la fuente de agua (pesca, consumo, transporte, riego, etc.). Finalmente, a nivel externo, de acuerdo con el artículo 377.I de la CPE: "Todo tratado internacional que suscriba el Estado sobre los recursos hídricos garantizará la soberanía del país y priorizará el interés del Estado. II. El Estado resguardará de forma permanente las aguas fronterizas y transfronterizas, para la conservación de la riqueza hídrica que contribuirá a la integración de los pueblos".

La Constitución Política del Estado, respecto al derecho al agua, utiliza indistintamente la terminología derecho fundamental y derecho humano, considerando dichos términos como sinónimos; la diferencia entre los mismos es reservar para el término derechos fundamentales a todos los derechos positivados y para la formula derechos humanos para los derechos naturales y los relacionados con la dignidad, libertad e igualdad de las personas. En criterio de Jorge Omar Mostajo Barrios, la Constitución de 2009 elimina la referida distinción doctrinal, situación que se acredita desde el momento en que los arts. 13, 256 y 410 de la referida norma fundamental disponen que los Tratados sobre Derechos Humanos forman parte del Bloque de constitucionalidad, pudiendo utilizarse los dos términos indistintamente.

El art. 16.I de la Constitución Política del Estado, refiere: "*Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación*", en concordancia con este precepto el art. 20.I señala: "*Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones*", en su parágrafo III refiere: "*El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a Ley*".

Una consecuencia lógica de incorporar al Derecho al agua y alcantarillado como derechos humanos es la imposibilidad que los mismos sean sujetos de concesión, ni privatización a criterio del autor, el constituyente elimina correctamente la posibilidad de otorgar en concesión el recurso natural agua; sin embargo, no podría utilizarse la figura de la licencia, al no ser aplicable este instituto administrativo a los bienes de dominio público o recursos naturales, pudiendo habilitarse la figura de la autorización dominial, en lugar de la licencia o concesión⁷².

En el art. 373.I la Constitución Política dispone: "*El agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado promoverá el uso y acceso al agua sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad*". De la misma manera el art. 374.I dispone que: "*El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos*

⁷² García, M. Utilización del Dominio Público, Tipología, en: Dominio Público, Naturaleza y Régimen de los Bienes Públicos. Ed. Heliastra, Buenos Aires, 2009 pág. 230-239.

hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos”, estableciéndose los dos matices del agua en nuestra Norma suprema, como Derecho y como recurso natural.

Consecuentemente, la Constitución Política del Estado, reconoce que el agua no sólo es un servicio o un bien de dominio público; sino que constituye un derecho humano:

“Bolivia ha reconocido que el agua no es tan sólo un servicio o un bien de dominio público; sino que constituye un Derecho Humano. De esta manera se lo incorpora en su Constitución Política, como parte de los derechos fundamentales, dejando que el marco normativo legal se desarrolle dicho precepto bajo el principio que “este derecho está reconocido y garantizado por el Estado y en la medida en que es un elemento básico para ejercer el derecho a la salud y para proporcionar un nivel adecuado de vida para todos los individuos de un Estado Social y Democrático de Derecho, garantizando así su subsistencia en condiciones dignas, exige de una protección inmediata de parte de los gobiernos y de los particulares, quienes deben organizar esfuerzos que confluyan en la satisfacción de esta necesidad básica para todos y cada uno de los habitantes de nuestro país” (Rolando Villena, Defensor del Pueblo, Ponencia Los derechos humanos en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Quito, 26 de Junio de 2013)

Como se evidencia en los art. 374 y 375 con referencia a los Pueblos Indígena Originario campesinos, la CPE establece disposiciones específicas en relación a los usos del agua; entre las cuales se encuentra el deber del Estado de reconocer, respetar y proteger los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua y la obligación del Estado de regular el manejo y gestión sustentable de los recursos hídricos y de las cuencas para riego y otros, respetando los usos y costumbres de las comunidades.

1.2 Antecedentes para este reconocimiento

Pese a su evidente importancia para la vida no solo de los seres humanos, sino de todos los seres vivos en este planeta que paradójicamente se llama “Tierra”, a consecuencia de su evidente carencia, tuvo un significativo impulso, respecto de su reconocimiento jurídico, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, se calcula que en el mundo aproximadamente 1.100 millones de personas no tienen acceso al agua y 2.600 al saneamiento básico⁷³.

El impulso otorgado por Bolivia en la sexagésima cuarta sesión de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, puso en discusión nuevamente la importancia del Derecho al Agua como Derecho Humano, debiendo añadirse la prolífica actuación del Tribunal

73 Penalver. A. Aproximación al Marco Jurídico del Derecho Humano al Agua; Una Perspectiva desde el Derecho Interno, en: El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento. Cuaderno de Derechos Humanos Emergentes N°. 4. Instituto de Derechos Humanos de Cataluña. Barcelona 2007, pag. 6.

Constitucional Boliviano, al establecer el contenido mínimo de este Derecho, incorporado en la Constitución Política del Estado, aprobado mediante Referéndum, el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero del mismo año.

El agua en la CPE de 1967 y las resoluciones del TC

El derecho al agua no figuraba en el catálogo de derechos previstos en la Constitución Política del Estado de 1967 (reformada parcialmente el año 1994 y 2004), pero encontramos en el art. 35, correspondiente a la cláusula de los derechos no enumerados, porque los derechos deben: *"...responder a los retos que les impone los problemas actuales y uno de ellos es la defensa de la dignidad de la persona frente a su necesidad, cada vez más crecientes, de agua potable, en tanto que ello resulta esencial en la protección de su derecho a la vida..."*⁷⁴. El desarrollo jurisprudencial, también ubicó al Derecho al agua dentro del derecho a la vida, seguridad e integridad consagrada en el art. 7 inc a)⁷⁵.

La primera Sentencia Constitucional que hace referencia al Derecho al agua es la N° 1332/01-R, 14 de diciembre, que estableció la imposibilidad que las empresas privadas puedan: *"... reservarse-contractualmente-el derecho al corte de agua, siendo la única causal para la misma la falta de pago"*.

Las características del Derecho al agua, en este periodo se encuentran en la SC 659/2002-R de 7 de junio, que establece su relación con el derecho a la vida y salud previstos por el art. 7 inc. a) de la Constitución Política del Estado de 1967, no pudiendo una persona privada, por causa de una deuda de alquiler, proceder al corte de este servicio, prohibiéndose a los ciudadanos *"hacerse justicia por sí mismos"*, concediéndose la tutela solicitada e incluso calificándose daños y perjuicios.

Otras características establecidas por la jurisprudencia constitucional son: la relación del derecho al agua con el derecho a la seguridad, con el acceso *"a un baño higiénico"*, llama la atención la no tutela de este derecho respecto a locales comerciales por no haber acudido previamente al procedimiento de reclamación del consumidor regulado por el D.S. 24505 de 21 de febrero de 1997 o la tutela del Derecho al agua para riego o no tutela del mismo por ser un derecho controvertido entre comunidades.

2. Agua y vida desde los estándares internacionales

74 Díaz, O. El Derecho al Agua Potable como Derecho Fundamental no Enumerado, en: Derechos Constitucionales, no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima 2009, pág. 169-180.

75 Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencias Constitucionales 0860/2007-R de 12 de diciembre; 0611/2006-R de 27 de junio; 0233/2006-R de 14 de marzo; 1660/2005-R de 19 de diciembre; 1598/2004-R de 4 de octubre; 659/2002-R de 7 de junio y 1332/01-R de 14 de diciembre.

En el ámbito internacional existen diversos instrumentos destinados a regular el uso, aprovechamiento y gestión de los recursos hídricos, los cuales citaremos en forma resumida a continuación:

Dentro de la clasificación histórica de los Derechos Humanos, ***el derecho al acceso al agua formaría parte de los Derechos Humanos de primera generación por ser anterior a la formación del mismo Estado***, y por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo. Por su parte, el derecho a la acción pública en protección del agua es posterior al establecimiento del Estado, y por tanto se ejerce frente a éste, por lo que necesita de su plena intervención para su debida implementación y protección, visto de esta perspectiva compartiría características con los derechos económicos, sociales y culturales, y con los derechos de la solidaridad.

Con el advenimiento del Derecho Ambiental y el enfoque ecosistémico, el agua no puede ser vista de manera aislada de los demás recursos que le dan sustento, como lo son bosques y suelos, lo que le da una dimensión integradora en el desenvolvimiento de la totalidad de los ecosistemas. Como bien lo afirma el autor Miguel Mathus Escorihuela, es a partir de esta nueva visión que el derecho al agua adquiere otro contenido, porque ya no puede ser, solamente, la forma de satisfacer la sed, ni las necesidades complementarias más elementales del ser humano. Ahora, cumple y debe satisfacer otras necesidades igualmente esenciales. Debe cumplir servicios y fines ambientales que son imprescindibles para el mantenimiento de la biodiversidad y de los ecosistemas, como, por ejemplo, el mantenimiento de caudales mínimos de estiajes en cursos de agua; los aportes mínimos para el mantenimiento de humedales conforme a la Convención Ramsar; conservación de la flora y la fauna ictícola en pantanos y embalses manteniendo niveles operativos mínimos⁷⁶.

El derecho humano al agua, como cualquier otro derecho no es ilimitado ni irrestricto⁷⁷, factores como su carácter finito, su vulnerabilidad y los costos económicos que requiere su preservación, distribución y tratamiento, llevan a desechar una visión del derecho al agua como un reconocimiento a su acceso inmediato, ilimitado y gratuito a todos sus usuarios y para todos sus distintos usos⁷⁸.

En el plano internacional, el derecho humano al agua es reconocido en varios instrumentos jurídicos tales como la Convención sobre la

⁷⁶ Mathus Escorihuela, M., "El derecho al agua en el Derecho Argentino", en El Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 226.

⁷⁷ "Sabido es que ningún derecho es absoluto, sino que todos, incluso los que hoy denominamos humanos, deben ejercitarse en consonancia con las obligaciones que consecuentemente acarrear: tales obligaciones, procuran compatibilizar los derechos con las restantes exigencias que la vida en sociedad impone." Pinto, M. y otros, "Configuración del derecho al agua: del uso común al derecho humano. Particularmente de su integración y expansión conceptual", en Derecho al Agua, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, página 307.

⁷⁸ El Principio Cuatro de la Declaración de Dublín de 1992 dispone "El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico."

Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres⁷⁹ y la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁰, también en Convenios de Derecho Internacional Humanitario, tales como el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, (Protocolo I) de 1977, y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II de 1977), así como en Declaraciones Ministeriales como la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977;⁸¹ Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992;⁸² Declaración Ministerial del Foro Mundial del Agua de Kyoto de 2003; de forma regional en la Carta Europea del Agua de 1968; Carta Europea de los Recursos del Agua de 2001 y la Recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa "Contribución de Europa por el mejoramiento de la gestión del Agua"; y la Convención de 1992 sobre la protección y la utilización de los recursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado en Londres en 1999 en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; Carta Africana de los derechos y bienestar del niño de 1990; Convención Africana para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales de 2003; Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África de 2003; Carta de las Aguas del Río Senegal de 2002; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988⁸³

Pero su desarrollo jurídico deviene de la interpretación auténtica que realizó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su 29 sesión celebrada en Ginebra, del 11 al 29 de noviembre de 2002, y de la que se da cuenta en su Observación General número 15 titulada "El derecho al agua."

Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua.

En 1977, en Mar del Plata, Argentina, se desarrolla la primera Conferencia sobre el agua, en la misma se realizó un llamamiento a los Estados para realizar evaluaciones de sus recursos hídricos, planes y políticas públicas para satisfacer las

79 Los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas particularmente en las esferas de (...) el abastecimiento de agua."

80 Se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante "el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre."

81 "Todas las personas, sin importar su estado de desarrollo y su condición económica y social, tienen el derecho a acceder a agua potable en cantidad y calidad equivalente para cubrir necesidades básicas."

82 "Es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible."

83 Lastimosamente la Declaración Ministerial del IV Foro Mundial del Agua de México en 2006 omitió cuidadosamente toda mención al derecho humano al agua como lo propusieron Venezuela, Cuba y Uruguay, o al derecho fundamental al agua en lo que se refiere a las necesidades básicas para la vida, tal y como lo propuso la Unión Europea.

necesidades de agua potable y saneamiento básico. Asimismo señaló la necesidad de crear una planificación de los recursos hídricos conexos con el uso de la tierra⁸⁴, uniendo los conceptos de agua y medioambiente.

Estos principios fueron expresados en un Plan de Acción que tenía como meta, para el año 1990, que todas las personas tuvieran acceso al agua; comenzó el llamado Decenio Internacional del Agua Potable y Saneamiento Ambiental (1980-1990) proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 35/18, de 10 de noviembre de 1980.

Conferencia Internacional sobre el agua y el medio ambiente.

En la ciudad de Dublín Irlanda, se celebró la *Conferencia Internacional sobre el agua y el medio ambiente, en la cual, participaron más de 500 expertos de diversos países*. En la misma se puso en relieve el peligro que supone la escases y el uso abusivo del agua dulce para el desarrollo sostenible. En dicha Conferencia se adoptó la declaración de Dublín que hace un llamado a dar un nuevo enfoque a la evaluación, aprovechamiento y gestión del recurso agua.

Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo.

En junio de 1992, en la ciudad de Río de Janeiro Brasil, se realizó la más importante conferencia sobre medio ambiente, llamada comúnmente como "*Cumbre de la Tierra*", en dicha reunión se dio origen a dos instrumentos fundamentales: La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Agenda 21, cuyo capítulo 18 aborda el tema del Derecho al Agua.

Con el propósito de establecer una nueva alianza mundial, para la conservación en materia ambiental la Declaración de Río establece como principios, que los seres humanos constituyen el centro de la preocupación por el desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. El capítulo 18 de la Agenda 21, establece en su Sección II normas para "*la protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce; aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenamiento y uso de los recursos de agua dulce*".

Informe sobre la Relación entre el disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer agua potable y servicios de saneamiento.

La subcomisión de prevención de discriminaciones y protección de las minorías de la entonces Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁸⁵

⁸⁴ Salinas, S. El lugar de la cuenca hidrográfica en el régimen jurídico internacional de los recursos hídricos, en: Agua Residuos y Territorio; Estudios Jurídicos sobre política ambiental en España y Colombia. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007, pág. 80.

⁸⁵ La desaparecida Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante su decisión 2002/105 de 22 de abril de 2002 autorizó dicho nombramiento.

, mediante la Resolución 2001/2, nombro a El Hadji Guissé como Relator Especial encargado de realizar un estudio especial, respecto al disfrute de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la promoción del ejercicio del Derecho a disponer de agua potable y saneamiento básico⁸⁶. La subcomisión emitió la Resolución 2002/6 de 14 de agosto de 2002, donde por primera vez se establece el acceso al agua potable y a los servicios básicos como un derecho.

En el informe sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento presentado por el Relator Especial, establece que el agua es un derecho humano fundamental, pero pese a ello, muy pocas veces se toma en cuenta su contribución al bienestar social como a la productividad.

El relator recomienda distinguir el derechos de acceso al agua potable y por el otro el Derecho a disponer de agua potable, siendo esencial hacer esta diferencia por su relación directa con la gratuidad de este recurso.

Decenio Internacional para la acción: El agua, fuente de vida.

El 9 de febrero de 2004, durante la celebración del 58 aniversario, periodo de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución 58/217, declaro la década de 2005-2015, como el decenio internacional para la acción: *"El agua fuente de vida"*.

La Asamblea recordó que el agua es un elemento fundamental para el desarrollo sostenible y en particular para la integridad del medio ambiente, la erradicación de la pobreza y el mejoramiento de la salud y el bienestar humanos.

Reconocimiento de la Asamblea General de Naciones Unidas del Derecho al agua potable y saneamiento básico como Derechos Humanos básicos.

El 28 de julio de 2010, en su sexagésimo cuarto periodo de sesiones, la Asamblea General de Naciones Unidas, por impulso de Bolivia y otros 33 estados, reconoció el Derecho al agua potable y saneamiento básico como *"derechos humanos básicos"*. Esta declaración fue apoyada por 122 países.

Definición del derecho al agua. El derecho al agua, como otros derechos, puede ser definido por la necesidad propia que pretende tutelar y que no depende de uno u otro ordenamiento, sino que es aplicable a todos ellos. Por esta razón es necesario establecer un *núcleo central* de contenido del derecho al agua.

La Observación 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) ha definido el derecho humano al agua como: *"...el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable,*

⁸⁶ La desaparecida Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas mediante su decisión 2002/105 de 22 de abril de 2002 autorizó dicho nombramiento.

accesible y asequible para el uso personal y doméstico...”. El Tribunal Constitucional Español añadió a esta definición que es un: “...*derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible...*” (stc 53/1985 de 11 de abril).

De lo transcrito, consideramos pertinente identificar tres características:

- El Derecho al agua es un derecho individual porque hace referencia a una situación subjetiva: disponer de agua para un uso personal y doméstico⁸⁷. También podría considerarse que el Derecho al agua es un Derecho económico, social; sin embargo, la clasificación de los derechos en distintos grupos, tienen que ver más con circunstancias históricas que con su naturaleza.
- Es un derecho de prestación ya que los poderes públicos deben satisfacer el servicio público de agua; al margen del debate, en Derecho Administrativo, sobre el agua como dominio público, propiedad separada de la superficie añadida a ella o de la colectividad.
- Por último, es un requisito básico para la vida y la salud de las personas porque no podría producirse vida en el planeta sin agua.

Contenido mínimo del derecho al agua. La condición mínima para hacer efectivo el Derecho al agua tiene íntima relación con el acceso a este recurso. Es por tal motivo que debe establecerse mecanismos para garantizar este Derecho, tanto en el ámbito internacional como en el interno.

De los instrumentos internacionales analizados en el anterior punto, pueden extractarse los siguientes principios que consideramos garantizan el Derecho al agua.

- Garantizar el acceso a una cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico, y para prevenir enfermedades.
- Asegurar el acceso al agua, instalaciones y servicios, sobre una base no discriminatoria, en particular respecto de los grupos más vulnerables.
- Adoptar y revisar periódicamente mediante un proceso participativo y transparente, una estrategia y un plan de acción nacional sobre el agua, que incluya indicadores y niveles de referencia para evaluar los progresos alcanzados y que presten especial atención a los grupos marginados.
- Evitar que se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener agua.

⁸⁷ El Tribunal Constitucional Boliviano por la SC 0156/2010-R de 17 de mayo, reconoce que el Derecho al agua puede ser tanto un Derecho Individual como colectivo comunitario.

- Garantizar que los servicios proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre y que cuenten con salidas de agua suficientes para evitar tiempo de espera prohibitivo.
- Garantizar que los servicios de agua se encuentren a una distancia razonable del hogar.
- Garantizar que la calidad del agua suministrada cumpla los estándares mínimos que garantizan la salud de las personas y la conservación del medio ambiente y que resulte acorde no sólo con las necesidades sino cambien con las prácticas culturales de las comunidades.

3. Agua y vida desde la jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional reconoce el proceso histórico que llevó a la instauración de la Asamblea Constituyente y a la consagración del Estado Plurinacional como fenómeno histórico de trascendencia. Respecto a la inclusión en el texto constitucional del Derecho al agua, el Tribunal Constitucional hace referencia a la Guerra del Agua como el principio de agotamiento y posterior colapso del Estado neoliberal.

La Sentencia Constitucional 0684/2010-R de 19 de julio, refiere que:

“El reconocimiento del derecho al agua como recurso indispensable para la subsistencia del ser humano, en el Estado Plurinacional de Bolivia, tiene su origen en el hito histórico, marcado el año 2000 por la denominada “Guerra del Agua”, que es el corolario de una serie de protestas, movilizaciones y levantamientos que derivó en una huelga general indefinida en la ciudad de Cochabamba, movimientos de carácter social, relacionados con la oposición de la población al control del agua por parte de una empresa privada, del incremento arbitrario de las tarifas, que finalmente dio lugar a la consideración del vital elemento por parte del Estado como un bien de carácter público. Estos hechos sociales del año 2000, son el preámbulo del surgimiento del modelo económico imperante, permitiendo de manera gradual la ruptura de la hegemonía del sistema político, el agotamiento del Estado neoliberal, dando paso al cuestionamiento general respecto al papel de la empresa transnacionales en nuestra sociedad, concluyendo en la promulgación de la Constitución Política del Estado, el 7 de febrero de 2009...”.

Mecanismos de tutela del derecho de acceso al agua potable

En su vertiente subjetiva, es tutelable a través de la acción de amparo constitucional, en su vertiente colectiva, a través de la acción popular.

La jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional Plurinacional es elocuente, muestra de esto se puede apreciar la Sentencia 2028/2013 de 13 de noviembre, de acción popular,

que resume el razonamiento, bajo el nuevo horizonte de la CPE y las normas internacionales, sobre el agua como derecho fundamental del cual dependen otros derechos fundamentales como es la vida y la salud:

“Respecto al derecho fundamental al agua, la SCP 0084/2012 de 16 de abril, ha previsto lo siguiente: “Con relación al derecho al agua, instituido por el art. 16.I de la CPE y reconocido como un derecho fundamentalísimo para la vida por el art. 373.I de la Norma Fundamental y el rol que corresponde al Estado en su protección y promoción prioritaria, la jurisprudencia constitucional a través de la SC 0559/2010-R de 12 de julio, ha establecido que: ‘De los preceptos constitucionales transcritos líneas supra , se puede concluir que no sólo se instituyó el derecho al agua en la Constitución vigente , sino que la voluntad del constituyente fue más allá del simple reconocimiento , pues se instituyó acciones positivas a cumplir por parte del Estado a los fines de garantizar el acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable por constituirse el derecho al acceso al agua como un derecho humano . No es menos cierto además, que la Constitución vigente, considera al derecho al agua como un derecho fundamentalísimo para la vida en el marco de la soberanía del pueblo; de ello se puede deducir que la propia Ley Fundamental vincula al derecho al agua con el derecho a la vida, instituyendo por lo tanto una estricta conexitud entre el líquido elemento y la vida misma puesto que por disposición del ya citado art. 374. I de la CPE, el Estado debe ineludiblemente proteger y garantizar el uso prioritario del agua para la vida”.

Por su parte, la jurisprudencia prevista en la SC 0156/2010-R de 17 de mayo, expresó que:

“El agua es un recurso vital, del cual depende el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son la vida y la salud, forma parte integrante de los derechos humanos oficialmente reconocidos en los instrumentos internacionales, es un bien común universal, patrimonio vital, derecho básico, individual, indivisible, imprescriptible y colectivamente inalienable, que cada persona requiere para su uso personal y doméstico y al que pueda acceder por un precio adecuado y razonable. Cada persona tiene el derecho a un sistema de agua que funcione, los sistemas de agua se deben organizar y manejar para garantizar su acceso continuo.

(...) este derecho está reconocido y garantizado por el Estado y en la medida en que es un elemento básico para ejercer el derecho a la salud y para proporcionar un nivel adecuado de vida para todos los individuos de un Estado Social y Democrático de Derecho , garantizando así su subsistencia en condiciones dignas , exige de una protección inmediata de parte de los gobiernos y de los particulares , quienes deben organizar esfuerzos que confluyan en la satisfacción de esta necesidad básica para todos y cada uno de los habitantes de nuestro país.

La Corte Constitucional de Colombia mediante la Sentencia T-270/07 expresó que: 'El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos

El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

(...)

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados, a saber: las obligaciones de respetar, proteger y realizar.

- De respetar, absteniéndose de asumir cualquier medida que impida a la población satisfacer este derecho, ya sea interrumpiendo su conexión, elevando su precio, o contaminando el recurso en detrimento de la salud.
- De proteger las fuentes y los cauces naturales de agua así como su conservación evitando su contaminación o alteración mediante la promulgación de normas que regulen y controlen su uso, y extracción no equitativa.
- De realizar o materializar medidas necesarias destinadas a garantizar el derecho al agua, entre las que incluyen políticas de economía pública, de mercado, de subsidio, provisión de servicios, infraestructura y otras" (las negrillas nos corresponden).

Con relación al derecho a la salud, la SC 1974/2011-R de 7 de diciembre, haciendo referencia a la SC 0026/2003-R de 8 de enero, estableció que:

"... es el derecho en virtud del cual la persona humana y los grupos sociales - especialmente la familia - como titular es del mismo, pueden exigir de los órganos del Estado, en cuanto sujetos pasivos, que establezcan las condiciones adecuadas para que aquellos puedan alcanzar un estado óptimo de bienestar físico, mental y social y garanticen el mantenimiento de esas condiciones . El derecho a la salud no significa solamente el derecho a estar en contra de la enfermedad sino el derecho a una existencia con calidad de vida '. Entendimiento que en el actual orden constitucional encuentra mayor eficacia puesto que la salud es un valor y fin del Estado Plurinacional, un valor en cuanto el bienestar común respetando o resguardando la salud, conlleva al vivir bien, como previene el art. 8. II de la CPE;

pero también es un fin del Estado, tal cual lo establece el art. 9 núm. 5) de la CPE, al señalar que son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la Ley 'Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo'".

Por su parte, en cuanto a la salubridad pública, el autor José Antonio Rivera Santiváñez, ha señalado que la misma "es un elemento esencial del derecho a la salud, que obliga al Estado a adoptar políticas de orden legislativo administrativo para crear las condiciones básicas y necesarias para que todas las personas que integran una colectividad humana puedan vivir lo más saludablemente posible. Las condiciones básicas y necesarias comprenden, entre otras, la disponibilidad garantizada de servicios de salud brindados por el Estado; condiciones saludables y seguras de trabajo; vivienda adecuada; servicios de saneamiento básico, como el agua potable y alcantarillado; servicios de energía eléctrica y telefonía; y alimentos sanos nutritivos.

(...) A los fines de la protección que brinda la Acción Popular, se entiende por derecho a la salubridad pública, la potestad y facultad que tienen todas las personas que integran una colectividad o comunidad humana para exigir y recibir del Estado aquellas prestaciones básicas y necesarias para vivir saludablemente, preservando su dignidad humana.

Este derecho colectivo a la salubridad pública, en el sistema constitucional boliviano, tiene su base en las normas previstas por la Constitución, en sus arts. 8. II, 9.2 y 5, 13.II, 14.III, 16, 18, 20, 35, 36 y 37; de otro lado en las normas previstas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus arts. 11 y 12" (las negrillas nos corresponden)

Definición del derecho humano al agua.

Las Sentencias Constitucionales 0559/2010-R de 12 de julio y 0795/2010-R de 2 de agosto, disponen que el: "...*derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer del agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica*". Concordando dicha definición con la establecida en la Observación 15(2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

Al respecto la SCP 0052/2012 de 5 de abril, refirió:

"Con relación al **derecho al agua** la Constitución Política del Estado lo ha instituido como un derecho humano que tiene toda persona, de acceso universal y equitativo a los servicios básicos lo que incluye el acceso al agua potable (arts. 16.I, 20.I de la CPE).

El **derecho al agua** tiene una doble dimensión constitucional, tanto como un derecho individual fundamental como un derecho colectivo comunitario fundamentalísimo, que está reconocido en el texto constitucional como en instrumentos internacionales, cuya tutela y protección no debe responder a una visión antropocentrista y excluyente; en este sentido por la naturaleza de este derecho en su ejercicio individual, no puede arbitrariamente ser restringido o suprimido mediante vías o medidas de hecho en su uso racional como bien escaso por grupo social alguno -sea una comunidad campesina o sea una colectividad diferente- ni tampoco por persona particular".

Contenido mínimo del Derecho al agua.

Las Sentencias Constitucionales 0156/2010-R de 17 de mayo, 0559/2010-R de 12 de julio y 0795/2010 de 2 de agosto, establecieron que:

"El agua es un recurso vital, del cual depende el ejercicio de otros derechos fundamentales como son la vida y la salud, forma parte integrante de los derechos humanos oficialmente reconocidos en los instrumentos internacionales, es un bien común universal, patrimonio vital, derecho básico, individual, indivisible, imprescriptible y colectivamente inalienable, que cada persona requiere para su uso personal y doméstico al que pueda acceder por un precio adecuado y razonable. Cada persona tiene el derecho a un sistema de agua que funcione, los sistemas de agua se deben organizar y manejar para garantizar su acceso continuo".

Adviértase que la referida jurisprudencia constitucional, ubica al derecho al agua, íntimamente relacionada con el derecho a la vida y la salud, se le otorga calidad de patrimonio vital, derecho básico, individual, indivisible, imprescriptible y colectivamente inalienable, se reconoce su doble función como derecho individual para uso personal y doméstico y se limita el contenido comercial o mercantil del mismo al establecer que su acceso debe ser a: "*precio adecuado y razonable*".

Respecto a este último punto, la SC 1106/2010-R de 27 de agosto, aclara que: "*...como derecho humano es inherente a toda persona por el sólo hecho de ser tal, por lo que no puede ser objeto de privatización ni de un manejo comercial, pues el agua no es una mercancía y nadie puede carecer de ella...*".

La SC 0908/2010-R de 17 de agosto de 2010, concordante con lo expuesto en la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, refiere que el Derecho humano al agua implica los siguientes componentes:

- Disponibilidad, el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.
- Calidad, necesaria para cada uso persona o doméstico, debe ser salubre, y por tanto no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radioactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico; y
- Accesibilidad, el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte y a un precio razonable.

Obligaciones de los Estados a objeto de tutelar el Derecho humano al agua.

La SC 0478/2010-R de 5 de julio, dispone que para garantizar el derecho al agua, los estados tienen la obligación de:

- Respetar, absteniéndose de asumir cualquier medida que impida a la población satisfacer este derecho, ya sea interrumpiendo su conexión, elevando su precio o contaminando el recurso en detrimento de la salud.
- Proteger las fuentes y los cauces naturales de agua, así como su conservación evitando su contaminación o alteración mediante la promulgación de normas que regulen y controlen su uso y extracción no equitativa.
- Realizar o materializar medidas necesarias destinadas a garantizar derecho al agua, entre las que incluyen políticas de economía pública de mercado, de subsidio, previsión de servicios, infraestructura y otros.

El derecho de agua como Derecho individual y comunitario colectivo.

La SC 0156/2010-R de 17 de mayo, diferenció la doble función que tiene el Derecho al agua, como Derecho individual y como colectivo comunitario, otorgándole a cada uno un mismo nivel, sin prevalecer ninguno sobre el otro, al referir que: "...el derecho de agua es un derecho individual como comunitario colectivo, por lo tanto no es admisible la prevalencia del ejercicio de este derecho de un grupo colectivo por sobre el interés particular y tampoco puede darse lo contrario; es decir, el favoritismo del interés individual sobre el comunitario, por ello el derecho fundamental al agua se encuentra consagrado tanto dentro del catálogo

de derechos fundamentales de las personas, como también de cierto modo, en los derechos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinos, lo cual en la práctica no es una contradicción, ya que por una parte surge la justicia en la igualdad de condiciones con respecto a la distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad y por otra, la distribución se basará en decisiones autónomas conforme a los derechos indígena originario campesino, según las formas organizativas propias y las concepciones particulares en cada cultura”.

La privación del Derecho al agua, pese al incumplimiento de obligaciones por parte del usuario, constituye medidas de hecho.

Las sentencias constitucionales 0071/2010-R de 3 de mayo, 0740/2010-R de 28 de julio y 1106/2010-R de 27 de agosto, siguiendo la doctrina constitucional establecida en base a la Constitución Política de 1967, sostiene que: *“...El derecho al acceso a los servicios básicos de agua potable y electricidad está reconocido y consagrado como derecho fundamental por el art. 20.I de la CPE, dentro de los principios de universalidad y equidad; es decir que los servicios básicos como responsabilidad del Estado en todos los niveles de gobierno de manera directa o mediante contratos con empresas privadas como prevé el parágrafo II de la citada norma constitucional, no deben ser restringidos en el acceso por motivos o causas más allá de las previstas por las normas o procedimientos para tal efecto. En los casos en que la persona ya ha accedido a los servicios básicos si ha cumplido las obligaciones corresponde ejercer sus derechos, por tanto cuando una autoridad o un particular haciendo uso inadecuado del poder sin motivo alguno o apartándose de la norma y los procedimientos priva el uso a quien en su derecho ha accedido al mismo, sea la privación a través de determinados actos o por la fuerza, dicha acción se constituye en un acto arbitrario, ilegal o medida de hecho que indudablemente amerita la tutela directa e inmediata a fin de evitar el abuso de poder frente al usuario o titular del derecho que al ser elemental y vital en los casos de la vivienda o morada familiar trasciende a otros derechos también fundamentales como ser a la vida, la salud y la dignidad entre otros”.*

Naturaleza y alcances del derecho al agua

A través de la SCP 0375/2016-S3 de 15 de marzo, se sostuvo que el derecho al agua es un derecho fundamental y se constituye en una innovación de la vigente Constitución Política del Estado, que introdujo por primera vez en el léxico constitucional boliviano dicho derecho, el constituyente boliviano en el art. 16.I de la Norma Suprema, estableció que toda persona tiene derecho al agua, posteriormente, el art. 20 de la CPE refirió que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos, entre ellos el de agua potable, por lo cual el acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, en esa dimensión el art. 373 de la CPE, precisa que el agua constituye un derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo. El Estado debe promover el uso y acceso al agua sobre

la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.

De dichas normas se tiene que el constituyente proyectó el derecho al agua en dimensión individual, colectiva y general (de toda la humanidad); en el ámbito individual y colectivo particularmente la jurisprudencia constitucional fue extensa y estableció un principio de prohibición de privación arbitraria de este derecho, ya sea por particulares, comunidades o cooperativas, concediendo en varios casos tutelas constitucionales por vulneración de este derecho, en aplicación de la doctrina constitucional de la prohibición de medidas de hecho (SSCC 0156/2010-R 0478/2010-R, 0559/2010-R, 0684/2010-R, 0795/2010-R, 0908/2010-R, 1106/2010-R, 1189/2010-R, 1174/2010-R, 0122/2011-R y las Sentencias Constitucionales Plurinacionales 0052/2012, 0084/2012, 1027/2012, 0994/2013, 1059/2013, 1421/2013, 1632/2013 y 1696/2014).

En su desarrollo jurisprudencial, la justicia constitucional estableció que ninguna de las dimensiones de este derecho prevalece sobre las otras, así la SC 0156/2010-R de 17 de mayo, sostuvo que: *"De todo lo mencionado se concluye, que el derecho de agua es un derecho individual como comunitario colectivo, por lo tanto no es admisible la prevalencia del ejercicio de este derecho de un grupo colectivo por sobre el interés particular y tampoco puede darse lo contrario; es decir, el favoritismo del interés individual sobre el comunitario, por ello, el derecho fundamental al agua se encuentra consagrado tanto dentro del catálogo de derechos fundamentales de las personas, como también de cierto modo, en los derechos de las naciones y pueblos indígena, originario campesinos, lo cual en la práctica no es una contradicción, ya que por una parte surge la justicia en igualdad de condiciones con respecto a la distribución de agua y de otros beneficios entre los distintos grupos y sectores de la sociedad, y por otra, la distribución se basará en decisiones autónomas conforme a los derechos indígena originario campesinos según las formas organizativas propias y las concepciones particulares en cada cultura"*.

La SCP 0052/2012 de 5 de abril, precisó que: *"El derecho al agua tiene una doble dimensión constitucional, tanto como un derecho individual fundamental como un derecho colectivo comunitario fundamentalísimo, que está reconocido en el texto constitucional como en instrumentos internacionales, cuya tutela y protección no debe responder a una visión antropocentrista y excluyente; en este sentido por la naturaleza de este derecho en su ejercicio individual, no puede arbitrariamente ser restringido o suprimido mediante vías o medidas de hecho en su uso racional como bien escaso por grupo social alguno -sea una comunidad campesina o sea una colectividad diferente- ni tampoco por persona particular"*.

El Tribunal Constitucional Plurinacional ha desarrollado el tema del derecho al agua de la siguiente manera: La SCP 176/ 2012 de 14 de mayo indica: "II. Los recursos hídricos en todos sus estados, superficiales y subterráneos, constituyen recursos finitos, vulnerables,

estratégicos y cumplen una función social, cultural y ambiental. Estos recursos no podrán ser objeto de apropiaciones privadas y tanto ellos como sus servicios no serán concesionados y están sujetos a un régimen de licencias, registros y autorizaciones conforme a Ley" (la negrilla nos corresponden). De lo anterior puede extraerse que el derecho al agua como derecho fundamentalísimo extralimita el interés de una persona o colectividad, que por su naturaleza de bien escaso es decir limitado es de interés de la humanidad entera".

Por su parte, la SCP 0872/2013-L de 16 de agosto, rescatando lo establecido por la SCP 1941/2012 de 12 de octubre, indica: *"Por lo expuesto, el derecho fundamentalísimo al agua como derecho autónomo está íntimamente relacionado al derecho al medio ambiente, saludable, protegido y equilibrado (preámbulo y art. 33 de la CPE), en razón a que la protección de este último derecho, implica a su vez, la protección, conservación, preservación, restauración, uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos (arts. 373 y ss. de la CPE), así como de los ecosistemas asociados a ellos, sujetos a los principios de soberanía, solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad (art. 373.I in fine de la CPE), y al configurarse como derecho difuso se tutela mediante la acción popular, así el art. 34 de la CPE, establece que: 'Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente'; por lo que, en este contexto para activar la acción popular no se requiere formar o integrar un colectivo específico conforme se determinó en la SC 1018/2011-R de 22 de junio".*

Por su parte la SCP 1024/2014 de 06 de junio indica: *"Sin embargo, el reconocimiento del derecho fundamental al agua potable está relacionado con la necesidad que tiene el ser humano de contar con el referido servicio básico en condiciones sanitarias adecuadas y suficientes para satisfacer sus necesidades, pese a ello, con dicho reconocimiento, para este Tribunal resulta inequívoca la intención del constituyente de superar la cultura del derroche o de ver al agua como un bien apropiable sino también como una necesidad que genera deberes en su protección y uso racional ello porque: El agua en general pertenece a todos los seres vivos, por lo cual, el reconocimiento del derecho al agua no puede verse como una mercancía, no puede privatizarse, ni tampoco puede apropiarse (SC 2010/2010-R de 3 de noviembre)."*

A manera de conclusión.

Desde el punto de vista de la Sociología Jurídica, se dice que: *"todos los fenómenos jurídicos, son fenómenos sociales, pero no todo los fenómenos sociales, son fenómenos jurídicos"*, ello implica que cualquier disposición jurídica, imperativamente tiene su origen en la sociedad misma, consecuentemente el derecho es dinámico, por la simple razón que la sociedad es dinámica.

Es prácticamente imposible que el Derecho pueda regular la totalidad de los fenómenos sociales, en virtud a que estos siempre estarán a la vanguardia del derecho, más hoy en día donde la sociedad está mucho más acelerada, debido a factores económicos, tecnológicos, políticos, culturales, etc.

Consideramos imperativo comprender esta situación, toda vez que la **regulación jurídica del acceso y uso del agua, como un derecho humano, similar al derecho a la vida**, como se explicó anteriormente, es una situación que recientemente comenzó a finales del Siglo XX.

El desarrollo histórico de todo este proceso de visibilización y regulación jurídica, tanto a nivel internacional como nacional, respecto a este recurso natural, denominado agua, es consecuencia de procesos críticos, referidos a la escases de este recurso en gran parte del mundo, consecuentemente se diría que *el legislador, no reconoció jurídicamente el acceso y uso de este recurso, en forma oficiosa, sino presionado por situaciones externas, de carácter social, como ocurre con otros fenómenos sociales*, siendo esta una forma muy común de generar nuevos sistemas de regulación jurídica respecto a determinados fenómenos sociales.

A lo manifestado se debe tener presente que toda disposición jurídica imperativamente contiene una descripción genérica y abstracta de una determinada conducta y la única manera de materializar su contenido, es aplicándolo a un caso concreto, razonamiento que tiene plena correspondencia con la lógica jurídica, en virtud a que el legislador no emite una disposición jurídica, pensando en casos específicos, todo lo contrario lo hace para situaciones generales, siendo esta una característica de toda Ley, su aplicación general e imperativa para todos.

Las autoridades judiciales, son el único sector de la sociedad que tiene por función garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías que las disposiciones legales contienen, respecto de sus demás miembros, consecuentemente consideramos pertinente hacer las siguientes puntualizaciones:

- Es probable que una determinada norma jurídica, pueda ser excelentemente redactada, sin embargo de ello, la única manera de saber si la misma es efectiva o no, será aplicándola a un caso concreto.
- Las autoridades judiciales, en este nuevo Sistema Judicial, contenido en la actual Constitución Política del Estado, no deben limitarse a aplicar literalmente una determinada norma jurídica, especialmente en casos complejos, por el contrario deben ser impartidores de justicia que creen derechos y no limitarse a ser la voz de la Ley.
- Adviértase que estas reflexiones fueron adecuadamente aplicadas por las diferentes líneas jurisprudenciales que el Tribunal Constitucional, emitió respecto al derecho al agua, por ejemplo la SC 0156/2010-R de 17 de mayo, mediante una interpretación, desde la constitución y conforme la constitución, preciso la doble naturaleza del derecho

al agua, como derecho individual y como derecho colectivo comunitario, situación que si bien no se llegó a precisar en la norma legal objeto de análisis e interpretación, es plenamente coherente con la realidad histórica y social de nuestro país, en virtud a que la estructura social de Bolivia, es compleja, como diría René Zabaleta, es abigarrada, es decir que en nuestra sociedad coexisten varios grupos sociales, los indígenas de tierras altas y bajas, los mestizos, los mulatos, los criollo mestizos, etc.

- Hablar en Bolivia de Pluralismo Jurídico, es coherente, en virtud a que es una realidad la presencia de pueblos indígenas que lograron mantener sus usos y costumbres, precoloniales, entre estos sus sistemas de impartición de justicia, situación que por ejemplo en países como Chile o Argentina, no ha ocurrido, consiguientemente en estos dos países, no puede hablarse de pluralismo jurídico, por ser sociedades donde la presencia indígena es prácticamente inexistente, consecuentemente hay una sociedad monocultural.
- Esta realidad histórica y social, siempre debe estar presente a momento de interpretar el alcance de una determinada norma legal, especialmente si se trata a nivel Constitucional, debido a los efectos de los fallos constitucionales que pudieran emitirse.
- Todas las disposiciones legales que se llegaron a citar en el presente trabajo, referentes al derecho al agua, *no son suficientes para garantizar en forma real el acceso y uso al agua, prueba de ello es la crisis del agua que ocurrió a finales de la gestión 2016 y principios de la presente gestión, en varias ciudades capitales de Bolivia, como ser Potosí, Sucre, Oruro y La Paz.*
- Es plenamente positivo que se haya reconocido al agua como un derecho humano, sin embargo esto no es suficiente, debe existir a nivel nacional políticas de prevención que eviten situaciones como las ocurridas a finales de la pasada gestión, para ello se precisa una actitud propositiva de autoridades municipales, departamentales, nacionales y esencialmente de los sectores sociales.

-0-

Vivienda = Qamana = Habitación = Sayaña, esencia de la existencia desde la visión de los pueblos indígenas

Daniel Cáceres Copa

1. Introducción.

Desde las naciones y pueblos indígena originaria campesina la vivienda se relaciona mucho hombre – animal y su cosmos es una unidad indivisible y por ello la vivienda debe contemplar espacios destinados al cuidado de los animales en este concepto más se habla de la habitación de la Qamana de un espacio donde el hombre a través de sus familia los animales y/o ganados domesticados su cosmos y la naturaleza misma viven un espacio territorial

En la presente investigación se han tomado en cuenta estas dos formas de interpretación de una casa una habitación desde lo occidental como también desde los pueblos indígenas originario campesino. En este entendido para su buena comprensión de lo que es habitación iniciamos desde la interpretación desde lo occidental, definiendo lo que significa Habitación y vivienda posteriormente para entender mejor la vivienda o el habitación debemos conocer que es la cosmovisión por eso se explica esta interpretación desde las Naciones y pueblos Indígena originaria campesina.

También abordamos el tema de Habitación que tiene que ver mucho con la vivienda desde la parte occidental, después de definir estos conceptos se adentra a tocar el tema de la vivienda desde los pueblos indígenas originarios, seguidamente se hace una comparación de cómo lo entiende una vivienda desde los pueblos en los diferentes países para el mismo se ha tomado en cuenta los siguientes países: Bolivia Argentina Ecuador y España. Esta también se toma en cuenta las características y sentido de una vivienda desde los pueblos indígenas para lo cual se ha visto la relación de la Qamana con la Pachamama, la vivienda como un derecho constitucional las consideraciones finales finalmente esta los libros consultados Bibliografía y anexos.

En resumen la Qamana desde nuestro medio se considera siempre como nuestra madre y nosotros somos sus hijos la ella (vivienda), se debe respetar como tal cuidarla valorarla.

2. Habitación y vivienda desde lo occidental

Juan José Cuervo Calle, en su texto “La dialéctica entre habitar y ecología”, realiza una reflexión del hombre y su relación con su casa como posible punto de partida en la producción social del habitación y en la construcción del conocimiento, para ese efecto considera fundamental indagar desde el habitación sobre los conceptos de casa, hogar y vivienda procurando superar la mirada funcionalista que ha prevalecido sobre los mismos, especialmente sobre la casa.⁸⁸

88 Juan José Cuervo Calle Arquitecto de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB) y Magíster en Hábitat de la Universidad

La vivienda como elemento teórico conceptual permite reflexionar en torno al hábitat como una disciplina donde recoge y precisa aspectos humanos; componente que en ocasiones se ha desarticulado de los asuntos epistemológicos del hábitat, residiendo en olvido, a partir de dichos conceptos nace de una idea personal cuyo propósito no es fijar de una última palabra si no instigar una discusión académica que se enriquezca día a día.

Solo la casa es en esencia el espacio para habitar si bien el termino habitar es aplicable a interpretaciones políticas, económicas, sociales espaciales y culturales (Cuervo 2008:43-51) en este contexto tomaremos el habitar como "la manera en que el hombre vive en su casa" puesta esta definición reúne los principales elementos funcionales y simbólicos que se establecen entre la casa y quien lo habita.

"Las bestias tienen madrigueras; el ganado, establos; los carros se guardan en cobertizos y para los coches hay cocheras. Sólo los hombres pueden habitar. Habitar es un arte. Únicamente los seres humanos aprenden a habitar. La casa no es una madriguera ni una cochera. En muchas lenguas, en vez de habitar puede decirse también vivir. "¿Dónde vive usted?", preguntamos, cuando queremos saber el lugar en el que alguien habita". Illich (1988:27).⁸⁹

La casa según Ivan Illich, en la dialéctica espacio habitar, es el resultado de una interacción del espacio con el hombre, que lo impregna con su ser y con su vida es decir con su habitar, podemos relacionar habitar con vivir, cuando el entorno en que nos encontramos es habitable y nosotros (seres humanos) somos los habitantes.

Según Gaston Bachelard en "la Poética del espacio"⁹⁰. La casa es una expresión de la existencia del hombre: estar, habitar o residir en ella, significa construirla, vivirla, morarla, sentirla, leerla y pensarla. Entonces es un Espacio que permite lo familiar y lo privado, lo individual y lo íntimo, ámbito que con el tiempo hacen que la casa se convierta en un lugar con alto contenido simbólico condensador de sentidos. Un espacio donde se pueda tener plena conciencia del ser y demás un lugar donde es posible de controlar el mundo ya que por fuera de ésta hay todo un universo por explorar el hombre es parte del mundo a partir de la casa, porque representa al hombre la necesidad básica de estar situado en un lugar del mundo de fundar un centro:

...No es un punto de referencia relativizado, sino el centro espacial de todo hombre
(...) alrededor de la casa se desarrolla todo un sistema espacial de relaciones con

Nacional de Colombia. Arquitecto de la Universidad Pontificia Actualmente se desempeña como docente investigador en la Escuela de Arquitectura y Diseño de la UPB. Miembro del Grupo de Estudios en Diseño (GED), adscrito a la línea de investigación en Cultura Material.

⁸⁹ Ivan Illich, I. (1988) la reivindicación de la casa. Alternativas II. Traducido por Joaquín Mortiz. Santa fe de Bogotá: Editorial Planeta.

⁹⁰ Bachelard, G. (1997). La Política del espacio. Capítulo sexto: los rincones: México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

otros espacios, objetos y personas: todo está referido a su centro orgánico (...) sin casa el hombre estaría disperso (Bollnow⁹¹)

La casa es el punto de referencia excepcional al cual están referidos todos los lugares, es el espacio donde se establecen relaciones con el mundo, espacio singular que ubica. Localiza al ser humano de manera particular en el mundo; Es el centro espacial del hombre donde alrededor de la casa se desarrolla todo un sistema espacial de relaciones con otros espacios objetos y personas todo está referido a un centro orgánico sin casa el hombre estaría disperso.

2.1 Concepto de hábitat

Se puede definir como expresión simbólica de un comportamiento humano de un proceder que hace alusión a las acciones sociales económicas y técnicas esta postura observa el hábitat desde su dimensión cultural como expresión de conductas, ideas y sentimientos tanto individuales como colectivos.

Grafico 12
Dimensiones del hábitat



Emerge de esta forma el hábitat desde una dimensión ética, en tanto el habitar como acción eminente del hombre, se refleja en esa doble connotación, que guarda en sí la palabra ética, proveniente del griego *ethos*, que significa «la morada», «el abrigo permanente»; mientras que el *ethos* escrito con “e” breve, designa las costumbres, esto es, el “conjunto de valores y de hábitos» consagrados por la tradición cultural de un pueblo, concepto que se traduce en el espacio cultural por moral”. (Boff, 2001)⁶. *Ethos* designa entonces, un rasgo esencial y originario de la humanidad, el acto de permanecer, ese modo cómo el hombre se detiene

91 Bollnow, O.F. (1993) El Hombre y su casa. Revista cameral 10(50) 70-92 Barcelona: Editorial Labor S.A.

en el mundo para morarse, conservarse y espaciarse, al tiempo que, el hábitat, llamado por los griegos antiguos como *physis* se dispone "como aquello hacia y donde funda su habitar el hombre"

De otra parte Martin Heidegger (1951), a través de la pregunta "¿En qué consiste la esencia del habitar?" realiza una profunda exhortación de la compleja naturaleza de la acción esencial «habitar», expresada como acto dual en tanto «buan» el habitar, «bauen» el construir, guardan en su esencia semántica distintas connotaciones, en donde «bauen» -edificar, erigir- en la lengua alemana antigua también designa «el abrigar» y el «cultivar».

De la mano de los anteriores planteamientos, el "hábitat" se presenta en esta tesis como clave de desciframiento del territorio indígena amazónico, clave estética que adopta como brújula de navegación la propuesta conceptual de la arquitecta María Clara Echavarría (2009), que en el marco del pensamiento complejo, referencia al hábitat como trama o tejido de múltiples relaciones, tal y como se presenta en el gráfico número 1 sobre "Campos de Conocimiento Análogos y Diferentes".

María Clara Echavarría presenta el hábitat como tejido de múltiples relaciones, en el que espacio, territorio, ambiente y vivienda, se encuentran en permanente interacción dentro de un «Campo»⁷ de confluencia. Desde aquí, la proyección escalar de la morada humana no se supedita a determinado nicho específico, pues éste trasciende su ámbito funcional dentro del espacio social; al tiempo que reconoce la naturaleza de los procesos de las tramas del hábitat en la construcción simbólica, funcional y material de la cultura, pues como bien lo anota Enrique Leff: "(...) el hábitat es el sustantivo (pasivo) que soporta el verbo (acción) del habitar.

En el habitar confluye la ley de la naturaleza que establece sus condiciones de soporte, y el deseo que moviliza las formas de ocupación cultural del espacio" (Leff, 2002, pág. 244). El hábitat no se toma aquí como un objeto, ni como concepción sólida, sino como una manera de pensar el mundo y pensarse en el mundo; en donde se logra comunicar lo simbólico-cultural con lo físico-ambiental, en estados sinérgicos y procesos vitales de permanente interacción.

En este sentido, se consideran algunas nociones generales sobre espacio, territorio, ambiente y vivienda, en relación con las concepciones indígenas del hábitat; empero, para efectos de la propuesta de investigación se realizan despliegues más profundos en los conceptos de «Territorio» y «Ambiente», en tensión con los procesos de desarrollo que se han presentado en la región del bajo Caquetá en las últimas décadas y que han afectado en algún grado estos campos de conocimiento. Para lo anterior, se plantea como ruta de reflexión, el esquema conceptual representado en la Gráfico Número 2.

Una vivienda se puede tipificar desde diferentes ámbitos como ser:

- **Casa:** Es la edificación constituida por *una sola unidad* cuyo uso es el de vivienda, con acceso directo desde la vía pública o desde el exterior de la edificación. El servicio

sanitario y la cocina pueden estar o no dentro de ella. También se consideran casas aquellas en donde el garaje, la sala o alguna habitación se destinan para uso económico.

- **Casa indígena:** Es la edificación conformada por una sola unidad cuyo uso es el de vivienda, construida según las costumbres de cada grupo étnico, conservando la estructura tradicional, sin importar los materiales con que está construida. De acuerdo con el grupo étnico y la región, reciben diferentes nombres: **Qamana, Maloca, Bohío, Tambo, Choza, Casa**, etc.
- **Apartamento:** Es una unidad de vivienda que hace parte de la edificación, en la cual hay otra(s) unidad(es) que generalmente es (son) de vivienda. Tiene acceso directo desde el exterior o por pasillos, patios, corredores, escaleras o ascensores. Dispone de servicio sanitario y cocina en su interior.
- **Vivienda tipo "cuarto":** Es una unidad de vivienda que hace parte de una edificación y que dispone de uno o más espacios. Tiene acceso directo desde el exterior o por pasillos, patios, zaguanes, corredores u otros espacios de circulación común. En general carece de servicio sanitario y cocina en su interior, o sólo dispone de uno de estos dos servicios.
- **Otro tipo de vivienda:** Es un espacio adaptado para vivienda, donde en el momento de la entrevista habitan personas. Generalmente carece de servicio sanitario y cocina, tales como: los vagones de trenes, los contenedores, las embarcaciones, las tiendas de gitanos, las cuevas, los puentes y las casetas.

3. Como se entiende a la cosmovisión Andina

La naturaleza, el hombre y la Pachamama (Madre Tierra), son un todo que viven relacionados armónicamente, esta relación conjunta se puede entender como una cosmovisión. Esa totalidad vista en la naturaleza, es para la Cultura Andina, un ser vivo. Bajo este concepto el hombre tiene un alma, una fuerza de vida, de esta misma forma también lo tienen todas las plantas, animales y montañas, etc., y siendo que el hombre es la naturaleza misma, no domina, ni pretende dominar. Convive y existe en la naturaleza, como un momento de ella.

La revalorización de las culturas originarias y la reafirmación étnica, tal como se manifiestan actualmente entre los pueblos andinos, son una consecuencia de la toma de conciencia de miles de hombres y mujeres, que redescubrieron los tesoros que nos dejaron nuestros ancestros entre ellos están sus usos y costumbres, sus vivienda su forma de alimentarse y de vestir sus tradiciones sus ritualidades, etc.

Este proceso de revitalización cultural, tiene sus guías y sus líderes. Estos guías han sido maestros creativos, que supieron combinar los conocimientos académicos adquiridos, con el saber popular y comunitario. No siempre fueron comprendidos, pero divulgando sus

convicciones con entusiasmo, han alimentado una corriente que ya nadie puede parar, quiere decir que todo está en marcha y no hay vuelta atrás.

En cuanto a lo que nos corresponde reflejar sobre la Herencia Cultural y de Identidad Nacional, recibida de nuestros antepasados, y como Patrimonio Natural de la Civilización Quechuaymara, tenemos como símbolos nacionales del Pusiuyu ó Tawantinsuyu a las estrellas del firmamento, como el TATA INTI (Padre Sol), La PHAXI MAMA (Madre Luna) que representa la fuerza DUAL del hombre andino, también el CHACHA WARMI (Hombre – Mujer), la pareja unida dentro de la convivencia nativa demuestra el poder paritario donde todo funciona en base al par – parisa. LA CHACANA (La cruz del sur), que representa la organización socio política y económica de los cuatro territorios pertenecientes al Pusiuyu ó Tawantinsuyu, el cual se subdivide en los Ayllus del Aransaya (Posesión de arriba) y del Urinsaya (Posesión de abajo).

3.1 Vivienda desde la cosmovisión Andina

Desde los pueblos indígenas del occidente de Oruro Suyu Jach'a Carangas el Habitud es un todo, donde se conjuga todos los elementos de la cosmovisión regional en que se habita. Una casa o un Habitud es consideradas como: (Qori Qamana Chuqi Qamana = eres mi casa de oro y plata, es prestigio es orgullo es dignidad es honra es nuestra mama, es el testigo de nuestra vida es nido, es la que cuida nuestra salud es la esencia la génesis de nuestro existir es el lugar donde nos alimentamos es el depósito de nuestra comida, es la madre de nuestra movilidad es el ayru saytawi – es la planta, la posesión de una persona Jaqi – chacha Warmi. Que encierra todos los derechos

La vivienda desde la cosmovisión andina se valora como entidades vivas son un acceso al inframundo, por lo que realizar una casa o erigir un edificio conlleva una serie de ritualidades porque por lo sagrado que es la humanidad debe tener mucho respeto por eso para la construcción de una vivienda por ejemplo se deberá cumplir una serie de ritualidades de acuerdo a los usos y costumbres de cada pueblo (Marka)

Las chakanas (cruces andinas), el sol de cinco puntas, la serpiente de dos cabezas y otros elementos de la cosmovisión andina inspiraron el diseño arquitectónico del inmueble, "La casa representa la sinergia de las creencias indígenas y la cultura de los nativos, cada detalle arquitectónico se pensó de acuerdo con la cosmovisión indígena. Es que las cruces andinas son elementos importantes, según en la cosmovisión andina. Este símbolo representa la conexión entre el sol y la luna. Además, en cada una de sus puntas se identifican los cuatro elementos sagrados de los antiguos habitantes: **el fuego, el agua, el viento y la tierra**. En ese rincón también hay macetas con plantas que reciben directamente la luz del sol, eso representa a los cuatro elementos sagrados. Las pirámides en las culturas de Latinoamérica no tienen punta triangular, porque representan la conexión con los seres supremos. "Las pirámides son wakas

(templos, sitios sagrados) y no terminan en punta, por la creencia ancestral de que el hombre no puede llegar a la punta del universo, porque allí hay un ser superior”, explica Mario Allauca, investigador. En las columnas talladas de la planta superior también está representado el sol andino de cinco puntas, que está ligado con el concepto de la dualidad y que significa un nuevo comienzo. También aparece una serpiente de dos cabezas, que significa la unión de la sabiduría y el poder. En fin, la casa es una muestra del sincretismo y armonía que existe en cada una de los pueblos ya que se diferencian cada una de ellas⁹².

3.2 Cuadro comparativo de conceptos de vivienda en: Bolivia Argentina Ecuador y España.

El derecho a la vivienda se recoge como uno de los derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, apartado 1 y en el artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). También aparece en Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dice expresamente: “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Constituciones

Existen numerosas Constituciones de los Estados donde se amplía y detalla el derecho a una vivienda digna y adecuada.

Cuadro 5
Derecho comparado

Nº	Bolivia	Argentina	Ecuador	España
	La Constitución Política del Estado Plurinacional otorga dentro los derechos fundamentales, el derecho a la vida y a la integridad física, Psicológica, esto significa que nadie puede ser torturado ni sufrir tratos crueles ni mucho menos ser humillado, por otra parte toda persona tiene derecho al agua a la alimentación a la educación a la salud respetando la equidad de género, intracultural e intercultural participativo.	La Constitución de la Nación Argentina en su articulado 14 bis dice que: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.	En este sentido la Constitución de Ecuador une los conceptos de vivienda y ciudad. La consagración del derecho a una ciudad digna: construcción colectiva y políticas públicas. El derecho a una ciudad viva y digna está reconocido en el Art. 31, que establece que «las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural».	La Constitución Española establece en su artículo 47 el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada, siendo los poderes públicos los responsables de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas adecuadas para hacer efectivo este derecho. El Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce en su artículo 25 “la obligación de los poderes públicos de favorecer el acceso en condiciones de igualdad a una vivienda digna y adecuada, estableciendo las medidas necesarias a tal fin”.

Fuente: elaboración propia, 2017.

92 Este contenido ha sido publicado por Diario EL COMERCIO <http://www.elcomercio.com/tendencias/vivienda-casandina-diseno-arquitectura.html>. El Comercio.com

4. Características y sentido de una vivienda.

Imagen 1

Vivienda típica construida de acuerdo a su habitar a su cosmovisión con material propia del lugar



Fuente: propia

Desde la cosmovisión de los pueblos indígenas originarias, una casa o Qamana es algo muy sagrado la casa es la dignidad; tanto del varón como de la mujer (Chacha Warmi) también consideran como su madre por en ella los protege sus alimento su vestimenta su salud, su dinero, etc. por eso mismo lo nombramos diciendo " Quri Qamana Chuqi Qamana salur muqir tayca jurtunqallkatir tayca jach'a sulisan tayqapa. Y como es una madre protectora de la misma forma sus hijos que somos quienes lo habitamos ahí, debemos también protegerla cuidarla porque es una madre llena de vida y la forma de cuidarla de respetarla y protegerla es: De rodillas del patio sitio marido y mujer (Chacha Warmi), pedir licencia para que todo salga bien durante el día con inciensito y Qoa cuando son en días sagrados como carnavales los días martes y viernes Challar las cuatro esquinas con una bebida en la mano ya sea alcohol o vino en estos tiempos lo hacen con cerveza

En caso de los habitantes de Huachacallamarca la casa (Qamana) nuestros abuelos decían siempre que la casa es nuestra madre es honor es nuestro orgullo es nuestra madre y nosotros somos sus hijos y entonces como hijos es respetarla venerarla y cuidarla por5 que es el lugar más sagrado de la génesis de nuestra vida. Y 3en nuestro habitar convivimos los seres

humanos nuestros animalitos están las plantas y nuestra producción vivimos en armonía y estrechamente relacionados.

Estructuras de una vivienda en el campo las casas o viviendas en el campo en su generalidad consta de 2 a tres cuartos una que es grande que sirve de dormitorio la otra es la despensa donde se guarda los alimentos y finalmente la cocina en algunos casos el mismo dormitorio es la cocina que se ubica al centro a la entrada y en ambos costados están los dormitorios hacia afuera está el Khere la cocina a campo abierto rodeado de leñas o de pared de culcha o adobe a pocos metros está el corral de sus ganados y a una distancia mayor está el corral de sus ganados machos.

Cada una de estas casas los comunarios del lugar tienen que saber por qué construyen en el lugar donde ellos lo eligen cada uno tiene su significado puede ser por sayaña o su plant misa etc.

- **Construcción:** con la consigna de los abuelos Taqiu ma utan qamiritan jaqiritan teqiniw yanaptasiñaxa wakisi- como que todos sabemos vivir en una casa entonces todos debemos ayudarnos en este sentido cuando uno quiere iniciar la construcción de una casa la gente a un simple aviso se aglutina los familiares más cercanos para apoyar en el trabajo, la persona que construye deberá atender una buena comida refrescos (ullpara) por que la casa tiene que agarrar fuerza de lo contrario será débil y no podrá durar mucho tiempo.
- **Procedimiento:** Para el inicio del trabajo de una qamana el dueño deberá pedir licencia con un Huayna huayna (llamo macho de dos años) terminado el trabajo de la muralla llega lo que es el Achuqalla el techado de la casa.
- **Achuqalla.-** Como que el techado es lo más sagrado se comunica a toda la comunidad y todos llegan hombres y mujeres jóvenes niños este día debe ser toda una alegría empero en la noche antes de empezar se rinde culto a la qamana (ispirthayaña) se debe challar: primero con mate de lampaya recordando los Santos (Dius punto) que quiere decir recordar todos los santos que esta alrededor de la comunidad posteriormente el marka qullu o muqiwana (alcohol puro) recordando los lugares saagrados de la comunidad desde lo más alto hasta los lugares más inferiores recordar del Mallku luego de la Talla (purap uywiri purap pukara) luego llega para tunka pan bendiciona, salutu cumplir phaqqali y tunka pan suerte finalmente suma licencia.

Al día siguiente en presencia de toda la comunidad se reúnen todas las herramientas a usar en el trabajo como algunos materiales ahí se debe challar hasta la wilancha de la llama a la qamana roseando la sangre de la llama a las cuatro esquinas de la casa ahí posteriormente después de este ritual se dividen el trabajo los varones entendidos en la materia a preparar

las maderas las cañas las mujeres ha rosear la paja Khisi otros la preparar la arcilla las mujeres a preparar la alimentación el almuerzo y por la tarde el Alsa (plato comunitario) iniciado el trabajo comunitario todos trabajan y todo es alegría es fiesta este trabajo concluye al Atardecer y todos entran a la nueva casa y se sirve el plato comunitario se agradece ahí los dueños pueden invitar a los que los ayudo bebidas como preparados chicha o cerveza. Los dueños esa noche deberán dormir en la nueva casa recién techado aunque aún no tiene puertas ni ventanas es la costumbre que se duerme de lo contrario esa casa puede ser apoderado por los seres malignos.

Qué entendiéndonos con el Challtamiento: se puede entender como una ceremonia sagrado de mucho valor donde se expresa el sentimiento del hombre es un momento de realizar contrato con los lutgares sagrados pukaras uywiris samiris illas sayañas recordar a cada una de ellas contemplando los valores y principios para con toda nuestro habitud, que difiere en todo caso de pueblo a pueblo de ayllu a ayllu cada cual lo realizan de acuerdo a su cosmovisión de acuerdo a sus usos y costumbres

Relación de la Qamana con la Pachamama:

Para los pueblos indígenas del altiplano más propiamente de la nación de los Karangas. La qamana es el habitud de una familia donde se convive armónicamente el cosmos y la naturaleza dentro la actividad agrícola antiguamente se lo realizaba por ciclos de rotación de suelos y cultivos sistema que era muy utilizado para no cansar a ama madre tierra a la fecha ya se va perdiendo por que en estas últimas décadas la sequía azoto a sus comunarios La Pachamma es la madre de las madres madre tierra una madre que nos da todos u nosotros somos sus hijos los animales son también sus hijos las plantas también

Los ciclos de rotación tienen que ver con la calidad del suelo, el clima y los cultivos. La papa y el maíz -por ejemplo- requieren suelos ricos en nutrientes, por lo tanto las tierras destinadas a este tipo de cultivos necesitan de mayor tiempo de descanso. En los Valles se acostumbra echar el ganado en los rastrojos que están descansando, ya que el guano de los animales abona la tierra.

Al respecto una abuela decía:

Taki kunanitanwa janiwa waxchatanti (tenemos todo no somos huérfanos)"Todo tiene su tiempo... tiene su tiempo de sembrar, su tiempo de cosechar, su tiempo de nacer y de crecer... Hay que hacer descansar la tierra, ya no quiere dar, no quiere producir. Debe ser porque muchas veces despreciamos a la comida, muchas veces botamos la comida... O le hacemos sufrir de agua a las plantitas... Es que ahora no le dejamos descansar a la tierra, no la alimentamos, no le damos abono, no le pagamos como corresponde... No sé, será que ya los años están cambiados..."

De la misma forma sucede con nuestros ganados domesticados nuestros abuelos sabían muy bien el manejo de los ganados y todo tiene que ver con honrar a la Pachamama madre tierra esto viene desde antes de la llegada de los españoles

En el altiplano el ganado domesticado fue la llama posteriormente los españoles trajeron las vacas, el burro, la oveja el cabra etc. la comunidad indígena adoraba mucho a la Pachamama a sus lugares sagrados Samiris para que año tras año se multiplique su ganado para ello cumplían ceremonias y challt'amientos t'ikanchawis esta es otra forma de agradecer a la Pachamama porque nosotros estamos dentro su habitad. Y todo se hacía sacrificando un ganado ya se considera que este ganado (culpir Phaqalli-phuqanchir tatakulla) está comprando nuestra salud casa nuestra producción nuestra felicidad, etc. En realidad el ganado camélido se ha utilizado para cumplir a todas las deidades como también a la producción salud y trabajo.

El habitad y la vivienda como tal está muy relacionado con todo esto los cosmos la naturaleza la producción, etc. por ende la Pachamama todos somos un todo el hombre es también producto de ellos por lo tanto deben considerarse como hijos de la Pachamama como hijos de la Qamana y este camino todo el trabajo que realiza el hombre siempre es con el permiso de la Pachamama y el lugar propicio de pedirse de rodillas siempre lo hará del medio patio en lo posible con Inciencio y Qua, dependiendo de la circunstancia.

Por otra parte debemos enfatizar que la Qamana en la comunidad aún tiene mucho más valor ahí tiene su chacra de papa, habas verduras por otra parte esta sus ganados como la llama el cordero sus gallinas que para cada uno de estas tiene sus fechas cuando adorar a cada uno de ellas y con ritualidades diferentes en este caso la Qamana se convierte en su Saytaupa (posicionamiento) su ayru (escencia - legitimidad) palnt misa (Lugar fijo posicionado) y donde se rinde culto a la casa es un especie de agugero en el centro del patio de casa para que cuando se realiza una wilancha a la Pachamma la sangre que tiene que servirse la Pachamama se lo realiza y toda la sangre debe entrar ahí

Entonces la relación entre el hombre (Chacha Warmi) y la Qamana reafirma en todo momento ese respeto a su uywiri (que cuida) y esta es la Pachamama misma y esta realcion a ella se lo realiza cuando se inicia la siembra cuando se lo agradece por las cosechas, cuando se realiza las Killpas (señalado y marcado de sus ganados) cuando un pariente muere todos debemos concurrir a su qamana hasta el entierro en la fiesta de todos los Santos es nuestro deber de echar de menos a los almitas en carnavales que para nosotros es el día de la Pachamama en los Achoqallas (techado de las casa) todos debemos concurrir porque todos sabemos vivir en una casa.

Estas costumbres es un claro ejemplo que se lo vive la presencia de la Qamana que se incorpora a la vida cotidiana en los momentos más importantes por ejemplo cuando se produce alguna enfermedad acudimos a los sabios y sabias que ellos realizan contacto

directo con la Pacha con la hoja de coca y con una challada que puede ser la falta de respeto a la Casa o a la Pachamama (deidades) la casa trae suerte como también puede castigarnos por no tener luz y claridad por lo tanto también nos purifica nos limpia en relación directa con la Pachamama estas formas de agradecimiento se lo realiza más propiamente los martes de Challa en carnavales y el mes de agosto.

5. Vivienda como un derecho constitucional

La Constitución Política del Estado Plurinacional otorga dentro los derechos fundamentales, el derecho a la vida y a la integridad física, Psicológica, esto significa que nadie puede ser torturado ni sufrir tratos crueles ni mucho menos ser humillado, por otra parte toda persona tiene derecho al agua a la alimentación a la educación a la salud respetando la equidad de género, intracultural e intercultural participativo.

Pero por sobre todo "toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuada, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria".⁹³

Las Naciones y Pueblos indígenas originarios campesinos Constitucionalmente tienen derecho: A existir libremente, a la libre determinación y territorialidad, a que sus saberes y conocimientos tradicionales, sus idiomas sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados respetados a vivir en un medio ambiente sano con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas a la gestión territorial indígena autónoma y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicios de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.⁹⁴

Este reconocimiento a su preexistencia étnica y cultural garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe intercultural reconoce la posesión y la propiedad comunitaria de sus territorios tradicionalmente ocupados.

Desde la Ciencia de la antropología un hábitat, una vivienda es toda una diversidad cultural construidos según su hábitat que caracteriza a nuestro país y ressignificar el valor que las distintas culturas le otorgan a sus sistemas de valores y creencias. Una casa entonces no significa lo mismo para el pensamiento occidental y colonial.

Consideraciones finales:

- La importancia de aportar a los asuntos epistemológicos del hábitat nos llevó a precisar los factores y elementos que incorpora el concepto de hábitat doméstico. Este término se ha definido como una categoría abarcadora que incluye varios componentes fundamentales:
- El hombre como actor principal.

⁹³ Constitución Política del Estado Art. 19.I.

⁹⁴ Constitución Política del Estado Art. 30

- La casa como el resultado de una interacción del hombre con el espacio, como el medio facilitador a través del cual los moradores expresan su existencia. Se considera la casa como un vehículo importante para el sujeto en la construcción de sus relaciones con el otro, con el entorno y con el mundo. Es la cualificación más concreta del espacio.
- El hogar es considerado como una construcción socio-cultural y material el aspecto sociocultural se refiere a la construcción de relaciones con las demás personas y con el entorno, lo que implica practicas particulares o grupales donde la familia es el centro. La construcción material del hogar está relacionada con lo especial ya que el hogar necesita de un espacio físico pero no necesariamente de una vivienda.
- La vivienda es descrita como un objeto socio-físico: un conjunto de condiciones materiales que permite el enraizamiento, la supervivencia, las relaciones y la protección. Es una dimensión que debe ser domesticada. Es una mercancía humanizada por sus ocupantes, que entra al ámbito de lo doméstico y lo social para luego convertirse en casa, lo que permite pensar la vivienda como un desarrollo cuantitativo.
- Por último, la dominación del entorno próximo a la casa es el proceso de territorialización sobre el espacio exterior, que parte de la casa como centro.

Estos componentes logran una construcción bidireccional que abarca las esferas pública y privada, que se retroalimentan constantemente. Por ello el hábitat doméstico no se restringe solamente a la casa, sino a una interacción compleja y constante de ésta con el espacio exterior. El hábitat doméstico es un medio que requiere una constante acción del ser humano, y dicha acción es lo que denominamos *habitar* que es el cómo se hacen las cosas en dicho medio y lo que aporta a las "construcciones" sociales, culturales y físico-espaciales. En suma, *habitar* y *habitar* son términos que tienen estrecha relación; que son complementarios. El problema del habitar encuentra un campo de acción fundamental en lo doméstico.

-0-

CAPÍTULO III

HERRAMIENTA PARA VALORAR LA INCORPORACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO, INTERCULTURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN EN LAS RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES

Una herramienta para valorar el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización

Ronal Victor Alanes Orellana

Preliminares

Esta propuesta se enmarca primeramente en el Plan Estratégico Institucional del Tribunal Constitucional Plurinacional 2016-2020, cuya misión institucional indica: *“Velar por la Supremacía de la Constitución, ejerciendo el control plural de constitucionalidad para precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, en el marco de una justicia plural y descolonizadora, conforme a los principios y valores constitucionales”*. Asimismo, responde al Plan de incidencia de la Secretaría Técnica y Descolonización en el área jurisdiccional, cuya meta está orientada a promocionar el desarrollo del pluralismo jurídico y, consecuentemente, la reinterpretación intercultural de las Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Finalmente, se ciñe al POA 2017 de la Unidad de Descolonización, cuya actividad No. 4 establece: *“Elaborar una herramienta de indicadores del desarrollo del pluralismo jurídico para valorar las resoluciones constitucionales”*.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en varias de sus resoluciones ha establecido el carácter fundacional que tienen para este proceso que vivimos, tanto el pluralismo, la interculturalidad como la descolonización. Por la ejemplo la DCP 0006/2013 de 5 de junio, en el marco del informe por mayoría de la Comisión Visión País de la Asamblea Constituyente, ratifica que: *“Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos. Para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios de pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción”*. Esta declaración establece claramente que el pluralismo se constituye en elemento estructurante del nuevo modelo de Estado que se plasma en la protección y efectivo reconocimiento constitucional de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos.

¿Cuál es el tema en cuestión que se debate en este texto? En concreto, la posibilidad de visualizar la incorporación de elementos que hacen al pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización en las resoluciones de la justicia constitucional. Esto nos remite a ver la necesidad de contar con una herramienta teórica, la cual por medio de un sistema de indicadores, sirva de referente para valorar si las diferentes resoluciones que emite el Tribunal Constitucional Plurinacional incorporan estos elementos descritos arriba en su contenido; así

como el impacto que las mismas generan en la comunidad, refiriéndonos genéricamente a la sociedad en donde acaecen los problemas sociales. Es decir, el efecto social de la Resolución.

¿Cómo entendemos esta herramienta para valorar el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización? Una herramienta teórica en sentido amplio, puede entenderse como la movilización de todo un sistema de conceptos que permitan describir, caracterizar, abordar y analizar una problemática específica. En el caso que nos ocupa, esta herramienta parte de la movilización de todos este sistema de conceptos desde una perspectiva relacional, que permitan el abordaje analítico de pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización; y, su incidencia en los fundamentos que se usan para la comprensión, la fundamentación y el análisis de las distintas problemáticas que se presentan en la carga procesal del TCP, las cuales requieren de un abordaje plural para su resolución.

Bajo este discernimiento la construcción de esta herramienta requiere de una ruptura con los conceptos y categorías con las cuales tradicionalmente se interpretan los distintos institutos jurídicos (trabajo, propiedad, debido proceso, etc.), planteando en sustitución nuevos enfoques aplicables, no solo para razonar sino comprender las diferentes problemáticas desde el enfoque de pluralidad y plurinacionalidad. Este ejercicio supone, primeramente, develar la forma clásica de abordaje jurídico que realiza este tribunal, en la finalidad de mostrar sus formas de definición de sus problemas jurídicos, razonamientos, análisis de sus casos concretos y sus decisiones; para así en una segunda parte, proponer una forma de abordaje mucho más integral y holística. De esa manera, esta herramienta, utilizando indicadores de observación precisos, se propone sustentar la necesidad de un cambio de enfoque analítico con respecto del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización.

El objetivo central de esta herramienta es que, a partir de la definición del sistema de indicadores, se puedan establecer parámetros para observarse si las resoluciones constitucionales incluyen o no elementos del pluralismo jurídico; y, si los mismos contribuyen o no al desarrollo y la protección de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos. Por tanto el desarrollo de esta herramienta, supone entonces, como objetivos específicos:

- a) Establecer cuál será el entendimiento de las categorías de pluralismo, interculturalidad y descolonización, aplicables,
- b) Establecer cuáles serán los ámbitos en los cuales se aplicaran estos entendimientos,
- c) Establecer cuáles serán las variables de análisis para visualizar la incorporación del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, y
- d) Desarrollar un sistema de indicadores que permitan ver estas incorporaciones.

La construcción de esta herramienta implica emplazar en práctica tres momentos:

- a) Poner sobre la mesa la forma tradicional de construir las sentencias y sus cuestionamientos,
- b) Interpelar y rupturar con las definiciones clásicas que se usan para definir qué se entiende por pluralismo, interculturalidad y descolonización,
- c) Desarrollar una serie de indicadores analíticos, los cuales organizados en torno a una estructura, permitan visualizar la incorporación de parámetros específicos del pluralismo jurídico a las resoluciones constitucionales.

Esta puesta en mesa de estos conceptos, supone entender los mismos, no solo desde la perspectiva de “lo que debe ser”, sino ante todo desde “lo que es”, entender a los mismos no como cosas acabadas sino algo resultante de la dinámica social. Desde nuestra perspectiva, el derecho juega rol articulador y regulador de la conducta social, por tanto, cumple una función en todo el sistema. Esta concepción sistémica funcional de los sistemas jurídicos es importante para ver, por ejemplo a la justicia indígena originaria campesina (JIOC) como justicia en movimiento, comprensible solo si se amplían las fuentes del derecho hacia el Derecho vivo.

Esta herramienta debe permitirnos ver si las diferentes resoluciones que emite el Tribunal Constitucional Plurinacional, primeramente, incluyen o carecen de parámetros del pluralismo jurídico en sus contenidos, y, seguidamente, si ésta inclusión o carencia, conduce a generar seguridad o en su caso vulnerabilidad de la comunidad con relación a protección de los derechos indígenas.⁹⁵

1. El punto de partida: estructura y contenidos de las SCP actuales

A continuación analizamos la estructura clásica de las Sentencias que se utiliza para las resoluciones constitucionales. La misma tiene su origen en lo dispuesto por el artículo 48 (forma y contenido de la sentencia) de la Ley N° 1836 de 1 de abril de 1998 del Tribunal Constitucional y, más recientemente, de la Ley N° 254 de 05 de julio de 2012 del Código procesal Constitucional que establece la forma y contenido de estas resoluciones.

95 ¿Qué experiencias existen con relación al desarrollo del pluralismo jurídico? Se conoce del informe elaborado por Jonathan Renshaw y Natalia Wray para la Comunidad Andina, el cual establece tres ámbitos temáticos (acceso / carencia; seguridad / vulnerabilidad; capacidad de gestión) en referencia a indicadores sobre el acceso a la justicia para los pueblos indígenas. En el primer ámbito (Acceso / carencia) se agrupan indicadores tales como la capacidad organizativa, condiciones para el ejercicio del autogobierno, impunidad de personas que cometen delitos y atropellos contra miembros del grupo, indígenas detenidos sin haber recibido defensa legal, documentación personal, participación en elecciones locales y nacionales y presencia de representantes indígenas como autoridades en espacios de poder local, regional o nacional. En un segundo ámbito (seguridad / vulnerabilidad) están: Acción externa induce a la división o debilitamiento de las instituciones indígenas, acceso a la información, consulta y participación, conocimiento y sensibilidad de autoridades judiciales frente a la especificidad cultural y la interculturalidad. Finalmente en el tercer ámbito (capacidad de gestión) incluye a: sistemas políticos son inclusivos de la diversidad étnico-cultural, el sistema de justicia contempla los derechos consuetudinarios, acceso al sistema de justicia, indígenas conocen sus derechos y/o los mecanismos para defenderlos y acciones de fortalecimiento de las comunidades y pueblos.

1.1 La estructura de las resoluciones constitucionales

Ambas normativas confluyen en indicar que las resoluciones deben contar con un encabezamiento en el cual, tras título y fecha de la resolución, se identifiquen a las partes contendientes, así como el objeto del litigio. Seguidamente, una parte considerativa en la cual se consigne las pretensiones de las partes y coadyuvantes. En el modelo de las SCP esta relación de antecedentes procesales incluyen: el contenido de la demanda, hechos que motivan la acción, derechos supuestamente vulnerados, petitorio; así también, audiencia del Tribunal de Garantías, informe de las autoridades demandadas. Finalmente, conclusiones que constaten el razonamiento que se hizo sobre el medio probatorio aportado, para tener o no como acreditado el hecho.

Respecto de su interpretación y fundamentación, ambas normativas confluyen en asegurar que las resoluciones deben contener, como fundamentos jurídicos, el análisis de las cuestiones de derecho que sustenten el análisis del caso concreto. Mismas que, finalmente resultan en una parte resolutive, la cual varía en función de cada tipo de acción o recurso.

Cuadro 6
Estructura clásica de las Sentencias

Ley N° 1836 de 1 de abril de 1998 ley del Tribunal Constitucional Artículo 48.- forma y contenido de la sentencia	Ley N°. 254 de 05 de julio de 2012. Art. 37 Contenido de la Resolución	Partes de una sentencia constitucional plurinacional tipo
1.- El encabezamiento, con expresión de los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litiguen, de los interesados y coadyuvantes, así como las calidades de sus apoderados y el objeto del litigio.	1. Título y fecha de la resolución. 2. Identificación de quien interpone la acción y en su caso de su representante legal. 3. Identificación de la autoridad, Órgano o persona contra quien se interpuso la acción.	Encabezamiento
2.- La parte considerativa, en la que se consignarán en forma clara y concisa las pretensiones de las partes y coadyuvantes. Si se tratare de un asunto que se conoce en grado de revisión, se hará un extracto de la sentencia que la motiva y las pretensiones de las partes si las hubiere. En esta parte, también se hará constar si se observaron las prescripciones legales en el procedimiento señalándose en su caso los defectos u omisiones que se hubieren cometido y la forma en que fueron superadas.	4. Relación de los antecedentes procesales.	I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURIDICA I.1 contenido de la demanda I.1.1 Hechos que motivan la acción I.1.2 Derechos supuestamente vulnerados I.1.3 Petitorio I.2 Audiencia del tribunal de garantías I.2.1 Informe de las autoridades demandadas I.2.2. Resolución
3.- Las conclusiones, en las que constará: a) Una declaración concreta del hecho o hechos que el Tribunal tiene como demostrados, citando el medio de prueba que le sirva para tal acreditación, así como los no demostrados, que tengan influencia en lo resuelto, señalándose en ambos casos el razonamiento que se hizo sobre el medio probatorio aportado, para tener o no como acreditado el hecho;	5. Relación de hechos	II. CONCLUSIONES
b) Análisis de las cuestiones de derecho, con influencia en lo planteado.	5.y fundamentación de derechos que sustenten la resolución.	III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO III.1 Fundamento 1 III.2 Fundamento 2 III.3 Análisis del caso concreto
4.- La parte resolutive en la que se pronunciará el fallo sobre el fondo del recurso o demanda, en la forma prevista para cada caso, su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto, la condenatoria en costas si procediere y las comunicaciones pertinentes para su ejecutoria.	6. Decisión.	Por tanto

1.2 Diagnóstico de las actuales SCP

- Problema
- Fundamentación
- Precedente

1.3 El contenido: razonamiento y decisión

Un informe de la Unidad de Descolonización realiza un interesante análisis respecto del contenido semántico de la palabra "razón" y su relación con la forma de interpretación y fundamentación que se realiza en las Resoluciones constitucionales, las cuales conducen finalmente a una decisión que se plasma en el "por tanto". Según este informe, "ratio" viene de la voz latina que quiere decir "razón" y en derecho se la entiende como "razonamiento, aunque otros (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía (De Santo, 1999)) indican que "ratio" significa "'razón" o fundamento de una regla jurídica. Entonces, el razonamiento, entendido como todo ese conjunto de juicios o valores que el ser humano, como "único ser racional", puede emitir como única y valedera universalmente, que se transmiten por medio de códigos y símbolos del texto escrito (positivo). Este análisis indica que *"la razón cumple un rol específico dentro de la interpretación y la argumentación; mientras tanto, la "decisión" opera (en función de la razón) en la parte del análisis del caso en concreto"*. Esa así que "razón" y "decisión" operan en la totalidad de los fundamentos jurídicos del fallo.⁹⁶

La crítica que este informe realiza al concepto de "razón" se refieren a la pretensión universalista que esta asume como la única forma de entender la realidad, es decir, su perspectiva de centralidad humana, el "unismo", es decir el hombre como el único ser capaz de razonar, que todo encuentra sentido en la razón humana. Por su parte, Boaventura de Sousa Santos amplía esta crítica definiéndola como "razón indolente", inerme o displicente; inerme porque esta forma de razón es inmóvil frente a la necesidad y displicente, porque este modo de razón es indiferente ante la necesidad.

¿Cuál la importancia de este tema? Principalmente la razón como medio para la fundamentación de las resoluciones constitucionales. La razón entendida como única verdad, lo escrito, lo verificable, lo demostrable, lo observable. La construcción de las resoluciones constitucionales se funda en el uso de la "razón", la "ratio" de la cual deviene la decisión "Decidendi". Entonces cabe preguntarse ¿puede la razón dar cuenta de todo lo posible, de todo lo observable, de todo lo perceptible, de todo lo existente?, ¿existirán otras fuentes de derecho al margen de las conocidas en el derecho formal? Todo esto nos plantea asumir otra forma de abordaje de la realidad, En el razonamiento liberal positivista, la razón es la única posibilidad de llegar al conocimiento científico. Desde esta concepción el centro del universo es el ser humano.

2. La deconstrucción: ¿desde qué perspectiva abordamos el pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización?

¿Desde qué perspectiva abordamos el tema de los razonamientos que deberían plasmarse en las resoluciones constitucionales? A partir de lo que Fausto Reinaga llamo como el "pensamiento amawtico".⁹⁷ Él asevera que hay dos formas de pensar: el "pensamiento socrático" y el "pensamiento amawtico". El primero de ellos, el "pensamiento socrático", producto de la civilización occidental, basado en la idea de la razón, del raciocinio, de lo observable, lo verificable, lo que está escrito –dice- obedece a una mentalidad asesina que nos ha llevado al dominio tanto a hombres contra hombres, como estos contra la misma naturaleza. En el razonamiento occidental se nos ha enseñado a vernos como superiores, dominadores de la naturaleza y como consecuencia devastamos nuestro planeta.

En cambio, para el pensamiento amawtico, la tierra, el agua, el aire, el fuego, el cerro son nuestros hermanos, pues todos estos elementos se juntan para crear vida. Reinaga dice: el Indio de América como pensamiento, como sentimiento, como acto, es ayllu-comunidad y la comunidad es la imagen y la expresión humana del cosmos. La distintividad del pensamiento amawtico frente al pensamiento occidental, es su inclusión absoluta para todos los seres vivos (ríos, cerros, plantas, lagos, agua, animales, el sol, la luna; el todo) sin importar su color ni rasgos físicos, solamente la conciencia y la forma de pensar, es decir la búsqueda de la armonía cósmica.

Esta corriente autodeterminista, liderada por Fausto Reinaga, cuestiona principalmente esta forma de abordaje de la realidad desde la Razón, desde la ciencia, desde el conocimiento institucionalizado que menoscaba las otras formas de raciocinio, de pensamiento, de relación del hombre con el todo. "Inka Rupha", como se hizo conocer, en varios de sus escritos afirma que el ser humano no es el único ser dotado del pensamiento: *"Vemos con los ojos que las hormigas han hecho una sociedad perfecta. Y yo creo que su pensamiento como su lengua, también son perfectos. Construyen su sociedad donde nada falta, y todo en su lugar se halla"*.⁹⁸ Entonces, el pensamiento es armonía, vitalidad, movimiento, interrelación, mancomunidad; son las comunidades de vida que están en actividad constante.

¿Cuál es la diferencia radical entre estas dos formas de pensar? Desde la lógica racionalista, el hombre como especie es el único que tiene la capacidad de generar una idea lógica, un razonamiento. Por tanto, aplicado al ámbito jurídico, el hombre está limitado a interpretar la realidad solo desde las posibilidades de la razón humana. En cambio, desde el pensamiento amawtico, estamos interpelados –si es que no obligados- a ver las cosas desde una dimensión mucho más integral y relacional. En el ámbito Cuando nos referimos a la justicia desde el

⁹⁷ Fausto Reinaga nació el 27 de marzo de 1906 en el municipio de Colquechaca departamento de Potosí. Fue hijo de Jenaro Reinaga y de Alejandra Chavarría de la cual se dice fue bisnieta de Tomas Katari. Como escritor, ensayista y filósofo, fue quizás el ideólogo más profundo del movimiento indio y del pensamiento político contemporáneo.

⁹⁸ Reinaga. Ob. Cit., pp. 22

pensamiento descolonizador, no simplemente vemos al derecho desde sus teorías, sus conceptos y sus fuentes clásicas, desde la forma como se han construido sus institutos jurídicos, sino desde la realidad que se encuentra en constante movimiento, desde el proceso constituyente que se encuentra aún vigente en las palabras, acciones y manifestaciones del pueblo boliviano. Es así que nos hemos dado el reto de ver al derecho y la justicia desde las vertientes que sustentan el pensamiento de la descolonización para así encontrar nuevas formas de interpretación y fundamentación, aplicados al ámbito de la justicia constitucional. En este pensamiento, la justicia es esa armonía y equilibrio del todo, no solo de la vida del hombre, se llama "Pacha justicia".

2.1 La ruta: pluralismo - interculturalidad - descolonización como condición para llegar al vivir bien

Como puede entenderse esta fórmula compuesta por estos tres elementos: pluralismo - interculturalidad - descolonización. De acuerdo con la ubicación de sus elementos puede interpretarse una ruta a seguir: pluralismo como fundamento, la interculturalidad como herramienta y la descolonización como fin. No ha faltado quienes han planteado que la meta final es la interculturalidad, superando las etapas del pluralismo y la descolonización, como simples escaños para lograr una sociedad basada en la interculturalidad.

La propuesta del Pacto Unidad en la Asamblea Constituyente entiende al Estado Plurinacional como el: "modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para vivir bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos". Por ende, el pluralismo jurídico debe entenderse como la inclusión de las múltiples formas de lecturar el derecho y la interculturalidad como el dialogo que interpela por una necesaria igualación de condiciones y oportunidades. No obstante, la descolonización no es la meta final, sino una condición necesaria para llegar a la sociedad basada en la armonía, es decir hacia el vivir bien. La construcción de una sociedad armoniosa cimentada en la descolonización, solo es posible si se toman en cuenta las identidades plurinacionales y sus diferentes formas de ser, de sentir y de interactuar, tanto entre ellas y entre ellas con el Estado.

La descolonización jurídica La descolonización jurídica implica un vaciamiento de la comprensión del derecho, es decir, vaciar su contenido y su discursividad. Este vaciamiento de contenido conlleva un proceso de indeterminación de contenido de los institutos jurídicos que deben ser reinterpretados desde la lógica jurídica de las colectividades. Es transformar el lenguaje de derechos y del derecho mismo. Es evaluar las condiciones y determinaciones del nuevo lenguaje del derecho plurinacional.

El Estado plurinacional comunitario no está después de la modernidad (post-modernidad), no es la continuidad o la reforma del mismo tipo de Estado republicano. El estado plurinacional comunitario está “antes que” la modernidad, su paradigma se sitúa en la “preexistencia”. El artículo 2 de la CPE, no solo es la garantía del derecho a la preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, este artículo representa la posibilidad de construcción de autoconciencia colectiva. Es otra forma de conocer y entender el mismo conocimiento jurídico (implica una reinterpretación de los mismos institutos jurídicos desde la cosmovisión de los pueblos). Desde este principio preexistente debemos de conocer el mundo, la naturaleza, lo político y la política.

El concepto de justicia plurinacional El concepto de justicia que plantea nuestra CPE se basa en otra definición distinta de poder y soberanía que las Constituciones anteriores. Antes que institucionalidad estatal, la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano. Se trata de un estado de soberanía popular que se ejerce de forma directa, es otra justicia. Este descentramiento del sistema jurídico centralista a los territorios implica el reconocimiento de la existencia de pluralidad de fuentes y discursividad del derecho. El reconocimiento de estas comunidades de derechos es reconocer que existen distintas matrices civilizatorias que tienen sus propias concepciones de derecho y de justicia.

2.1.1 Pluralismo jurídico transformador

No obstante, es necesario considerar que los cambios sociales y políticos son mucho más dinámicos que los cambios jurídicos. Entonces, al ser el derecho una construcción social, este no se edifica en abstracto; es parte de una realidad concreta, de un sistema de poder concreto y su desarrollo responde a una etapa histórica determinada.

a) De la simple coexistencia a la transformación de las relaciones sociales

Generalmente se entiende al pluralismo jurídico como la simple coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sea espacio social o espacio sociopolítico (Pedro Garzón López, Carlos Wolkmer). Para otros, el pluralismo jurídico hace referencia a la “coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio” (Oscar Correa) o que pluralismo jurídico es “el reconocimiento de la convivencia de distintas formas de hacer derecho” (Rocio Extrematorio). Se indica que “el derecho es múltiple y heterogéneo y que en un mismo tiempo y espacio social pueden coexistir varios sistemas jurídicos” (Jean Carbonier, Jhon Griffiths, etc.).

No obstante, ¿la simple coexistencia de sistemas jurídicos en cualquiera de estos escenarios hace pluralismo? Aseveramos que no, por las características de nuestras sociedades en las que no se ha superado las barreras de desigualdad real que perviven, entre las cuales los pueblos indígenas continúan siendo los más excluidos. Entonces, ¿de qué coexistencia se puede hablar, sin antes cuestionarse la forma como están organizadas las relaciones sociales

entre la población? Si bien estas formas de ver el pluralismo denotan el “deber ser” de estas relaciones plurales, la realidad muestra un escenario totalmente adverso.

En los textos que hablan de pluralismo, se indica que es importante ver al derecho como la “organización jurídica de la sociedad”, es decir, como el mecanismo de autorregulación y control social del comportamiento humano en el cual el derecho debe ser congruente con la organización social. Lo anterior posibilita, entonces, entender que el derecho no se traduce necesariamente en un acto legislativo productor de normas. Este cuestionamiento a la visión totalitaria del derecho, en palabras de Jacques Vanderinden, permite “entender al derecho como un sistema regulador más entre varios otros, entre los cuales las sociedades realizan una selección de normas” de acuerdo a la estructura social donde se encuentren. Esta multiplicidad de prácticas existentes en un mismo espacio sociopolítico –dice C. Wolkmer– “se constituye en sistemas interactuantes basados en necesidades materiales y culturales. Entonces, el pluralismo es consecuencia lógica de la diversidad (Edwin Rojas Calvimonte).

Al interior del Tribunal Constitucional Plurinacional, en los informes de la Unidad de Descolonización se ha planteado al pluralismo jurídico como: “...*la desestructuración e interpelación de toda forma de monismo y homogeneidad cultural, jurídica, económica y política; lo que supone entender lo pluri más allá de la sumatoria de formas diversas (como estructuras cerradas que coexisten); consecuentemente, como la apertura o vía que permita la coexistencia no subordinada de los sistemas que conviven y se relacionan de manera igualitaria*” (Inf. Téc. TCP/ST/UD/ Inf. No. 004/2013). Desde esta perspectiva la comprensión descolonizadora del Pluralismo Jurídico: “...*nos permite superar la corrientes multiculturalistas de reconocimiento e incorporación subordinada y desigual de los sistemas que no solo coexisten como compartimentos estancos sino que conviven, dialogan y se entrelaza en contextos de plurinacionalidad*” (Inf. Téc. TCP/ST/UD inf. 002/2013). En este marco, la interpretación plural tiene como punto de partida el análisis de los principios, valores y derechos constitucionales desde una concepción abierta a la diversidad.

No obstante, cabe preguntarse ¿si la coexistencia de sistemas jurídicos es posible en contextos de desigualdad real cuando un sistema se sobrepone sobre otro? En todo el desarrollo del constitucionalismo, desde el clásico, el constitucionalismo social, el neoconstitucionalismo, el Prof. Boaventura de Sousa nos plantea el constitucionalismo transformador que emerge a partir de la interpelación de la comunidad de pueblos oprimidos hacia el proyecto hegemónico sistema mundo moderno capitalista. La incursión de este nuevo sujeto fundacional –así es como llama a los pueblos– muestra la existencia de más de una realidad y por ende múltiples formas de práctica jurídica (p.e. el derecho indígena originario campesino). Según sus palabras es el reconocimiento de otra forma de comunidad política abierta a la interculturalidad y la diversidad. Es el derecho insurgente.

Desde esta perspectiva, la coexistencia de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos, no se reduce simplemente a “reconocer” los otros sistemas por parte de un sistema dominante. No se trata simplemente de reconocer, sino de incluir y transformar. La DCP 0006/2013 de 5 de junio, sobre este tema ha hecho un aporte significativo cuando indica que: “... el planteamiento de las naciones y pueblos indígena originario campesinos no fue el reconocimiento de unos sobre otros, sino la construcción de un Estado Plurinacional: con pluralidad de naciones que pactaron la construcción conjunta, con poder de decisión en los destinos del Estado Plurinacional”. Entonces, desde este razonamiento, como resultado de este enfoque crítico, “el pluralismo del Estado Plurinacional se erige en un pluralismo descolonizador, que plantea la convivencia igualitaria de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales orientados a una nueva institucionalidad que se despoje de toda forma de monismo y homogeneidad cultural, jurídica, económica y política”. Situación que se funda en: “...un proceso de irradiación, de reconstitución, retroalimentación entre sí y potenciamiento desde lo propio, es decir, va más allá de la “inclusión”.

Desde esa perspectiva, la misma jurisprudencia constitucional remarca que el pluralismo: “... supone redimensionar el sistema jurídico ius positivista, a partir de la experiencia y prácticas de los sistemas jurídicos indígenas” (SCP 0572/2014), en escenario que: “...habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto” (0890/2013).

Entonces, en nuestro planteamiento, el concepto del pluralismo jurídico, desde su enfoque transformador, rompe con las anteriores definiciones clásicas y propone que no existe una sola forma de entender el derecho. Dicho de otro modo, pluralismo jurídico implica reconocer que existen múltiples colectividades de derechos y múltiples formas de lecturar el mismo derecho en una misma realidad. Es decir, en un mismo contexto social pueden existir concepciones distintas del derecho o de la justicia, de la dignidad o la libertad; e incluso del vivir bien que se fundamenten en otros imaginarios y otras discursividades. Entonces, pluralismo jurídico debe interpretarse: “... no sólo desde la mera coexistencia sino además desde la convivencia armónica e igualitaria de los sistemas jurídicos de los pueblos (sistema pluralista) sustentada en principios como la complementariedad, la armonía y el equilibrio; es decir, parte de una interrelación entre “iguales” que se complementan” (Inf. Téc. TCP/ST/UD No. 003/2013).

El pluralismo jurídico transformador Se rompe con la definición liberal de pluralismo clásico el cual es entendido solamente como la simple coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo ámbito territorial, si cuestionarse el carácter asimilante y distorsionador del orden jurídico establecido y, mucho menos, si existe tal coexistencia en sociedades de desigualdad real como la nuestra. El pluralismo jurídico, desde su dimensión transformadora,

hace referencia, no solo a la coexistencia de múltiples sistemas jurídicos, sino a la posibilidad de razonar el derecho en torno a múltiples colectividades de derechos y múltiples formas de lecturar el derecho. Este enfoque plantea que no existe jerarquización entre derechos individuales por sobre derechos colectivos. Lo que existe son derechos de colectividades que se ejercen individualmente, socialmente y colectivamente.

Desde esta perspectiva, debe entenderse que el derecho no se construye en abstracto, es parte de una realidad concreta, se un sistema de poder concreto, su desarrollo responde a una etapa histórica determinada. Por tanto, no puede sujetarse a la justicia a las posibilidades analíticas del derecho, a sus formas tradicionales de interpretación, a sus institutos jurídicos, a sus razonamientos, a sabiendas que los mismos pertenecen a un periodo histórico ya vivido.

Los cambios sociales y políticos son mucho más dinámicos que los cambios jurídicos. La justicia como valor supremo, es una necesidad material de todo un pueblo, un bien colectivo que proteger. El nuevo derecho plurinacional, debe desarrollarse en su contexto cultural, en la pluralidad de fuentes histórico-políticas y socioambientales en las que se desarrolla. Desde esa perspectiva, es necesario asumir los aportes de enfoques interdisciplinarios, de los peritajes antropológicos, del dialogo con las autoridades que representan a los sistemas jurídicos indígenas que aún existen. En otras palabras, las fuentes del derecho devienen, no solo de las fuentes clásicas, sino de todos aquellos hechos sociales contemporáneos e históricos que tienen como consecuencia la creación de normas jurídicas.

b) La noción de sistema y función en la comprensión del pluralismo jurídico

Un sistema es puede ser entendido como un conjunto ordenado de elementos formada por componentes organizados que se encuentran interrelacionados y que interactúan entre sí y con su entorno con el cual se intercambia energía, información o materia. Desde esta perspectiva, un sistema social se asemeja a un organismo total que requiere del ordenamiento de los procesos entre actores, sus relaciones e interacciones a fin de encontrarse en equilibrio.

Desde la perspectiva funcionalista, un sistema social está conformado por una estructura de subsistemas que empiezan desde la familia que contribuyen a todo el sistema general. Es decir, para que una sociedad, un pueblo, una cultura se encuentre en equilibrio necesita de: a) un subsistema de permita adaptarse a las situaciones cambiantes de su entorno natural (p.e. la ropa, la textilería, la casa), b) un subsistema que le permita el intercambio de bienes y servicios (p.e la economía comunitaria), c) un subsistema que le permita la organización de la comunidad y la diferenciación de sus funciones (el parentesco y la política), d) un subsistema integrativo que perita el mantenimiento de las pautas de comportamiento humano. (Las normas jurídicas y el control social).

En el marco de este análisis, un sistema jurídico hade referirse al conjunto de las normas, instituciones culturales y agentes que hacen al derecho que rige en un determinado territorio

y una determinada nación y pueblo. Es decir, una serie de normativas de tipo objetivo que tienen vigencia en un lugar y en un momento determinado con la finalidad de favorecer la convivencia y de fijar pautas para la regulación de la conducta de las personas. Se trata, entonces, de mecanismos que al control de la acción social para los eventuales cambios sociales se incorporan recursivamente a un nuevo equilibrio. Estos subsistemas son dinámico por cuanto tienen la capacidad de adaptación para mantener su existencia ante estados de perturbación o inestabilidad.

En conclusión, la noción de sistema es una categoría funcional estructural. La noción hace referencia a un todo orgánico compuesto por un conjunto de elementos o subsistemas que funcionan para generar adaptación a situaciones cambiantes buscando constantemente el restablecimiento de la armonía y equilibrio, al mismo tiempo que cualquier interferencia externa es susceptibles de generar transformaciones y reacomodos. Es decir, existe una estrecha relación entre sistema y función. Entonces, cada comunidad, sea indígena, originaria o campesina tiene un conjunto de normas que regulan el comportamiento humano de sus miembros y pueden ser considerados como sistema jurídico en la medida de que este sistema funciona para buscar constantemente el equilibrio, ante la tendencia que existe al cambio.

Desde esta perspectiva, sistema jurídico hace referencia a un conjunto de normas (orales o escritas) destinadas a regular el comportamiento humano en busca de un estado de armonía y equilibrio. Por tanto, el estudio de los sistemas jurídicos no debe centrarse simplemente en la descripción de los elementos que componen, sino como esos elementos funcionan para la resolución de controversias. Cuando nos referimos a sistema jurídico, en el marco de la fundamentación que se realiza respecto de los derechos indígena originario campesinos, debe existir una consideración de sistema, no como algo estático, sino como proceso en funcionamiento, en constante adaptación y reacomodo a las situaciones cambiantes.

2.1.2 Interculturalidad y diversidad constituyente

La Unidad de Descolonización ha planteado que la interculturalidad no puede ser analizada desde la misma postura multiculturalista propia del Estado Nación sin una necesaria interpelación a la tendencia asimilacionista e integracionista de la forma Estado-Nación república. En su análisis: "... la interculturalidad desde la cosmovisión de la naciones y pueblos indígena originario campesinos, es la interrelación reciproca e igualitaria de diversas identidades plurinacionales que conviven, se complementan y dialogan conservando su esencia identitaria, permitiendo la reproducción de la VIDA en armonía y equilibrio (Vivir Bien)" (inf. Téc. TCP/ST/UD/ Inf. No. 010/2013). En este marco, este informe citado indica que: "... la interculturalidad en tanto interrelación y convivencia reciproca de la "diversidad" de sistemas jurídicos, políticos, económicos, lingüísticos y culturales, implica un encuentro (tinku- tumpas) de identidades, prácticas, saberes e instituciones que coexisten pero sobre todo se complementan". (Informe citado)

Desde esta perspectiva, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la interculturalidad no se reduce al mero interrelacionamiento ni tolerancia subordinante hacia lo diferente, lo distinto, sino que es a partir de esta distintividad que se generan las condiciones para una verdadera interrelación (SCP 0698/2013). La interculturalidad, por lo tanto, tiene como presupuesto: "...la adopción de medidas que permitan lograr la igualación de quienes se encuentran, fácticamente en una relación de subordinación, donde la descolonización opera como un mecanismo de nivelación del indígena" (SCP 0079/2015) en la mira a replantear las relaciones sociales de poder y la transformación estructural del Estado (SCP 0260/2014; SCP 0173/2014)

a) El derecho vivo

Así como se entiende la noción de sistema como proceso y movimiento, en contraposición al derecho hegemónico, la perspectiva antiformalista de Ehrlich (Eugen Ehrlich, 1862-1922) articuló la noción del "derecho vivo" para denominar aquellos "órdenes normativos paralelos al Estado que surgen espontáneamente en la vida cotidiana como forma de autorregulación del comportamiento humano, que se indagan por medio de la percepción del acontecer fáctico". En contraposición a la concepción tradicional, desde su perspectiva, el derecho es un orden constituido por reglas de obrar en virtud de las cuales los hombres no solo actúan en su vida real sino que también deben actuar, es decir, normas (familia, propiedad, autoridad, etc.) que se encuentran en la sociedad y las cuales solo pueden ser aprehendidas por medio de la observación.⁹⁹

Se ha creído a menudo que la noción de derecho, lo que se define como jurídico, es culturalmente neutral, exterior, disociado e incapaz de ser contaminado por la ideología. Empero, es necesario afirmar que lo jurídico, así como la economía y la política, son fenómenos culturales integrados en el sistema cultural. Al respecto, el antropólogo Clifford Geertz indica que estas variaciones del derecho la pluralidad de formas de derecho representan subsistemas sociales vinculados con estructuras específicas de significados obtenidos culturalmente, las cuales dan vida a diversas sensibilidades legales. En su criterio, el derecho no es más que una manera culturalmente distinta de imaginar la realidad.

¿Qué se puede entender de todo lo expuesto anteriormente? Tal como diría el jurista boliviano Félix Huanca Ayaviri, es necesario vaciar La comprensión de estos conceptos (pluralismo,

⁹⁹ Esta perspectiva ha sido acompañada por otros juristas que han planteado la necesidad de ver al derecho, no desde la estructura del Estado, sino a partir de la praxis social. Por ejemplo se ha planteado que "la vida social genera una serie de ordenes parciales distintos del sistema Estado moderno" (el italiano Santi Romano (1875 - 1947), "el poder jurídico no reside solamente en el Estado, sino también en numerosas entidades independientes a él" (el ruso Georges Gurvitch, 1894 - 1965), "el derecho no cubre completamente el espacio humano por cuanto hay vacíos de derecho en el seno de las sociedades" (el francés Jean Carbonnier, 1908 - 2003), "el pluralismo jurídico se podría encontrar más allá de los hechos, dejando de oponer reglas entre sí, se opone, para una misma regla, maneras diferentes de aplicarla (el francés André-Jean Arnaud) o que "existe un sistema jurídico dondequiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado" (Norberto Bobbio, 1909 - 2004).

interculturalidad, etc.) de los marcos de razonamiento en los cuales prisionero, es decir, liberarlo del totalitarismo del logos (de la razón científica occidental), es decir, la norma escrita, la legalidad. El enfoque *dialogal* que propone avanzar del simple razonamiento basado en la jurisprudencia y la legalidad, hacia un dialogo de saberes, de pensamientos, de experiencias, de formas de ver y sentir que la razón no puede entender. Dicho de otra manera, una comprensión intercultural del derecho nos lleva a entender a la realidad compuesta por múltiples formas de pensar, actuar y sentir el derecho, tal como "branas" (de membranas) o dimensiones cósmicas de una misma realidad, como otros textos que se asoman en el texto oficial. Esto es lo que llamamos la interculturalidad multitextual.

Entonces, la interculturalidad, desde su dimensión crítica, rompe con la clásica definición de este concepto, entendido simplemente como tolerancia a la diferencia, sin cuestionarse la tendencia asimilante de la sociedad dominante con respecto a la identidad de los pueblos. Este enfoque, plantea no solo una política de aceptación de los "varios otros", refiriéndonos a los pueblos que no forman parte del "sistema mundo moderno", sino una praxis creativa en las que las culturas se complementan y se enriquecen mutuamente. Este enfoque parte de la idea de un estado de "incompletitud" de las culturas, cuyos elementos componentes, en este caso sus sistemas jurídicos, no están separados ni son independientes, sino que se encuentran en un proceso de mutua influencia, impregnación, interrelación y fusión de sus horizontes.

En conclusión, una herramienta teórica que tenga la finalidad de valorar la incorporación del pluralismo jurídico en las resoluciones constitucionales, no puede partir de las definiciones clásicas de estos conceptos, aún más si consideramos que los mismos se encuentran en constante cambio. Los conceptos de pluralismo jurídico y de interculturalidad deben permitirnos entender nuestra realidad desde un enfoque integral y profundo, no solo simplemente a partir de lo que debe ser, sino también desde lo que es real. Todavía somos sociedades de desigualdad real a todo nivel entre los cuales los pueblos indígenas resultan ser los más excluidos. Por tanto, el pluralismo clásico no nos da las herramientas necesarias para identificar que indicadores son necesarios para lograr una real inclusión y potenciamiento de los derechos de los pueblos. Esto da lugar a orientar el pluralismo jurídico a una dimensión de transformación, es decir un pluralismo jurídico transformador, buscando que por medio del reconocimiento de los derechos de los pueblos se pueda lograr una transformación de las relaciones de exclusión y marginamiento que aún sufren estos pueblos en su acceso a la justicia.

b) Multidimensionalidad y multitextualidad

Tanto la colonia y como el colonialismo fueron estructuras de poder homogeneizantes, atentatorios contra el derecho a la distintividad. La interculturalidad multitextual rompe con la clásica definición de interculturalidad, entendida como simple tolerancia a la diferencia, sin

cuestionarse la tendencia asimilante y reestructurante que tienen la sociedad dominante con respecto de los pueblos.

Prueba de esto es, por ejemplo, la distribución competencial e materia de justicia entre la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción indígena originaria campesina, o el acceso a la condición de autonomía indígena originaria campesina, en los marcos establecidos por la ley 031. La interculturalidad desde su dimensión crítica, plantea no solo una política de aceptación de los “varios otros”, refiriéndonos a los pueblos que no forman parte del sistema mundo moderno, sino una praxis en las que las culturas se complementan y se enriquecen mutuamente. Este análisis, parte de un enfoque de un estado de “incompletitud” de las culturas, cuyos elementos componentes, en este caso sus sistemas jurídicos, no están separados ni son independientes. Este nuevo enfoque plantea que existe un proceso de mutua impregnación, interrelación y fusión de horizontes. Por tanto, existe mutua influencia entre sistemas jurídicos, comunicación y constitución mutua. Entonces, la interpretación y fundamentación jurídica deben partir de los distintos contextos interculturales que están presentes en una misma realidad. Este enfoque nos plantea que en un mismo

c) Integralidad y relacionalidad

La integralidad y la relacionalidad En la justicia indígena originaria campesina, las normas de convivencia se interpretan desde los valores que el conjunto de la comunidad las comparte. En la comunidad no existe separación entre moral y derecho, los valores que comparte una comunidad son rectores de la vida que regulan la convivencia entre sus miembros. Por tanto, una mala conducta no afecta solo al entorno familiar, sino a toda la comunidad.

Cuando acaece un conflicto en la comunidad, se genera una ruptura de este principio. Toda conducta acto u omisión de las personas a estos principios y valores son considerados una salida del qhapaj ñan (camino sagrado). Entonces, una comprensión cabal, tanto del problema jurídico, la fundamentación y el análisis del caso concreto, deberían retomar este enfoque cíclico que se fundamenta en la restitución de la armonía y equilibrio al “qhapaj ñan” como referente del derecho indígena. Es decir, este principio representa el camino noble o sagrado por el cual las personas y la comunidad transitan, cumpliendo sus principios y valores comunitarios.

En la resolución constitucional, la formulación del problema jurídico debe enmarcarse en la lógica procesual de los pueblos, en la que intervienen factores sociales, económicos, políticos, ideacionales. Entonces, desde la lógica procesual de los pueblos, un conflicto o un problema, no solamente afecta a las partes, sino a toda la comunidad. La comunidad es como un tejido social, en la cual, la ruptura de una hebra o hilo afecta a toda la estructura comunitaria.

El efecto de la resolución no debe ser solo la tutela de un derecho particular nada más. La formulación del problema jurídico, así como la interpretación y fundamentación de un

proyecto de sentencia, debe considerar una visión integral del problema (no solamente jurídico). Debe considerar el análisis no solo desde la lógica individual de los derechos fundamentales, sino también desde un enfoque de los derechos colectivos. La resolución no debe orientarse solo a tutelar un derecho y nada más, sino que debe rescatar la integralidad de la justicia en la búsqueda de la eliminación de las desigualdades locales y regionales. Estas decisiones deben estar fundamentadas en la búsqueda de la restitución del equilibrio y la armonía, como principios constitucionales y como realidad material.

De igual modo, respecto de la interculturalidad hay que indicar que este concepto debe ser entendido no solo a partir de la concepción de la simple tolerancia sin preguntarse quién tolera a quien. La concepción instrumental de interculturalidad generadora de paz que nos plantea la Constitución Política del Estado es el punto de partida para entender que la diversidad de pueblos y naciones que habitan nuestros países, no solo se limita solo al reconocimiento de sus idiomas y/o derechos, sino a su incorporación en la misma estructura del Estado.

3. La construcción: sistema de indicadores para la valoración de las sentencias constitucionales

Se pretende establecer una serie de indicadores de observación de elementos del pluralismo jurídico en los siguientes ámbitos: a) la estructura formal de la resolución y b) los elementos componentes de la misma (problema jurídico, fundamentación jurídica, análisis del caso concreto y la decisión). Dichos indicadores deberán estar organizados a partir de dos variables: a) inclusión o carencia de elementos de pluralismo jurídico, interculturalidad y descolonización (en cuanto a la estructura, el problema jurídico y la fundamentación) y b) seguridad o vulnerabilidad, en referencia al impacto de estas en el ejercicio de los derechos indígena originario campesinos (en la parte de la decisión). Esta elaboración de indicadores de observación deberán estar en correlación con el art. 178 de la CPE la cual establece que la potestad de impartir justicia se sustenta en los principios de: independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos. Principios que hacen a la justicia plural.

3.1 El principio del “Qhapaq Ñan” y la estructura de la Sentencia

¿Cuál es la lógica que tiene la actual estructura de la resolución? Las actuales resoluciones tienen entre sus elementos de contenido la descripción de los hechos, los derechos involucrados y el petitorio, a partir de los cuales se formula el problema jurídico que será sometido a los fundamentos de derecho, los cuales terminaran en un fallo o decisión. Se trata de un modelo lineal que analiza la problemática social solo a partir de la visión de una de las partes a cuyo petitorio responder por medio de la resolución. En la mayoría de los casos que se han sistematizado se ve simplemente un ejercicio de subsunción de los hechos a la norma.

Se propone cambiar este modelo lineal por un modelo cíclico que inicie desde la consideración de un origen mítico de armonía (suma Qamaña, estado de equilibrio, estado de plenitud, etc.) que será la meta final a la cual debe apuntar la sentencia. Dicho de otra manera, la resolución no debe centrarse solamente en el problema que se ha suscitado entre partes, sino que debe tener en mente que impacto ha tenido este problema en la comunidad total. Este origen mítico de armonía es el ideal de sociedad en paz y equilibrio al cual retornar por medio la justicia. Ese es el camino cíclico del Qhapaq ñan, el camino de los nobles, el camino de la justicia restauradora.

Cuadro 7

Ámbitos y variables que componen la herramienta teórica

Componentes de la Sentencia		Enfoque rector	Elementos constitutivos de la fundamentación	Aplicación
Estructura de la Sentencia		El "Qhapaq Ñan" o el camino cíclico de la justicia	- Origen mítico - Caos conflicto (salirse del camino) - Análisis - Restitución de la armonía.	Por medio de indicadores que hagan referencia a cambios y/o alimentaciones que se puedan realizar a la clásica estructura de la sentencia.
1	Problema jurídico	La "Chakana" o la multidimensionalidad aplicada al derecho	- Dimensión del ser - Dimensión de saber - Dimensión del hacer - Dimensión del poder	Por medio de un análisis relacional e interdisciplinario del problema jurídico y su correlación con las otras dimensiones de la vida.
2	Fundamentación jurídica y su aplicación al caso concreto	El pensamiento amawtiko El tinku reencuentro	- El pluralismo jurídico transformador - La interculturalidad y el derecho vivo. - La descolonización	Por medio de una fundamentación basada en estos nuevos conceptos aplicados al caso concreto en la búsqueda de reencuentros.
4	Decisión	Restitución al Sumaj Kawsay / Suma Qamaña (vivir bien)	- Integralidad de la resolución	Por medio de disposiciones que establezcan efectos interpartes, pero también exhortaciones a la comunidad, a la sociedad local y la institucionalidad del Estado, velando por la aniquilación del conflicto.

Fuente: elaboración propia 2017.

ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA (estructura basada en el camino cíclico del QHAPAQ ÑAN)		
Tema	Caracterización	Indicadores
Descripción de los hechos	Actualmente los hechos que se describen son solamente teóricos ¿Cómo contrastar con la realidad?	• Investigación de campo de casos relevantes. • Compendios investigativos. • Praxis realidad – claridad-entendimiento. • Elementos probatorios de los aspectos cuestionados. • Informes de contextualización IOC. • Entrevistas con las partes.
Derechos supuestamente vulnerados	La identificación de los derechos son también teóricos ¿Cómo superar esta forma de planteamiento?	• Compendios investigativos de los hechos al caso concreto. • Más concreción. • No latinismos. • La identificación de los derechos pertenece a la parte accionante que puede presentar desde su cosmovisión. • Información respaldada. • Cuando hay lesión de un derecho no identificado puede considerarlo en base a la verdad material.
Conclusiones	Las conclusiones se arman a partir de los documentos que se presentan	• Creación de documento que contenga la investigación de los hechos y derechos. • Audiencias públicas. • Informes de trabajo de campo y gabinete • Audiencias (Actas)
Audiencia del tribunal de garantías	Las audiencias son realizadas solo en cuatro paredes	• Audiencias grabadas y filmadas • Audiencias públicas con control social. • Audiencias públicas en sitio (AL) • Audiencias (potestad del relator)

Fuente: elaboración propia 2017.

1.1 Formulación del problema jurídico y su análisis relacional multidimensional

Se conoce que en las resoluciones constitucionales, la identificación del problema jurídico se realiza a partir de tres elementos: hechos, derechos vulnerados y petitorio. En esta triangulación, es importante que se realice una contextualización antropológica e histórica de los hechos que se relatan, por cuanto, en una demanda, responden a una sola visión del conflicto. Es decir, están expresadas desde una sola perspectiva del problema.

Para una comprensión mucho más profunda del problema que da origen a la acción se requiere de un análisis histórico sociológico para comprender las condiciones que han dado lugar a los hechos, por una parte, y, por otra, un análisis antropológico que dé cuenta de las relaciones e implicancias del problema para el sistema jurídico de la comunidad. No obstante, los conflictos personales, familiares, comunales, etc., no solo tienen una dimensión jurídica, sino que también implican intereses y motivaciones sociales, políticas, económicas, etc.

Proponemos emplear el enfoque de la “Chakana” a partir de la aplicación de sus dimensiones: ser, saber, hacer y poder. Esta formulación del problema jurídico debe desde un ejercicio jurídico relacional multidimensional

Cuadro 8

Indicadores para la formulación del problema jurídico

FORMULACION DEL PROBLEMA JURIDICO DESDE UN ENFOQUE MULTIDIMENSIONAL Superar la razón socrática desde el paradigma de la armonía hombre - naturaleza			
Componentes	Caracterización	Indicadores	Aplicación
Contextualización de la problemática.	Los hechos y derechos a partir de: El ámbito social y cultural (ser) - Desde la pluralidad de saberes (saber) - Desde la pluralidad de procedimientos (hacer). - Desde la pluralidad de formas de organización y sistemas jurídicos (poder).	- Factores sociológicos, antropológicos e históricos que determinan las causas y efectos de la problemática; y, como se expresan en las demandas jurídicas. - Documentos investigativos en concretos y relevantes. - Desmitificación de la realidad. - Aspectos cuestionados en la demanda - Informes, pruebas del expediente, documentación complementaria.	- Por medio de una investigación antropológica, sociológica y/o histórica de la problemática. - Por medio de audiencias públicas con los accionantes. - Por medio de la revisión del sistema jurídico al que pertenece - Por medio de criterio técnico respecto de comunidad involucrada.
Análisis relacional		- Análisis relacional del problema jurídico: - Relación del problema jurídico con la cosmovisión y percepción social. - Relación del problema jurídico con los saberes y conocimiento locales. - Relación del problema jurídico con los procedimientos locales - Relación del problema jurídico con la territorialidad y la identidad.	- Análisis de las normas comunitarias en su sistema jurídico. - Comprensión desde sus valores axiológicos. - Análisis antropológico de las interdependencias del problema para el sistema jurídico

Resultados esperados:

- Conocer la problemática de fondo antes de formularse el problema jurídico.
- Mayor comprensión de la problemática en su real dimensión, comprender las condiciones que han dado lugar a los hechos.
- Se ponen los hechos en su contexto social y cultural.
- Audiencias públicas y/o informe de campo. La inclusión de diálogos permite generar un contacto intercultural con los actores a objeto de comprender el problema de manera directa.
- Conduce a una acción de protección de los derechos colectivos, su inclusión permitirá comprender las implicaciones que tiene el problema para toda la comunidad.
- Su inclusión permitirá comprender las implicaciones que tiene el problema para toda la comunidad.

1.2 El pensamiento amawtiko: fundamentación y sustentación jurídica plural y su aplicación en el caso concreto

La fundamentación es la parte donde se exponen las razones por las cuales se toman las decisiones respecto del problema planteado. En una gran parte de las resoluciones, solo se sigue los razonamientos desarrollados desde las siguientes fuentes clásicas:

- a) Tenor literal de CPE
- b) Bloque de constitucionalidad
- c) Jurisprudencia constitucional y
- d) Jurisprudencia comparada

La inclusión de un enfoque de pluralismo e interculturalidad, de acuerdo con los fundamentos expuestos en esta herramienta, van hacia la necesidad de generar una reinterpretación de los mismos institutos jurídicos, a partir de:

- a) Peritaje socio antropológico
- b) Análisis interdisciplinario antropológico, sociológico e histórico
- c) Dialogo con los actores de los sistemas jurídicos por medio de audiencias y/o visitas a la organización.
- d) Aplicación reflexiva del bloque de constitucionalidad.

Esta propuesta se basa fundamentalmente en la ampliación de las fuentes del derecho clásicas a nueva fuentes que se encuentran en la sociedad.

Cuadro 9

Indicadores para la fundamentación y sustentación jurídica plural y su aplicación al caso concreto

FUNDAMENTACION E INTERPRETACION DESDE EL PENSAMIENTO AMAWTICO			
Componentes	Caracterización	Indicadores	Aplicación
Lectura comparada de la CPE con las actas y acuerdos de la Asamblea Constituyente	¿Cómo pensar desde el proyecto político que diseñó el constituyente? • La identidad plural • Economía plural • Democracia plural • Territorialidad plural	• Mejora de políticas públicas • Estudio previo de actas de la A.C. • Rescate de la cosmovisión específica al caso. • Involucración de actores IOC	Por medio de un análisis comparativo de la CPE con las actas de la Asamblea Constituyente.
Informes y peritaje antropológico como fuente de derecho vivo	¿Cómo materializar la existencia de la plurinacionalidad en las fuentes de derecho?	• Razonamiento y lógica procesual comunitaria • Lectura de la norma comunitaria desde su dimensión sistémica. • Fundamentación desde la pluralidad de fuentes del derecho. • Incentivo a la investigación de campo. • Comprensión de la multidimensionalidad de la justicia plural, intercultural y democrática. • Peritaje antropológico • Aplicación de principios • Aplicación en NyPIOC. • Reconocimiento de saberes IOC establecidos conforme a la CPE.	Por medio de análisis antropológico, sociológico e histórico que reflejen el funcionamiento de los sistemas jurídicos.
Diálogo con los actores de los sistemas jurídicos de la JIOC	¿Cómo propiciar el diálogo directo de la justicia con las naciones y pueblos en pie de igualdad jerárquica?	• Diálogos comunitarios • Diálogos territoriales • Audiencias públicas interculturales • Escuelas comunitarias para la justicia plural. • Modificación del sistema judicial actual • Coordinación interinstitucional Ministerio de justicia. • Igualdad jerárquica según su competencia	Por medio de la apertura de espacios de diálogo directo entre las unidades funcionales y área jurisdiccional del TCP con las NyPIOCs y organizaciones sociales.
Aplicación reflexiva del bloque de constitucionalidad	¿Qué misión debe cumplir los estándares internacionales?	• Los derechos fundamentales deben ser • Cumplir los estándares de justicia (convencionalidad) • Análisis comparado de otras constituciones. • En base a la justicia material y la prevalencia de derechos.	Por medio de un análisis ponderativo
El tinku reencuentro	¿Cómo propiciar un proceso de reencuentro de la armonía por medio de las resoluciones judiciales?	Aplicación de los principios del Qhapaq Ñan en su dimensión de cabalidad y exactitud <i>chekathakhi</i> . ¹	Aplicación de la lógica cíclica de la justicia indígena a la resolución de casos en los cuales está involucrado una NyPIOC o derechos indígenas.

Resultados esperados:

- Fundamentación y aplicación reflexiva de la jurisprudencia nacional e internacional.
- Fundamentación y aplicación de la cosmovisión de cada pueblo para la resolución de sus casos concretos.
- Contribuye a generar un estado de seguridad del sistema jurídico en cuestión por medio de los razonamientos e interpretación intercultural.

1.3 El “por tanto”: integralidad y restitución al Sumaj Kawsay, Suma Qamaña, Yandereko

La Unidad de Descolonización ha planteado que la sentencia jurídica se aproxima al concepto de “*jucha taripaña*” que es la decisión de reunión comunitaria que adopta una comunidad mediante sus autoridades naturales a raíz de un conflicto que afecta toda su vida integral (comunidades humana, naturaleza y deidades). En esta decisión comunitaria se aplican los principios y valores ancestrales que permitan retornar al *qhapajñan*.¹⁰⁰ (TCP/ST/UD/ Inf. Tec. No. 055/2013).

Cuadro 10
Indicadores para una disposición integral

LA DECISIÓN: RESTITUCIÓN AL SUMAJ KAWSAY / SUMA QAMAÑA (VIVIR BIEN) EL ESTADO DE ARMONÍA Y EQUILIBRIO			
Componentes	Caracterización	Indicadores	Aplicación
Integralidad de las disposiciones	¿Cómo materializar que las disposiciones conduzcan a la restitución de esta armonía y equilibrio?	• Integralidad de las disposiciones (efecto interpartes, protección de derechos colectivos, traducción y seguimiento al cumplimiento). • Modificar el sistema de justicia. • Interpretación progresiva que se enfoca en la restitución de derechos y garantías afectados. • No formalismo	Exhortaciones al estado para que mediante sus instituciones promuevan acciones para evitar que se vulneren derechos.

100 Qhapajñan, expresión quechua, que constitucionalmente se ha dado el significado camino o vida noble. En la cosmovisión andina este término es mucho más amplio ya que está relacionado con el camino cíclico que recorren todos los elementos del cosmos “pacha”, y que en la ciencia moderna se ha venido a llamar “órbitas”, por lo que se relaciona este camino con el derecho o el sendero que todos los elementos del cosmos deben transitar y que cuando un elemento se sale de este camino, ocasiona el conflicto, caos, que en nuestras lenguas se denomina, mach’a, tuta, ch’amaka. Por lo que la sanción o la transparentación significa nada más el retorno al mismo y así de esta manera se restituye el equilibrio y la armonía en el entorno comunitario de las comunidades humana, naturaleza y las deidades.

Traducción al idioma local y seguimiento al cumplimiento	¿Cómo garantizar que la Sentencia sea conocida y cumplida?	• Materialización de derechos lingüísticos • Difusión en varios idiomas. • Publicación inmediata. • Lectura en idioma IOC • Control de lo obrado por los tribunales y jueces de garantías con respaldos.	Disposición que ordena la traducción de la SCP al idioma local Disposición que ordena seguimiento al cumplimiento de la SCP
---	--	--	--

Resultados:

- Establecer mandatos para la comunidad y organización y para el Estado a fin de garantizar el cambio de situación y su cumplimiento.
- Generar un proceso interno de superación de su conflictividad interna y/o adaptación a situaciones cambiantes locales.
- Su inclusión permite que se entienda mejor las razones de la SCP. Inclusión permite asegurarse de que se efectivice lo dispuesto por la SCP.

-0-

CAPÍTULO IV

POLÍTICAS PARA UNA GESTIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL

Pautas para un pensamiento alternativo

1. Lecciones aprendidas

A continuación se presentan los hallazgos de las temáticas que se discuten en el texto.

a) La Justicia indígena originaria campesina no es discrecional.

Este es uno de los temas neurálgicos en la concepción de la justicia indígena originaria campesina: su legitimidad. Comúnmente, tanto en espacios académicos, jurídicos o la calle, se asimila a la justicia indígena con acciones violentas que jurídicamente son calificadas como medidas de hecho. Tanto legislación nacional, tal el caso de la Ley 073 así como algunas de las sentencias constitucionales plurinacionales, caen el error de considerar a la justicia indígena como discrecional, por tanto, urge la necesidad de establecer límites, delimitar sus competencias, limitar su accionar en pro de los derechos fundamentales. Esto ha llegado a visualizar un escenario de colisión entre derechos individuales con derechos colectivos, dicho de otro modo, derechos tales como la vida, la libertad, el trabajo, la propiedad, etc., frente a derechos tales como el autogobierno y la libre determinación. Situaciones que en su mayoría, son resueltas solamente desde la perspectiva de los derechos individuales.

Para los pueblos ancestrales, en cambio, la justicia es parte de la integralidad, está integrada a la vida en una relación de respeto a la vida y la armonía social. Ahí radica su fundamento principal como mecanismo restaurador de esta integralidad, en la cual la sanción es un agregado que se puede aplicar o no, en función a la valoración del principio reparador que sustenta su funcionamiento. En esta jurisdicción no se admite el monopolio de la decisión en una sola autoridad, tal como sucede con la justicia ordinaria; sino más bien, éstas expresan su carácter complementario entre las partes en conflicto y están sujetas al control social de toda la comunidad. En ese sentido, como se pudiera hablar de la JIOC como vulneradora, por ejemplo del derecho a la defensa, cuando toda la comunidad participa de la resolución del conflicto.

El texto nos ha mostrado que el debido proceso, el derecho a la defensa o la seguridad jurídica son construcciones teóricas del pensamiento crítico occidental. No obstante, como institutos, si bien no son aplicables a la realidad de los pueblos indígenas, no significa que los mismos no existan como praxis en la resolución de conflictos comunitarios. Dicho de otro modo, puede que no se pueda equipar estos conceptos a la JIOC, pero si es cierto que en esta jurisdicción

se respeta que una persona pueda defenderse, existen procedimientos de defensa que bien podrían ser vistos como un debido proceso indígena originario campesino. Otra cosa es que a veces los afectados optan por desconocer esta jurisdicción indígena y buscar la protección de sus derechos individuales en la jurisdicción ordinaria.

b) La propiedad, trabajo y la relación con la tierra responden a otra concepción de la vida

El texto nos muestra que para los pueblos indígenas, la tierra es parte del territorio; y, este es el núcleo donde se reproduce la vida. Por tanto, el trabajo (irnaqaña o llank'ay" o trabajar) no es solo otro medio de subsistencia, sino es ante todo una actitud estrechamente ligada al beneficio de convivencia armónica e equilibrada en comunidad entre las comunidades de la naturaleza. Entonces, la libertad para los pueblos andinos se desenvuelve en el marco de una convivencia colectiva comunitaria se basaba en un diálogo entre el ser humano con su entorno que edificaba un sentido de vida.

Entonces, no es posible aplicar un concepto de propiedad, especialmente a la tierra, aunque esto no excluye su condición de hábitat, basado principalmente en su concepción parcelaria sustentada en principios de uso goce y disfrute, desde una perspectiva enteramente individual, sin antes considerar su correlación con el todo. Esta colisión de mentalidades, principios y razonamientos está conduciendo a crear un estado de vulnerabilidad de los sistemas jurídicos ante la presencia de conflictos internos.

c) Agua, vida y vivienda constituye el principal aporte de nuestro constitucionalismo

El texto nos muestra que desde los pueblos indígenas, para el caso específico del Suyu Jach'a Carangas, la vivienda (Qori Qamana Chuqi Qamana = eres mi casa de oro y plata) es el lugar donde uno habita, donde nos alimentamos, es el depósito de nuestra comida, es el seno de la madre, testigo de nuestra vida, la génesis de nuestro existir. Si la casa es así, todo el hábitat, es la casa mayor de la humanidad.

Entonces, el agua que es como la sangre que da vida a esta casa mayor de la humanidad, no simplemente es un bien para la producción, es ante todo la condición necesaria para la vida, derecho de todos los seres vivos, algo que no se puede apropiarse, que no se puede restringir. Esta es la enseñanza de los pueblos indígenas al mundo.

Sobrecarga procesal, pluralismo y descolonización

1. Necesidad de equilibrar la balanza

El desarrollo del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización son por así decirlo, muy lentos y difíciles de continuar con las actuales condiciones de sobre carga procesal que existe en los tribunales de justicia, a consecuencia de la excesiva centralidad de atribuciones para su resolución. Pese a los esfuerzos que se realice, el exceso de expedientes que cada sala deba resolver, sumadas a los plazos cortos que se tienen, contribuyen de manera negativa a cualquier desarrollo teórico.

2. Restricciones y áreas de interés para la justicia constitucional

¿Es posible que se puedan establecer filtros para el ingreso de estas causas al TCP, principalmente en acciones de amparo constitucional y acciones de libertad? Es necesario debatir sobre esta necesidad. Si bien existe algún material que propone asumir acciones de planificación compartida, capacitación y actualización con los operadores de justicia, concertación, evaluación, seguimiento y monitoreo permanente a la gestión procesal, la cosa no termina ahí. Vemos necesario que este Tribunal, como guardián de la Constitución, establezca áreas temáticas las cuales profundizar a través del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización, tales como el tema tierra y el acceso a los recursos naturales, la colisión de derechos fundamentales vs derechos indígena originario campesinos o las autonomías territoriales y el autogobierno. Estos temas se justifican en la medida en que son determinantes para nuestra configuración nacional plurinacional.

3. Política de formación (“derecho que no se conoce, derecho que no se defiende”)

Es importante cambiar la cultura jurídica tradicional, que no deviene de un servicio a la sociedad, por una justicia basada en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos (CPE, art. 178). Hoy en día, los espacios públicos se han judicializado en una suerte interminable de memoriales y litigios que no resuelven el problema del acceso a la justicia. Desde la visión indígena originaria campesina, el derecho en los escritorios se ha convertido en un obstáculo para acceder a la justicia. Descolonizar la justicia supone aceptar que hay otras concepciones de la justicia y de dignidad humana.

Descolonizar el derecho, entonces, es pues una praxis creativa, un proyecto de transformación que supere las actuales condiciones de desigualdad, entre muchas, del acceso a la información. El trabajo realizado por la Secretaría Técnica muestra un gran avance del TCP en cuanto a la protección de los derechos de los sectores más vulnerables, entre ellos los

pueblos indígena originario campesinos, no obstante, existen muchos lugares en los cuales no se conoce aún a este Tribunal, el rol que cumple ni las formas de acceso a la justicia constitucional, lugares que se han vuelto propicios para imposición de la justicia ordinaria sobre las potestades y derechos que establece la CPE para las NyPIOCs. En este escenario de cosas, el TCP tiene la misión de promover la igualdad de oportunidades entre las distintas jurisdicciones a fin de que ellas puedan acceder en pie de igualdad. Para ello, una modalidad de “escuelas comunitarias” podría contribuir al desarrollo de contenidos en materia de derecho constitucional plurinacional.

4. Política de dialogo (audiencias públicas y encuentros territoriales)

La nueva visión de la justicia espera que los Tribunales sean instituciones que dialoguen en forma directa con el pueblo, que informen sus resultados y que estén alerta ante la posibilidad de la vulneración de los derechos y garantías que la Constitución establece. La cultura jurídica actual de “imposición normativa” debe ser transformada a una concepción de justicia con principios y valores de una justicia viva para la vida el vivir bien y al servicio a la sociedad.

Es necesario promocionar desde estos ámbitos, procesos dialógicos tendientes a conectar la justicia con las demandas del pueblo boliviano, a través de audiencias públicas, encuentros nacionales, encuentros territoriales, etc. Son espacios difíciles cuando se trata de impartir justicia, pero quizá ese es el reto en la nueva forma de hacer justicia. Históricamente los cambios no devienen desde lo instituido, desde la legalidad y el orden establecido, sino desde la insurgencia social.

5. Política de control y observación (observatorio de protección de los derechos de las NyPIOC, aplicación de la herramienta para aplicar la nueva comprensión de los derechos y garantías)

¿Cómo visualizar, si es que acaso valorar la implementación del pluralismo jurídico, la interculturalidad y la descolonización? Es necesario que el TCP maneje un sistema de indicadores, que puedan establecer parámetros para observar si las resoluciones constitucionales incluyen o no elementos del pluralismo jurídico, interculturalidad y descolonización; y, si las mismas están contribuyendo a la materialización de nuestra Constitución Política del Estado. La Secretaría Técnica debe asumir rol de constituirse en un observatorio del cumplimiento de las resoluciones constitucionales en materia de derechos humanos y derechos de los pueblos indígena originario campesinos.

BIBLIOGRAFÍA

ALANES Orellana, Victor

- 2015 "El agua como recurso natural estratégico, Derecho fundamental en la constitución Política del estado y derecho humano". En: Principios y Valores para Construir una sociedad Justa y Armoniosa. SECRETARÍA TÉCNICA Y DESCOLONIZACIÓN – TCP. Pág. 169.

ARROJO, Pedro

2013. "Bolivia es líder mundial en derecho al agua". La Razón, 16 de junio, La Paz.

BACHELARD, Gastón

1997. La Poética del espacio. Capítulo sexto: los rincones: México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

BOAVENTURA DE SOUSA Santos y José Luis Exeni Rodríguez

2012. Justicia indígena, Plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia Ed. Abya-Yala. La Paz, Bolivia.

BOLLNOW, O.F.

- 1993 El Hombre y su casa. Revista camara 10(50) 70-92 Barcelona: Editorial Labor S.A.

CONAMAQ

2010. La chakana, el vivir bien y el ejercicio de autoridad chacha-warmiti. La Paz.

CONSEJO AUTONÓMICO DE TOTORA MARKA

2011. Estatuto Autonómico Originario de Totorá Marka. Aprobado en grande y detalle. 18 de diciembre de 2011.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo y ALDUNATE LIZANA, Eduardo.

Evolución histórica del concepto de propiedad. En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2008). Chile. (En línea). URL: www.redalyc.org/pdf/1738/173819211013.pdf. (Consultado en 09.05.17)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.

Sentencia C-133/09.

Sentencia C-025/09

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Informes relativos a casos particulares. Caso N°10.169/05, Banco de Lima, informe N° 10/91, Perú. En: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991, Washington D.C.

Informes relativos a casos particulares. Caso N°11.673, Santiago Marzióni, Informe N° 39/96, Argentina, Análisis. En: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, Washington D.C.

CUERVO CALLE, Juan José

La dialéctica entre habitar y ecología. En: Usjt • arq.urb • número 10 | segundo semestre de 2013. <http://www.usjt.br/arq.urb/numero-10/9-ensaios-juan-jose-cuervo.pdf>.

DE SOUSA SANTOS Boaventura

2010 "Refundación del Estado en América Latina". Perspectivas desde una epistemología del Sur. Plural Editores.

ESPINOZA G. Carlos & CAICEDO T. Danilo

2009 Derechos Ancestrales, Justicia en Contextos Plurinacionales, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional

Ley N° 254 Código Procesal Constitucional

FERNÁNDEZ, Marcelo.

2000. La Ley del Ayllu: práctica del Jach'a Justicia y Jisk'a Justicia en comunidades aymaras. PIEB, Plural.

GARCÍA CANCLINI, Néstor

2005 Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad. Nueva Edición. Buenos Aires: Paidós. Estado y Sociedad.

GIZ PROJURIDE.

2012. Sistemas jurídicos indígena originario campesinos en Bolivia. Tres aproximaciones: Curahuara de Carangas (Oruro), Sacaca (Potosí) y Charagua Norte (Santa Cruz). EDOBOL. La Paz.

GOLDSCHMIDT, James Paul.

1961 Principios Generales del Proceso II, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, Ed. Jurídicas Europa y América, Buenos Aires.

1935 Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal, Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935, Ed. Bosch.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Luis José y MARQUÍNEZ ARGOTE, Germán

2007 Valores éticos para la convivencia. Bogotá: Editorial El Búho.

GOSÁLVEZ SOLOGUREN, Gonzalo

2010 Estructura y organización económica del Estado Análisis y crítica en la nCPE. En: Miradas. Nuevo Texto Constitucional. IDEA eds. (En línea) URL: https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/texto_miradas_ncpe.pdf. (Consultado en 21/02/17).

GRISALES JIMÉNEZ, Germán

2000 Nada queda, todo es desafío. Globalización, soberanía, fronteras, derechos indígenas e integración en la Amazonía. Bogotá: Convenio Andrés Bello.

HUANACUNI, Fernando.

2010. Vivir bien / Buen vivir. Coordinadora andina de organizaciones indígenas – CAOI. Lima – Perú.

HURTADO, Adriana

1991 "Hacia un sistema de ciencia y tecnología para la Amazonía Colombiana". En: Amazonía, un mundo. Ahora para el futuro. Bogotá: Corpes Amazonía.

ILLICH, Ivan

1988 La reivindicación de la casa. Alternativas II. Traducido por Joaquín Mortiz. Santa fe de Bogotá: Editorial Planeta.

ISAZA GIRALDO, Fabio

2004 "Hábitat y desarrollo humano". Cuadernos PNUD. UN Hábitat. Investigaciones sobre desarrollo humano. Bogotá: Panamericana.

KELSEN, Hans.

1995. Teoría General del Derecho y del Estado, México D.F. Universidad Nacional Autónoma De México.

LIZÁRRAGA ARANIBAR, Pilar y VACAFLORES RIVERO, Carlos

La descolonización del territorio: luchas y resistencias campesinas e indígenas en Bolivia. En: Capitalismo: tierra y poder en América Latina (1982-2012) Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela. Volumen II. Universidad Autónoma Metropolitana, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, ediciones continente. Primera edición. México 2014. (En línea) URL:www.academia.edu/La_descolonización_del_territorio_luchas_y_resistencias_campesinas (Consultado en 09.05.17).

LUNA A. Héctor.

2011 Diagnóstico sobre la aplicación de mecanismos y formas de coordinación, cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y la agroambiental, Curahuara de Carangas (Oruro). La Paz, Ministerio de Justicia, Cooperación Técnica Alemana.

MANRIQUE, Manuel

2010 Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos. Bogotá: Unicef, Oficina de área para Colombia y Venezuela. Consultado el 25 de abril de 2010 en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4885.pdf>.

MÁRQUE Z., Raúl.

La propiedad como hecho social. Una contribución etnográfica a la crítica del economicismo. Departamento de Antropología Social y de Historia de América y África. Universitat de

Barcelona. (En línea). URL: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/50644>. (Consultado en 21/02/17).

MARX Carlos.

1873 El capital. Londres.

MÍGUEZ NÚÑEZ, Rodrigo

Tierra, propiedad y antropología jurídica: a propósito de étienne le roy, la terre de l'autre. Une anthropologie des régimes d'appropriation fonciere. (En línea). URL: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300019. (Consultado en 21/02/17).

MONTERO Aroca, J; Gomez Colomer, J.L.; Monton Redondo, A.; Barona Vilar S.

2005 Derecho Jurisdiccional I, Parte General, 14ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MONTESINOS LLINARES, Lidia.

La antropología y el derecho ante los fenómenos posesorios: entre la comunidad y la propiedad. Universidad de Barcelona. (En línea) URL: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/50643>. (Consultado en 21/02/17)

MORENO Catena, V.; CORTÉS Domínguez, V.

2005 Derecho Procesal Penal, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MOSTAJO Barrios, Jorge Omar.

El Derecho Humano al Agua: Su reconocimiento y Contenido. Revista Boliviana de Derecho Nacional e Internacional. Pág.69 a 82.

NICOLÁS, V., FERNÁNDEZ, M., FLORES E.

2007. Modos Originarios de Resoluciones de Conflictos en Pueblos Indígenas en Bolivia, La Paz, Fundación PIEB.

NIETO, Valentina y PALACIO, Germán A.

2007 Amazonía desde adentro. Aportes a la investigación de la Amazonía colombiana. Leticia: Imani Mundo II. Universidad Nacional de Colombia, sede Amazonía.

NOEJOVICH, Héctor Omar.

La noción abstracta de propiedad en América: una visión desde los Andes. En: revista PUCP (1999). (En línea): URL: www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/10603/11075 (Consultado en 09.05.17)

NOVOA MONREAL, Eduardo.

Evolución del derecho de propiedad ante los actuales textos constitucionales latinoamericanos. (En línea). URL: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/847/5.pdf> (consultado en 09.05.17)

NUÑEZ, Ana.

La perspectiva histórica y socio-antropológica en torno a la propiedad y el derecho de propiedad. En: revista Theomai 27-28 (2013) (URL: revista-theomai.unq.edu.ar/NUMERO_27-28/Ana%20Nuñez.pdf). (Consultado en 15.03.17)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Convenio 169 de la OIT.

PADILLA Rubiano, Guillermo.

2012 Aplicación práctica del principio de legalidad y debido proceso en contexto de interculturalidad en elementos y técnicas de pluralismo jurídico manual para operadores de justicia. Konrad Adenauer. México.

PEÑA, Chacón.

2012 Derecho Humano al Agua, (Ensayo). URL disponible en: www.derechohumanoalagua.com

PÉREZ Fleita, Edelso

2012 "El debido proceso: una mirada desde la perspectiva del juez cubano" (CV)edelo74@gmail.com - Universidad de Artemisa. Cuba.

PRADA ALCOREZA, Raúl

Horizontes del Estado plurinacional. (En línea). URL: <http://opiniondefondo.blogspot.com/2011/12/3-raul-prada-horizontes-del-estado.html#/2011/12/3-raul-prada-horizontes-del-estado.html>. (Consultado en 21/02/17).

PROUDHON, Pierre Joseph

¿Qué es la propiedad? Investigaciones sobre el principio del derecho y del gobierno. Editorial Proyección S.R.L., Buenos Aires, 1970. (En línea) URL: <https://docs.google.com/file/d/0B14Synwe1mHzYkZqcEJLUISUGM>. (Consultado en 21/02/17).

RAPPAPORT, Joanne

2008 Utopías interculturales. Intelectuales públicos, experimentos con la cultura y pluralismo étnico en Colombia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

S/N (sin nombre?)

Decenio Internacional para la Acción "El Agua Fuente de Vida". 2005 – 2015. S/f. soporte magnético: www.un.org/spanish/waterforlifedecade/

S/N (sin nombre?)

El Agua como derecho humano. En: Medio Ambiente y Desarrollo: Hacia un Manejo Sustentable del Agua. S/N. Soporte magnético: [www.virtual.cocef.org/discos/Disco/\(escenarios\).pdf](http://www.virtual.cocef.org/discos/Disco/(escenarios).pdf).

SANTIAGO, S. Soraya & GUARAYO, LI. Humberto.

- 2014 Interdialogando, Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara, La Paz, Konrad Adenauer Stiftung.

TAMAYO HERRERA, José

- 1981 Las proyecciones del indigenismo jurídico sobre la propiedad andina. En: Gilles Rivière, Pierre Bonte y Michez Izard (eds.). El Pensamiento indigenista, Lima, Mosca Azul Editores. 2000. (en línea) URL: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-2010. (Consultado en 21/02/17).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

2013 Constitución Política del Estado Ed. Cuatro Hnos.

SC-0682/2003-R de 20 de mayo

SC 0324/2005-R de 7 de abril

SC 1786/2011-R de 7 de noviembre

SCP 0064/2015, de 21 de julio

SCP 0930/2016 de 19 de octubre

SC 1429/2011-R de 10 de octubre

SCP 1459/2015-S2 de 23 de diciembre.

INFORME TÉCNICO DE GABINETE TCP/STyD/UJIOC/Nº 030/2016

- 2016 Re significación de los derechos y garantías fundamentales aplicados a un caso concreto en la comunidad de Anacurí. Documento de análisis interno. Secretaría Técnica TCP.

2016. Sistemas de Justicia. Challapata, Sicaya, TIPNIS. TCP. Sucre.

UNESCO.

- 2005 Declaración Universal de Derechos Humanos

UNTOJA CHOQUE, Fernando

Retorno al ayllu. Una Mirada Aymara a la Globalización. Prólogo a la 2da Edición. (En línea). URL: biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/elibros_internet/55843. (Consultado en 21/02/17).

VELÁSQUEZ Velásquez, I.V.

- 2008 El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales. www.eumed.net/rev/cccss/

ZABALETA MERCADO, René.

- 1998 50 años de historia. Obras completas. Los amigos del libro. Cochabamba- Bolivia.

(Footnotes)

- 1 Chekathaki; término aymara que significa lo mismo que el "Qhapajñan".