

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESTADO PLURINACIONAL: EL RETO CONSTITUYENTE DE BOLIVIA

BARTOLOMÉ CLAVERO

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO.—2. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE PODERES DADOS Y LIBERTADES POR DAR.—3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNALES NO PLURINACIONALES.—4. BOLIVIA Y NO ESPAÑA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y JURISDICCIÓN INDÍGENA.—5. OBSOLESCENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTE EL RETO DE LA PLURINACIONALIDAD.—6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ENTRE REDUCCIÓN COLONIAL Y PREJUICIO CULTURAL.—7. COLOMBIA Y TAL VEZ BOLIVIA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO.—8. BOLIVIA EN SOLITARIO: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y RETO CONSTITUYENTE.—9. COLOFÓN ABIERTO.

1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

Un país se constituye por el Derecho en su integridad, no solo por la Constitución ni tampoco por la jurisprudencia constitucional, pero esta última, de haberla, puede convertirse en una agencia constituyente prorrogando la función que debiera en principio agotar la norma constitucional. Bolivia se ha dotado de una nueva Constitución que, entrando el año 2011, conoce ya un primer desarrollo legislativo, así como todavía una apertura, o incertidumbre si prefiere decirse, del diseño constituyente. La Constitución establece un Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP en adelante), una jurisdicción constitucional exenta que se distingue con dicho calificativo de *plurinacional*, cuya futura jurisprudencia podrá en efecto tener un alcance materialmente constituyente. Para apreciarse la posibilidad, conviene ubicar y comparar,

ubicar ese nuevo TC entre los congéneres de la región y comparar unos con otros (1).

Comencemos por un recordatorio sumarisimo. En 1980, la Constitución de Chile instituye un Tribunal Constitucional para «ejercer el control de constitucionalidad». En 1985, la Constitución de Guatemala establece una Corte de Constitucionalidad como «tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional» (art. 268), incluyendo el amparo de los derechos constitucionales (art. 272). En 1991, la Constitución de Colombia insta una Corte Constitucional a la que «se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» con funciones de control de constitucionalidad accionable por la ciudadanía (art. 241). En 1993, la Constitución del Perú se dota de un nuevo Tribunal Constitucional para control de constitucionalidad y garantías de amparo (art. 200). En 2008, la Constitución del Ecuador recrea también una Corte Constitucional como «máxima instancia de interpretación de la Constitución (y) de los tratados internacionales de derechos humanos», reforzando con esto sus funciones de amparo junto a las de un control de constitucionalidad franqueado al acceso ciudadano (arts. 436 y 437).

En 2009, la Constitución de Bolivia abunda en esta última dirección y añade algo más. Abunda: «El Tribunal Constitucional Plurinacional 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» (art. 196.1). Y viene a continuación lo nuevo, relacionándose con ese calificativo *plurinacional* de este Tribunal Constitucional. «Son atribuciones del Tribunal Constitucional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: [...] Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas. [...] Las

(1) La principal fuente de este artículo es la comunicación directa. He efectuado una nueva visita a Bolivia que, los días 2 y 3 de septiembre, 2010, en La Paz, me ha permitido trabajar intensamente en talleres con equipos de programación del desarrollo de la Constitución, de la órbita tanto del Legislativo como del Ejecutivo. No todas las deudas puedo consignarlas. Agradezco iniciativa a Idón Chivi, Director General de Administración Pública Plurinacional del Ministerio de Culturas, y apoyo a Denis Racicot, representante en Bolivia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Mi agradecimiento se extiende a la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ; en términos personales, a Verena Blickwede), por la invitación a un encuentro en Santa Cruz, los días 30 de agosto y primero de septiembre, entre constitucionalistas del ámbito hispanohablante (para actas, *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, La Paz, GTZ – Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010). Este artículo desarrolla mi contribución a dicho encuentro pasada por las enseñanzas de aquellos talleres y tomando en cuenta las novedades ulteriores, en especial la que representa la Ley de Deslinde Jurisdiccional promulgada el 31 de diciembre de 2010. En esta fecha cierro.

consultas de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto» (art. 202.3 y 8). Para la Constitución, entre las referidas *entidades territoriales autónomas* se encuentran *las naciones y pueblos indígena originario campesinos* que cuentan con el derecho «a la libre determinación y territorialidad» (art. 30.II.4), así como otros *territorios indígena originario campesinos* pues éstos no se agotan en los *pueblos o naciones indígenas* (arts. 289-296).

El TCP habrá de acomodar la institucionalidad indígena con las instituciones centrales y con las otras territorialidades autónomas. Ha de conjugar la *plurinacionalidad* constitutiva de Bolivia. He ahí dónde radica la novedad para una jurisdicción constitucional, una plurinacionalidad que ha de ser activa pues no consiste en una mera constatación de hecho, sino en un empeñado mandato dirigido al Estado para que emprenda políticas conducentes a la *descolonización*, políticas ante todo de reconstitución tanto territorial como institucional de los pueblos indígenas (2). Es un mandato de activismo constitucional que habrá de serlo también de la justicia en general, inclusive la indígena, y del TCP en particular, como habremos de ver a continuación. Es el mandato nuclear de la Constitución, el que esencialmente lleva a la descalificación de la vieja República, por colonial, y a la calificación del nuevo Estado como plurinacional. Tal debe ser la base de partida (3).

(2) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 3.1: «Plurinacionalidad. Es la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas y bolivianas y bolivianos que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano». El contexto que le imprime sentido lo define justamente la Constitución: «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» (art. 2); «Son fines y funciones esenciales del Estado [...]: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales» (art. 9).

(3) Idón Moisés CHIVI VARGAS, «Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originario campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario», en Carlos ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y Danilo CAICEDO TAPIA (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia en Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, págs. 297-355; *Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena*, en autores varios, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, págs. 73-93. Para contraste de la posición que intenta desplazar la base y minimizar el núcleo, la que está inspirando el primer desarrollo normativo de la Constitución, los capítulos predominantes y en posición de preferencia en autores múltiples, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés-Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

¿Es radical la novedad? ¿Habrá en cambio de resultar limitada y relativa? Ambas cosas podrán desde luego ocurrir dependiendo fundamentalmente del desempeño de la Asamblea Legislativa Plurinacional, poder legislativo superior al de todas las autonomías que ahora ya se reconocen, como la indígena, ya se instituyen, como la departamental, y dependiendo también, acto seguido, del TCP y del planteamiento y desenvolvimiento de las mismas autonomías (4). No todo se juega por supuesto en el establecimiento, la puesta en marcha y el arranque de la obra jurisprudencial del TCP, pero la suerte del nuevo constitucionalismo boliviano en una buena parte va seguramente a dirimirse por el trabajo de la jurisdicción constitucional.

A efectos prácticos, ¿podrá el TCP continuar en la línea de la jurisprudencia constitucional sobre derechos indígenas existente por América, inclusive la boliviana anterior a la nueva Constitución, desarrollándola ahora conforme a los requerimientos de la *plurinacionalidad* o, por este mismo parámetro, habrá de afrontar de raíz la creación jurisprudencial propia de ese alcance constitucional? El título del propio artículo ya está anunciando de algún modo la respuesta, pero habrá de explicársele mirando primero a la nueva jurisdicción constitucional boliviana y luego a la jurisprudencia de otros Estados latinoamericanos dotados igualmente de tribunales constitucionales con una u otra denominación. La jurisdicción constitucional en Latinoamérica viene de más lejos y es más ancha, pero la actual de cortes o tribunales exentos es la que aquí va a interesarnos (5).

(4) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 4.III: «El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular»; Constitución, artículo 410. II: «[...] La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: [...] 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena», *legislación* así también, conforme al ejercicio de la respectiva autonomía, *indígena originario campesina*. Para posición que intenta neutralizar esta mención por seguir colonialmente reduciendo el derecho indígena a *usos y costumbres*, Carlos ALARCÓN MONDONIO, «Análisis y comentario de la Quinta Parte de la Constitución: jerarquía normativa y reforma de la Constitución», en autores varios, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado, págs. 227-238.

(5) José PALOMINO MANCHEGO, *Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*, Lima, Grijley, 2003; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *La Jurisdicción Constitucional y los Tribunales Constitucionales de Sudamérica en la Alborada del siglo XXI*, Ciudad de México, Porrúa, 2004; *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI*, Santiago, LexisNexis, 2005; Cochabamba, Kipus, 2006. Para caso al que habremos de extendernos, Laureano GÓMEZ SERRANO, *El control constitucional en Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001; Lina Marcela ESCOBAR MARTÍNEZ, «La actividad constitucional del Consejo de Estado Colombiano»,

Entiéndase América Latina como la región así identificada internacionalmente sin caracterización alguna por el apellido.

En esta exposición, conforme al nuevo lenguaje de la Constitución de Bolivia, entiéndase *indígena originario campesino* cada vez que se diga más sencillamente tan solo *indígena*. La expresión desglosada resulta por supuesto más comprensiva aunque solo sea porque previene frente a las interpretaciones usuales restrictivas a todos los efectos en la identificación del sujeto colectivo indígena de derechos, esto es ahora en Bolivia *las naciones y pueblos indígena originario campesinos*, valga la insistencia (6).

2. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES ENTRE PODERES DADOS Y LIBERTADES POR DAR

La novedad es relativa desde el punto de vista de la competencia para la resolución jurisdiccional de conflictos institucionales, entre los que ahora comparece el nuevo sujeto, a esos efectos, de las naciones o pueblos indígenas. Por regla general, la jurisdicción constitucional en sentido estricto, esto es una instancia distinta, especializada y exenta respecto a la jurisdicción ordinaria para la resolución de asuntos de relevancia incluso constituyente, responde a la necesidad de juridificar contenciosos políticos entre instituciones constitucionales, de carácter territorial en su caso, antes que a la función de amparar libertades, lo que puede quedar en cambio más fácil y eficazmente confiado a la justicia ordinaria, sea o no compartidamente con la constitucional. En su origen, la jurisdicción constitucional estrictamente dicha, la que se asigna a corte o tribunal exento, se inventó por Europa central durante la primera mitad del siglo XX con dicho objetivo de judicializar política interinstitucional. Era la época del surgimiento del constitucionalismo llamado social que comenzaba a sumar derechos económicos y sociales a los civiles y políticos, pero

en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 111, 2006, págs. 65-94; Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007, ocupándose de la aparición tanto de la casación como de la acción de inconstitucionalidad.

(6) Dentro de un buen panorama del horizonte de la autonomía indígena, se ofrece una buena explicación de la necesidad del *anticucho* (brocheta en quechua) de los tres calificativos en uno solo a los efectos incluso gramaticales, con la declinación de género y número por el último adjetivo, y sobre todo, por supuesto, a los efectos de reconocimiento constituyente, en Xavier ALBÓ y Carlos ROMERO, *Autonomías indígenas en la Realidad Boliviana y su Nueva Constitución*, La Paz, GTZ, 2009, en parte, por el estilo, del primero.

el susodicho invento no se vinculó con esta novedad; no se planteó ni sirvió para la defensa ni la promoción de viejos ni de nuevos derechos, sino para una reducción sustancial del ámbito de la discrecionalidad política en las relaciones entre instituciones constitucionales intentando así neutralizar abusos y conflictos. Nació para que la Constitución como norma orgánica vinculase a los poderes constitucionales allí donde la justicia ordinaria carecía de tal capacidad (7).

Fue en un segundo momento cuando la jurisdicción constitucional cobró una relevancia especial en el campo de la garantía de las libertades, lo que ocurrió por razones muy concretas de falencia de la justicia ordinaria en la atención y el amparo a los derechos y libertades constitucionales o también del abuso concreto de los poderes, tanto del legislativo como del ejecutivo, en su atropello y destrucción. El movimiento de asunción decidida de competencia directa en libertades por la jurisdicción constitucional exenta se lanzó a mediados del siglo XX tras la derrota de los totalismos europeos, los cuales dejaron bastante empañada la imagen de la ley o del derecho y de la política que con ella se identifica y legitima, así como no menos maltrecha la credibilidad y la capacidad de la función judicial para la defensa efectiva de derechos ante la instancia de sus titulares. Se acentuó este movimiento pocas décadas después, durante los años setenta de dicho mismo siglo, con la caída de otras dictaduras europeas entre las que se encontraba la que España sufriera durante cuarenta largos años (8).

Sirva su caso, el español, como ilustración. Ante la fuerte desconfianza frente a la justicia heredada de la dictadura franquista y la renuncia política a reconstituirla de raíz, el Tribunal Constitucional se erigió no solo para la resolución jurisdiccional de conflictos entre instituciones, ahora en lugar prioritario las de carácter territorial por el establecimiento de un sistema de autonomía, sino también para la garantía de libertades que no se le quiso confiar a una justicia ordinaria bastante incapacitada por entonces al efecto y cuya incapacidad se dio prácticamente por constitutiva. El primer objetivo, el interinstitucional, era el genuino del invento de la jurisdicción constitucional. El segundo, el garantista, surgía y arraigaba, surge y arraiga, por un efecto de incapacitación de

(7) Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

(8) Albrecht WEBER, «La jurisdicción constitucional en Europa occidental: Una comparación», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, págs. 47-83; Peter HÄBERLE, «La jurisdicción constitucional en la fase actual del Estado constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 153-176.

la función más natural de la justicia ordinaria en un sistema constitucional y de su consiguiente suplencia por una jurisdicción exenta (9).

3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNALES NO PLURINACIONALES

Entre dichas coordenadas parece también ubicarse la formación de jurisdicciones constitucionales por diversos Estados latinoamericanos cuyo último capítulo hasta el momento es el de Bolivia. Las cortes o tribunales constitucionales aparecen por América con la doble función de judicialización de relaciones interinstitucionales y de garantía de libertades, esto segundo compartido en diverso grado y de distinta forma con la justicia ordinaria según los casos. A nuestras alturas, las alturas de la nueva Constitución de Bolivia, cunde la impresión de que la jurisdicción constitucional sirve ante todo para la garantía de libertades, pero me temo que podemos estar sufriendo el desenfoque de un espejismo o quizás también el sesgo de un elitismo.

El mejor modo de garantizar derechos y libertades es, con sus retos propios, a través de la justicia ordinaria más asequible, en su caso la comunitaria que por América a menudo no es ni siquiera estatal, y no por medio de jurisdicciones concentradas o superiores de ninguna especie. Estas, de definirse con respeto a la capacidad y el espacio de las jurisdicciones capilares, pueden avalar garantías, pero no generarlas si de base no las hay. La justicia que debe tomarse ante todo en consideración si realmente preocupan las libertades no es precisamente la que pueden ofrecer unas instancias superpuestas entre las que se encuentra la llamada constitucional, como si fuera la única de este carácter. Digámoslo en términos incluso de que no es necesariamente la justicia oficial o del Estado la que tenga por qué prestar las garantías más elementales (10).

En el caso de la nueva Constitución de Bolivia, las llamadas *acciones de defensa* se plantean como garantías de derechos y libertades con precedencia a

(9) Con todo el desarrollo habido y en curso de la literatura constitucionalista en España, no conozco tratamiento que se concentre en el efecto problemático de la suplencia judicial. En cuanto a problemas de fondo, el que principalmente se aborda y debate es el del déficit de legitimidad ciudadana: Víctor FERRERES, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, lo cual no afecta en principio al caso actual de Bolivia pues la nueva Constitución contempla la elección del tribunal por sufragio universal (art. 198).

(10) Boaventura de Sousa SANTOS y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y otros, 2001, especialmente el volumen segundo sobre justicias multicultural, comunitaria y paraestatal.

la consideración del TCP por reconocérsele la competencia de entrada a todo el sistema judicial (Primera Parte: *Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías*; Título IV: *Garantías Jurisdiccionales y Acciones de Defensa*; Capítulo II: *Acciones de Defensa*). Incluso una *acción de amparo constitucional* frente a «actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley» cabe interponerse ante cualquier autoridad judicial (arts. 128 y 129). Es la regla general para la serie de acciones de defensa. La *acción de constitucionalidad* frente a «norma jurídica contraria a la Constitución» resulta en cambio ya competencia «en única instancia» del TCP (arts. 132 y 202.1). Respecto a otras acciones de defensa, al TCP solo le corresponde una instancia de *revisión* que además no podrá cautelarmente suspender «la aplicación inmediata y obligatoria» de la resolución judicial primaria (art. 202.6), inclusive para la Constitución la de jurisdicción indígena pues no la excluye (11).

¿Qué nos dice todo esto? Nos está diciendo que la función garantista del TCP no puede abordarse y comprenderse sino en el seno de todo el sistema judicial y en relación constante al mismo, a un sistema judicial en el que, conviene de continuo destacarse, resulta que se comprende, en posición no subordinada a la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción indígena o, como ya sabemos que es expresión bastante más comprehensiva de la Constitución, la *jurisdicción indígena originario campesina* (Segunda Parte: *Estructura y Organización Funcional del Estado*; Título III: *Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*; Capítulo IV: *Jurisdicción Indígena Originario Campesina*). Es una jurisdicción la indígena que «respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución», pero esto ante todo por el propio ejercicio de su función con la referida posibilidad de revisión ulterior, acción mediante, por parte del TCP (art. 190.II). Es también una jurisdicción que aplica «sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios» (art. 190.I). La referencia a *valores culturales propios* resulta clave para entender la articulación del entero sistema.

Tiene que ver naturalmente con la *plurinacionalidad*, con esta realidad que no solo se toma en cuenta para la composición del TCP (art. 197.I: «El Tribunal

(11) Constitución, artículo 125: «... podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal...». Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 58.I: «La Acción de Libertad podrá interponerse ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal». El juez o jueza indígena es naturalmente *juez competente en materia penal* dentro de su ámbito.

Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino») (12). Pues existe la plurinacionalidad y como esta ante todo se debe a la presencia de pueblos indígenas con culturas propias, la jurisdicción indígena debe ser competente para las acciones de defensa de derechos y libertades que se determinan en un contexto comunitario. Siendo su núcleo esencial por supuesto el mismo, no resulta lo mismo el ejercicio de libertad y el requerimiento de responsabilidad en una cultura individualista que en culturas comunitarias, digámoslo así de sumariamente. Y la una como las otras tienen derecho a la existencia y el desenvolvimiento, un derecho humano donde los haya (13). Es por ello por lo que la jurisdicción constitucional se define como plurinacional y por lo que la competencia constitucional primaria debiera ser, en su caso, indígena o, siempre mejor dicho, indígena originario campesina. Tal es el escenario donde la totalidad de la nueva jurisprudencia constitucional habrá de responder a una pluriculturalidad de alcance transversal. Los *valores culturales* de los pueblos indígenas no deberán reducirse a un apartado estanco en sus espacios jurisdiccionales, sino que, muy al contrario, habrán de permear, en concurrencia con otros valores, toda la jurisprudencia constitucional. De no ser así, ni el Tribunal Constitucional ni el Estado mismo serán plurinacionales.

Todo esto podría requerir algo que no se ha tomado todavía en consideración, pero que se revelará conveniente, por respeto debido a la plurinacionalidad, cuando empiece a practicarse la nueva jurisdicción constitucional. Las decisiones sustantivas finales en las correspondientes acciones de defensa convendrá probablemente que no se produzcan por la instancia de revisión, la del TCP, sino, mediante casación o anulación y devolución o reposición, por la jurisdicción indígena originario campesina (14). El TCP habría así de autorrestringirse

(12) Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, artículo 13.2: «Al menos dos Magistradas y Magistrados [entre siete] provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal», añadido este último muy problemático pues solo las autoridades indígenas podrían acreditar que alguien *representa* al sistema indígena o *procede* del mismo, según la expresión constitucional o la legislativa respectivamente. La acreditación, a los efectos de elección de los miembros del TCP por sufragio universal, constitucionalmente corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, pero, por cuanto se dirá, la del cupo indígena no debería hacerse sin consulta al sistema indígena. La *auto-identificación personal* no encuentra sustento alguno en la lógica constitucional si no va completada, aunque el desarrollo legislativo de momento no lo contemple, de la acreditación de parte indígena.

(13) B. CLAVERO, «Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío», en *Revista Vasca de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2002, págs. 35-62.

(14) En los orígenes europeos de las prácticas de casación de las que ahora también, con otros nombres, hacen uso los tribunales constitucionales, se dio una práctica bien lógica de la

al control procedimental de garantías en este caso de asuntos procedentes de jurisdicciones indígenas. Esto es algo que habrá de plantearse directamente a la luz de la Constitución, pues no lo han hecho ni la Ley del TCP ni la de Deslinde Jurisdiccional también expresamente prevista por la propia Constitución (15). El asunto puede ser clave, pues la devolución es la forma de evitar que la jurisdicción constitucional se utilice todavía, bajo pretexto de garantías, para minar la autoridad de la jurisdicción indígena. Por este o por otros medios, el TCP tiene que contribuir resueltamente a una recuperación de la justicia indígena frente al acoso y al descrédito al que viene sometiéndosele de tiempo (16).

En todo caso, lo que todo esto sigue diciéndonos es que no cabe comprenderse la función garantista del TCP sino en el seno del conjunto del sistema. Dicho de otro modo, no es a la jurisdicción constitucional a la que ha de mirarse tan solo o ni siquiera principalmente si lo que interesa es la garantía de derechos y libertades constitucionales. Y no es incluso al capítulo jurisdiccional por entero al que tan solamente conviene mirarse. La jurisdicción es ahora una dimensión de la autonomía o autorregulación y del autogobierno o autoadmi-

devolución que fuera olvidada en aras de la centralización de un poder de mediación entre ley y justicia y que convendría recuperar en tiempos de autonomías: Jean Louis HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987; Marta LORENTE (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2007.

(15) I. M. CHIVI VARGAS, *Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una «Ley de Deslinde Jurisdiccional»)*, La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009; «El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia», en *Aporte DPLF* (Fundación para el Debido Proceso Legal), núm. 10, 2009, págs. 5-6. Para un debate, autores varios, *Los Pueblos indígenas en las Cinco Leyes Fundamentales*, La Paz, Ibis-Fundación Tierra, 2010. Como *fundamentales* se califican indebidamente, pues no hay para la Constitución jerarquía entre leyes, la requeridas con mayor urgencia en la Disposición Transitoria Segunda constitucional: «La Asamblea Legislativa Plurinacional sancionará, en el plazo máximo de ciento ochenta días a partir de su instalación, la Ley del Órgano Electoral Plurinacional, la Ley del Régimen Electoral, la Ley del Órgano Judicial, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional y la Ley Marco de Autonomías y Descentralización», plazo que se ha cumplido. La Ley de Deslinde Jurisdiccional está prevista en los artículos 191.II.2 y 192.III, y también se ha promulgado dentro de 2010, a fines de año.

(16) Rafael ARCHONDO, «Investigando a los investigadores de cobertura: Los medios y su cerco a la Constituyente», en *T'inkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 23-24, 2008, págs. 229-234; Jéniffer GUACHALLA, «La opinión pública entre derechos indígenas y justicia comunitaria», en *Cuarto Intermedio*, núm. 93-94, 2010, págs. 22-37. Para un ejemplo reciente de contribución de cejas elevadas a la descalificación y el hostigamiento con referencias degradatorias a la *justicia andina*: H. C. F. MANSILLA, «¿Diferencias culturales incomparables o prácticas autoritarias indefendibles?», en *Sociedad y Discurso* (revista Electrónica de la Universidad de Aalborg: <http://www.discurso.aau.dk>), núm. 11, 2007.

nistración, una autonomía que en el caso de las *naciones o pueblos indígena originario campesinos*, según los identifica siempre la Constitución, se funda en el *derecho a la libre determinación* (arts. 2, 30.II.4 citado y 289). Esto marca la perspectiva que ha de tenerse continuamente a la vista (17). La ubicación consecuente del derecho indígena al autogobierno en la sección de los derechos constitucionales (Título II, Capítulo II: *Derechos Fundamentales*; Capítulo III: *Derechos Civiles y Políticos*; Capítulo IV: *Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos*; Capítulo V: *Derechos Sociales y Económicos*) habrá de ser un dato esencial para la jurisprudencia constitucional. Conviene esto subrayarse porque es principio que no ha presidido el primer desarrollo de la Constitución.

En el nuevo sistema boliviano no hay, salvo la indígena, ninguna otra autonomía de derecho no dependiente de la Constitución. Los territorios indígenas constituyen unas autonomías entre otras, como la departamental y la municipal, pero no como otras. La Constitución justamente dispone que «las entidades territoriales autónomas no estarán subordinadas entre ellas y tendrán igual rango constitucional» (art. 276), pero esto ha de contraerse al orden de sus relaciones y no debe alcanzar al título del derecho a la autonomía. Y el título tiene alcance orgánico para la misma Constitución. La autonomía indígena es la única que se extiende al ámbito judicial. La justicia en Bolivia es de despliegue territorial bajo planta centralizada. No se autonomiza para los otros casos. La jurisdicción indígena, que ahora podrá convertirse en la rama judicial de la autonomía junto, entre otras, a la legislativa, singulariza realmente al autogobierno indígena por derecho propio y no por determinación constitucional. Todo esto por supuesto implica que los estatutos de autonomía indígenas y el consiguiente ordenamiento indígena, ya no solo consuetudinario, tienen un campo más amplio y un horizonte más abierto que los de cualesquier otras autonomías. Subordinación no cabe: «La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía» (art. 179.II) (18).

(17) B. CLAVERO, «Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia» y «Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 187-199, y 89, 2010, págs. 195-217 (una primera versión del segundo ensayo, bajo el título *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, en autores varios, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, citado, págs. 97-108).

(18) Aparte de que no sea esta una perspectiva asumida de momento por el desarrollo normativo de la Constitución, se trata de un extremo no elaborado todavía por el constitucionalismo boliviano, salvo las reflexiones de Idón Chivi que vienen citándose y poco más, pero puede verse también algún acercamiento aún de índole no estrictamente constitucionalista: Herculano CAPUSIRI, *Justicia Comunitaria y su compatibilización con la Justicia Ordinaria en el Marco de la Nue-*

En fin, por respeto a una jurisdicción indígena que ha de ser capaz de salvaguardar cultura, por consideración para con unas autoridades indígenas capaces de hacerse cargo de autonomía normativa y gobierno territorial, es por lo que conviene plantearse la conveniencia de prácticas como la dicha de devolución judicial a la jurisdicción de procedencia en casos incluso o sobre todo de implicación constitucional en relación a ejercicio de libertades. Las decisiones finales no tienen por qué quedar en manos de una institución central como el Tribunal Constitucional por razón de que se le encomiende el control de constitucionalidad. No debe hacerlo cuando se trata de la construcción de un Estado Plurinacional.

4. BOLIVIA Y NO ESPAÑA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL Y JURISDICCIÓN INDÍGENA

Volvemos a un principio, aunque no desde luego de igual modo que en unos comienzos. La función más genuina de la jurisdicción constitucional es la de juridificación de relaciones entre instituciones constitucionales. Puede decirse que esta jurisdicción en cuestiones de competencias entre poderes o, como es ahora el lenguaje de la Constitución de Bolivia para evitar la expresión de empoderamiento, *órganos*, inclusive el legislativo, es la originaria de la instancia de control de constitucionalidad, mientras que la jurisdicción para garantía de libertades cabe que recaiga, incluso plenamente, en la justicia ordinaria y, si se atribuye también a la constitucional, conviene que sea compartida. Así lo es efectivamente en Bolivia como ya está visto. Así debiera ser muy particularmente respecto a la jurisdicción indígena.

En Bolivia, entre las instancias sujetas a control de la jurisdicción constitucional viene ahora justamente a situarse la jurisdicción indígena originario campesina. Aquí es donde se presenta en efecto la novedad neta: «Son atribu-

va Constitución Política del Estado, Cochabamba, Kipus, 2009. Conviene añadirse que, aunque en dicho mismo desarrollo normativo se pretenda otra cosa (Ley del Régimen Electoral, art. 14: «No se podrá someter a referendo las siguientes materias: ... de Leyes Orgánicas y Leyes Marco»), no existe en el actual sistema constitucional boliviano la categoría de *ley orgánica* o *ley marco* en su sentido formal de rango superior a las leyes ordinarias (Constitución, art. 410.II, en la parte ya citada), por lo que podría corregirse el rumbo del primer desarrollo de la Constitución, que está permitiéndose este y otros retoques constitucionales, por nuevas leyes ordinarias o, precisamente, por la jurisprudencia constitucional. En su campo de competencia, la eventual legislación indígena habrá de estar también sujeta a control de constitucionalidad, pero no a la legislación ordinaria del Estado aunque se pretenda *orgánica*.

ciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver [...] 3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre estas. [...] 8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria» (art. 202, parcialmente ya citado). Resulta todo esto novedad neta si se tiene en cuenta todo lo que viene constatándose. Entre las *entidades territoriales autónomas* se comprenden las de autonomía basada en el *derecho de libre determinación*. En este caso además, el ejercicio jurisdiccional de unas autoridades puede inspirarse en *valores culturales propios*. Pues la decisión del TCP se declara *obligatoria*, habrá de recomendarse, en la línea dicha de la devolución, la práctica referida de la autorrestricción, una virtud usualmente saludable en las jurisdicciones concentradas.

Si el Tribunal Constitucional Plurinacional se encuentra legitimado a tales efectos, es precisamente por su *plurinacionalidad* constitutiva. La Constitución requiere que responda a su nombre (art. 197.I citado). La Ley del TLC concreta: «El Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado de la siguiente manera: 1. Siete Magistradas y Magistrados titulares y siete Magistradas y Magistrados suplentes. 2. Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino...» (art. 13 parcialmente citado). A efectos de legitimación, la minoría de dos entre siete puede ser suficiente no solo porque se le declare un mínimo y pueda ser así de hecho hasta mayoría, sino también y sobre todo porque un órgano jurisdiccional no funciona por decisión expedita de agregación de votos, sino por resolución motivada mediante deliberación colegiada. La sensibilidad acreditada para con las culturas indígenas puede así estar presente y hacerse viva. Lo que nunca podrá garantizarse es que todas, absolutamente todas, las culturas existentes en Bolivia, las indígenas como las no indígenas, tengan voz en cada organismo plurinacional. Siempre es recomendable la práctica de la devolución y la autorrestricción por el TCP de cara a las jurisdicciones indígenas, aun con toda la legitimidad, de este órgano de control de constitucionalidad por su carácter plurinacional si resulta efectivo.

No es Bolivia, por supuesto, el primer Estado que se organiza mediante composición de entidades autónomas con una jurisdicción constitucional mediando entre los desentendimientos. Sí es en cambio Bolivia el primer Estado, al menos en las Américas, que se reconoce expresamente y organiza seriamente como *plurinacional*. La también reciente Constitución del Ecuador no guarda la misma consecuencia. En Europa, además de los casos federales, los hay, como

el de España, con una composición de autonomías de territorios y una jurisdicción de control de constitucionalidad que, planteada tímidamente la posibilidad, rechaza de raíz la plurinacionalidad (19). El sistema de autonomías español se ha propuesto persistentemente como modelo constitucional para la articulación del pluralismo de América Latina, pero una pieza fundamental de entrada ya falta, precisamente la judicial. En España no hay autonomía en el terreno de la justicia mientras que la misma es la primera cuya necesidad se plantea cuando hay diferencias de culturas, inclusive en la misma dimensión jurisdiccional, como las que notablemente median entre indígenas y no indígenas por las Américas (20).

Que no hay modelo exterior a efectos constituyentes para un Estado reconocidamente plurinacional como el de Bolivia podrá decirse que habría de comprobarse más cuidadosamente a lo largo y ancho del universo mundo caso por caso, supuesto por supuesto. De todos modos, no parece que lo haya para lo que ahora estamos tratando, para la oportuna mediación de jurisdicción constitucional en la necesaria articulación constituyente entre pueblos indígenas y sectores no indígenas tras que estos últimos han monopolizado o al menos controlado el Estado prácticamente por entero hasta el momento presente. El TCP se encuentra ante un reto que no solo interesa a Bolivia (21).

5. OBSOLESCENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANTE EL RETO DE LA PLURINACIONALIDAD

Interesa entonces que veamos la posibilidad de que, pese a la singularidad actual de Bolivia, la jurisprudencia constitucional desarrollada por otras cortes o tribunales de control de constitucionalidad por América Latina ofrezca alguna contribución a su congénere de este Estado Plurinacional. Para proceder a ello,

(19) Tribunal Constitucional de España, Sentencia 031/2010, sobre el Estatuto de Cataluña, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9873>, sobre la que convendrá ahora verse los trabajos reunidos en esta *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

(20) B. CLAVERO, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2008.

(21) De hecho, a los efectos constituyentes, Bolivia está convirtiéndose en modelo no solo para los pueblos indígenas de las Américas, sino también fuera de ella. Podría recordarse que a mediados de marzo de 2009 efectuó una visita oficial a Bolivia una delegación de la Asamblea Constituyente de Nepal, como Estado entre cuyas fronteras existe una variedad de pueblos indígenas, para ilustrarse sobre posibilidades constitucionales exportables (<http://www.ربول.com.bo/noticia.php?identificador=2147483925601>).

conviene marcar la diferencia de unas coordinadas constitucionales sustantivas. A la fecha, todos los Estados latinoamericanos que se han dotado de jurisdicción constitucional exenta, salvo Chile, tienen constitucionalmente reconocida la presencia indígena y, de alguna u otra forma, sus derechos. Dos de entre ellos, Colombia y Ecuador, reconocen claramente el derecho a la autonomía. Hay, sin embargo, algo más relevante a los mismos efectos constitucionales. Todos los Estados latinoamericanos con jurisdicción constitucional separada de la justicia ordinaria, sin excepción, tienen ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, lo que implica un reconocimiento de sus derechos de un valor sustancialmente constitucional, el más relevante en efecto. El número con el que suele identificarse es el de serie entre los Convenios de dicho organismo internacional (22).

Para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, el Convenio 169 establece como garantía el requerimiento de consulta a los mismos para toda medida normativa o administrativa que directamente les afecte (art. 6). Salvo Ecuador y Bolivia, los Estados latinoamericanos con jurisdicción constitucional no han trasladado ese requerimiento a la propia Constitución, con lo que la principal cuestión que al efecto se dirime por la respectiva jurisprudencia constitucional es la del valor efectivo, pues el teórico de entrada no se cuestiona, de tal compromiso contraído en tratado multilateral. La tendencia es desigual y contradictoria, ofreciendo poco, si es que algo, al futuro Tribunal Constitucional Plurinacional. Bolivia ahora además no necesita jurisprudencia sobre el valor constitucional del requerimiento de la consulta, pues ello figura suficientemente en la nueva Constitución (arts. 39.II.15, 304.I.21, 352 y 403.I). Además, Bolivia es hoy por hoy el único Estado que ha incorporado formalmente a su ordenamiento jurídico la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que refuerza el requerimiento de la consulta (Ley 3670, de 2007) (23). No significa esto, ni mucho menos, que la realización de la con-

(22) Todos los Estados del caso tienen hoy sus Constituciones al día, a la última reforma, disponibles en la red. La colección más fiable que conozco es la que se mantiene actualizada de la Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/constitutions.html>. Los Convenios de la OIT y sus ratificaciones pueden verse en su sitio oficial *Ilolex*: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>.

(23) La Constitución no revalida tal incorporación explícitamente, pero lo hace directamente, registrando los respectivos derechos, y también indirectamente al asimilar a los tratados otros instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Bolivia se haya adherido de alguna forma y esto precisamente para conferirles un valor normativo supraconstitucional: «Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en

sulta esté ya garantizada en Bolivia, sino que aquí no se necesita para fundamentarla jurisprudencia comparada.

Tal jurisprudencia está además flaqueando en estos últimos tiempos. Flaquea en el momento en el que se pasa de los pronunciamientos solemnes a los efectos concretos. Incluso la Corte Constitucional del Ecuador no se muestra exigente respecto a la consulta como garantía de los derechos de los pueblos indígenas que requiere la propia Constitución (24). El Tribunal Constitucional del Perú, torciendo su propia trayectoria de afirmación neta del valor normativo directo del Convenio 169, acaba de dar un giro pronunciado contra la exigibilidad de la consulta (25). Tampoco es que la Corte Constitucional de Colombia se muestre últimamente muy exigente en el escrutinio de la misma tras haber asentado igualmente con firmeza el valor normativo del Convenio 169 (26). La Corte de Constitucionalidad de Guatemala mantiene al menos los principios y no se ha desdicho o no ha tenido ocasión de sumarse a la tendencia generalizada a la rebaja, una rebaja que el propio Gobierno guatemalteco está impulsando (27). En Chile se está en un momento inicial de vigencia del Convenio 169 en el que la justicia ordinaria de instancia intermedia está requiriendo la consulta, con el respaldo de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional previo a la ratificación con reparos ante la misma, ignorando un reglamento manipulador del Gobierno y sin esperar a un proyecto restrictivo de ley reglamentaria pendiente en el Congreso. La posición del Tribunal Constitucional de Chile tras la entrada en vigor del Convenio 169 está por ver (28).

El Tribunal Constitucional de Bolivia anterior a la nueva Constitución no puede decirse que llevara una trayectoria apropiada al efecto. Ni hacía valer el valor vinculante del Convenio 169 ni lo aplicaba con rigor cuando debía hacerlo. En sentencias de amparo frente a Derecho indígena, entendiéndolo como *con-*

la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta» (art. 256.I). Otras referencias constitucionales al valor de los tratados son más restrictivas, inclusive en el capítulo de las facultades interpretativas del TCP, pero esta es la disposición específica sobre instrumentos y no solo Pactos o Convenciones de derechos humanos.

(24) Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 001/2010; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5843>.

(25) Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia de 2009 en expediente de amparo 06316/2008; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6686>.

(26) Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-608/2010; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7099>.

(27) Corte Constitucional de Guatemala, Sentencia de 2009 en expediente de amparo 3878/2007; el texto y mi comentario en <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5085>.

(28) La información más atenta y completa se encuentra en el sitio del Centro de Políticas Públicas y Derecho Indígena: <http://www.politicaspUBLICAS.net>.

suetudinario, lo limitaba sin la debida atención a las previsiones del Convenio al respecto o lo interpretaba restrictivamente (29). Era un indicio de insensibilidad y desconsideración para con las culturas determinantes de la *plurinacionalidad* dada y todavía no reconocida constitucionalmente, lo que inhabilita en definitiva su jurisprudencia para los nuevos tiempos. La inhabilitación también es formal. Cuando se argumenta que aquella jurisprudencia constitucional sigue constituyendo precedente por encima del Derecho ordinario (30), se olvida que la legitimidad de la jurisdicción constitucional procede hoy de una *plurinacionalidad* de la que entonces se carecía. Ningún valor puede en fin guardar la anterior jurisprudencia constitucional boliviana para la labor del TCP, aunque hay quienes sigan empeñados en que no solo lo tenga, sino que sea prevalente (31).

Lo mejor que puede ocurrir entonces con la obra de aquel Tribunal Constitucional es, a mi juicio, que se le deje pasar tranquilamente a la historia. Respecto a los procedimientos de garantías de los derechos de los pueblos indígenas, lo mejor que se puede hacer con la jurisprudencia constitucional de la región es, a mi entender, no tomarla tampoco como guía o hacerlo a beneficio de inventario exigente. La jurisprudencia del TCP habrá de inspirarse directamente en el nuevo constitucionalismo de Bolivia. Habrá de ofrecer y no recibir modelo, construirlo y no replicarlo (32).

(29) I. M. CHIVI VARGAS, «Justicia indígena y jurisdicción constitucional: Bolivia, 2003-2005», en *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo en Bolivia*, núm. 1, 2006, págs. 45-71. Se mantienen accesibles materiales de aquel Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo>. A noticia de las referidas sentencias se llega pulsando *Árbol de Jurisprudencia*, luego *Derechos Fundamentales* y finalmente *Derechos colectivos o de los pueblos*.

(30) Horacio ANDALUZ VEGACENTENO, «La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009», en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 120, 2010, págs. 17-59, en especial págs. 40-44.

(31) Intentando neutralizar el constitucionalismo plurinacional con la jurisprudencia constitucional anterior y concretando un escenario en el que no tienen cabida los derechos de los pueblos indígenas como tales: Fernando ESCOBAR PACHECO, *Jurisprudencia Constitucional en la nueva Constitución Política del Estado*, Sucre, Mi Jurisprudencia, 2009. La jurisdicción indígena no estaba a la vista de los fundamentos de aquella justicia constitucional: Roberto CORRALES, *Justicia constitucional en Bolivia hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala, 2003.

(32) Para problemática precedente ya constitucionalmente entre inservible e insuficiente en Bolivia, aun alentándose a fin de influir sobre los procesos constituyentes boliviano y ecuatoriano entonces en curso, autores varios, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria ¿un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, en Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz y Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA ENTRE REDUCCIÓN COLONIAL Y PREJUCIO CULTURAL

La más efectiva garantía constitucional de los derechos de los pueblos indígenas en la Bolivia reconstituida no es desde luego, como en otros Estados todavía, la consulta, sino la autonomía, una autonomía incorporada a las estructuras del Estado Plurinacional de pleno derecho, como forma de ejercicio de la libre determinación. En este terreno, podría esperarse alguna inspiración y asistencia de la jurisprudencia constitucional del Ecuador y de Colombia, dado que las respectivas Constituciones también contemplan la autonomía indígena. No es el caso del primero, pues su Corte Constitucional no ha tratado todavía la cuestión bajo su nueva Constitución. Puede serlo de la segunda, pues la suya, su Corte Constitucional, lleva ya cerca de dos décadas elaborando jurisprudencia conforme a una Constitución que contempla en efecto la autonomía indígena y que lo viene además haciendo en una línea estimable en comparación y contraste tanto con las políticas del Congreso y del Gobierno de la misma Colombia como, sobre todo, con las posiciones del resto de las jurisdicciones constitucionales exentas y no exentas de América Latina (33).

En concreto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia (CCC en adelante) ha llegado a la apreciación de la autonomía indígena en términos de autogobierno y justicia propia sin asimilársele ni subordinársele con otros espacios territoriales de autonomía dentro del Estado y con la consecuencia práctica de que la indígena debe maximizarse (34). No es de extrañar que este capítulo de la obra en curso de la CCC sea uno de los principales en lo que se ha llamado justamente la conversión del Estado colombiano en «exportador neto

(33) Organización Nacional Indígena de Colombia (<http://www.onic.org.co>), *Propuesta de acción de los Pueblos Indígenas de Colombia frente al cumplimiento por parte del Gobierno Nacional de la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 008 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional de Colombia*, mayo de 2010, archivo del autor.

(34) Carlos PARRA DUSSÁN, «Jurisprudencia relevante para la comunidad indígena en Colombia», en C. PARRA DUSSÁN y Gloria Amparo RODRÍGUEZ (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, págs. 114-179; Frank SEMPER, «Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 12, 2006, págs. 761-778; Libardo ARIZA, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, págs. 202-212. La línea jurisprudencial comienza a formularse tempranamente, aun no sin titubeos y altibajos, desde la Sentencia de tutela 257/1993. El material jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia se tiene bien coleccionado en su sitio oficial: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

de jurisprudencia constitucional», junto al café y al metrobús (35). La influencia de la CCC alcanzó incluso al Tribunal Constitucional precedente de Bolivia, aunque no desde luego, por la misma distancia existente entonces entre planteamientos constitucionales, en el capítulo indígena (36). ¿Puede ofrecer a este efecto inspiración y guía al TCP? Antes de responder, conviene que situemos la obra de la CCC en el contexto que le corresponde, el de su propia Constitución, la colombiana.

La Constitución de Colombia reconoce la autonomía allí existente, la de los llamados *resguardos*, como base para el establecimiento de *entidades territoriales indígenas* que recomponga territorios y sitúe el correspondiente autogobierno a un rango y con unas garantías constitucionales. Los resguardos son reducciones o reservas de origen colonial que se han mantenido posteriormente gracias sobre todo a una ley con nombre que lo dice todo, la *Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*, de 1890 (37). Pues bien, la CCC aplica sus requerimientos de autonomía indígena a los resguardos existentes, no exigiendo el establecimiento constitucional de unas entidades territoriales indígenas que, al cabo de cerca de veinte años, aún brillan por su ausencia. Por mucho que la CCC proclame otra cosa en el terreno de los principios, los resguardos siguen en la práctica sometidos a la administración central e incluso, a algunos efectos, a los municipios. La misma CCC lo permite al mantener en vigor, vía interpretación, buena parte de aquella ley de fondo todavía colonialista, la de 1890. Nunca se ha planteado su flagrante inconstitucionalidad. En definitivas cuentas, la CCC contribuye al bloqueo de la debida

(35) Autores varios, *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control de constitucionalidad como mecanismo de protección de derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Para la gráfica expresión, César RODRÍGUEZ GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, pág. 15. Para James ANAYA, actual Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, «La Constitución Política de Colombia reconoce a los pueblos indígenas sus derechos colectivos e individuales. Las sentencias de la Corte Constitucional han desarrollado este marco constitucional y constituido una jurisprudencia ejemplar en el mundo» (*La situación de los pueblos indígenas en Colombia*, 2010, informe al susodicho Consejo en línea: <http://unsr.jamesanaya.org/PDFs/Colombia%20SP.pdf>, par. 7).

(36) Alejandro MANSILLA ARIAS, «El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (<http://www.uv.es/CEFD>), núm. 10, 2004, cuarto artículo.

(37) <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920>, edición de la ley de 1890 en su estado actual de vigencia.

constitucionalización de los territorios indígenas y encubre el mantenimiento de una estructura de sujeción de los resguardos indígenas de índole todavía colonial (38).

Hagamos la comparación con Bolivia. La nueva Constitución boliviana reconoce las *tierras comunitarias de origen* (TCOs) como una de las bases, junto a la del municipio, para la formación de *territorios indígenas* con la autonomía constitucional referida (Disposición Transitoria Séptima). Las TCOs se constituyeron por la legislación de participación política de los años noventa del siglo pasado y no equivalen por supuesto a los resguardos colombianos, pero las unas y los otros tienen en común que son preconstitucionales y que no responden al estándar constitucional respectivo (39). Adoptar la jurisprudencia colombiana sobre autonomía indígena supondría ignorar esta circunstancia consagrando las TCOs como fórmula definitiva o no transitoria hacia el territorio indígena. Supondría llanamente defraudar, como en Colombia se vienen defraudando, las expectativas constitucionales. Mejor será que el TCP emprenda su propio camino a la luz de la Constitución propia y no a la sombra de cuerpos de jurisprudencia más ajenos de lo que la comunidad regional pueda hacer suponer. Bueno será que la influencia se produzca en su momento en la dirección inversa, de Bolivia a Colombia y no de Colombia a Bolivia.

¿Hay, pese a todo, otras prácticas de jurisprudencia constitucional en Colombia que resulten aprovechables para el TCP? ¿Puede serlo el peritaje antropológico al que la CCC ha recurrido de forma bastante sistemática para resolver asuntos indígenas? Implica obtener información, no directa y francamente de parte indígena, sino vicaria y ventrílocuamente de parte no indígena al estimársele, por académicamente experta, la competente (40). ¿Puede realmente mantenerse esta práctica jurisdiccional en la era del derecho indígena a la consulta y a la autonomía? En el fondo de la misma late todavía el prejuicio supremacista de la cultura no indígena de matriz europea, un prejuicio que en la propia juris-

(38) Daniel BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2006; B. CLAVERO, «Naciones en Colombia y por América entre Constitución, Concordato y Convenio (1810-2010)», a publicarse en la *Revista de Historia del Derecho* argentina. También puedo remitirme a mi comentario en línea sobre diversas sentencias y autos de la CCC: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/07/Genocidio-en-Colombia.pdf>.

(39) B. CLAVERO, «Derecho agrario entre Código francés, Costumbre aymara, Orden internacional y Constitución boliviana», en *Geografía Jurídica de América Latina*, citado, capítulo segundo.

(40) Esther SÁNCHEZ BOTERO, *El Peritaje Antropológico: Justicia en Clave Cultural*, Bogotá, GTZ-Fiscalía General de la Nación, 2010.

prudencia de la CCC se pone a veces de manifiesto con efectos no solo ideológicos, sino incluso operativos (41).

El TCP recibe precisamente el mandato constitucional de superar tal supremacismo como elemento colonial, un imperativo que se está predicando por su propio calificativo bien distintivo de *plurinacional*. Dicho de forma comparativa, el TCP, al contrario que la CCC, está constitucionalmente comprometido con el objetivo de la *descolonización*, como bien nos consta (arts. 2 y 9.1 citados).

7. COLOMBIA Y TAL VEZ BOLIVIA: JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO

¿Concluimos que el TCP no podrá contar con la guía o al menos con el acompañamiento ni siquiera de la jurisprudencia de la CCC? Podría ser precipitado. Hay un campo en el que Colombia puede ofrecer orientación y ayuda. Por los últimos tiempos, algunas jurisdicciones constitucionales han comenzado a tomar a su cargo y hacer valer en serio derechos que la doctrina constitucional ha venido tradicionalmente teniendo en cambio por no justiciables. El constitucionalismo social puede finalmente resultar relevante para el control de constitucionalidad (42). En el ámbito de América Latina, la CCC se ha distinguido en esta línea no solo por adoptar en sus sentencias verdaderas políticas públicas en materias como vivienda, pensiones o desplazamiento forzoso alcanzando de forma expresa a población que no ha recurrido a la jurisdicción constitucional, sino también por retener jurisdicción plena para la ejecución de dichas políticas mediante la realización de audiencias y dictado de autos obligando a los poderes públicos bajo amenaza de proceder con acusación de desacato. La CCC está elaborando todo un código de *indicadores* de la satisfacción de derechos para el escrutinio de las obligaciones del Estado. La misma ya ha ido con todo esto más allá, bastante más allá, de lo que la Constitución y la propia legislación de de-

(41) Paulo BACCA, «Las contra narrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de las jurisdicción especial indígena», en *Pensamiento Jurídico*, núm. 22, *Antropología, derecho y política*, 2008, págs. 193-232.

(42) Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Lenio Luis STRECK, «La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, págs. 241-270; Varun GAURI y Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York, Cambridge University Press, 2008; Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

sarrollo contemplan para la concreción y el desenvolvimiento de cometidos de defensa de derechos de todo tipo que las mismas normas le encomiendan (43).

Herramienta esencial de estas actuaciones de la CCC ha sido la construcción de una categoría de *estado de cosas inconstitucional* por acciones u omisiones de los poderes públicos que provocan *vulneración masiva y continua de derechos fundamentales*, en cuyo caso sus sentencias y autos se extienden expresamente a toda la población afectada, y no solo a quienes han interpuesto la acción, mediante políticas que la propia Corte define con la participación de la sociedad civil en las audiencias públicas que celebra al propósito. Se entra con esto también en unas prácticas judiciales de democracia deliberativa tampoco previstas por la Constitución. Pues bien, la CCC ha tenido repetidas ocasiones para declarar el mantenimiento de los resguardos coloniales como causa de un *estado de cosas constitucional* por *vulneración masiva y continua de derechos fundamentales* de sujetos indígenas, y para abrir así un espacio específicamente indígena de democracia deliberativa mediante las audiencias públicas consiguientes que contribuyesen al compromiso y la vinculación de todos los poderes públicos, pero nunca se le ha ocurrido hacer nada de este género (44). Resulta un efecto indudable del sesgo cultural visto. Mas nada quita que el TCP se inspire en estas prácticas de la CCC para hacer precisamente lo que esta no hace en beneficio de derechos indígenas.

En Bolivia, ni la Constitución ni la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional facultan expresamente a este para la determinación directa de políticas públicas obligando a los poderes públicos. La situación de partida es similar por tanto a la de Colombia. ¿Puede el TCP, podrá en su momento, adentrarse por dicha vía? ¿Habrá necesidad de que lo haga? Con un intento de respuesta a estas preguntas pretendo, en lo que quepa y a lo que alcanzo, pasar a conclusiones forzosamente provisionales. Será cuestión de volver a ellas cuando el TCP esté

(43) B. SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, citado, volumen primero; Manuel José CEPEDA ESPINOSA, «Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court», en *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 3, 2004, págs. 529-700; C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado.

(44) De hecho, representaciones indígenas participan en las audiencias de seguimiento y ejecución de la Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzoso a la que se refiere la *Propuesta* citada de la Organización Nacional Indígena de Colombia. C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado, no prestan prácticamente atención a esta participación indígena. La preterición doctrinal es lo usual: Fernando CASTILLO CADENA, «La incidencia de la acción de tutela en la implementación de políticas públicas», en *Universitas* (revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 119, 2009, págs. 35-54.

constituido y haya comenzado a actuar. Tratándose de la defensa de derechos, no todo tiene que ser autorrestricción. Como ya hemos visto, la Constitución dice que «son atribuciones del Tribunal Constitucional, además de las establecidas en la Constitución y la ley», las que relaciona, no limitando la referencia a ley, para otras posibles, a la respectiva ley específica, la Ley del TCP. Y aún sin habilitación legislativa, ¿podría actuar el propio Tribunal por iniciativa propia en la forma política de la CCC como esta Corte lo ha hecho?

Pudiera ser. Cabe plantearse. Aun sin la habilitación legislativa que la Constitución permite, tal vez el TCP pudiera seguir, de plantearse la necesidad, la línea del CCC en la contribución a políticas públicas para la defensa más efectiva de derechos. La primera impresión es la de que, con la actual Asamblea Legislativa Plurinacional y el actual Gobierno, difícilmente puede darse de momento en Bolivia situaciones como las que en Colombia han requerido la intervención de la CCC. Observada más de cerca la coyuntura, esa impresión no se confirma. Los ejemplos pudiera ser incluso que cundan, pero permítaseme apuntar al más flagrante. Si hay en Bolivia un caso de *estado de cosas inconstitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales*, tal es el que se da en el Chaco con comunidades guaraníes cautivas de haciendas, por encontrarse dentro o por estar rodeadas de ellas, y con personas guaraníes, inclusive niños y niñas, sujetas a formas de servidumbre o de trabajo forzoso que, para el Derecho internacional de los derechos humanos, equivalen a la esclavitud (45). Este es el caso que quiero tomar en consideración.

No basta con que el caso exista para que el TCP esté legitimado para actuar extendiendo a toda la población afectada sus resoluciones ante el primer recurso individual o de algún colectivo más limitado que reciba. Hace falta que existan acciones u omisiones de los poderes públicos sosteniendo dicha *situación de cosas inconstitucional por vulneración masiva y continua de derechos fundamentales* del pueblo, las comunidades y las personas guaraníes. ¿Ocurre así? Tampoco lo parece a primera vista. El Gobierno boliviano ha procedido a una reforma de la reforma agraria, lo que se llama su reconducción comunitaria, con vistas a capacitarse para actuar ante tal género de situaciones a favor de derechos de libertad personal y autonomía de comunidades mediante el saneamiento de títulos para la devolución de tierras (Decreto Supremo 29802, de 2008), lo que ha sido además sustancialmente revalidado por la Constitución (arts. 397-401). Mas hay evidencias de que posteriormente se ha producido un cierto *impasse*.

(45) Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Misión a Bolivia. Informe y Recomendaciones*, 2009, disponible en http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/UNPFII_Mission_Report_Bolivia_ES.pdf.

El Ejecutivo actual, aun bajo la misma Presidencia, no mantiene con el mismo vigor las políticas conducentes a la liberación de personas, emancipación de comunidades y reconstitución de pueblos que lo necesitan (46). Si esta falta de diligencia se confirma y persiste o se acentúa y agrava, el TCP podría emprender el camino que en América Latina está marcando la CCC. Deberá entonces hacerlo con la sensibilidad hacia las culturas y los pueblos de la que el congéne-re colombiano por ahora carece (47).

Hay más base constitucional para todo ello en Bolivia que en Colombia. En primer lugar, la Constitución boliviana emite el mandato visto de la *descolonización* para alcanzarse una *plurinacionalidad* de derecho y no solo de hecho. Hay aquí un imperativo de activismo ante el que no debe haber autorrestricción. El TCP, precisamente el Tribunal Constitucional Plurinacional, no se puede sustraer ante casos que le pongan ante situaciones coloniales, como efectivamente lo es la del pueblo guaraní. En segundo lugar, la posibilidad de accionar ante la jurisdicción constitucional frente a omisiones de las autoridades públicas está reconocida con más distinción y fuerza en la Constitución de Bolivia que en la de Colombia. Es en el constitucionalismo boliviano la *acción de cumplimiento* frente a «disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida», la constitucional así inclusive (art. 134.I). La CCC ha aprovechado también la previsión constitucional de acción frente a omisiones para fundamentar y construir su práctica de declaración de *estado de cosas inconstitucional* a fin de hacerse cargo de las subsiguientes políticas públicas. Ante casos como el guaraní, el TCP tendrá una mejor base constitucional para actuar de tal modo.

Entonces, en la eventualidad, podrá decirse que, sin desviarle de su función, alguna jurisprudencia constitucional de la región latinoamericana le resulta útil al Tribunal Constitucional Plurinacional ante el desafío inédito, desafío absolu-

(46) Baste recordar los serios desencuentros postconstitucionales habidos con la APG y con la CIDOB, la Asamblea del Pueblo Guaraní y la Confederación de Pueblos Indígenas (del Oriente) de Bolivia, en cuyas vicisitudes, que pueden seguirse por los media digitales, inclusive indígenas, no hay necesidad de entrar aquí. Las agencias internacionales se han especializado en desinformar incluso cuando informan sobre estos asuntos. Para información sobre los últimos acuerdos formales, <http://www.constituyentesoberana.org/3/noticias/indice-not-ac.html>, entradas de junio a agosto, 2010.

(47) En el Informe al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, para su primera sesión de 2011 (http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.BOL.17-20_sp.doc), el propio Gobierno boliviano reconoce la paralización temporal de la política de abolición de la servidumbre con la peregrina justificación ahora de que necesita el acuerdo de una propiedad que se resiste: «*hace falta la voluntad de aquellos que detentan un interés particular sobre las tierras*» (par. 161).

tamente sin precedentes en toda la región, de contribuir a la refundación de Bolivia como Estado tal, *plurinacional*, incluso en lo que interesa a las libertades personales y a los derechos comunitarios. El reto inédito se cifra en la reconstitución territorial y política de los pueblos indígenas mediante una autonomía que incluye la justicia y en la articulación de esta justicia con la justicia del Estado Plurinacional a fin de que este Estado lo sea por fin y efectivamente de todas y todos, de todas las personas y de todos los pueblos. Entonces es cuando merecerá el calificativo. No solo lo segundo, la articulación entre justicias, sino también lo primero, la reconstitución de pueblos, ha de comprometer al TCP, a su obra jurisprudencial en defensa de derechos no solo de personas o individuos.

8. BOLIVIA EN SOLITARIO: DESARROLLO CONSTITUCIONAL Y RETO CONSTITUYENTE

Las cuestiones inmediatas que habrán de plateársele al TCP tendrán que ver, directa o colateralmente, con la relativa falta de congruencia entre la Constitución y su desarrollo normativo, inclusive el que se le ha anticipado por la iniciativa inconstitucional de algunos Departamentos de dotarse de Estatutos de Autonomía sin esperar a la Constitución. Esta misma ha revalidado la iniciativa, pero no el resultado: «Los departamentos que optaron por las autonomías departamentales en el referendo del 2 de julio de 2006, accederán directamente al régimen de autonomías departamentales, de acuerdo con la Constitución. Los departamentos que optaron por la autonomía departamental en el referéndum del 2 de julio de 2006, deberán adecuar sus estatutos a esta Constitución y sujetarlos a control de constitucionalidad» (Disposición Transitoria Tercera). La revisión de la legislación de desarrollo no es en cambio un requerimiento de oficio, pero, aparte el ejercicio ciudadano de la acción de constitucionalidad, cualquier caso de procedencia indígena podrá suscitar cuestiones de incongruencia entre la Constitución y las primeras leyes de desarrollo.

Estas cuestiones ya han tenido ocasión de plantearse. Lo han hecho por la vía del referido derecho a la consulta de los pueblos indígenas respecto a leyes que les afecten. Aunque ahora el órgano legislativo sea plurinacional y cuente, por lo tanto, con representación indígena, el derecho específico de los pueblos indígenas a ser consultados sigue siendo necesario según la propia Constitución y el Derecho internacional que vincula a Bolivia, como hemos visto. Dada la misma autonomía por derecho a la libre determinación, no puede producirse una subsunción de los pueblos en la ciudadanía de la que participan. La primera consulta a efectos legislativos se ha dado para la Ley de Deslinde Jurisdiccional

que, según siempre la Constitución, es la norma que específicamente se dirige a la articulación de la jurisdicción indígena con el resto de las jurisdicciones, a «la coordinación y cooperación» mutuas (arts. 191.II.2 y 192.III citados). La cuestión estriba en que la Ley del TCP y la Ley del Órgano Judicial, ya promulgadas cuando se plantea la consulta de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, habían descuidado la posición constitucional de la jurisdicción indígena, una posición no inferior a la jurisdicción ordinaria del Estado, como ya sabemos.

En general, el primer desarrollo normativo de la Constitución, el de las cinco leyes exigidas por la misma con la mayor urgencia (del Órgano Electoral, del Régimen Electoral, del Órgano Judicial, del Tribunal Constitucional y de Autonomías y Descentralización) más la Ley de Deslinde Jurisdiccional fundamentalmente, solo ha respondido parcialmente a las expectativas abiertas por la Constitución respecto a la autonomía indígena en general y a la justicia indígena en particular. La urgencia de las cinco leyes se debía a la necesidad perentoria de nuevas instituciones para la nueva Constitución, una Constitución tan renovadora que no soportaría el régimen transitorio de la prórroga de institucionales antiguas. Se quiere tomar esta singularización del paquete por razón de urgencia como base para convertirlas en legislación *orgánica* que establezca *el marco* para las leyes sucesivas, comenzando por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pero esta categorización no tiene fundamento en la Constitución (48).

La Ley de Deslinde Jurisdiccional, ley sobre jurisdicción indígena, no se incluyó en el paquete pues no corría tal urgencia. Esta jurisdicción no es criatura de la Constitución, la cual reconoce francamente la precedencia y respeta su derecho a constituirse o, en su caso, a reconstituirse por sí misma como expresión de la libre determinación. La consulta realizada para su elaboración puso de manifiesto la inquietud existente por la desatención de la jurisdicción indígena en el primer desarrollo legislativo de la Constitución (49). Si, por ejemplo, para

(48) Subrayándolo justamente, bien que a su manifiesto pesar, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 46-49. Ya hemos visto que es la Ley del Régimen Electoral la que hace el intento de introducir la categoría de «Leyes Orgánicas y Leyes Marco», como también que ya hay publicaciones en las que se consideran *Leyes Fundamentales* las cinco leyes de urgencia. Solo una de ellas, la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, no puede ser alterada por ley ordinaria a no ser que alcance la mayoría cualificada que se requiere para su aprobación, la de esta Ley Marco (art. 271.II constitucional), lo cual, una vez que se cree precisa esta ley sumada a la Constitución, puede entenderse como garantía de estabilidad del encuadramiento normativo de los Estatutos de Autonomía ordinarios, que no es necesariamente, conviene puntualizar siempre, el de la autonomía de los pueblos indígenas.

(49) Se han publicado unas actas de la consulta: *Sistematización del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígena Originario Campesinos. Anteproyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*,

el ejercicio de la jurisdicción constitucional que no es exclusiva del TCP, la Ley del mismo solo había tomado en cuenta a la jurisdicción ordinaria del Estado, ¿no tendría la jurisdicción indígena que plantearse ahora, con ocasión de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, su competencia constitucional o su participación en el ejercicio de la misma incluso a costa de entrar a reformar la Ley del TCP?

El Proyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional resultante de la consulta abordó la reforma de la Ley del TCP a los efectos de atender a «la coordinación y cooperación» entre las jurisdicción indígena y el resto de las jurisdicciones en el pie debido de «igual jerarquía» por «igual rango constitucional» (art. 179.II y art. 276 constitucionales citados). El Proyecto contiene por ejemplo la siguiente adición de alcance: «Las y los postulantes a miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional que provengan del sistema indígena originario campesino, deberán ser legitimados y designados bajo normas y procedimientos propios por las naciones y pueblos indígena originario campesinos para este fin». En general, las modificaciones de la anterior legislación de desarrollo constitucional busca una recuperación de la equiparación entre jurisdicciones conforme a los requerimientos de la Constitución, al derecho a la autonomía indígena y a las propuestas resultantes de la consulta. La Asamblea Legislativa Plurinacional, haciendo caso omiso, ha podado sistemáticamente todos los retoques de legislación previa de desarrollo constitucional. La Ley de Deslinde Jurisdiccional responde al final a las cinco leyes de urgencia como si estas tuvieran el mismo valor que la Constitución o un rango por encima de la legislación ordinaria (50).

El asunto no tiene por qué llegar al TCP, por una vía o por otra, en los exclusivos términos de confrontación entre la Constitución y su desarrollo legislativo. Hay más elementos en liza por supuesto, el principal el de la propia autonomía indígena. Los Estatutos de Autonomía indígenas habrán de ser claves para la constitución o reconstitución de la propia justicia entre los poderes u *órganos* correspondientes a los pueblos indígenas, no solo el judicial, sino también el legislativo, el gubernativo y el de control que puede incluir participación en la jurisdicción constitucional, los que decida en cada caso el sujeto estatuyente indígena dentro de la Constitución, pero no necesariamente de la legislación que la desarrolla. Los Estatutos de Autonomía indígenas podrán situarse en una posición suprallegal sin necesidad de que exista para ellos la categoría de legis-

La Paz, Ministerio de Justicia-Programa de Fortalecimiento de Capacidades Institucionales de la Cooperación Suiza, 2010.

(50) Para algunos comentarios, no solo míos, a este proceso con enlaces a la documentación principal del caso (Proyecto y Ley de Deslinde Jurisdiccional, las cinco Leyes de urgencia, la Constitución...), <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8257> y <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8283>.

lación *orgánica*, o superior a otra entonces ordinaria, pues no la hay a ningún efecto. Por ser además expresión del derecho a la libre determinación que se ejerce así mediante la autonomía, los Estatutos indígenas habrán de tener por sí mismos un rango, como mínimo, constitucional.

Todo esto significa que, en el actual constitucionalismo boliviano, las leyes de desarrollo constitucional, ni siquiera el paquete de las cinco urgentes, no establecen un encuadramiento obligatorio para las autonomías indígenas. La única salvedad planteable, por efecto del requerimiento de una mayoría cualificada para su aprobación, es la de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, pero no debe olvidarse que, de una parte, su eventual prevalencia solo podrá ser a efectos procedimentales, pues los competenciales corresponden a la Constitución, y que, de otra parte, su valor puede relativizarse en el caso de la autonomía indígena por traer esta causa no solo de la Constitución, sino también de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ni esta Ley Marco ni ninguna otra ley se sobreordena a otras leyes o, aún menos, a Estatutos de Autonomía indígena.

Siguen entonces abiertas las posibilidades que abrió la Constitución y cuya apertura unas leyes han intentado entornar. No habrá de añadirse que los Estatutos de Autonomía de los Departamentos no tienen posibilidad de incidir en el campo constitucional en la medida de los Estatutos de pueblos indígenas. Los que se anticiparon a la Constitución lo intentan, por lo que ahora se les exige, como hemos visto, revisión departamental y control constitucional, este por el TCP. El TCP tendrá necesariamente que afrontar la necesidad de un encaje con todos los elementos, inclusive los estatutarios, a la luz de la Constitución, no de las leyes que la desarrollan. Las cuestiones principales son nuevas ahora. Por ejemplo, ¿qué valor mantiene una ley consultada que se desentiende de la consulta? ¿Y qué autoridad un *órgano* que confiere a unas normas el valor que no tienen?

A estas alturas supongo que se entenderá mejor la contundencia con la que he inhabilitado para la construcción pendiente del Estado Plurinacional de Bolivia la jurisprudencia constitucional comparada y la propia boliviana del período precedente. El reto es nuevo. Nuevas son las cuestiones y nuevas habrán de ser las respuestas. Materialmente, pues no desde luego formalmente, el proceso constituyente de la Bolivia plurinacional sigue abierto y algunos de sus vanos habrán de ser enmarcados y vestidos por la jurisprudencia del TCP. No todos y tampoco a solas, pues la apertura todavía materialmente constituyente ha de estar también en manos del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse en el seno del Estado Plurinacional conforme a la Constitución y al respectivo Derecho internacional.

No es el estatutario indígena un elemento que la Constitución comprenda dentro de un *bloque de constitucionalidad* cuyos componentes ella misma se ocupa de determinar (art. 410.II) (51), pero ha quedado comprendido en lo que podría llamarse un *bloque de constituyencia* que aún está activado. Constituyente ha de resultar todavía la autonomía indígena, igual que de rango como mínimo constitucional sus Estatutos (52).

9. COLOFÓN ABIERTO

La jurisdicción constitucional es hoy en Bolivia la única que preside la totalidad del sistema judicial porque es la única superior a la jurisdicción indígena,

(51) H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 28-36, para exposición que se atiene en mayor medida a las primeras frases del artículo 410.II: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a otra cualquiera disposición jurídica. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país», no advirtiendo lo ya señalado de que, según la propia Constitución (art. 256.I citado), quedan también incluidos los instrumentos no convencionales de derechos humanos, y aún menos reparando en que entre estos figura la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo que pudieran incorporarse al bloque de constitucionalidad los Estatutos de Autonomía que traigan causa de ella y no solo de la Constitución. Incorporaciones que en cambio considera son la más plausible de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la más problemática del derecho comunitario de la Comunidad Andina. En todo caso, el pronunciamiento del 410.II no cierra la cuestión a la luz de la propia Constitución.

(52) Para la posición resueltamente contraria, más representativa de la vía emprendida por la legislación de desarrollo de la Constitución aunque yendo bastante más lejos al intentar reducir el derecho indígena a derecho consuetudinario, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 49-53. Abogado cruceño, la posición de Horacio Andaluz se acerca sustancialmente más a la contenida en el Estatuto de Autonomía del Departamento de Santa Cruz, cuyos serios desencajes con la Constitución están todavía pendientes de revisión departamental y de control de constitucionalidad, que a la representada por la Constitución. Debería hacer reflexionar que una construcción doctrinal sobre el sistema normativo pueda sintonizar con la legislación de desarrollo constitucional para acercarse a las posiciones del Estatuto de Santa Cruz, aun guardando la discreción de no mencionarlo. Conviene recordar que el mismo subordina a los pueblos indígenas y bloquea las posibilidades de emancipación de servidumbre y dotación de tierras, abiertas por la reconducción comunitaria de la reforma agraria y a continuación potenciadas por la Constitución. En general, por medios de la doctrina jurídica y de otra publicística incluso oficialista predominan de momento las posiciones menos firmes de cara a los nuevos imperativos constitucionales: *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado; Héctor ARCE, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», en *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, ya también citado, págs. 85-96.

la única que, por plurinacional, se considera justamente que cuenta con legitimidad para ello. Como la jurisdicción indígena es ahora una manifestación del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse constitucionalmente a través de la autonomía, de una autonomía no solo jurisdiccional, resulta lógico que solo el control de constitucionalidad encomendado al TCP tenga competencia por encima de la justicia indígena o, siempre mejor, *indígena originario campesina*. Las jurisdicciones no indígenas, todas ellas, están en cambio sujetas a otras instancias centralizadas. Conviene insistirse en que tal posición singular del TCP, más singularizada desde luego que la de otros tribunales constitucionales, comporta dicha exigencia de que el mismo haya de ser plurinacional en el preciso sentido tanto de que debe componerse con participación indígena como de que debe producir una jurisprudencia intercultural, de una interculturalidad a la altura de la plurinacionalidad. He aquí el reto inédito al menos en el contexto de Latinoamérica (53).

Lo segundo, lo de la necesidad de una jurisprudencia realmente intercultural, requiere de lo primero, de que la inteligencia y la sensibilidad colegiadas del TCP sean efectivamente plurinacionales. Si esto no fuere así, dadas las competencias efectivas de la nueva jurisdicción constitucional, esta podría fácilmente convertirse en la vía ahora más eficaz de acosamiento y reducción de la jurisdicción indígena por vía de una imposición unilateral de criterios culturalmente sesgados de control de constitucionalidad. Frente a esta inquietante perspectiva

(53) Ley de Deslinde Jurisdiccional, artículo 4: «Los principios supremos que rigen la presente Ley son: [...] e) Diversidad Cultural. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales. f) Interpretación Intercultural. Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. g) Pluralismo Jurídico Igualitario. Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de las diferentes jurisdicciones dentro del Estado Plurinacional de Bolivia en igualdad de jerarquía. h) Complementariedad y Reciprocidad. Las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente son corresponsables de brindarse asistencia y establecer mecanismos de coordinación y cooperación. i) Interculturalidad Jurídica. Las diferentes jurisdicciones deben adoptar prácticas de convivencia pacífica, con el fin de resolver los conflictos que se presenten en el marco del pluralismo jurídico igualitario. j) Libre Determinación. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos deciden y ejercen sus propias formas de gobierno promoviendo, desarrollando y manteniendo sus estructuras institucionales políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. Tiene carácter inalienable y genera obligaciones para el Estado. k) Autonomía Jurisdiccional. En el marco de la igualdad jerárquica, la jurisdicción indígena originario campesina goza del respeto pleno a su independencia, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. [...]». Otra, como ya sabemos, es la cuestión de que los principios flaqueen en el propio articulado.

y para el propio desempeño de la jurisdicción indígena, el mejor remedio es el de darle entrada a la misma en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya participando en su primera instancia, ya reteniendo la capacidad de resolver sobre el fondo tras el eventual control de garantías por el TCP. El desarrollo legislativo habido hasta el momento no aprecia esta necesidad.

El primer desarrollo normativo de la Constitución no tiene por qué empecer. El horizonte constituyentemente abierto no pueden obstruirlo las primeras leyes de desarrollo, leyes ordinarias todas ellas al cabo. Si el Estado quiere ser en efecto *plurinacional* y así también su Tribunal Constitucional, ha de recuperar el espíritu de la Constitución relativamente velado por su primer desarrollo normativo. Si la legislación postconstitucional no se endereza, el TCP habrá de afrontar, haciendo valer la Constitución, el dilema que entonces le supondrá su propia ley, una ley ordinaria: «El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular» (art. 4.III citado). Si el TCP también defeciona, la *plurinacionalidad* quedará en manos de los Estatutos de Autonomía indígenas.

No hay otra. Esa última posibilidad de regeneración constituyente está siempre abierta porque la autonomía indígena es ahora expresión constitucional del derecho de libre determinación que no depende del reconocimiento ni del desarrollo de la Constitución. Esta misma declara que los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que Bolivia de alguna forma se adhiera o esté adherida, como sea el caso de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tienen valor supraconstitucional (art. 256.I citado), un valor que se refuerza por el imperativo de la descolonización con su corolario de reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas en términos no meramente protocolarios, sino de estricta titulación de derechos. No se trata de desahogos ideológicos superpuestos a la Constitución, sino de compromisos constituyentes en los que se juega la refundación constitucional de Bolivia como Estado Plurinacional.

RESUMEN

Bolivia se enfrenta con el reto de construir un Estado Plurinacional conforme a las bases sentadas por la flamante Constitución de 2009. Dispositivo clave al efecto podrá ser el Tribunal Constitucional Plurinacional pues constituye la única jurisdicción interna que se sitúa tanto sobre el sistema de justicia del Estado como el sistema de justicia indígena. Es un planteamiento constitucional para el que no hay precedente en el ámbito

latinoamericano. Estas páginas proceden a una revisión de la jurisprudencia constitucional de los Estados latinoamericanos para ver si pueden encontrarse orientaciones. Tan sólo en Colombia se encuentra algún elemento relevante de práctica jurisdiccional que puede en algo asistir. Para todo el resto de opciones plausibles, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia afronta un reto realmente inédito.

PALABRAS CLAVE: Estado plurinacional; jurisprudencia constitucional; Derecho comparado; América Latina; Colombia; Bolivia.

ABSTRACT

Bolivia faces the challenge of building up a Plurinational State in accordance with the rules established by her brand new 2009 Constitution. For this purpose, the Plurinational Constitutional Court may become a key device since it is the only domestic jurisdictional body placed upon both the state judicial system and the judicial system of indigenous peoples. Such a constitutional approach is unique in the Latin American region. This paper reviews the constitutional jurisprudence among Latin American States in search of possible guidelines. Only Colombia offers a significant piece of jurisdictional practice that may lend a hand in this regard. As for the rest of feasible options, the Plurinational Constitutional Court of Bolivia actually faces an unprecedented challenge.

KEY WORDS: Plurinational Government; constitutional jurisprudence; comparative law; Latin America; Colombia; Bolivia.