La acción popular boliviana y el modelo polifónico de justicia constitucional

MARIA ELENA ATTARD BELLIDO



PIREO UNIVERSIDAD

Pireo Editorial

LA ACCIÓN POPULAR BOLIVIANA Y EL MODELO POLIFÓNICO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

PIREO EDITORIAL

LA ACCIÓN POPULAR BOLIVIANA Y EL MODELO POLIFÓNICO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

María Elena Attard Bellido

Pireo
Editorial

Primera edición: febrero de 2023

Título: La acción popular boliviana y el modelo
polifónico de justicia constitucional
Autora: Maria Elena Attard Bellido

Colección: Pireo Universidad

ISBN: 978-84-125489-2-1

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons con las siguientes características:
Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 Internacional

© Edición: Pireo Editorial (València)
pireoeditorial.com · pireo@pireoeditorial.com

© Fotografía de portada: Cristhian Flores · cristian.flores1970
© Diseño de portada: Pireo Editorial

Índice

Presentación.....14

Introducción.....18

Bitácora 22

CAPÍTULO I: Una necesaria reconstrucción teórica del derecho y del constitucionalismo para «mirar con los dos ojos» y dar voz a los históricamente oprimidos 31

1.- Resumen
2.- La objetividad, la razón del hombre y la ley: La venda de la diosa Themis que no permite «mirar con los dos ojos»
3.- El constitucionalismo liberal
- 3.1.- El modelo evolucionista inglés
- 3.2.- El modelo originario norteamericano
- 3.3.- El modelo revolucionario francés

4.- El constitucionalismo social: La retórica constitucional de la igualdad sustantiva
- 4.1.- La Constitución de Weimar: el constitucionalismo social en su faceta europea
- 4.2.- La Constitución de Querétaro: El constitucionalismo social en clave latinoamericana

5.- El paradigma del Estado constitucional desde la narratividad europea
- 5.1.- La constitucionalización del ordenamiento jurídico
- 5.2.- La representación argumentativa
- 5.3.- La teoría de las reglas y la teoría de los principios para la labor de interpretación de la constitución
- 5.4.- Un modelo integrado de ciencia jurídica a la luz del paradigma constitucional
- 5.5.- El garantismo y la democracia constitucional

6.- Conclusiones

CAPÍTULO II: Para «mirar con los dos ojos»: Los tejidos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.....92

1.- Resumen
2.- La poética del giro decolonial para el tejido de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos
3.- La rebelión de los saberes, el pluralismo epistémico y sus diversas fuentes filosóficas
4.- La voz de la pluriculturalidad y la plurinacionalidad en los procesos constituyentes latinoamericanos
- 4.1.- Colombia y su Constitución de 1991
- 4.2.- La Constitución venezolana (1999)

4.3.- La Constitución ecuatoriana de 2008
4.4.- El proceso constituyente y la Constitución boliviana de 2009
5.- El pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad crítica plurinacional y el redimensionamiento del modelo racional normativista
6.- La ruptura del paradigma antropocéntrico de derechos y la vigencia del paradigma biocéntrico a partir de la sintiencia
7.- La interpretación intercultural de derechos
8.- El modelo polifónico de justicia constitucional
9.- Los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos desde las reivindicaciones de las mujeres y los colectivos LGBTI
10.- Conclusiones

CAPÍTULO III: La voz silenciada de los históricamente oprimidos en Bolivia y la venda del constitucionalismo boliviano.....159

1.- Resumen
2.- La pluriculturalidad anterior al periodo incaico: Las raíces de los pueblos históricamente oprimidos
3.- El imperio incaico: Más hilos de diversidad para los tejidos de la pluriculturalidad
4.- La conquista española: La distinta idea del otro y la doctrina de la dominación
5.- El constitucionalismo monocultural, el ropaje del liberalismo criollo y la venda de la diosa Themis
6.- Los caciques apoderados en un ciclo rebelde
7.- El constitucionalismo social boliviano sin los históricamente oprimidos
8.- Una página de la historia boliviana olvidada por el constitucionalismo social: El Congreso Indigenal de 1945
9.- La Revolución Nacional: Los diversos rostros de la sindicalización y los hilos argumentativos de las reivindicaciones indígenas
10.- La huella de las dictaduras y las venas del katarismo
11.- Las grandes marchas indígenas y el horizonte del constitucionalismo pluricultural boliviano
12.- Conclusiones

CAPÍTULO IV: Los rasgos esenciales del modelo constitucional boliviano desde el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizante 238

1.- Resumen
2.- El proceso constituyente plural y el modelo constitucional emancipatorio a partir de las reivindicaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos
3.- Las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la Constitución de 2009
4.- Una teoría constitucional desde el Estado Plurinacional de Bolivia: El constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador
5.- La doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural

6.- La aplicación directa de derechos y la interpretación conforme en el Estado Plurinacional de Bolivia
6.1.- Los principios de progresividad y prohibición de regresividad desde el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador
6.2.- La interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y el ejercicio del control de convencionalidad desde un enfoque intercultural
6.3.- El principio de favorabilidad en un contexto de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización
7.- La igual jerarquía de derechos, la ruptura del paradigma antropocéntico y las pautas interculturales de interpretación de derechos
8.- La igualdad material desde los hilos argumentativos del constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural
8.1.- La libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos
8.2.- La protección reforzada a grupos de atención prioritaria: La interpretación intracultural favorable
8.3.- La igualad sustantiva en clave de plurinacionalidad y su incidencia en el principio de prevalencia de la justicia material para el acceso a una justicia plural
9.- La justicia plural desde el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador
10.- Conclusiones

CAPÍTULO V: El sistema plural de control de constitucionalidad: Su cauce en los modelos polifónicos de justicia constitucional 329

1.- Resumen
2.- El andamiaje previo de los modelos de justicia constitucional
2.1.- El modelo difuso norteamericano
2.2.- El modelo jurisdiccional concentrado europeo
2.3.- El modelo francés previo y no jurisdiccional de control de constitucionalidad
2.4.- Los modelos latinoamericanos
3.- El modelo polifónico de justicia constitucional para los tejidos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos
3.1.- El activismo de las y los jueces en el marco de mandatos expresos emergentes de procesos constituyentes plurales
3.2.- Argumentación jurídica plural en aras de construcciones plurales de derechos
3.3.- Métodos plurales de derecho que generen diálogos interculturales e interjurisdiccionales
4.- El Sistema Plural de Control de Constitucionalidad boliviano: ¿Un modelo polifónico de justicia constitucional?
5.- Conclusiones

CAPÍTULO VI: La acción popular y la descolonización del derecho procesal constitucional boliviano: Identificación de sus rasgos procesales esenciales a la luz del modelo polifónico de justicia.....414

1.- Resumen
2.- Los estándares jurisprudenciales más altos coherentes con el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador
3.- El ámbito de protección de la acción popular desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)
4.- Rasgos procesales esenciales de la acción popular a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador
5.- La legitimación activa y pasiva en acciones populares
6.- Tipología de la acción popular
    6.1.- Acción popular preventiva
    6.2.- Acción popular reparadora
7.- La reparación integral de daños: Su aplicación con enfoque intercultural en acciones populares
8.- La construcción plural de derechos en acciones populares a la luz de la jurisprudencia constitucional
9.- La prueba en acciones populares
10.- La cosa juzgada en acciones populares
11.- La ejecución y supervisión de sentencias constitucionales plurinacionales emitidas en acciones populares
12.- Las autorrestricciones jurisprudenciales en acciones populares: ¿Son coherentes con el constitucionalismo plurinacional y descolonizante?
    12.1.- Los hechos controvertidos
    12.2.- Los hechos superados y el cambio de circunstancias
    12.3.- La carga argumentativa exigida a la parte accionante
    12.4.- La imposibilidad de hacer cumplir decisiones judiciales o administrativas a través de la acción popular
    12.5.- Imposibilidad de hacer cumplir una sentencia constitucional emergente de una acción popular
    12.6.- La imposibilidad de analizar el cuestionamiento de normas generales a través de la acción popular
13.- Conclusiones

CAPÍTULO VII: La acción popular y estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a derechos colectivos y transindividuales.....479

1.- Resumen
2.- Los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos protegidos por la acción popular

2.1.- Derecho a la libre determinación y a la autoidentificación
2.2.- Derecho al hábitat, a la propiedad colectiva y a la territorialidad
2.3.- La interdependencia entre el derecho a la territorialidad con los recursos naturales y con los derechos de la Madre Tierra
2.4.- El derecho a la consulta previa
2.5.- Derecho al debido proceso en su dimensión colectiva
2.6.- El derecho al acceso a la justicia con enfoque intercultural
2.7.- Derechos reforzados de los pueblos en aislamiento voluntario y en contacto inicial
3.- Otros derechos transindividuales protegidos por la acción popular
3.1.- Derechos de la Madre Tierra
3.2.- Derechos de los seres sintientes en el marco del paradigma del vivir bien
3.3.- Derecho al agua
3.4.- Derecho a la salubridad pública
3.5.- Derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores
3.6.- Derecho a la energía eléctrica
3.7.- Derecho al acceso a servicios de telecomunicaciones
3.8.- Derecho a la paz, a la democracia y otros derechos transindividuales
3.9.- Derecho al espacio público, al patrimonio histórico, cultural y natural
4.- Conclusiones

CAPÍTULO VIII: La acción popular y la descolonización del derecho procesal constitucional boliviano: Identificación de sus rasgos esenciales a la luz del modelo de justicia.....557

1.- Resumen
2.- Contextualización necesaria
3.- Caso comunidad Cahua Chico (La Paz): La interdependencia entre el derecho a la libre existencia y la personería jurídica para pueblos indígenas
4.- Caso comunidad Villa Flor de Pucara (Cochabamba): La omisión de métodos dialógicos para la ponderación intercultural
5.- Caso de la comunidad La Tamborada (Cochabamba): El deber de reconducción procesal de la legitimación pasiva
6.- Las denuncias sobre derechos colectivos vinculadas al TIPNIS (La Paz): Crónica del silenciamiento a los históricamente oprimidos
6.1.- Omisión de consulta de buena fe a los pueblos indígenas del TIPNIS
6.2.- Construcción del tramo II Isinuta-Monte Grande
6.3.- Los derechos de la Madre Tierra y el derecho a la consulta previa a pueblos indígenas del TIPNIS
6.4.- La Sentencia del Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza
7.- Caso del pueblo no contactado Pacahuara y del pueblo indígena Takana La Selva (Pando): La omisión de la reparación integral de daños con enfoque intercultural
8.- Caso del Sindicato Agrario Blanco Rancho (Cochabamba): La carga probatoria
9.- Caso del ayllu Jesús de Machaca (Potosí)

10.- Caso ayllu Jatun Mankasaya (Potosí): La autorrestricción de la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo
11.- Caso del Pueblo Indígena Guaraní
11.1.- La acción de inconstitucionalidad abstracta contra el DS 2195
11.2.- La acción de inconstitucionalidad abstracta contra el DS 2366
12.- La denuncia de la comunidad Puca Huasi en cuanto a la vulneración del debido proceso en una dimensión colectiva (Chuquisaca)
13.- La denuncia de la comunidad indígena San Martín Tapaca Pacahura en relación a sus derechos al hábitat, al domicilio y al debido proceso (Pando)
14.- Caso del pueblo indígena Quila Quila (Chuquisaca)
14.1.- La exigencia de personería jurídica
14.2.- El ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a la aplicación directa y preferente del derecho a la autoidentificación
14.3.- La vulneración de los derechos a la territorialidad y otros del pueblo indígena Quila Quila
15.- Caso de la comunidad de Chuquiña y del Sindicato Alba Rancho (Oruro)
16.- Caso de la comunidad de Irupana en relación a la vulneración de sus derechos al agua (Potosí)
17.- Caso de la comunidad Conda Arriba en cuanto a la vulneración del derecho al agua
18.- Caso de la comunidad indígena originaria Huancané (La Paz)
19.- Caso de la comunidad campesina Pata Lajastambo (Chuquisaca)
20.- Caso de la comunidad indígena Quetena Chico (Potosí)
21.- Caso de la comunidad indígena Vilasaca por la vulneración de sus derechos a la territorialidad y otros conexos (Potosí)
22.- Caso de la reserva natural de Tariquía y de sus comunidades indígenas (Tarija)
23.- Caso de la comunidad Todos Santos (Oruro) y el derecho a la consulta previa
24.- Caso de la Organización Indígena Originaria Campesina de la Unión de Hortaliceros del Trópico (UNIHORT) (Cochabamba)
25.- Caso de la comunidad Huachacalla (Potosí)
26.- Conclusiones

Conclusiones finales 669

Bibliografía.....688

Sentencias y Opiniones Consultivas de referencia (Corte IDH).....721

SIGLAS Y ACRÓNIMOS

AAC	Auto constitucional
ALP	Asamblea Legislativa Plurinacional
ART.	Artículo
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIDOB	Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano
Comité DDHH	Comité de Derechos Humanos
Comité DESC	Comité de Derechos Económicos sociales y culturales
Comité DN	Comité de Derechos del Niño
Comité CEDAW	Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CONAMAQ	Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu
CPE	Constitución Política del Estado
CSCIB	Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia
CSUTCB	Confederación Sindical única de Trabajadores Campesinos de Bolivia-CSUTCB
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CC	Código civil
CFP	Código de las familias y del proceso familiar
CM	Consejo de la Magistratura
CPCo	Código procesal constitucional
CPC	Código procesal civil
CPP	Código de procedimiento penal
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DCP	Declaración constitucional plurinacional
DS	Decreto Supremo
Fj	Fundamento jurídico
INRA	Instituto Nacional de Refroma Agraria
JIOCu	Jurisdicción indígena originaria campesina
LGBTI	Lesbianas, gay, bisexuales, trasgénero, transexuales e intersex
NAPIOCs	Naciones y pueblos indígena originario campesinos
OE	Órgano Ejecutivo
OEP	Órgano Electoral Plurinacional
RA	Resolución Administrativa
RS	Resolución Suprema
SA	Sentencia agroambiental
SC	Sentencia constitucional
SSCC	Sentencias constitucionales
SCP	Sentencia constitucional plurinacional
SCPS	Sentencias constitucionales plurinacionales
SIDH	Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos

SUDH	Sistema Universal de Protección a Derechos Humanos
TSE	Tribunal Supremo Electoral
OC	Opinión consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Ordenanza Municipal
TCP	Tribunal Constitucional Plurinacional
TC	Tribunal Constitucional
TDE	Tribunal Departamental Electoral
TDJ	Tribunal Departamental de Justicia
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
TA	Tribunal Agroambiental
TCO	Tierra comunitaria de origen
TI	Territorio indígena

A mi maestro, Rubén Martínez Dalmau

Sin su apoyo, su confianza, su guía y su ejemplo, este trabajo no hubiera sido posible.
Me enseño que el derecho constitucional emancipatorio es posible y que las mujeres debemos ser actoras principales de los procesos de transformación.

A mi madre por ser la luz que guía mi camino
y porque gracias a ella llegué hasta este punto,
a mi padre por ser un ejemplo de ética profesional,
a mis pequeños Nicolas y Wara
para que siempre hagan lo que amam,
a mi hermano por su apoyo
y a mi comadre Máxima
porque sin su ayuda
este trabajo no hubiera sido posible.

PRESENTACIÓN

En mi ultimo libro dedicado a los modelos de gobierno local en Europa y América Latina, a conclusión del razonamiento sobre la construcción de un «nuevo paradigma andino» de descentralización —que se puede deslumbrar en los textos constitucionales de los ultimo años y en las palabras de unas Cortes constitucionales, pero sí necesita de un gran esfuerzo de implementación—, escribí: «Lo que he identificado como «paradigma andino», […] puede ser leído también en términos interculturales y interdisciplinario, como una respuesta —jurídica— a la petición de superar la «autoestima relativamente baja» y el «*victimismo*» del «latinoamericano escéptico [el cual] típicamente subestima el papel del constitucionalismo en sus países» [1]. Al contrario, con una «inyección de autoestima», el estudioso latinoamericano puede convertir el área latinoamericana —que tanto ha adquirido de los derechos extranjeros— en un ejemplo de estudio en virtud de todos los casos de mutaciones del gobierno local que están afectando a muchos países europeos».

Las palabras de Marquard me parecían perfecta para animar a los colegas latinoamericanos en su indispensable tarea de interpretación y implementación del «patrimonio» constitucional construido en los últimos años. Palabras preciosas y inspiradoras también para reconfigurar los equilibrios del diálogo al interior de la doctrina latinoamericana (en particular del área andina) y entre esa y la doctrina europea representante de los que se han denominado «países de moda» en el constitucionalismo moderno y en el nacimiento del derecho público. Países que, según una doctrina han llevado a la afirmación de un «bloqueador conceptual» [2] que ha afectado a los textos sobre historia constitucional en América Latina y ha silenciando

[1] B. Marquardt, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Bogotá, 2016, 54.

[2] Habla de un bloqueador conceptual Bernd Marquardt en su análisis sobre los defectos cualitativos de los textos de historia constitucional: B. Marquardt, *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010), historia constitucional comparada*, Bogotá, 2011, 11 ss.

los valores ancestrales de los pueblos indígenas a lo largo de la historia constitucional de estos países.

Estoy consiente de que empezar una introducción a un libro de una colega con las palabras de un libro mío aparece bastante incoherente con la propuesta de re-equilibrar el dialogo entre los estudiosos de los dos lados del océano, y, aparentemente, se introduce en aquel contexto intelectual que, intrínsecamente, conducía en si mismo la idea de imposición de un modelo cultural o, por lo menos, se acentuaba en una transferencia de conocimiento unidireccional: de Europa hacia América Latina.

En cambio, ese libro (y lo aclaré en las primeras palabras!) ha sido un modo de pedir disculpa por la presuntuosidad que, intrínsecamente, acompaña el comparatista en la divulgación del conocimiento en otros contextos culturales —seguramente la mía— y, al mismo tiempo, una forma de agradecer las enseñanzas aprendidas en los años, durante mis visitas en varias universidades de América Latina, y por medio de la coordinación del proyecto europeo Capacity Building OPT-IN «Nuevo programa de posgrado para la formación de Operadores Transnacionales e Interculturales para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz en la Comunidad Andina».

Escuchando tantos a los operadores como a los oprimidos (victimas del conflicto colombiano, representante de pueblos indígenas, etc.), cada uno de nosotros los socios europeos de aquel proyecto aprendimos mucho de la «revolución plurinacional e intercultural» que algunos países de esa área están viviendo. Frente a esta «revolución» es imposible seguir interpretando y estudiando temáticas nuevas y «antiguas» (como es la justicia constitucional) con las categorías del pasado y con la visión de exportar, hacia las periferias del mundo, un mensaje cultural en modo unilateral y unidireccional. Aunque no se haya invertido totalmente la ruta, seguramente se ha cambiado dirección y requiere de seguro nuevos instrumentos de navegación.

El libro de María Elena Attard se coloca exactamente en esta nueva ruta y entrega al lector muchas herramientas —tanto de carácter teórico como técnico-procesual— para empezar esta nueva navegación.

Eso se nota en:

- la originalidad del estilo. Es un libro lleno de metáforas y de imágenes evocativas (el vuelo del Cóndor de los Andes; las manos vigorosas de mujeres que practican su arte milenario de tejer en el Abya Yala; etc.), de análisis lingüística del discurso colonial dirigido a los colonizados (desde un lenguaje de homogeneización y marginación histórica) que ayudan a abrir los (dos!) ojos y a entender los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Además es un libro que reconoce el esfuerzo del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en la elaboración de estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a derechos y coherentes con el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador pero, al mismo tiempo, la Autora utiliza palabras específicas y de forma voluntariamente redundante («las todopoderosas togas negras destinadas a silenciar a los históricamente oprimidos») para contestar al mismo TCP la falta de implementación completa de los valores constitucionales y la aplicación del

bloque de constitucionalidad en varios fallos (analizados todos, puntualmente, en el ultimo capítulo);

- en la originalidad de la metodología de la investigación. Por medio de un análisis de casos se desvela la incapacidad de técnicas procesuales formalistas que impiden al TCP de actuar conformemente a su nueva (¡) naturaleza y su nueva (¡) misión, a la luz del modelo polifónico de justicia constitucional y desde el *paradigma del Suma Qamaña*.
- en el acercamiento al tema. Formalmente este es un libro sobre la justicia constitucional que habla de los derechos no solo, y no tanto, de los «sujetos débiles» (categoría occidental), sino de los oprimidos (categoría no occidental).

Efectivamente, en el «mundo occidental» hacer hincapié en los sujetos que participan y requieren formas diferentes de justicia, permite de evidenciar las debilidades del formalismo occidentales tanto en su vertiente interna (en las soluciones de las complejas problemáticas que emergen en las sociedades pluralistas occidentales), como en su vertiente externa (en la difícil exportabilitad de los modelos de justicia que fueron creados para una sociedad occidental en contextos en los cuales se están recuperando las tradiciones culturales autóctonas y se está definiendo nuevamente las relaciones entre ser humanos y Naturaleza).

En este sentido las categorías del pasado —elaboradas con la visión de exportar, hacia las periferias del mundo, un mensaje cultural en modo unilateral y unidireccional— se revelan inadaptas para la actuación del nuevo diseño constitucional boliviano.

Todo eso está muy claro en todas las partes del libro: también en las partes más descriptivas (como son los capítulos I, II, V), la Autora expone de forma critica su pensamiento, como, por ejemplo, en el apartado 3.2.2 del capitulo primero, listando claramente los excluidos de la fórmula «We the people». El mismo acercamiento metodológico se nota en el segundo capitulo, en las partes dedicadas a la reconstrucción de los procesos constituyentes de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, bajo el *file rouge* de la pluriculturalidad y la plurinacionalidad y, por supuesto, en la selección de los ocho hilos argumentativos que caracterizan y dan contenido a los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos (en particular destaca la muy actual postura de dar voz directa a los pueblos indígenas, las mujeres, los colectivos LGBTI+ Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans, Travesti, Intersexual y otros, los sujetos que más fueron afectados en sus derechos durante la pandemia).

La Autora más que reconstruir, interpreta jurídicamente y con pasión las luchas y reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas que edificaron el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador que llevó a la aprobación de la Constitución democrática de 2009. Esta misma voz, silenciada por años y luego se escuchó fuerte y determinante durante la Asamblea Constituyente iniciada en 2006, según la Autora ha sido nuevamente silenciada por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional que no ha interpretado totalmente la voluntad del poder constituyente, «imperando todavía, en general, en la justicia boliviana *la colonialidad del ser, del saber y del poder*».

Solo el tamaño de la obra aclara que la Autora no se ha alejado completamente desde el criptótipo iberoamericano de tesis doctorales: completas, muy largas y descriptivas de los temas básicos tratados por la doctrina clásica (en eso sí la Autora sigue ligada a la tradición y a la cultura académica de su región) afortunadamente, así que el lector no le queda nada perdido…

Giorgia Pavani

Profesora titular de Derecho Público Comparado

Alma Mater Studiorum Universidad de Bolonia

INTRODUCCIÓN

Están ustedes ante una obra de grandes dimensiones y que trascenderá a la contingencia para ser uno de los más importantes textos contemporáneos de Derecho constitucional latinoamericano.

Quienes nos dedicamos a la investigación muchas veces constatamos que los estantes de las librerías y los anaqueles de las bibliotecas están plagados de libros que no despertaron mucho interés o que, si alguna vez lo hicieron, perdieron el brillo con rapidez. Durante décadas la investigación jurídica quiso cimentarse en un supuesto cientifismo que en el ámbito del Derecho se traducía en análisis dogmáticos de comentaristas. Los *comentarios* a las leyes, tan comunes durante el positivismo ideológico decimonónico, calaron tanto en las pizarras de las facultades de Derecho que se insertaron con facilidad en los procesos cognitivos del futuro profesorado, el cual asistía impasible con lápiz y papel a las clases de los grandes eruditos. Pero resulta que los comentarios acaban siendo eso: comentarios, que perecen a la luz de cualquier análisis crítico o la modificación más nimia de la norma por parte del legislador. Muchos libros constituyen por esa razón simples escritos de coyuntura, y tienen las patas cortas.

Las grandes obras se caracterizan por lo contrario: por una visión general del problema, la introspección holística de las posibles soluciones, la búsqueda de nuevos horizontes que solo pueden descubrirse cuando somos capaces de adentrarnos por mares desconocidos. El Derecho no es solo la ciencia de lo que es, sino de lo que puede ser. La potencialidad en el Derecho nos aleja de las miradas cortas y nos adentra en una función que rebasa lo meramente descriptivo: la función transformadora del Derecho. Y esa función solo se consigue cuando se levanta la mirada y se es capaz de ver lo que acontece más allá de lo que se percibe a simple vista. Generar conocimiento solo es posible con la innovación, con la exploración de alternativas y con una visión crítica, bien fundamentada, consciente de la inexistencia de verdades absolutas y de la necesidad de un enfoque crítico en cada aseveración.

Esta capacidad de mirar con luces largas, de comprender el problema en su globalidad, y de ser propositivos dentro de

un análisis crítico de la realidad y la potencialidad, es lo que van a encontrar en el libro de la profesora María Elena Attard.

La tesis de la profesora Attard parte de una hipótesis valiente y bien trazada: es posible mirar el Derecho desde perspectivas alternativas, y el constitucionalismo puede transformar su esencia para incluir el pluralismo en su dinámica transformadora. De hecho -aunque no es una frase de la autora, se deduce de la obra- solo un constitucionalismo que sea capaz de incluir el pluralismo en sus dimensiones esenciales contará con el potencial de transformación que el avance social requiere. Cabe recordar, y así lo explica la autora en el primer capítulo, que el constitucionalismo se ha levantado tradicionalmente para garantizar los intereses de los de siempre. Desde una visión monista del Derecho, basada en una guerra excluyente contra todo lo que pudiera ser alternativo a la monoculturalidad, se levantaron los enormes muros del Derecho: muros que llegaban hasta el cielo, y frente a los cuales las personas más vulnerables y oprimidas se sentían aún más vulnerables y más oprimidas. Muros infranqueables que reducían cualquier expresión pluricultural a la mínima expresión, y que pretendían -y en buena medida consiguieron- que la sociedad fuera monocultural y homogénea, expresión final de quienes podían construir los relatos hegemónicos y, con ellos, impedir cualquier fisura en el los enormes bloques que sostenían la cultura única.

Pero llegó el momento en que una pequeña raíz arraigó en una junta, y las duras piedras infranqueables resultaron ser porosas y abordables. Estamos viviendo, no hay duda, una de las transformaciones del Derecho más democrática y original entre todas las que la humanidad ha podido experimentar. No es fácil encontrar en la historia del Derecho un momento parecido al de los actuales tiempos, en el que lo incuestionable se cuestiona y lo estricto se flexibiliza. «En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores». Con estas palabras inicia el Preámbulo de la Constitución boliviana de 2009, y es difícil encontrar una metáfora más apropiada que aquel germen del mundo para describir las transformaciones contemporáneas del Derecho. Y es en América Latina uno de los lugares donde estos avances son más patentes; donde los derechos se subrayan, se escriben y se reescriben una vez, otra y las veces que haga falta. Lo encontrarán ustedes expuesto en el segundo capítulo de la obra, la que propone al constitucionalismo democrático latinoamericano como la posibilidad, por fin, de vislumbrar el Derecho con los dos ojos en vez de con uno solo. Es el inicio de una alternativa, un deseo de mirar hacia el futuro; un pensamiento otro que dignifica la construcción desde los márgenes para colocarla en el centro. Los oprimidos, los vulnerables, los invisibles, los que no contaban están ahora ahí: hablan, se les escucha, deciden… El proceso de decolonización del pensamiento -porque la colonialidad no se manifiesta a través de rasgos físicos, sino de procesos cognitivos- revela nuevos saberes -la rebelión de los saberes- que, a pesar de que se les denomina nuevos porque no eran conocidos hasta ese momento, siempre han estado ahí; y un pluralismo epistémico que se traduce en avances constitucionales sin parangón en la historia constitucional del continente desde el surgimiento del propio constitucionalismo democrático. Estamos ante un hecho

fáctico, una realidad transversal que invadirá las formas de decisión en el Derecho para ofrecernos esos nuevos mares que delimitan con otros horizontes.

A partir del capítulo tercero la autora se introduce en la particularidad boliviana, una de las grandes revelaciones constitucionales de nuestro siglo. El constitucionalismo boliviano ha pasado a reivindicar su carácter periférico para la construcción de nuevas centralidades, y lo ha hecho a través de una Constitución democrática, la de 2009, que salió adelante a pesar de los intentos irresistibles de todas las elites del país y de la región que procuraron como fuera posible el fracaso del proceso constituyente. Pero ahí están los resultados: una Constitución que sirve para la reconstrucción epistemológica de un proyecto común para los pueblos bolivianos, que se construye desde el reconocimiento de la pluralidad y el pluralismo jurídico, que levanta sus cimientos en la plurinacionalidad como fundamento del Estado. La profesora Attard, boliviana, describe con profusión y buena letra este cambio de ciclo constitucional en Bolivia que, como no podía ser de otra manera, viene antecedido por un cambio social y político, y sucedido por una historia de construcción colectiva todavía en proceso de consolidación. Pero los avances están a la vista, y son innegables. El constitucionalismo democrático boliviano poco a poco se deshace de la venda que ha cubierto su mirada desde su construcción, y los oprimidos han levantado la voz que históricamente permanecía silenciada. El capítulo cuarto describe cómo se ha producido este cambio de paradigma y cuáles son los avances que ofrece. Ya es posible referirnos a la plurinacionalidad, a las reivindicaciones de los pueblos indígena originario campesinos convertidas en derechos y procesos de emancipación, a la interculturalidad, a los procesos de descolonización del pensamiento, a la libre determinación, a la justicia plural y, en general, a las nuevas dimensiones que se han hecho posibles gracias a los avances político-jurídicos que se tradujeron en la Constitución de 2009 y a los procesos, cada vez más consolidados, que de ella se derivan.

En el capítulo sexto al octavo van a entrar ustedes a conocer los efectos emancipadores de la Constitución boliviana en una de las cuestiones de mayor transcendencia en la teoría y aplicación de la constitución: el control de la constitucionalidad y la interpretación de la constitución. La profesora Attard desarrolla el concepto de control plural de la constitucionalidad y el modelo polifónico de interpretación constitucional. ¿De qué otra manera podría interpretarse la Constitución de 2009 sin desvirtuarse, sin que quedara en mero papel mojado? Una Constitución plural interpretada en clave colonizada caería de nuevo en las garras del monismo y del pensamiento único. Sería, por lo tanto, una traición a la voluntad expansiva del pueblo boliviano que habilitó el proceso constituyente y que apostó por un cambio histórico. Estas cuestiones, que van a la médula espinal de la interpretación y el control de constitucionalidad, son tratadas por la autora en la materia particular de la Acción popular y el Derecho procesal constitucional boliviano, que nunca hasta ahora escapó de las fauces del pensamiento colonizado. Por esa razón el texto aboga por un enfoque descolonizador del Derecho procesal constitucional que, en definitiva, se desprenda de su bagaje procesalista y avance hacia una sustantividad que repercuta en una mayor efectividad de la Constitución.

Todo ello desemboca en un detallado análisis de casos jurisprudenciales, dejando al descubierto las debilidades de un modelo que necesita de un nuevo enfoque para crecer y desarrollarse. Y que ese nuevo enfoque no fue siempre comprendido -ni, por lo tanto, aplicado- por quienes deberían interpretar la ley y ser sus más importantes guardianes. La selección de casos que realiza la autora no pasa, desde luego, desapercibida; tampoco la incisiva mirada con que los atraviesa, cuando plantea las alternativas posibles frente a la que fue la decisión definitiva, con tintes de oficialidad.

Así llegamos al final, si es que podemos hablar de un final en este caso. Porque los buenos libros no terminan nunca: siempre se retienen en la mente, permanecen al alcance de nuestra vista, los citamos, los consultamos varias veces y volvemos a ellos para explorar aquellos detalles que nos pasaron inadvertidos o las enseñanzas que queremos recordar. Así ocurrirá con el libro que tienen entre sus manos. Y es que, como les dije al inicio de estas palabras, están ustedes frente a una obra trascendente que no va a perder su brillo. ¡Disfrútenla!.

Rubén Martínez Dalmau

Universitat de València

BITÁCORA

El cómo y porqué del viaje

Después de históricas luchas, no era un sueño, era un momento emancipatorio de refundación del Estado. Para algunos una herejía contra la sacrosanta República, para otros, simple retórica, para los pueblos indígenas, los históricamente oprimidos, un escenario de reivindicación, de reparación histórica y de construcción de tejidos de plurinacionalidad. Para mí, el inicio de un viaje, de un horizonte lleno de esperanza, una promesa de vida para que nunca más se silencien las polifónicas voces de los pueblos indígenas.

En la terminal de salida se vislumbraban las todopoderosas togas negras de una justicia constitucional racista, monocultural, excluyente, sexista y opresora. El sinuoso camino se mostraba plagado de un positivismo normativista recalcitrante, con obstáculos formalistas y ritualistas infranqueables para el acceso a la justicia de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas, los sin justicia, los sin voz, los sin esperanza, los que no se ven, los que no se oyen, los que no sienten, los que no viven, simplemente, los que no existen.

Con el equipaje multicolor, tejido con los hilos de plurinacionalidad, de pluralismo, de interculturalidad y de descolonización, el destino era el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), esa instancia que, desde el crisol del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural forjado en la Asamblea Constituyente iniciada el año 2006, fue concebida como una herramienta plurinacional de defensa y protección de derechos de los históricamente oprimidos, en aras de consolidar procesos de restitución territorial, reconstitución de instituciones y de igualación.

Un inicio promisorio abrió la senda del viaje, el «mirar con los dos ojos» el constitucionalismo y superar su monoculturalidad presentó un nuevo paisaje retratado con los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y su cauce en el constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural: un variopinto paisaje de doctrina jurisprudencial engalanado con promesas de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Era la corriente emancipatoria que emanaba de un sistema plural de control

de constitucionalidad. Sin duda, no había mejor forma de iniciar el análisis dinámico de línea jurisprudencial en cuanto a la acción popular.

El viaje debía explorar la irradiación del modelo polifónico de justicia constitucional en el sistema plural de control de constitucionalidad. El epicentro del debate: la acción popular, un proceso constitucional emancipatorio y descolonizador que era la esperanza de los históricamente oprimidos para la consolidación de procesos de restitución territorial, reconstitución territorial e igualación.

En el recorrido se identificó la importancia de realizar construcciones plurales de derechos a través de mecanismos dialógicos y de acuerdo a pautas constitucionalizadas de interpretación contenidas en la Constitución de 2009. Luego, surgió la siguiente hipótesis: a pesar del diseño constitucional que sustenta un modelo polifónico de justicia constitucional, en el Estado Plurinacional de Bolivia no se han cumplido los procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación, entre otras razones, porque el TCP, en las acciones populares, para silenciar la voz de los históricamente oprimidos, ha desarrollado, de manera reiterada, argumentaciones arbitrarias y autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo constitucional vigente.

En el marco de la hipótesis formulada, el objetivo general de la investigación fue el análisis dinámico de líneas jurisprudenciales que resolvieron acciones populares presentadas por naciones y pueblos indígena originario campesinos, para demostrar que, a pesar de la vigencia de un modelo polifónico de justicia constitucional, el TCP ha silenciado la voz de los históricamente oprimidos.

Esta línea de investigación abarcó el ámbito del derecho procesal constitucional para su análisis en clave decolonial. Se limitó a la jurisprudencia del TCP en acciones populares presentadas por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, conocidas por el Tribunal Constitucional y publicadas en su página oficial hasta diciembre del año 2020.

En efecto, el camino recorrido, a través del análisis dinámico de jurisprudencia constitucional vinculada a acciones populares presentadas por pueblos indígenas, demostró que el TCP, no en casos aislados, sino de manera recurrente, utiliza argumentaciones arbitrarias y autorrestricciones jurisprudenciales contrarias a los lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional, destinadas a denegar tutela a los históricamente oprimidos, lo que significa que, a pesar del diseño constitucional y del rol del TCP en un Estado Plurinacional como el boliviano, las todopoderosas togas negras de la justicia constitucional, todavía perviven y reproducen visiones racistas, homogeneizantes, monoculturales, excluyentes, sexistas y opresoras que silencian a los históricamente oprimidos, convalidando así una cultura de dominación, de colonialidad y de explotación hacia los pueblos indígenas, la Madre Tierra y los seres sintientes.

En efecto, en esta investigación se evidencia que, en el Estado Plurinacional de Bolivia, a pesar de la vigencia de un constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, por la pervivencia de visiones monoculturales, racistas, sexistas y ritualistas, no se ha materializado una real descolonización del derecho procesal constitucional a través de la acción popular.

En este contexto, el análisis dinámico de línea jurisprudencial realizado evidenció que no ha existido un real desmontaje a las todopoderosas togas negras de la justicia constitucional, por lo que, se advierte y repara en la necesidad de mirar el derecho constitucional «con los dos ojos», para tejer con hilos de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización una argumentación plural que resalte la importancia de implementar un modelo polifónico de justicia constitucional para la emancipación de los históricamente oprimidos.

Después de más de diez años de vigencia de la Constitución de 2009, para los históricamente oprimidos vienen nuevos momentos históricos de cambio y reivindicación, por lo que, desde la polifonía de los pueblos de tierras altas, bajas y medias, la restitución territorial, la reconstitución institucional y los procesos de igualación deberán estar en el epicentro del debate constitucional. Entonces, para este fin, mirar con los dos ojos el derecho procesal constitucional será esencial a fin de implementar un modelo polifónico de justicia constitucional, cuya tarea primordial será la de dar voz a los históricamente oprimidos.

El viaje en un esquema narrativo

El análisis empieza con un primer capítulo que propone mirar al derecho constitucional con los dos ojos. Para este fin, la metáfora de la venda de la diosa Themis intentó develar la histórica construcción monista, tanto de la filosofía como del derecho en su vertiente liberal. La ilustración que decantó en la objetividad, la razón del hombre y la ley forjaron el mito del legalismo y sustentaron el andamiaje del positivismo jurídico, que planteaban una mirada única del derecho, exenta de la diversidad cultural y de fuentes plurales desautorizadas e invisibilizadas por una epistemología eurocéntrica y hegemónica.

La monoculturalidad y la homogeneización fueron la impronta de los modelos evolucionista inglés, originario norteamericano y revolucionario francés, y también marcaron la línea del constitucionalismo social en su versión europea y americana, aunque en el caso específico de la Constitución de Querétaro —que consagró la propiedad y la posesión comunal— se identifica un primer intento del constitucionalismo latinoamericano por mirar el derecho con los dos ojos.

El primer capítulo aborda, también, los lineamientos esenciales del constitucionalismo de postguerra y su rasgo también monocultural, homogeneizante y eurocéntrico. Este análisis allana el camino para tratar, en el siguiente capítulo, los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Así, en el segundo capítulo, se tejen los coloridos hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Para ello, se inicia la narrativa en la poética del giro decolonial con la finalidad de generar puentes de diálogo horizontal para la consagración de derechos interpretados desde las realidades diversas, desde plurales epistemologías y desde fuentes plurales de derecho coherentes con un pluralismo jurídico igualitario.

En este segundo capítulo, desde el lente del giro decolonial, se analizan los procesos constituyentes latinoamericanos que moldearon el diseño de los nuevos constituciona-

lismos dialógicos latinoamericanos, entre ellos, el proceso constituyente colombiano y su Constitución de 1991; el venezolano, que concluyó con la Constitución de 1999; el ecuatoriano, del cual emergió la Constitución de 2008 y el boliviano, que dio lugar a la CPE de 2009. También, a la luz de la pluriculturalidad y el pluralismo, se tratan los avances constitucionales que han significado las Constituciones del Perú (1993), Brasil (1988) y Guatemala (1985).

Desde los postulados de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en este capítulo se desarrolla el paradigma biocéntrico, el cual, a partir de las Constituciones de Ecuador y Bolivia —y, también, considerando la semilla de la línea jurisprudencial del *estado de cosas inconstitucional* desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia— supera la teoría generacional de derechos y establece la igual jerarquía, la aplicación directa de derechos y su directa justiciabilidad para consagrar, como titulares de derechos, no sólo a las personas, sino también a la Madre Tierra, a los pueblos indígenas y a todo ser sintiente. Desde este paradigma, se argumentó la necesidad de realizar construcciones plurales y dialógicas de derechos a través de otros métodos, entre ellos los diálogos interjurisdiccionales o interculturales, criterios esenciales para la implementación del modelo polifónico de justicia constitucional.

En el tercer capítulo se explica la evolución del constitucionalismo boliviano hasta el constitucionalismo pluricultural, para así demostrar el silenciamiento histórico a las voces de los *históricamente oprimidos*, cuyas raíces culturales diversas se remontan a tiempos preincaicos.

En efecto, en este capítulo se pone en evidencia que la República de Bolivia, fundada en 1825, amparó sus estructuras políticas y jurídicas en un constitucionalismo *monocultural* basado en un sistema liberal de protección exclusiva de los criollos *varones, propietarios y letrados*, que fue reforzado por un sistema legal *positivista* cuya construcción respondió a los criterios de *objetividad, razón del hombre y ley como única fuente de juridicidad* en el marco de una cultura que ya, desde la era colonial, invisibilizó al *otro* y continuó con la doctrina de la dominación epistémica.

En este acápite se aborda, también, la opresión histórica a los pueblos indígenas y las afectaciones a sus derechos, especialmente a la territorialidad, a la identidad cultural y al ejercicio de sus propios sistemas políticos y jurídicos. En este contexto, se identifican —aunque de manera sucinta—, sus históricas luchas por la reivindicación de sus derechos. Posteriormente, se desarrolla el constitucionalismo social y algunos eventos históricos de gran trascendencia, como el Congreso Indigenal de 1945, que fue un verdadero debate constituyente *por los pueblos indígenas y para los pueblos indígenas*, hito histórico invisibilizado por la historia del constitucionalismo boliviano monocultural.

Asimismo, en este capítulo se destacan tres luchas y reivindicaciones históricas sucedidas en Bolivia: i) las huelgas de brazos caídos de la década de los cuarenta, ii) las reivindicaciones de los caciques apoderados durante la historia republicana; y, iii) las marchas indígenas de tierras bajas, entre otros hitos históricos omitidos por el constitucionalismo boliviano.

En el capítulo cuarto se exponen las características más importantes del modelo constitucional boliviano y se sistematizan los lineamientos esenciales del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, aspectos relevantes para entender un paradigma alterno a una visión constitucional históricamente monocultural que, desde la homogeneidad y la discriminación, invisibilizó la diversidad cultural y desconoció los derechos de los históricamente oprimidos.

En este capítulo, un primer elemento esencial de reflexión es el histórico proceso constituyente iniciado en 2006 y que concluyó con la aprobación, vía referéndum, y posterior promulgación, de la Constitución boliviana de 2009. En este proceso constituyente, los pueblos indígenas tuvieron una importante participación y, desde sus voces, se diseñó un Estado plurinacional con sustento en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

En el contexto descrito —y desde el lente del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador— se tratan los ejes estructurales del modelo constitucional vigente, entre ellos la doctrina del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad con enfoque intercultural y a la luz de la cláusula de igualdad material, así como las pautas constitucionalizadas de interpretación esenciales para el desarrollo de un modelo argumentativo plural coherente con un modelo polifónico de justicia constitucional.

Además, en este capítulo —y a la luz del modelo constitucional vigente—, se explica el principio de igualdad jerárquica de derechos y la ruptura del paradigma antropocéntrico para la vigencia de un paradigma biocéntrico basado en las diversas cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Asimismo, se plantean los principios de aplicación directa y directa justiciabilidad de derechos individuales y transindividuales, en el marco del referido paradigma biocéntrico.

Del mismo modo, en coherencia con el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, se aborda la ruptura del principio monocultural de unidad jurisdiccional y la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental y la indígena originario campesina.

En el quinto capítulo —en armonía con los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario, interculturalidad y descolonización— se tratan los lineamientos característicos del modelo polifónico de justicia constitucional y su interrelacción con el sistema plural de control de constitucionalidad boliviano.

En el contexto descrito —y con la finalidad de analizar el paradigma del control de constitucionalidad boliviano— se describen, también, los diferentes modelos de control de constitucionalidad desarrollados en derecho comparado, para luego, desde los fundamentos del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural, identificar los rasgos identitarios, y en clave decolonial, del sistema plural de control de constitucionalidad coherente con un modelo polifónico de justicia constitucional.

Este modelo polifónico de justicia constitucional —que irradia en el sistema plural de control de constitucionalidad— fundamenta su diseño en un activismo judicial desarrollado a través de técnicas de argumentación jurídica plural y métodos plurales y

dialógicos para la construcción plural de derechos, lo que significa que este modelo, para el ámbito constitucional, propone superar las todopoderosas togas negras y, más bien, desde visiones *sentipensantes*, asegurar la eficacia de los derechos, especialmente para los históricamente oprimidos.

En efecto, en ese capítulo se desarrolla la importancia de un modelo polifónico de justicia constitucional para que el ejercicio de derechos no esté condicionado a posturas de epistemología jurídica jerarquizadas, monoculturales, antropocéntricas y basadas en ritualismos o formalismos extremos, que han generado históricas barreras infranqueables al acceso a la justicia, especialmente para los históricamente oprimidos.

El modelo polifónico de justicia constitucional y su aplicación en el sistema plural de control de constitucionalidad es uno de los puntos neurálgicos de este trabajo; empero, tal como se plantea en el quinto capítulo, este modelo no puede ser implementado en el caso boliviano, por una ausencia de composición plural en el TCP y por otros problemas como los serios cuestionamientos a la independencia del máximo contralor de constitucionalidad.

En el sexto capítulo, de acuerdo a una interpretación coherente con el bloque de constitucionalidad y en el marco de los estándares jurisprudenciales más altos del TCP, se identifican los rasgos procesales más importantes de la acción popular en clave decolonial y desde una lectura descolonizada del derecho procesal constitucional. En este sentido, se resalta el principio de máxima flexibilización que debe guiar su aplicación, a partir del cual, se sustenta su carácter sumario, autónomo y flexible, orientado a la prevalencia de la justicia material, más allá de todo ritualismo o formalismo extremo que pueda obstaculizar la construcción plural de derechos a partir de la voz de los históricamente oprimidos, entre ellos, los pueblos indígenas.

Desde el principio de *máxima flexibilización* se identifican los estándares jurisprudenciales más altos referentes a reconducciones procesales, flexibilizaciones de reglas de legitimación pasiva, flexibilizaciones en cuanto al petitorio, etc. Asimismo, se describen los estándares jurisprudenciales más altos relativos a la inversión de la carga de la prueba, la aplicación del principio pro natura y la utilización de mecanismos dialógicos, mandatos de prevención, restauración y reparación de daños.

También se señalan los obstáculos de orden procesal constitucional contrarios a los principios de descolonización, de máxima flexibilización y al modelo polifónico de justicia constitucional. En efecto, luego de un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional, se enumeran las autorrestricciones jurisprudenciales establecidas por el TCP para denegar la tutela sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que plantea cada caso concreto, las cuales encarnan una visión extremadamente formalista del derecho, pero, además, implican la denegatoria arbitraria al acceso a la justicia constitucional, especialmente para los históricamente oprimidos.

En el séptimo capítulo, a partir de un análisis dinámico de línea jurisprudencial, se identifican los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a precedentes sustantivos desarrollados por el TCP, referentes a derechos colectivos de naciones y pueblos indígena originario campesinos, tutelables a través de la acción popular.

En este contexto, se señalan los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a los derechos a la libre determinación, a la autoidentificación como pueblos indígenas, a la territorialidad, a la consulta previa, al hábitat desde la cosmovisión indígena y a la presunción de ancestralidad de los territorios indígenas, entre otros.

Desde una tutela reforzada, se abordan, también, importantes estándares jurisprudenciales en cuanto a pueblos no contactados o en contacto inicial, precedentes que, entre otros aspectos, consagran la inversión de la carga de la prueba en cuanto a su existencia, el principio de no contacto y de protección reforzada, así como el deber estatal de realizar acciones indirectas que resguarden su pervivencia cultural en interdependencia con otros derechos como a la vida, la salud, etc., que deben ser interpretados interculturalmente.

También, en este capítulo, se hace un análisis de la jurisprudencia constitucional en cuanto a los derechos de la Madre Tierra, evidenciándose que el TCP, a pesar del modelo constitucional vigente, todavía asume en sus razonamientos la visión antropocéntrica de derechos, a partir de la cual desarrolla su jurisprudencia a la luz de los derechos medioambientales y no así de acuerdo con el paradigma biocéntrico.

Además, en este acápite se analiza el tratamiento jurisprudencial en cuanto a la protección de los animales y otros seres sintientes; sin embargo, a pesar de la vigencia del paradigma del vivir bien en virtud del cual todo ser sintiente es titular de derechos, se evidenció que el TCP todavía considera a los animales como objeto de protección y brinda tutela en relación a estos en el marco de una interdependencia con los derechos medioambientales.

Asimismo, mediante un análisis dinámico de jurisprudencia, se identificaron los precedentes en vigor en cuanto a otros derechos transindividuales tutelables a través de la acción popular; entre ellos, se abordó el derecho al agua, el derecho a la salubridad pública, de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores, al espacio público y la diversidad plurinacional, a la paz, entre otros.

Finalmente, en el último capítulo, de manera consistente con el objetivo general del trabajo de investigación —y luego de un análisis dinámico de jurisprudencia— se identificaron casos emblemáticos que reflejan la impronta monocultural y formalista del TCP en acciones populares vinculadas a peticiones de naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Estos casos, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009 —que emergió de un proceso constituyente plural en el cual los pueblos indígenas tuvieron una amplia participación— reflejan su silenciamiento sistémico, especialmente en cuanto a los derechos a la consulta previa, a la territorialidad y al debido proceso en su dimensión colectiva y advierten también graves disfunciones sistémicas, entre ellas, la falta de una composición plural en el TCP, la cual incide dejando una impronta monocultural y extremadamente formalista del máximo contralor de constitucionalidad que se materializa en autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional.

Asimismo, los casos identificados en este capítulo evidenciarán vicios argumentativos del TCP, por no justificar sus decisiones en las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos contenidas en los artículos 410, 13.I, 13.IV, 14.II, 109.I y 256 de la CPE.

En otros casos, se evidencian, también, interpretaciones arbitrarias y desfavorables a los pueblos indígenas derivados de no abordarse en su integridad los problemas jurídicos de orden sustantivo que se plantea; incluso, se identificaron casos en los cuales, el máximo contralor de constitucionalidad, para denegar la tutela en relación a denuncias de naciones y pueblos indígena originario campesinos, razonó en contra del principio de verdad material, por lo que, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009 y de un modelo polifónico de justicia constitucional enmarcado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, la voz de los históricamente oprimidos, por estos razonamientos arbitrarios, sigue siendo silenciada a través de barreras y obstáculos al acceso a la justicia constitucional.

En el análisis realizado en este capítulo, se ha observado también que, en la mayoría de los casos, las denegatorias de tutela sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso concreto y en aquellos casos en los cuales luego de ingresarse al análisis de fondo se realizaron interpretaciones con graves y vergonzosos vicios argumentativos, se ha favorecido al Órgano Ejecutivo, así como también a empresas que realizan labores de exploración o explotación de recursos naturales, viabilizándose, de esta manera, medidas legislativas y administrativas que desconocen derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y también derechos de la Madre Tierra.

Los casos analizados en este capítulo, al no ser aislados, sino más bien al reflejar un problema sistémico, visibilizan la dificultad de materializar un modelo polifónico de justicia constitucional en una cultura todavía monocultural, extremandamente formalista y discriminatoria, por lo que estas barreras imposibilitan la generación de construcciones plurales y dialógicas de derechos, acordes con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Además, las decisiones identificadas evidencian que existe un silenciamiento sistémico a los históricamente oprimidos, el cual impide la consolidación de un modelo polifónico de justicia constitucional orientado a asegurar de manera eficaz sus derechos.

Este silenciamiento sistemático a la voz de los históricamente oprimidos, es una consecuencia directa de las disfunciones orgánicas del TCP, por causas como la forma de elección de las altas autoridades de este Tribunal y las debilidades del diseño constitucional y normativo del juicio de responsabilidades, factores que inciden directamente en la garantía de independencia judicial, lo que deriva en decisiones como las analizadas, dirigidas a viabilizar medidas legislativas y administrativas gubernamentales y también a favorecer a empresas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales en el Estado.

Las decisiones arbitrarias analizadas demuestran que el TCP, vía jurisprudencial, realiza mutaciones constitucionales contrarias a la voluntad constituyente, lo que socaba los pilares mismos del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho y nos invita a reflexionar si, verdaderamente, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional enmarcado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad

y descolonización, se cuenta con un Tribunal Constitucional Plurinacional o si estamos frente a nuevas formas procesales constitucionales destinadas a una nueva colonización de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

CAPÍTULO I: UNA NECESARIA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL DERECHO Y DEL CONSTITUCIONALISMO PARA «MIRAR CON LOS DOS OJOS» Y DAR VOZ A LOS HISTÓRICAMENTE OPRIMIDOS

1.- Resumen

Ante la representación de la diosa Themis vendada, en este capítulo, se reconstruirá el monismo filosófico y su cauce en el movimiento de la ilustración como presupuesto esencial de la construcción de la trilogía: la objetividad, la razón del hombre y la ley. En este escenario, se realizará una necesaria remembranza de los modelos constitucionales liberales cuya impronta monocultural sustentaron los pilares mismos del constitucionalismo, incluidos el social europeo y el de postguerra, desarrollado a la luz del paradigma constitucional.

En coherencia con lo anotado, la reconstrucción a ser realizada tendrá la finalidad de demostrar las raíces monoculturales de la teoría jurídica y del constitucionalismo e invitará a pensar en la importancia de sustentar narrativas constitucionales desde Latinoamérica y, de manera específica, desde el Estado Plurinacional de Bolivia. Por ello, los ejes temáticos a ser abordados serán un prolegómeno necesario para el desarrollo argumentativo de los siguientes capítulos.

2.- *La objetividad, la razón del hombre y la ley:* La venda de la diosa Themis que no permite «mirar con los dos ojos»

La epistemología o teoría del conocimiento mira a la ciencia —especialmente a la ciencia jurídica—, «con un solo ojo», entre otras razones porque su formulación considera exclusivamente fuentes filosóficas grecorromanas que desconocen, invisibilizan o menosprecian los diferentes saberes, como por ejemplo aquellos que devienen de los pueblos indígenas latinoamericanos o de otras culturas diversas; por esta razón, y

para poder mirar «con los dos ojos»[3], en este punto del trabajo, se pretende exponer la mirada hegemónica de las ciencias y su cauce en *la objetividad, la razón del hombre y la ley*, para así, propiciar un franco diálogo académico que devele la importancia del reconocimiento y la valía de los diversos conocimientos y saberes permitiendo una mirada integral del derecho y del constitucionalismo.

En coherencia con lo anotado, esta travesía académica iniciará el análisis en las raíces monistas y dualistas de la filosofía occidental. En esta línea, es preciso señalar que para el *monismo materialista* —que tuvo sus antecedentes en Demócrito y en la escuela atomista— el principio constitutivo del universo es el átomo[4]; por ende, de acuerdo a esta visión, el ser humano es pura materia y, por tanto, no existe inmortalidad del alma. Este materialismo fue asumido luego por Diderot[5], Marx[6] y Darwin[7].

Por su parte, el *monismo espiritualista* afirmaba que todo lo real era mental, es decir, todo lo que existe es lo que percibe la mente, por lo que, la materia sería fruto de la imaginación; en este marco, Berkeley sostuvo que *ser es ser percibido*[8], es decir que para este filósofo el mundo solo existe en el acto en que la mente lo percibe.

El *monismo intermedio* fue sustentado, entre otros, por Baruch Spinoza, quien postuló una corriente ideológica racionalista como esencia del conocimiento y la libertad, cuyo cauce fue la sustancia: Dios[9]. En otras palabras, un Dios, una razón, y una forma de ver y entender el mundo.

Por lo antes señalado, se establece que, desde la perspectiva del *monismo* —el cual contempla todas las posturas filosóficas que sostienen que el universo está constituido por un solo principio o sustancia básica—, se colige que las bases de la filosofía monista moderna son las propiedades eternas, indescomponibles, individuales, sujetas a sus propias leyes, no-interactivas en un universo con una armonía preestablecida (Medina, 2010, pp. 27-28). Esta visión filosófica, tal como señala Medina (*ibid.*), se expresa, políticamente, en el liberalismo, cuyos postulados serán expuestos más adelante.

---

3 La expresión «mirar con los dos ojos» fue utilizada por Medina (2010) en su libro que lleva por título esa expresión (pp. 9-10). En esta obra, el autor brinda insumos para profundizar el proceso de cambio como un diálogo de matrices civilizatorias.

4 Ver Rodríguez Arriagada (2014), quien desarrolló la visión filosófica de Demócrito, la cual es asumida en este trabajo.

5 Ver Ponce (2015), en cuanto al desarrollo del escepticismo, materialismo y su análisis sobre los primeros escritos de Diderot.

6 Candioti (2017), desde la crítica filosófica, desarrolla y sistematiza de manera coherente la teoría marxista a la luz del pensamiento de Karl Marx.

7 Ver González Vincen (1984), quien, desde la filosofía, desarrolla y sistematiza los aspectos esenciales del darwinismo social.

8 Una explicación sistematizada del pensamiento de Berkeley ha sido desarrollada por Hernández-Castro (2017).

9 Rodríguez Paniagua (1983) resume el pensamiento de Spinoza y lo contextualiza al pensamiento político como corolario esencial para el racionalismo político, que posteriormente constituiría una de las fuentes filosóficas de las tesis contractualistas y del constitucionalismo moderno revolucionario.

Por el contrario, el *dualismo filosófico o metafísico*, en una de sus vertientes, el *dualismo teológico*, aparece en muchos pueblos antiguos, especialmente en Persia, cuya religión fue impulsada y reformada por Zoroastro hacia el siglo VI a. C., en el marco de un principio divino del bien y otro del mal. Este dualismo teológico se encuentra también en el orfismo, en el maniqueísmo; en la doctrina gnóstico-maniquea de Prisciliano; en las sectas heréticas de los bogomilos; así como en los albigenses y los cátaros.

De acuerdo a Medina el dualismo se sustenta en la tendencia simplista de hacer del bien y del mal realidades absolutas existentes en sí, como elementos puros y sin conexión ni capacidad de atemperarse (*ibid.*). Según este autor, esta percepción fue racionalizada por la filosofía en su forma de dualismo ontológico (*ibid.*, pp. 28-29). Posteriormente, el dualismo platónico reaparece por completo en los *neoplatónicos* y, luego, Descartes acentúa el dualismo entre el espíritu y la materia (*ibid.*).

Estas visiones dualistas del bien y el mal sustentan el monoteísmo como antítesis del animismo; así, *la objetividad, la razón del hombre y la ley* responden a una hegemonía monoteísta; por el contrario, el animismo es subjetivo, relativista y contextual, según Medina (2010, p. 30). En este escenario, la objetividad, punto importante de sustento de la construcción liberal del derecho, en sentido epistémico, no es sinónimo de verdad —aunque a menudo suele confundirse—; de hecho, desde el punto de vista de Medina, la objetividad es, más bien, una suerte de «índice de confianza» o de «calidad» de los conocimientos y representaciones (*ibid.*, p. 30).

En el sentido ético, la objetividad de un sujeto está relacionada con un discurso habitualmente formulado en términos de neutralidad, imparcialidad o impersonalidad; desde este enfoque, para Kant la objetividad se define como la validez universal, con independencia de religión, cultura, época o lugar. Es por ello que, de acuerdo a Medina (2010), objetividad se opone a relativismo, representado por los salvajes animistas y, ahora, por el nuevo paradigma científico (pp. 127-128) [10].

En el discurso liberal del derecho, *la objetividad* está relacionada con un discurso formulado en términos de neutralidad, imparcialidad o impersonalidad que no nece-

[10] El nuevo paradigma supera al paradigma newtoniano y se denomina paradigma cuántico. En este marco, el paradigma newtoniano, basado en el modelo galileano de la ciencia, solo reconocía como objeto de la misma lo tangible, medible, no contradictorio, objetivo, racional abstracto, en cuyo molde, lo contradictorio, psíquico, emocional y concreto no estaba incluido dentro de su objeto; sin embargo, el nuevo paradigma científico técnico de occidente, gracias a la física cuántica, supera la visión antes señalada y por tanto, posibilita un diálogo fecundo entre occidente científico-técnico y la indianidad. En efecto, el paradigma newtoniano se basaba en el modelo «o/ o», por ejemplo, se pensaba que un electro o estaba dentro de un aparato de medida o no lo estaba; posteriormente, los nuevos físicos, basados en la realidad cuántica muestran un modo «ambos/y» que va más allá de las contradicciones aparentes, en ese orden, la realidad cuántica ha establecido que la luz es «ondas y partículas al mismo tiempo», este hecho se llama «dualidad onda/partícula», esto es que ningún aspecto de la paridad, ni las propiedades tipo onda, ni las propiedades tipo partícula, es más primario o más real, los dos se complementan entre sí y ambas son necesarias para cualquier descripción completa de lo que es la luz. Fue Einstein quien demostró que las ecuaciones de la mecánica cuántica implicaban un tipo de conexión instantánea entre cosas aparentemente separadas, esto parecía plantear problemas al principio más básico de la Teoría de la Relatividad que sostiene que «nada puede desplazarse más rápido que la velocidad de la luz» (*ibid.*, pp. 141-142).

sariamente responde a una realidad o verdad sociocultural. Desde esta perspectiva, la objetividad es uno de los puntos más cuestionados por las visiones diversas de las teorías críticas del derecho que serán expuestas en el segundo capítulo.

Al margen de la objetividad, *la razón del hombre*, de la cual están excluidas las mujeres y las diversas culturas indígenas [11] —y que tan bien se fusiona con la objetividad— se opone a lo irracional y niega el *perverso* animismo y las emociones de los bárbaros o los otros seres *incivilizados*; así, en aras de la razón, el *hombre civilizado* construye principios concebidos como ciertos y universalmente válidos, los cuales son presentados con fines hegemónicos en claves lógicas para describir las reglas que rigen la razón [12].

Esta *razón del hombre*, amalgamada a la *neutralidad, impersonalidad o imparcialidad* que plantea el monismo filosófico antes expuesto, desemboca en *el movimiento de la Ilustración*, que fue la expresión intelectual de la clase burguesa y tuvo la finalidad de sustentar, a la luz del iusnaturalismo racionalista, la lucha contra la monarquía absolutista, la nobleza laica y clerical, postulando la superioridad de la *razón del hombre* sobre la autoridad, la tradición y la fe. En esta línea, la máxima expresión del pensamiento de la ilustración fue la *Enciclopedia*, gestada en Francia por un grupo de pensadores entre los que puede destacarse a Denis Diderot y Jean Le Rond D´Alembert.

La *Enciclopedia* fue publicada entre 1751 y 1772 con el título de *Enciclopedia o Diccionario razonado de las ciencias, las artes y los oficios* [13]. Así, al abrigo de los pensadores más representativos del Siglo de las Luces, como John Locke, Montesquieu (Charles-Louis de Secondat) y Jean-Jacques Rousseau —inglés el primero y franceses los segundos— se sentaron las bases del movimiento de la Ilustración [14].

---

11 La razón descubierta por los griegos permite una comunicación simple entre los varones, basada en la argumentación y la discusión en el ámbito público (el ágora) para establecer relaciones políticas: la democracia en la que no participan ni las mujeres ni los esclavos (*ibid.*, pp. 33-34).

12 En coherencia con lo afirmado, es pertinente señalar que Aristóteles y Platón, de acuerdo a Medina (*ibid.*, pp. 34-35), concibieron una lógica deductiva, es decir, basada en «leyes universales» que podían ser descubiertas por el pensamiento humano sin necesidad de reparar en los casos particulares, por lo que la lógica deductiva se desarrolla en escenarios silogísticamente ofrecidos desde premisas dadas por la razón humana bajo formulaciones universales. Así, Aristóteles estableció cuatro principios lógicos a priori: a) el principio de identidad, que evidencia que un concepto es ese mismo concepto (A es A); b) el principio de no contradicción, que evidencia que un mismo concepto no puede ser y no ser a la vez (A no es negación de A; no se puede ser varón y mujer al mismo tiempo); c) el principio del tercero excluido, que evidencia que entre el ser o no ser de un concepto no cabe situación intermedia; y d) el principio de razón suficiente (no hay que perderse en detalles adjetivos). En oposición a este formalismo lógico, el idealismo alemán y en especial Hegel, propusieron el método dialéctico, que parte de la materia concreta dada, para llegar a abstracciones universales y a partir de ello proponer definiciones generales (*ibid.*). La lógica aristotélica, desde una lectura liberal del derecho, puede encontrarse en Linares (2015, pp. 48-49); y, en Naranjo Meza (2003, pp. 9 y 38-39).

13 En esta obra, contribuyeron pensadores como Voltaire, Rousseau, Condorcet, Helvetius, d'Holbach, Condillac, Buffon, Quesnay, Turgot y el abate Prades, entre otros.

14 El movimiento de la Ilustración estuvo antecedido por fuentes doctrinales y filosóficas como el humanismo de Erasmo de Rotterdam, el racionalismo de Descartes y el constitucionalismo de Sir Edwar Coke.

John Locke (1632-1704), para el desarrollo de su teoría *iusnaturalista liberal,* tomó como base de su ideología las doctrinas escolásticas e iusnaturalistas, desarrollando una visión atomista de la sociedad, la cual describió en términos de su componente básico: el ser humano. Así, trató de reducir los modelos que observaba en la sociedad al comportamiento de los individuos que la forman, por eso, según Medina (2010), Locke empezó por estudiar primeramente la naturaleza del ser humano y luego trató de aplicar los principios de la naturaleza humana a los problemas económicos y políticos (pp. 43-44).

Medina afirma también que Locke estaba convencido de la existencia de leyes naturales que regían la sociedad humana, similares a las que gobiernan el universo físico, por tanto, la función de un gobierno no era imponer sus leyes a las personas, sino, más bien, descubrir y poner en vigor las leyes naturales que existían antes de que el gobierno se formara. Entre estas leyes naturales se incluía la igualdad y la libertad de todos los individuos y también los derechos de éstos a la propiedad que representa el fruto de su trabajo (*ibid.*, pp. 44-45).

La obra cúspide de Locke fue el *Segundo tratado sobre el gobierno civil…*, publicado anónimamente en 1690 (2005), cuya reedición fue traducida por Claudio Amor y Pablo Stafforini. En efecto, esta obra tuvo como objetivo esencial demostrar que el *consentimiento* de los súbditos es la base de toda autoridad y que el ejercicio del poder tiene límites sustanciales fundados en el respeto a derechos y principios de orden supremo, ideas que, en particular, forjaron el modelo constitucional norteamericano, tal como se verá más adelante (Locke, 2005 [1690], p. 73).

Por su parte, Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y Montesquieu (1689-1755), en su obra cumbre, *Del Espíritu de las Leyes* (1748), cuestionó el despotismo y el absolutismo real imperante en Francia. Su argumentación se inspiró en el pensamiento aristotélico y en la experiencia inglesa con un Parlamento que limitaba y controlaba los poderes del rey. En base a estos elementos, sustentó la teoría de *la división del poder* y la consagración de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial como garantía del ciudadano frente al ejercicio del poder; ideas que sustentaron, posteriormente, el diseño tanto del modelo constitucional norteamericano como del francés [15].

Asimismo, Rousseau (1712-1778) escribió *El contrato social* (1762). Este autor, a diferencia de Locke, desarrolló una «teoría democrática radical» (Prieto Sanchís, 2003, pp. 66-67). Para Rousseau (1983 [1762]), el orden social supone un derecho sagrado que sirve de base a todos los otros, derecho que no es un derecho natural, sino que se funda en convenciones, postura que plasma el pensamiento del contrato social, a partir del cual, concibió «la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad» por lo cual, a partir de la citada cesión, quien decide en la comunidad es la «voluntad general» la cual tiene como único límite y parámetro de justicia la igualdad para todos (pp. 27 y 41). Este autor, como se verá más adelante, influye directamente en la ingeniería del modelo constitucional francés.

[15] La doctrina de Montesquieu está descrita en *Del Espíritu de las Leyes* (1984, Libro IX, p. 168).

Según Luis Prieto Sanchís (2003), el objetivo de Rousseau es la búsqueda de la justicia o, si se prefiere, del derecho natural, aunque el pensador rechace el método tradicionalmente utilizado para determinar esas leyes de la naturaleza (pp. 66-67). En este sentido, de acuerdo a Prieto Sanchís, Rousseau encuentra respuesta a la búsqueda de justicia para sus leyes naturales en las cláusulas del contrato social, separado ahora de todo contenido sustantivo condicionante de la voluntad de los asociados, es decir, «despojado de los derechos naturales» (*ibid.*, p. 66). En realidad, sostiene este autor, la única cláusula es ésta*:* «La enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad» pues, de ese modo, siendo la condición igual para todos nadie tiene interés en hacerla onerosa para los demás (*ibid.*).

La postura de Rousseau incidió profundamente en la comprensión histórica del concepto de *ley abstracta*, enarbolado por la visión liberal del derecho; además, generó un escenario propicio para *la objetividad, la neutralidad, la impersonalidad y la razón del hombre*. En efecto, en la visión roussoniana, el contrato social, más que el acto fundacional de la sociedad política, es un modelo para su actuación permanente; el principio que debe inspirar toda ley, donde el único límite es que las decisiones sean iguales para todos. En consecuencia, de acuerdo a este modo de concebir al contrato social, la voluntad general es la condicionante de la justicia (*ibid.*).

Para Prieto Sanchís, el problema de la libertad civil no se centra en la cantidad de poder que acumula el Estado, sino en su cualidad o fundamento (*ibid.*, pp. 66-67). Según este autor, para los iusnaturalistas, los derechos eran un dato previo que el Derecho positivo tan solo venía a sancionar con la fuerza del Estado; en cambio, en términos de Prieto Sanchís, para Rousseau hay una especie de vaciamiento del Derecho natural que es sustituido por la voluntad general —o como hoy se diría— por un procedimiento imparcial de adopción de decisiones, razón por la cual no existen, propiamente, derechos del hombre derivados de una presunta ley natural sino, más bien, derechos del ciudadano decididos por la ley (*ibid.*, pp. 66-67).

En base a lo referido, Prieto Sanchís remarca que, según Rousseau, «todos los derechos están determinados por la ley» [16], una ley que debe cumplir la condición de situar a los ciudadanos en una posición de igualdad, tanto en su papel de legisladores como de destinatarios de la norma para que ésta sea justa; así, según Rousseau, nadie dará su aprobación a una ley arbitraria o injusta que luego se verá obligado a padecer (*ibid.*, pp. 66-67).

Entonces, por lo que antecede, la condición de la justicia de la ley ya no es material o sustantiva —como en el iusnaturalimo que influyó el modelo norteamericano—, sino formal y procedimental (*ibid.*). Son, precisamente, esa *formalidad* y *procedimentalidad* tan arraigadas en la historia del derecho latinoamericano las que serán cuestionadas, particularmente, por las teorías críticas descritas en el siguiente capítulo [17].

---

[16] La frase original proviene del *Contrato social*, Libro I. Cap. VI, p. 411.

[17] Además de lo hasta ahora señalado, no pueden soslayarse las posturas antitéticas a la construcción racionalista del ejercicio del poder, denominadas «Teorías del Derecho Divino de los Reyes para el

Así, el movimiento de la Ilustración, en el marco de la narración desarrollada, generó una *razón del hombre*, la cual, a su vez, confluyó en la formulación de la ley abstracta, con sustento en la neutralidad, imparcialidad o impersonalidad del monismo filosófico, cuyos postulados se adaptaron perfectamente a los moldes del ideario kantiano.

En efecto, Kant (2006 [1781]) postuló una validez universal aplicable a la ley. Este autor, en su *Crítica de la razón pura* señaló que «…si la elaboración de los conocimientos pertenecientes al dominio de la razón llevan o no el camino seguro de una ciencia, es algo que pronto puede apreciarse por el resultado» (*ibid.*, p. 15). El filósofo alemán también sostiene

> …que la lógica ha tomado ese camino seguro desde los tiempos más antiguos es algo que puede inferirse del hecho de que no ha necesitado dar un paso atrás desde Aristóteles, salvo que se quieran considerar como correcciones la supresión de ciertas sutilezas innecesarias o la clarificación de lo expuesto, aspectos que afectan a la elegancia más que a la certeza de la ciencia (*ibid.*).

Esa razón, como un horizonte universal, se reitera en la obra referida, en la cual el autor reflexiona de la siguiente manera: «Repárese simplemente en la cultura de la razón avanzando sobre el camino seguro de la ciencia en general en comparación con su gratuito andar a tientas y con su irreflexivo vagabundeo cuando prescinde de la crítica» (*ibid.*, p. 27).

Es importante resaltar también que, de acuerdo a Kant, la razón es la facultad formuladora de los principios; dividiéndose en *razón teórica* y *razón práctica*, como usos

---

ejercicio del poder», cuyos máximos exponentes, entre otros, fueron Thomas Hobbes, Jean Bodin y Nicolás Maquiavelo. En efecto, Thomas Hobbes (1588-1679), cuya obra más importante fue *El Leviatán* (1651), desarrolló la idea del «contractualismo absolutista» para justificar el absolutismo monárquico, afirmando que ésta era la forma más estable y ordenada de gobierno, por lo que al ser *el hombre el lobo del hombre,* el derecho de autoprotección debe transferirse a un tercer sujeto, que se convierte en poder soberano y asume la auténtica personalidad del Estado, por lo que cada acción del soberano, dotado de poder suficiente, se entiende que es también la acción de cada uno de sus súbditos, quedando éstos irrevocablemente obligados por el contrato a obedecer las órdenes del poder soberano. Así, el soberano es responsable ante Dios y no ante los ciudadanos por el cumplimiento del contrato, sin que éstos puedan oponerse o resistirse a los mandatos de aquél. Además, de acuerdo a Hobbes, el orden existente en el Estado es siempre el justo, porque únicamente su existencia excluye la anarquía y el estado natural, en consecuencia, siguiendo las palabras de Naranjo Meza (2003), de acuerdo a esta postura, todo debe estar sometido a la decisión del soberano, ya que todo depende de él (pp. 41 y 207, y ss.). Por su parte, Jean Bodin (1530-1596), jurista y filósofo francés, justificó jurídicamente el absolutismo monárquico plasmando sus ideas en *Los seis libros de la República* (1576). Bodin es considerado el primer autor moderno de la soberanía, entendida como un poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos que no puede ser limitado por las leyes porque el rey es la fuente misma del derecho, por lo que éste no es responsable ante sus súbditos sino solamente ante Dios, encontrándose limitado únicamente por sus leyes divinas. En el marco de lo señalado, residiendo la titularidad de la soberanía en el monarca, éste sería el único capaz de resguardar la paz y el orden; así sustenta Bodin que la soberanía es perpetua, inalienable y no está sujeta a prescripción (*ibid.*). Finalmente, Nicolás Maquiavelo (1469-1527), a través de sus *obras Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1512-1517) y *El Príncipe* (1531) concibe al Estado como un fin en sí mismo para ejercer el poder a diferencia de la doctrina escolástica que entiende al Estado como un medio para alcanzar el bien común. Además, para Maquiavelo, el Estado —y por ende el monarca—, no se encuentran limitados por el derecho natural (*ibid.*).

distintos de una misma y única razón (*ibid.*, pp. 28-29). En consecuencia, cuando dichos principios se refieren a la realidad de las cosas, se está frente a la razón teórica, y cuando tienen como fin la dirección de la conducta, se está ante la razón práctica. Es por ello que, de acuerdo a Medina (2010), desde la visión kantiana, la razón genera *juicios* —en su uso teórico— e *imperativos* o *mandatos* —en su uso práctico— (pp. 33-34); los cuales se enmarcan en una visión monista y sustentan la abstracción y objetividad de la ley, lo que conlleva la concepción de un único sistema universal de pensamiento jurídico.

Consecuentemente, debe resaltarse que Kant (2006) afirma que la ley confluye en un *imperativo categórico*, «…que representa una acción por sí misma como objetivamente necesaria, sin referencia a ningún otro fin (…) y solo la pura razón, independientemente de la sensibilidad…» (p. 83).

Hopenhayn (1997), por su parte, señala la tremenda generalidad en que se resume el imperativo moral kantiano: «Kant quiere vaciar de contenido las proposiciones de la moral y restringirla a un único mandato universal de validez para todos, y cuya formulación sea tan formal que permita aplicarse universalmente…» (p. 106).

La abstracción y universalidad de la ley se reflejan en el pensamiento kantiano cuando el filósofo afirma que «la autonomía de la voluntad es el estado por el cual esta es una ley para sí misma, independientemente de cómo están constituidos los objetos del querer» (Kant, 2006, p. 119). Asimismo, para Kant la autonomía de la voluntad se sustenta en el *deber ser*, en tanto ley e imperativo categórico, por lo que el legislador debe «hacer completa abstracción de todo fin a realizar» (*ibid.*, p. 116).

En esta misma línea de pensamiento, Kant arguye que el imperativo categórico del deber «…quedará, pues, indeterminad[o] con respecto a todos los objetos y contendrá solo la forma del querer en general como autonomía» (*ibid.*, p. 126). Entonces, para el imperativo categórico «resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una verdad buena, no en tal o cual sentido, como medio, sino buena en sí misma» (*ibid.*, p. 57). Por tanto, para Kant la ley debe tener validez y formulación universal, con una aplicación general aún en contextos de diversidad cultural; extremo profundamente cuestionado por las *teorías críticas del derecho* que se desarrollan en el siguiente capítulo.

Por otra parte, es importante agregar que la abstracción de la ley —desde la visión de Kant (2004, p. 90)—, se entiende, también, a partir de lo que el autor denomina como el *reino de los fines*, que consiste en prescindir de todo fin particular que alimente el egoísmo:

> Por reino entiendo el enlace sistemático de los distintos seres racionales por leyes comunes. Mas como las leyes determinan los fines, según su validez universal, resultará que, si prescindimos de las diferencias personales de los seres racionales y asimismo de todo contenido de sus fines privados, podrá pensarse un todo de todos los fines (…) en enlace sistemático; es decir un *reino de los fines* (*ibid.*).

Kant, al igual que Rousseau, sostiene que «el poder legislativo solo puede corresponder al pueblo» y que éste «no ha de poder actuar injustamente con nadie mediante su ley, pues si alguien decreta algo respecto de otro, siempre es posible que con ello cometa injusticia contra él, pero nunca en aquello que decida sobre sí mismo…» (*ibid.*, p. 90).

Al respecto, Prieto Sanchís (2003) afirma que el contractualismo en Kant deja de ser un hecho histórico para convertirse en una idea de la razón cuya eficacia práctica reside, precisamente, en su «virtualidad legitimadora de la ley positiva» (pp. 74-75), aspecto profundamente cuestionado por las diversas posturas críticas del derecho que serán expuestas posteriormente.

Por consiguiente, cabe señalar que «mirar con los dos ojos» implica —a efectos de *de-construcción* paradigmática— reparar también en el trabajo de Hegel (1999), quien debe ser estudiado desde los postulados de la universalidad. Respecto a la noción de dialéctica, este filósofo idealista alemán de fines del siglo XVIII afirmó lo siguiente:

> Llamo dialéctica al principio motor del concepto, que disuelve pero también produce las particularidades de lo universal. (...) La más elevada dialéctica del concepto consiste en no considerar la determinación meramente como límite y opuesto, sino en producir a partir de ella el contenido positivo y el resultado, único procedimiento mediante el cual la dialéctica es desarrollo y progreso inmanente. No es por lo tanto la acción exterior de un pensar subjetivo, sino el alma propia del contenido lo que hace crecer orgánicamente sus ramas y sus frutos (Hegel, 1999, p. 109).

En el marco de la visión hegeliana descrita, López Hernández (1998) señala que un punto neurálgico del pensamiento de Hegel es entender al sujeto no como actor sino como sustancia. Esta expresión significa que las cosas, cuya realidad se halla contenida íntegramente en los conceptos (idealismo), evolucionan constantemente por el juego de las negaciones y oposiciones, por lo cual hay que concebir las cosas (y los conceptos) como seres con vida propia. El despliegue de esta vida o evolución de las cosas es lo mismo que el desarrollo de sus respectivos conceptos. Por tanto, los conceptos tienen vida real y la comprensión de esa vida o evolución es la tarea de la razón, por medio de la lógica. Racionalidad y realidad, lógica e historia se confunden. La sustancia, que es el sustrato y objeto de los cambios y del conocimiento de esos cambios, es al mismo tiempo sujeto, o sea, es el agente que realiza los cambios y el sujeto que los conoce (*ibid.*)

Un aspecto esencial del pensamiento hegeliano es que la filosofía es lo auténticamente universal, criterio que se aplica al derecho en clave de libertad (desde el derecho individual) y de la autonomía de la voluntad: «Nada puede ser más aplicable a la realidad efectiva y nada se justifica más ante el modo universal de representación, es decir, de lo auténticamente universal (…), que lo que proviene de la filosofía» (Hegel, 1979, pp. 109-110).

En armonía con lo señalado, debe afirmarse también que Hegel (1999 [1821]) señalaba que «en el contrato teníamos la relación entre dos voluntades como una relación de comunidad» (p. 173). En este contexto, el referido autor argumentaba lo siguiente:

> Así como en la sociedad civil el derecho en sí deviene en ley, así también la existencia inmediata y abstracta de mi derecho individual toma el significado de ser reconocido como una existencia en el saber y en la voluntad universal existentes. Las adquisiciones y los actos referentes a la propiedad deben por lo tanto efectuarse con la forma que les da existencia. La propiedad se basa entonces en el contrato

> y en las formalidades que la hacen susceptible de demostración y jurídicamente válida (*ibid.*, p. 338).

Hegel prosigue su obra Principios de la filosofía del derecho, señalando:

> La persona concreta es para sí misma un fin particular, en cuanto totalidad de necesidades y mezcla de necesidad natural y arbitrio, es uno de los principios de la sociedad civil. Pero la persona particular está esencialmente en relación con otra particularidad, de manera tal que solo se hace valer y se satisface por medio de la otra y a la vez solo por la mediación de la forma de la universalidad que es el otro principio (*ibid.*, pp. 303-304).

Asimismo, Hegel señaló que «en la sociedad civil cada uno es un fin para sí mismo y todos los demás no son nada para él. Pero sin relación con los demás no puede alcanzar sus fines; los otros son, por lo tanto, medios para el fin de un individuo particular» (ibid., p. 304).

Siguiendo esta línea de pensamiento, concluye: «…promoviendo mi fin promuevo lo universal, que promueve a su vez mi fin» (*ibid.*). Los postulados hegelianos que sustentan la visión occidental del derecho también son cuestionados por las teorías críticas del derecho.

Por lo expuesto, se evidencia que la trilogía de la objetividad, la razón del hombre y la ley, en su formulación abstracta con fuente kantiana, se refugiará en lo que Prieto Sanchís (2003) califica como el mito del legalismo (p. 72). El autor afirma que la visión de la ley sirvió para «rodear con una aureola de santidad a cuanto naciese de la voluntad del legislador…» (*ibid.*, p. 74). Esta aureola de santidad a la que se refiere el citado autor es un aspecto que se situará en el epicentro del debate en este trabajo, especialmente porque —como se verá más adelante— las teorías críticas del derecho que sustentarán los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos plantean una pluralidad de fuentes del derecho en el marco de sistemas plurales de justicia y de culturas diversas con saberes que, tal como lo señalan Santiago Salame y Guarayo Llanos (2014), son interdialogantes (pp. 35-36), y, en términos de Fals Borda (2009), sentipensantes [18].

Por otra parte, debe precisarse que, de acuerdo a Prieto Sanchís (2003), en la Revolución Francesa, es la ley por delegación de la Constitución la que establece, en lo fundamental, la posición del individuo frente al Estado —postura impensable en EEUU—; esta posición francesa, podía también apelar al contrato social y en último término al derecho natural (pp. 64-65).

El referido autor, en el contexto del modelo francés [19], señala que empiezan a sentarse las bases del mito de la ley cuando Sieyès (1990) señala: «La Asamblea General es la única que puede interpretar la voluntad general» (pp. 109-110). Sieyès precisa, además, que «nadie más que la legislatura debe ser llamada a la formación de la ley» (*ibid.*).

---

[18] Para Fals Borda, el hombre sentipensante es aquel que combina la razón y el amor, el cuerpo y el corazón, para deshacerse de todas las (mal)formaciones que descuartizan esa armonía y poder decir la verdad (*ibid.*).

[19] Más adelante se abordarán los tres modelos constitucionales: el inglés, el norteamericano y el francés.

En la perspectiva antes anotada, debe señalarse también que Sieyès afirmó el único atributo que le da legitimidad a la ley «es (…) considerarla expresión de la voluntad de los gobernados» quienes solo pueden aspirar a «una legislatura por representación», ya que la nación no puede hablar de otra forma que no sea a través de sus representantes (*ibid*.: 109) [20].

Por otra parte, el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es un homenaje a Rousseau cuando señala que «la Ley es la expresión de la voluntad general»; empero, afirma Prieto Sanchís (2003), que su segundo párrafo contradice al primero cuando señala que «todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación» (pp. 74-75). Concluye este autor afirmando que legitimar la ley y el Estado empíricos a partir de la ley y del Estado racionales fue la culminación del «proceso de construcción del mito legalista» que seguramente es en Kant donde muestra perfiles más vigorosos (*ibid*.).

Para explicar este mito del legalismo es importante describir el modelo de Estado en el cual se implantaron sus raíces. En ese marco, debe señalarse que el Estado decimonónico albergó a dicho mito bajo el concepto del imperio de la ley. La noción de soberanía y su anclaje en la ley, como su máxima expresión, fue contraria a las bases del constitucionalismo de los derechos (Prieto Sanchís, 2003, p. 79) [21]. En este contexto se plantea una tesis iuspositivista que implicaría una mutación de la soberanía popular en soberanía estatal (*ibid*., p. 93), en virtud de la cual, el Estado tiene un monopolio absoluto en la producción normativa basada en reglas jurídicas propias de un Estado legislativo de derecho.

De acuerdo a las características anotadas, en el modelo de Estado relatado, la ley es fuente directa y válida de derecho independientemente del grado de justicia o injusticia que represente, por lo que, en este contexto, una norma jurídica, tal como anota Zagrebelsky (1999), es válida no por ser justa, sino exclusivamente por su fuente de producción, es decir, por la autoridad que le brinda la fuerza normativa (p. 24) [22]. Este criterio explica las razones por las cuales el modelo francés no implementó una Constitución Normativa, ya que no existía un sistema de control de constitucionalidad de la ley (Prieto Sanchís, 2003, pp. 76-77).

En el contexto del mito del legalismo antes descrito —y desde la perspectiva de la teoría del derecho que más adelante será contrastada con la evolución del constitucionalismo y en la proyección de los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos—,

---

[20] También es importante señalar que para Carré de Malberg (1984), «el Parlamento adquiere el rango de soberano: él es el verdadero soberano» (p. 21).

[21] Luigi Ferrajoli (2001a) señala que este Estado Decimonónico contradecía «…no solo el paradigma iusnaturalista de los derechos fundamentales como *prius* lógico y axiológico, fundante y no fundado, en relación con el artificio estatal, sino también el paradigma constitucional, que al positivizar tales derechos los ha configurado como vínculos y límites a los poderes públicos en su conjunto» (p. 27).

[22] De acuerdo a Gil Domínguez (2005), la primacía de la ley conducía a la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo y del *Ancien Régime*; entonces el Estado de Derecho y el Principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, al menos, la sumisión a la ley de todas las demás fuentes del Derecho (p. 12).

es importante describir ahora a la escuela de la exégesis que, en el ámbito de la filosofía jurídica, surge a inicios del siglo XIX.

Esta tendencia se refleja en el código napoleónico de 1804 que cimentó los pilares del Derecho Civil en Francia y también en Latinoamérica. Además, la corriente de la exégesis consagró el método de la interpretación de la ley basado en la búsqueda de la voluntad del legislador[23]. Para esta corriente, la sacrosanta ley era fuente única y válida del derecho positivo y debía dar respuesta a todos los casos que sean analizados por los jueces, criterio que fortifica el mito de la ley expuesto en este acápite.

De acuerdo a Goldschmidt (1983), la escuela de la exégesis postulaba el derecho positivo en la ley, por lo que la interpretación jurídica estuvo dirigida a buscar la intención del legislador. Es por ello que, desde este enfoque, los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, ya que éste no crea derecho y cualquier vacío de la ley se subsana con la analogía.

Así, de acuerdo a esta visión, el juez se sirve de un proceso deductivo basado en la razón y en la habilidad dialéctica; criterio a partir en el cual se niega valor a la costumbre. El autor concluye su análisis con el aforismo que ilustra esta visión: *Dura lex sed lex*, además, afirma que, bajo la égida de la exégesis, las leyes naturales solo obligan en cuanto sean sancionadas por las leyes escritas (*ibid.*, pp. 269 y 270).

Esta tendencia tuvo su esplendor entre 1830 y 1880, y entró en crisis a finales del siglo XIX[24]; de hecho, en 1837, el Tribunal de Casación Francés dejó de formar parte del Poder Legislativo y se consolidó como una Corte de Casación dentro de la organización judicial francesa.

Desde la perspectiva del mito de la ley, quedaría incompleto el panorama si solo se analiza la escuela exegética. Por esta razón, es importante señalar también las otras tendencias filosófico-jurídicas que, en el contexto del Estado decimonónico, cuestionaron la escuela exegéticala, así como la construcción del referido mito legalista. Así, en las últimas décadas del siglo XIX, surge la escuela de la libre investigación científica, liderada por Geny, quien aboga por un método orientado a desarrollar criterios de interpretación de las normas de acuerdo a la naturaleza de las cosas, a través de una investigación dirigida a determinar el principio que anima al orden jurídico en su consideración global, reconociendo las limitaciones que la ley tiene y la necesidad de ir más allá de la mera letra del texto jurídico (De Villamor Morgan-Evans, 2000, pp. 40 y ss).

---

[23] Por ejemplo, Bonnecase (1994) señalaba que «…un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del Legislador que se considera traducida por aquél» (p. 36). Por su parte, Vernengo (1996) consideraba que «el método exegético consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al Juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida» (p. 239 y ss.).

[24] Esta escuela entró en crisis ante el surgimiento de nuevas escuelas, como la Escuela Histórica del Derecho, representada por Federico Carlos von Savigny; la Escuela de la Jurisprudencia Dogmática, representada por Rudolf Von Ihering; y la Escuela de la Libre Investigación Científica, representada por Francisco Geny.

El mito del legalismo, ahora expuesto, generó también otras críticas, como la realizada por la escuela histórica del derecho, representada por Federico Carlos von Savigny, quien, en su aporte a la interpretación jurídica, señaló que la ley debe ser entendida de dos formas. La primera, en un contexto de ley aislada, interpretada de forma gramatical, lógica, histórica y sistemática; y, la segunda, a través de los tres métodos destinados a la interpretación de la ley defectuosa: el análisis del conjunto de la legislación, la indagación de los motivos de la ley, y la apreciación del resultado obtenido con la interpretación (Larenz, 1994, p. 32).

En este sentido, Larenz (1994) sostiene que, para Savigny, la interpretación se integra por tres métodos: el gramatical, el lógico y el histórico, a los cuales añade, posteriormente, el método sistemático, los cuales estarán destinados a reconstruir la idea expresada en la ley a partir de procesos cognitivos de la propia ley (*ibid.*).

Luego, el tan mentado mito del legalismo del siglo XIX decantó, en el siglo XX, en un positivismo normativista que, según Prieto Sanchís (2003), defiende la separación conceptual entre el derecho y la moral crítica, entendiendo que el orden jurídico es un producto cambiante de la voluntad de los hombres, capaz de tutelar los más dispares principios morales y políticos, con una existencia independiente a su validez moral (p. 28). Este positivismo normativista tiene como máximos expositores a Kelsen, Hart, Ross y Bobbio, entre otros.

Para Kelsen (2011), «la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza» (p. 31). En este contexto, para el referido autor

> …la Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el sollen, una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular (*ibid.*, p. 55).

Kelsen (2011), afirmaba también que

> …la Teoría pura del derecho, que quiere ser una ciencia específica del derecho, no estudia los hechos de conciencia que se relacionan con las normas jurídicas, tales como el hecho de querer o representarse una norma, sino únicamente estas normas tomadas en sí mismas, en su sentido específico, cualquiera sea la manera en que se lo quiera representar. No se ocupa de un hecho sino en la medida en que está determinado por una norma jurídica (*ibid.*, p. 83).

En esta línea, el autor creía que

> …una ciencia del derecho o una ética científica solo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada (*ibid.*, p. 21).

Al referirse a la relación entre Estado, normas y efectividad del orden jurídico, Kelsen señaló que las normas «se convierten en instrumentos del poder estatal solo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por ese orden» (*ibid.*, p. 154).

En coherencia con lo anotado, Kelsen postuló el método del *silogismo jurídico*, a partir de la siguiente premisa: «Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica» (*ibid.*, p. 46). En consecuencia, para Kelsen el derecho debía ser entendido como una «ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños» (*ibid.*, p. 19).

Según Barberis (2003), este positivismo postulado por Kelsen se enmarca en un positivismo fuerte o exclusivo que se caracteriza por distinguir entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, lo que se expresa en la distinción entre derecho y moral (p. 263). En cambio, de acuerdo a este mismo autor, el positivismo hartiano se enmarca en un positivismo débil o inclusivo. Así, de acuerdo a esta visión más flexible, si bien la moral es diferente del derecho positivo, éste podría contenerla contingentemente, aunque de manera implícita como el caso de la Constitución de los Estados Unidos (*ibid.*, pp. 263-264) [25].

El positivismo kelseniano, por otra parte, coincide con un constitucionalismo escueto, circunscrito a la idea de Constitución como *norma normarum*, es decir, como norma reguladora de las fuentes del Derecho y, con ello, reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales (Prieto Sanchís, 2003, p. 111). En este sentido, Kelsen (1995) sostuvo que la constitución es la razón de ser del poder y que las decisiones mayoritarias contrarias al principio democrático deben ser limitadas a través del control de constitucionalidad (pp. 34-35) [26].

Por su parte, Hart (1963) cuestionó la *tendencia formalista* del razonamiento jurídico señalando la existencia de casos difíciles en los que es insostenible la tesis según la cual las normas determinan claramente el resultado (pp. 160-161). Este autor cuestionó también la *tendencia realista del razonamiento jurídico*, a partir de la consideración de que la práctica cotidiana del derecho consiste en la solución de casos fáciles, en los cuales, los jueces aplican de manera rutinaria las normas previstas para ciertos hechos; empero, en los llamados casos difíciles —según Hart— existen normas que limitan el poder de decisión del juez, de tal manera que una norma de textura abierta admite varias interpretaciones, pero no cualquier interpretación (*ibid.*, pp. 162 y ss.).

---

[25] En este punto es importante mencionar las precisiones que realiza Trujillo (2015) en cuanto al iusnaturalismo tradicional, clásico, medieval e ilustrado (pp. 3-35).

[26] Al respecto, será de gran utilidad revisar el trabajo de Herrera (1994) referido al debate que se suscitó entre Schmitt y Kelsen (pp. 195-227).

Para Hart, cuando existe más de una posibilidad de solución, el juez tendría *discrecionalidad* en cuanto a su elección. Este poder discrecional se equipararía al poder discrecional administrativo aplicable a la reglamentación de una ley. En este contexto, el juez no brinda la solución en el derecho vigente, sino que crea dicha solución, más aún cuando no puede negarse a resolver el caso por incertidumbre o ausencia normativa (*ibid.*, 174-175).

En esta narración será importante también señalar que el positivismo jurídico alcanza su cúspide con Ross, quien en *On Law and Justice* (1958) señala que la ciencia jurídica debe proponerse describir ciertos sistemas jurídicos nacionales de carácter individual y considerar su vigencia efectiva (Carrió, 2009, pp. 187-205).

Bobbio, en una concepción normativista, concibe el Derecho como un sistema de normas o reglas de conducta (cit. en Ruiz Manero, 2012). La postura de Bobbio (1990) puede ser entendida con claridad desde su concepción de la ciencia, «como una adecuación de la razón subjetiva del hombre a la razón objetiva del universo» (p. 174).

Desde esta perspectiva, Bobbio sostuvo que

> …el jurista no observa fenómenos, como hace el investigador de una ciencia empírica, ni se preocupa de verificar a través de la experiencia la verdad de las proposiciones normativas, dado que estas proposiciones, precisamente porque son normativas, son reglas de un comportamiento futuro y no representaciones de un acontecimiento producido y no tienen una verdad empírica sino puramente ideal (*ibid.*, p. 183).

Para entender la postura de Bobbio es importante señalar también que de acuerdo a este autor la dogmática jurídica «puede ser llamada normativa a doble título: en cuanto que tiene que ver con reglas y en cuanto a su vez pone reglas» (*ibid.*, p. 198). Así, de acuerdo al referido autor:

> La cada vez más sólida entrada en juego de normas meramente técnicas está estrechamente ligada a la programación y a la planificación económica, y por esto la individualización de ésta línea de tendencia sirve mejor que la precedente para captar el aspecto dominante del Estado Contemporáneo (*ibid.*, p. 227).

Es importante también destacar que el citado autor distingue *el formalismo jurídico* del *formalismo ético*, señalando que estos dos conceptos, aunque son distintos, se complementan:

> Se puede decir que pertenece al hábito mental del jurista afirmar a la vez el formalismo jurídico y el formalismo ético: es decir, aceptar como mejor modo de considerar el fenómeno jurídico la teoría normativa del Derecho y como mejor modo de justificar el ordenamiento jurídico la concepción legalista de la justicia (*ibid.*, p. 160).

En coherencia con lo anotado, Bobbio, al igual que Ross, defendieron un *positivismo metodológico*. Según Barberis (2003), estos autores postularon la idea, en virtud de la cual,

el derecho debe ser considerado como un hecho y estudiado sin que intervengan juicios de valor (pp. 259-278). En este contexto, Pozzolo (2003) afirma que el iuspositivismo, como metodología, separa el derecho de la moral, expulsando a ésta del horizonte jurídico; por lo tanto, merced a esta postura, el derecho debe ser estudiado simplemente como hecho (pp. 187-210).

Debe agregarse, también, que el *positivismo ideológico* postula que el derecho, identificado como un hecho, sería intrínsecamente obligatorio (Barberis, 2003, pp. 259-278). Además, de acuerdo a Prieto Sanchís (2003), el positivismo ideológico debe ser entendido como un programa de política jurídica que comparte con el Estado de Derecho del siglo XIX la responsabilidad de haber retrasado durante más de cien años el establecimiento de una justicia constitucional (p. 80). Al respecto, el autor agrega también que el positivismo ideológico, al menos en su versión más radical, no solo afirma que el derecho positivo es el único derecho, sino que en él se agota toda posible normatividad porque la voluntad del poder indica al mismo tiempo las obligaciones jurídicas que se tiene y los deberes morales que deben cumplirse, siendo éste el *formalismo* o *positivismo ético* de acuerdo al autor (*ibid*., pp. 24-25).

Es importante señalar también que el iuspositivismo como teoría postula la posición soberana de la ley ordinaria (Pozzolo, 2003, pp. 187-210). Éste, sin duda, es un aspecto que, desde las teorías críticas, será cuestionado, especialmente a partir de las claves emancipatorias del pluralismo jurídico y de los *constitucionalismos dialógicos latinoamericanos* que serán abordados en el siguiente capítulo.

Pero, al margen del cuestionamiento desde *otras epistemologías*, cabe destacar también que esta visión positivista del derecho es criticada desde un contexto europeo, por autores como Sartori y Matteucci, entre otros. En este sentido, Sartori, en *Elementi di teoria politica* (1987), argumenta que el término *constitución* sería utilizado por los iuspositivistas en su sentido formal; en cambio, de acuerdo al constitucionalismo, en un sentido sustancial, la constitución es el «ordenamiento protector de la libertad de los ciudadanos», por tanto, solamente el sentido sustancial de constitución permitirá distinguir entre constituciones aparentes o nominales y aquellas que garanticen verdaderamente la libertad de las personas (p. 19).

Por su parte, Matteucci (1996), en *Positivismo giuridico e constituzionalismo* cuestiona el positivismo jurídico en la versión ofrecida por Bobbio, especialmente en cuanto a la neutralidad de la ciencia jurídica (pp. 34-35) [27]. Este cuestionamiento encontró eco en Bobbio, quien, en una carta publicada por Margiotta (2000), respondió a Matteucci, señalando lo siguiente: «Mi impresión es que usted, del todo empeñado en la batalla antipositivista, ha terminado por sacrificar en el altar de la teoría estatalista también al método positivo, como si cambiando la construcción se debiera cambiar también el método» (pp. 387 y ss.) [28].

[27] Matteucci defiende la *judicial review*, afirmando que «el gobierno de los jueces representa propiamente el gobierno de la ley» (*ibid.*, p. 34).

[28] Bobbio aclara en esta carta que el abandono de la neutralidad científica conduce a llamar *constituciones*

Contemporáneamente, también ha cambiado la visión de los iuspositivistas. En este sentido, Barberis (2003) señala que un ejemplo claro está en Luigi Ferrajoli, a quien cataloga como el mayor heredero contemporáneo de la escuela analítica italiana, para el que la validez de las normas está condicionada a su conformidad material con la constitución (pp. 262-283).

En el ámbito latinoamericano, la Segunda Escuela de Buenos Aires, representada esencialmente por Carlos Santiago Nino, marcó diferencias con respecto a las posturas teóricas del positivismo metodológico defendidas por Bobbio y Ross[29]. En efecto, Carlos Santiago Nino afirmó que el derecho, en cuanto a hecho, solo puede ser obligatorio si está justificado, es decir, apoyado en principios morales, postura que se denomina *teorema fundamental de la filosofía del derecho* (cit. en Barberis, 2003, pp. 262-283).

Por su parte, De Sousa Santos (2003) señala que

> …la dominación jurídica racional está legitimada por el sistema racional de leyes, universales y abstractas, emanadas del Estado, que presiden una administración burocratizada y profesional, y que son aplicadas a toda la sociedad por un tipo de justicia basado en una racionalidad lógica formal (p. 155). El referido autor afirma, también, que la ciencia moderna consagró al hombre como sujeto epistémico pero lo expulsó como sujeto empírico (*ibid.*, p. 90).

Lo expuesto evidencia que el paradigma epistemológico-jurídico eurocentrista y hegemónico —desde el *mito del legalismo* primero, y con el positivismo normativista del siglo xx, después— consagra, filosóficamente, los postulados de *la objetividad, la razón del hombre y la ley abstracta* que desconocen toda visión diversa y sentipensante de los distintos saberes o conocimientos jurídicos que se generan en contextos de diversidad cultural. Por lo tanto, esta trilogía aquí desarrollada es la antítesis a la mirada epistémica «con los dos ojos».

Lo expresado hasta aquí devela el necesario diálogo epistemológico que debe existir, con la mirada orientada hacia Latinoamérica y sus corrientes críticas de pensamiento. Esto, en el ámbito jurídico y del constitucionalismo, implica reflexionar sobre las otras miradas del derecho. Por esta razón, Wolkmer (2003) resalta la importancia de la discusión sobre el *pensamiento jurídico crítico*, al afirmar que el modelo de cientificidad que propugna el discurso jurídico liberal individualista y la cultura normativista técnico-formal muestra un profundo agotamiento (pp. 14-15). El autor agrega que esta disfunción se desprende de la propia crisis de legitimidad, de la elaboración y aplicación de la justicia, así como de la creciente complejidad de las nuevas formas de producción de capital y de las cons-

---

solamente a las constituciones buenas, y que se cae en un error metodológico, justamente, cuando se termina por «creer que el derecho del que se habla cuando se quiere entender una Constitución buena es algo distinto del Derecho del que se habla cuando se hace referencia a una Constitución mala» (*ibid.*, pp. 387 y ss.).

[29] Como ya se dijo, estos autores propugnaban la idea de que el derecho debe ser considerado como un hecho y estudiado sin que intervengan juicios de valor. A partir de esta visión, el positivismo ideológico postula que el derecho, identificado como un hecho, sería intrínsecamente obligatorio.

tantes contradicciones sociales de las sociedades contemporáneas (*ibid.*). En este orden, el autor afirma que es natural sustituir los paradigmas racionales de fundamentación jurídica (iusnaturalismo y iuspositivismo) en la medida en que ya no acompañan las profundas transformaciones sociales y económicas por las que atraviesan las sociedades políticas modernas (*ibid.*) [30].

Wolkmer, por su parte, señala también que los paradigmas del conocimiento estuvieron marcados por el idealismo individual, por el racionalismo liberal y por el formalismo positivista, cuya racionalidad se encuentra ahora profundamente cuestionada (*ibid.*, pp. 19-20).

Agrega el autor que la cultura liberal burguesa moderna y la expansión material del capitalismo produjeron una forma específica de racionalización del mundo. Esta racionalización, considerada un principio organizativo, se define como una racionalidad instrumental positiva que no libera, sino que oprime, aliena y cosifica al hombre (*ibid.*, pp. 19-20). Bajo esta óptica, Wolkmer argumenta que la lógica lineal de la estructura moderna del saber jurídico se desdobla así en dos paradigmas hegemónicos: el racionalismo metafísico natural (iusnaturalismo) y el racionalismo lógico-instrumental (positivismo jurídico) (*ibid.*).

La crisis antes referida implica la necesidad de un nuevo concepto de racionalidad. Así, el modelo de racionalidad técnico-formal deberá ser sustituido por el modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria, como un proyecto trascendente que ya no oprima, sino que busque liberar al sujeto histórico y a la sociedad como un todo (*ibid.*, pp 20-21). En este escenario, la nueva racionalidad emancipatoria, sin negar la racionalidad técnico-instrumental inherente a la dominación del positivismo moderno, nos lleva a pensar en la existencia de otro fundamento ético-político, en la reconciliación de las normas que regulan socialmente el mundo sistémico y el mundo de la vida, y en las posibilidades de edificación de un nuevo paradigma teórico-crítico del derecho (*ibid.*). Nace, entonces, la propuesta para la producción teórico-crítica del derecho, definiendo a partir de su materialización histórico-social y ético-política nuevos patrones racionales de normatividad en una sociedad en proceso de emancipación (*ibid.*).

En el marco de este horizonte emancipatorio y para poder «mirar con los dos ojos», en el siguiente acápite se analizará la evolución del constitucionalismo desde su construcción hegemónica, para luego, a partir de las posturas críticas, en el siguiente capítulo, reflexionar sobre los *constitucionalismos dialógicos latinoamericanos*.

3.- El constitucionalismo liberal

Para «mirar con los dos ojos», la argumentación de este apartado se iniciará con la narración descriptiva de los modelos constitucionales que, desde una visión monocultural, armaron el «rompecabezas» del constitucionalismo moderno, para luego, abordar el

[30] Todas las visiones de teoría crítica del pensamiento y del pensamiento jurídico serán descritas en el siguiente capítulo, donde también se abordarán, de manera específica, las posturas de filósofos como Foucault y Dussell, entre otros.

constitucionalismo social y las ulteriores formulaciones del constitucionalismo contemporáneo de postguerra. Esta reconstrucción será esencial para que, en el segundo capítulo, puedan abordarse los *constitucionalismos latinoamericanos dialógicos* desde las posturas de las diferentes teorías críticas del derecho y desde los saberes diversos de culturas interdialogantes y sentipensantes.

En esta línea, corresponde señalar, en principio, que *el movimiento constitucionalista liberal* se caracterizó por ser un proceso jurídico-político destinado a establecer en los Estados modernos una constitución, de preferencia escrita y con supremacía en relación al ordenamiento jurídico, para limitar así el ejercicio del poder y garantizar los derechos de las personas. Así, este movimiento, encuentra —para la justificación de un ejercicio del poder limitado a la constitución—, una vertiente filosófica esencial: *el derecho natural o* iusnaturalismo [31].

La doctrina del *iusnaturalismo racional*, como límite al ejercicio del poder, y la influencia de los filósofos enciclopedistas —Locke, Montesquieu y Rousseau, entre otros— hicieron eco en la construcción del constitucionalismo moderno [32], y encarnaron en las revoluciones americana y francesa (Fioravanti, 2001, p. 102), inaugurando, tal como menciona Dippel (2005), un nuevo concepto y una nueva práctica (pp. 181-199).

Este *constitucionalismo moderno* planteó la necesidad de imponer límites a los poderes de gobierno, la adhesión al Estado de derecho y la protección de derechos (Rosenfeld, 1994, p. 3), criterios que fueron introducidos por primera vez en la Constitución de

[31] El derecho natural postulaba la existencia de principios fundamentales inherentes al ser humano por su sola condición y reconocibles a través de la razón, superiores al derecho positivo, universales, inalienables, permanentes y anteriores a la formación de los Estados. La génesis de las teorías sobre el derecho natural puede encontrarse en algunos filósofos griegos como Heráclito, Platón, Aristóteles y los estoicos que siguieron a Zenón, entre ellos Cicerón. Asimismo, el *Jus Gentium* de los romanos tiene bases en el derecho natural, ya que éste planteaba la idea de un derecho reconocido como obligatorio para todos los hombres. Según Naranjo Meza (2003), se entiende por derecho natural aquel conjunto de principios fundamentales que tutelan la vida del individuo y que tienen un carácter universal, permanente e inalienable; éstos no son creados por el hombre ni por instituciones humanas, sino por la propia naturaleza, por eso son reconocidos por la razón (pp. 53-54).En consecuencia, la fundamentación del ejercicio del poder desde la óptica del derecho natural —luego invocada por el movimiento constitucionalista—, planteó el desarrollo de dos problemas esenciales: la existencia de un acuerdo o consenso previo para el ejercicio del poder y la titularidad de la soberanía, aspectos que fueron planteados a partir de una visión teísta y otra profana, y, por su parte, como antítesis a estas dos corrientes, se generó también la Teoría del derecho divino de los reyes para el ejercicio del poder, cuyos postulados eran ideológicamente opuestos a los del movimiento constitucionalista. En efecto, el modo teísta para explicar, a través del derecho natural, el ejercicio del poder obedece, esencialmente, a la *Doctrina Escolástica,* la cual sostiene que todo poder viene de Dios, pero reside originariamente en el cuerpo social que lo transmite al gobernante a través de un convenio: *Omnis potestas a Deo populum*. El máximo exponente de esta doctrina es Santo Tomás de Aquino, para quien el derecho natural tiene una base racional que no contradice de manera alguna la fe, sino más bien es su máxima expresión haciéndolo superior al derecho positivo y debiendo siempre prevalecer respecto a aquél. En el contexto expuesto, Santo Tomás, como precursor de la doctrina del *contrato social*, arguye que la comunidad es la legítima titular del poder político, afirmando que debería primar un gobierno mixto. Además, este autor reconoció el derecho de rebelión de la comunidad contra toda autoridad despótica (*ibid.*, 8-9).

[32] Prieto Sanchís (2001, p. 123) y Fioravanti (2001, p. 55), entre otros, resaltan la influencia contractualista en el constitucionalismo moderno.

Virginia de 1776, pero que pronto traspasaron las fronteras americanas y se arraigaron en Francia, plasmándose en el art. 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789.

En este marco, anota Dippel (2005), lo que había empezado en América en 1776 como un nuevo lenguaje político —nacido en un movimiento de levantamiento revolucionario y finalmente sancionado a través de la práctica y de la experiencia política— fue elevado a rango de axioma en teoría constitucional por el referido art. 16, inexistente hasta ese entonces (pp. 181-199). Además, de acuerdo a este autor, la noción de principios universales «transformó el constitucionalismo moderno de una idea meramente americana en un fenómeno transnacional cuyas repercusiones se sentirán globalmente» (*ibid.*) [33].

En el marco de lo anotado, es importante destacar que los elementos esenciales del pensamiento constitucional moderno emergen del análisis de los modelos evolucionista inglés, originario norteamericano y revolucionario francés [34], los cuales serán abordados a continuación.

3.1.- El modelo evolucionista inglés

El *modelo evolucionista inglés*, como primer gran rasgo, consagra el ideal de la *limitación al poder*. La historia constitucional inglesa registra varios instrumentos considerados como emblemáticos para la construcción de este modelo, entre los cuales es necesario referir los siguientes:

La Carta Magna de 15 de junio de 1215 fue un documento de gran relevancia jurídico-política, en virtud del cual el rey garantiza derechos y prerrogativas para el juzgamiento de los caballeros de su corte, encontrándose en éste la génesis de la garantía del debido proceso, la prohibición de detención arbitraria y la garantía de prohibición de establecimiento de impuestos sin el cumplimiento de ciertas condiciones previas [35].

---

[33] Esta repercusión del constitucionalismo moderno norteamericano al francés fue también abordada por Guzmán Brito (2002, p. 313).

[34] Los modelos constitucionales indican los *ciclos constitucionales*, las constituciones líderes o que de cualquier manera pueden condicionar el desarrollo de las diferentes experiencias constitucionales. En este marco, Pegoraro (2011) señala que debe entenderse el término «modelo» «en el sentido de la representación sintética de los fenómenos de la realidad político-constitucional, combinada con la idea de «forma ejemplar» y por tanto a imitar» (pp. 153-154).

[35] Este documento emergió de la reunión que tuvo lugar en el paraje de Runnymede, a medio camino entre Windsor y Staines, al oeste de Londres, entre el rey Juan I de Inglaterra y un conjunto de barones que se había levantado en su contra. Juan I, conocido como *Juan sin Tierra*, fue rey de Inglaterra entre 1199 y 1216 (por otra parte, cabe mencionar, que es el rey que ocasionó la resistencia del legendario Robin Hood). Este monarca fue también hermano de Ricardo I, consagrado por la historia como *Ricardo Corazón de León.* A la muerte de Ricardo I, su sucesor, Juan I, emprendió una guerra con Francia que terminó con una gran pérdida del territorio inglés. Además, Juan I entró en guerra con el Papa Inocencio III y, a pesar de un arreglo económico con éste, fue derrotado por sus opositores en la batalla de Bouvines, hecho histórico que generó una gran inestabilidad política. En mayo de 1215 comenzaron las hostilidades entre el rey y un grupo de barones, en cuyo contexto se gestó la *Carta Magna* como el último intento político de un monarca acorralado políticamente y asediado militarmente por los barones. El apartado 61 de esta Carta Magna señala que se formará un comité de 25 barones que certificarán el cumplimiento de dicho documento, pero, además, establece el derecho de resistencia en

En efecto, la idea lockeana de limitación del poder a través del gobierno de las leyes, irradió de contenido las citadas garantías que, tal y como anota Salazar Ugarte (2006), se encuentran contenidas en el artículo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, el cual reza lo siguiente: «Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza en su contra ni enviaremos a otros a que lo hagan, sino en virtud de una sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino».

También, en este instrumento se encuentran los orígenes del *habeas corpus*, a través de la siguiente formulación: «No se podrá apresar corporalmente al hombre libre; sin el juicio de sus pares o sin el concurso de las leyes de la tierra; el hombre libre no podrá ser aprisionado ni despojado de sus tierras ni declarado fuera de la ley ni desterrado ni destruido de ninguna forma, ni el Rey podrá imponerle un castigo»[36].

La Petition of Rights *o Petición de Derechos de 1628* reafirmó las limitaciones impuestas a la autoridad real, especialmente en cuanto a la imposición de tributos; además, el Parlamento fue posicionado por la fuerza política del documento como instrumento de limitación al poder del rey.

El Agreement of the People *de 1647*, impulsado por los *levellers* o *niveladores*, planteaba una representación política más extensa, además de la abolición de los monopolios e impuestos no proporcionales[37]. Paolantonio (1987) afirma que 1647 fue el momento

caso de una transgresión por parte del rey o de sus agentes. También prescribe la prohibición de la revocación o disminución, por parte del monarca, de las concesiones y libertades estipuladas en la Carta (Breña, 2015).

[36] Los orígenes del *habeas corpus* fueron explicados por García Belaúnde (1973, pp. 48-59).

[37] Cueva Fernández (2006) resalta la importancia de prestar atención a los procesos ingleses para la construcción del constitucionalismo liberal (pp. 83-96). Desde esta lógica, afirma que la noción de pueblo no puede ser entendida desde el modelo norteamericano o francés, sino que debe analizarse a partir de la Revolución inglesa de 1647. En este escenario surgió una coalición social cuyos líderes fueron denominados *levellers* («niveladores») reunidos bajo la bandera de los *Agreements of the People* («Acuerdos del Pueblo»). De acuerdo a este autor, la elaboración de los *Agreements* buscaba reflejar en un documento escrito los derechos y libertades fundamentales de los ingleses y un esquema democrático que los garantice. Los *levellers* mantuvieron una intensa lucha por el programa que representaba sus *Agreements*. Cuevas señala que los niveladores son el pensamiento político-jurídico hecho acción de una época revolucionaria que trajo el cambio radical en la visión social del hombre (*ibid.*). Carlos I, sucesor de Jacobo, al ejecutar las mismas políticas que su padre, generó un enfrentamiento civil el 22 de agosto de 1642. Oliver Cromwell crea el *New Model Army* para defender la causa parlamentaria, propuesta que generó convulsión dentro del Parlamento y en las negociaciones con el rey. Los *levellers*, reaccionarios a las represiones que se dieron en el escenario antes descrito, apoyaron una representación política más extensa y la supremacía popular, así como la abolición de los monopolios e impuestos no proporcionales; propugnaron la libertad religiosa y la supresión de los privilegios disfrutados por la nobleza. También pidieron la aprobación de una ley fundamental. Poco antes de la presentación del *Case* a los Grandes, el 27 de octubre de 1647 fue introducido en los cuarteles —para su aprobación por la voluntad del «pueblo»— el *Agreement of the People*, de Walwyn, Overton, Lilburne y Wildman. Este documento señalaba que los parlamentarios *no son titulares de la supremacía:* «El poder de… los Representantes de esta Nación es inferior al de quienes lo eligen». Además, el *Agreement* exigía la disolución del Parlamento y postulaba las elecciones populares cada dos años. Ante esta agitación, los Grandes resolvieron que se debatiera sobre una posible reforma política en el Consejo General del Ejército, a partir del 28 de octubre de 1647. Luego de mayor agitación, los *levellers* presentan una *Petition* ante los Comunes el 11 de septiembre de 1648, a través de la cual reivindican la idea de parlamentos anuales, supresión del

clave de la revolución puritana y atribuye este documento al Consejo de Guerra de Cromwell, sin que el mismo llegara a aprobarse (p. 195); a pesar de ello, su influencia para la construcción del modelo inglés y del constitucionalismo liberal fue determinante.

Este histórico documento, según Storini (2007), es el primero en el sentido de constitución como documento político y jurídico; como contrato que implica un acuerdo social y como acto en el marco de una racionalización del proceso decisional (pp. 159-186).

El Habeas Corpus Act, *de 1679*, tuvo la finalidad de evitar cualquier detención arbitraria, autorizando que el afectado o su representante acudan ante el juez competente para solicitar la expedición de un decreto disponiendo la celebración de un juicio contra la persona presa en un plazo máximo de 20 días.

De acuerdo a García Belaúnde (1973), esta ley empieza con el siguiente tenor: «Cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un *Sheriff*, carcelero o cualquier otro funcionario a favor de un individuo puesto bajo su custodia y dicho Habeas Corpus sea presentado a los susodichos funcionarios o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de la detención a los tres días de la presentación…» (pp. 48-59). Además, este autor recuerda que la referida ley estableció que «si un funcionario o el que haga sus veces descuida la obligación de responder al Writ [petición] de Habeas Corpus o no vuelva a presentar al preso con arreglo al Writ o se niega poner en libertad al preso a petición de éste o de quien lo represente o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión pagará a la parte perjudicada cien libras por la primera ofensa y doscientas por la segunda, quedando inhabilitado para ejercer su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados, contra el delincuente en forma de acción personal, ante cualquiera de los Tribunales de Westminster…» (*ibid.*).

Al referirse a esta ley, García Belaúnde (1973) también destaca el siguiente precepto: «Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Habeas Corpus puede ser aprisionada de nuevo por el mismo delito a no ser por orden del Tribunal ante quien está obligada a comparecer o de otro cualquiera competente» (pp. 48-59).

El *Instrument of Goverment* de 16 de noviembre de 1653 es, según Sagüés (2001), la primera Constitución escrita y orgánica del mundo, que estuvo en vigencia durante cuatro años (pp. 12-14).

En Inglaterra, en el siglo XVII, tuvo lugar la primera gran revolución liberal con un componente ideológico-religioso puritano que concluyó con la decapitación de Carlos I y que ocasionó la vigencia de la República en Inglaterra, entre 1649 y 1660, bajo la égida de Oliver Cromwell (*ibid.*, pp. 12-14).

Durante la primera fase de este nuevo proceso histórico y hasta 1653, el gobierno se constituyó mediante un Consejo de Estado encargado del Poder Ejecutivo, a la cabeza de Cromwell y con la Cámara de los Comunes como depositaria del Poder Legislativo,

veto de lores y rey, leyes contra los monopolios, libertad religiosa, abolición de los diezmos y de varios impuestos, así como la necesidad de eliminar penas desproporcionadas, entre otros aspectos (*ibid.*, pp. 83-96).

suprimiéndose la Cámara de los Lores. Luego, tuvo lugar el periodo de la dictadura, tras la disolución definitiva del Parlamento por Cromwell, en 1653. A fines de ese año, el ejército designó a Cromwell Lord protector de la República con carácter vitalicio, y el Consejo de Estado también fue suprimido (*ibid.*).

El 16 de noviembre de 1653 se aprobó el *Instrument of Goverment* que consagró la idea de Cromwell de dotar a Inglaterra de una constitución rígida y suprema, en relación a las demás leyes ordinarias (*ibid.*) [38]. Este documento, según Storini (2007), es el primero en el sentido de constitución como documento político y jurídico (pp. 159-186), el mismo criterio fue asumido por Sagüés (2001), quien afirma que es la primera Constitución escrita y orgánica del mundo, que estuvo en vigencia durante cuatro años (pp. 12-14).

Posteriormente, debe señalarse que, el Habeas Corpus Act, de 1679, tuvo la finalidad de evitar cualquier detención arbitraria, autorizando que el afectado o su representante acudan ante el juez competente para solicitar la expedición de un decreto disponiendo la celebración de un juicio contra la persona presa en un plazo máximo de 20 días.

De acuerdo a García Belaúnde (1973), esta ley empieza con el siguiente tenor: "Cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un Sheriff, carcelero o cualquier otro funcionario a favor de un individuo puesto bajo su custodia y dicho Habeas Corpus sea presentado a los susodichos funcionarios o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de la detención a los tres días de la presentación…" (pp. 48-59). Además, este autor recuerda que la referida ley estableció que "si un funcionario o el que haga sus veces descuida la obligación de responder al Writ [petición] de Habeas Corpus o no vuelva a presentar al preso con arreglo al Writ o se niega poner en libertad al preso a petición de éste o de quien lo represente o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión pagará a la parte perjudicada cien libras por la primera ofensa y doscientas por la segunda, quedando inhabilitado para ejercer su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados, contra el delincuente en forma de acción personal, ante cualquiera de los Tribunales de Westminster…" (ibid.).

Al referirse a esta ley, García Belaúnde (1973) también destaca el siguiente precepto: "Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Habeas Corpus puede ser aprisionada de nuevo por el mismo delito a no ser por orden del Tribunal ante quien está obligada a comparecer o de otro cualquiera competente" (pp. 48-59).

El Bill of Rights *de 13 de febrero de 1689* fue otro instrumento clave para afianzar el modelo inglés y los pilares del constitucionalismo liberal, en base al ideal de limitación del poder real. Este documento consagró el dualismo entre rey y Parlamento en un contexto en el cual este último poseía el poder presupuestario y un Poder Legislativo restringido y el rey, por su parte, continuaba gobernando junto con los ministros que él nombraba y removía libremente (Naranjo Meza, 2003, p. 542).

[38] El *Instrument of Goverment* fue sustituido, en 1657, por la *Humilde Petición y Consejo*, que incorporaba una Cámara Alta al Parlamento y daba al Protector facultad de designar sucesor. Este documento dejó de tener vigencia en 1660 con la restauración de los Estuardos, ya que, a la muerte de Cromwell (1658), en 1660 se reinstauró nuevamente el Parlamento y la monarquía, con Carlos II (*ibid.*, pp. 12-14).

Carlos II ejerció su mandato en un contexto en el cual, tal como anota Fioravanti (2001), se creía en la *potestas temperata* (p. 71). En este escenario inició una persecución contra los católicos y comenzó un periodo de alta tensión política con el Parlamento, al punto que, en 1679 lo disolvió (*ibid.*, p. 452); dando lugar al surgimiento de dos partidos políticos: los *tories* y los *whigs*, ambos contrarios al rey (*ibid.*).

A la muerte de Carlos II, el Duque de York accedió al trono con el nombre de Jacobo II y, entre 1688-1699, se produjo la *Revolución Gloriosa* que enarboló el principio de la monarquía limitada como una doctrina constitucional oficial (Dippel, 2005, pp. 181-199).

Jacobo II fue derrocado, consagrándose en el trono a Guillermo y María de Orange, hija protestante del monarca depuesto, quienes votaron a favor del *Bill of Rights* en 1689. De esta manera, se instauró en Inglaterra el régimen liberal, cuyo ideólogo más emblemático fue Locke, directo mentor de los reyes, aunque no existía aún la responsabilidad política de los ministros ante el Parlamento, pudiendo el rey disolverlo (Naranjo Meza, 2003, p. 452).

El *Bill of Rights* o Declaración de Derechos fue el instrumento jurídico-político más importante que generó el modelo constitucional inglés y en sus 13 artículos estableció, entre otros aspectos, la prohibición al rey de suspender o dispensar el cumplimiento de las leyes; declaró ilícito instituir tribunales especiales de cualquier tipo, cobrar impuestos o establecer ejércitos sin el consentimiento del Parlamento; crear multas o castigos desproporcionados. Asimismo, este instrumento jurídico reconocía el derecho de petición y las libertades de expresión, discusión y actuación de los parlamentarios, vedaba las concesiones de particulares obtenidas mediante amenazas, multas o confiscaciones sin sentencia y garantizaba la libertad de cultos, con excepción del culto católico (Sagüés, 2001, p. 14).

El Act of Settelment *de 1701* es otro documento esencial en esta construcción del pensamiento constitucional orientado a la limitación del poder. Dippel (2005) anota que su título oficial subraya mejor la correlación entre monarquía limitada y la garantía de los derechos: «*An act for the further limitation of the Crown, and better securing the rights and liberties of the subject*» («Una ley para la futura limitación de la Corona, y la mejor garantía de los derechos y libertades de los súbditos») (pp. 181-199).

A partir del ideal de limitación al ejercicio del poder y en base a los instrumentos antes mencionados, se establece que este modelo proclamó la limitación al poder monárquico. Además, otro de los grandes aportes fue el diseño del sistema de gobierno parlamentario, el cual, según Sagüés (2001), permitió la transición de la monarquía absoluta a la monarquía limitada y, ulteriormente, al parlamentarismo moderno (p. 303).

3.2.- El modelo originario norteamericano

En esta narración —y para poder «mirar con los dos ojos»— es importante también describir el *modelo originario norteamericano*, cuyos antecedentes históricos deben ser considerados. En este marco, en 1763, el Tratado de París puso fin a una larga serie de guerras con los franceses y consolidó la victoria británica, aunque dejó al imperio en una muy difícil situación financiera que tensionó las relaciones con sus 13 colonias ubicadas en Norteamérica, por la imposición de condiciones y cargas desproporcionales e ilegítimas.

En este sentido, Asimov (1994) afirma que Gran Bretaña, gobernada por Jorge III —quien aspiraba al absolutismo imperante en los países vecinos—, había tratado de luchar contra el contrabando y regular el comercio americano de tal modo que los manufactureros, terratenientes y comerciantes británicos pudiesen beneficiarse, lo que fue considerado como injusto por los colonos americanos (pp. 8-9).

A propósito de estas circunstancias históricas, Dippel (2010) señala que la historiografía tradicional norteamericana identifica dos momentos de mayor tensión política entre los años 1763 y 1777: la *Stamp Act* y la *Guerra del té* (pp. 25-83). El primer suceso tuvo como antecedente principal los graves problemas financieros que conllevó la guerra contra Francia[39], lo que derivó en la imposición de nuevos impuestos dirigidos a las colonias, entre ellos la *Stamp Act* (o Ley de Timbres), aprobada el 22 de marzo de 1765, que creó un impuesto directo a partir de los timbres (sellos o valores) que podían ser emitidos con diversos valores —desde medio penique hasta diez libras— y que eran exigibles a toda actuación burocrática, incluido el acceso a los tribunales (Asimov, 1994, pp. 13-14).

Los colonos invocaron argumentos de derecho natural para denunciar la injusticia de este acto impositivo, en particular aludiendo a la ilegitimidad del establecimiento de tributos sin representación en el Parlamento, bajo la célebre frase «*no taxation without representation*», que motivó los múltiples levantamientos en las colonias americanas. El malestar se extendió por las grandes ciudades, en muchas de las cuales los funcionarios del gobierno fueron colgados (*ibid.*, pp. 15-16)[40].

Del 7 al 25 de octubre de 1765 se reunió en la ciudad de Nueva York el *Congreso de la Ley de Timbres*, en el que nueve colonias estuvieron representadas por delegados que aprobaron una declaración para su presentación ante el rey y el Parlamento, reclamando su derecho a consentir toda imposición tributaria por sus legislaturas coloniales. El Parlamento ingles abrogó la Ley de Timbres y Jorge III avaló esta decisión el 18 de marzo de 1766, aunque dicha revocatoria no implicó la abolición de la potestad del Parlamento de crear impuestos (*ibid.*, p. 18).

Dippel (2010) señala que la crisis de la *Stamp Act* concluyó con el *Motín del té* y las *Intolerable Acts* de los años siguientes (pp. 25-83). En efecto, nuevamente, el 29 de junio de 1767, sin consultar a las colonias, el Parlamento aprobó leyes que imponían impuestos directos al té, al vidrio, al papel tintes, junto con la emisión de mandatos de asistencia que daban amplios poderes a los funcionarios de aduana para su eficaz cumplimiento. En este escenario, la ciudad de Boston fue el epicentro del rechazo a los abusos del Parlamento británico. Jorge III envió dos regimientos de tropas británicas y así comenzó la batalla

[39] Asimov precisa que la deuda nacional británica ascendía a 136 millones de libras, suma insostenible para aquella época (*ibid.*, pp. 12-13).

[40] Relata Asimov que, en Virginia, Patrick Henry se sublevó el 29 de mayo de 1765 para oponerse a la Ley de Timbres y apoyar ciertas resoluciones en defensa del derecho de Virginia a elaborar leyes propias. El autor señala que Henry no vaciló en señalar lo que les había sucedido a los gobernantes del pasado que habían pasado por alto los derechos del pueblo y habían encontrado la muerte a manos de quienes no habían hallado reparación legal: «César tuvo su Bruto, Carlos I su Cromwell y Jorge III…» (*ibid.*, pp. 15-16).

entre los ciudadanos de Boston y los *capotes rojos*, que condujo a la denominada Matanza de Boston, la cual estuvo precedida de boicots comerciales antibritánicos y revueltas en otras colonias. Posteriormente, el Parlamento abolió los impuestos establecidos, excepto el del té, como un mensaje a las colonias sobre su potestad exclusiva de imponer tributos sin el consentimiento de las colonias (Asimov, 1994, pp. 23-24). Luego, la Compañía de las Indias Orientales fue favorecida por la Corona británica con la autorización de venta directa de sus reservas de té a las colonias americanas, sin intermediarios y exenta de tributos, lo que significó un incremento sustancial en el precio de esta popular bebida, que además perjudicaba a muchos comerciantes de té en las colonias, especialmente a aquellos dedicados al contrabando.

Las colonias iniciaron sucesivos boicots comerciales a los cargamentos de té y, en Boston, los barcos no pudieron descargarlos. Sin embargo, los ingleses se negaron a marcharse permaneciendo en el puerto por aproximadamente tres semanas. Sin embargo, el 16 de diciembre de 1773 los colonos arrojaron el cargamento de té al mar (consistente en 342 cajas), en un episodio que los historiadores denominan como la *Reunión de té de Boston* (*ibid.*, pp. 26-27).

En 1774, el Parlamento aprobó la Ley del puerto de Boston, denunciada como una «invasión hostil» hacia Massachusetts por la Cámara de burgueses de Virginia, que lideraba Henry. Esta situación provocó un sentimiento generalizado de rechazo por parte de las colonias que convocaron al Primer Congreso Continental, en el cual participaron representantes de 12 de las 13 colonias inglesas (todas excepto Georgia). Así, el 5 de septiembre de 1774, en Filadelfia, 56 representantes se reunieron y Peyton Randolph, de Virginia, fue electo para presidir este primer congreso. Asimismo, participaron activamente hombres notables como los Adams de Massachusetts, Henry, Jefferson, Galloway y Duane, entre otros.

Se decidió atribuir a cada colonia un voto y, luego de una amplia deliberación, se aprobaron las llamadas *Resoluciones de Suffolk*, proyectadas por Warren, las cuales declaraban la inconstitucionalidad de las *leyes coercitivas*, por lo que los ciudadanos de Massachusetts no estaban ya obligados a obedecerlas. Además, se aconsejó al pueblo de Massachusetts formar su propio gobierno, recaudar sus propios impuestos y también armarse, conformando una milicia civil (*ibid.*, pp. 29-30). Este primer congreso continental suscribió las *Resoluciones de Suffolk* el 17 de septiembre de 1774. Posteriormente, aprobó una petición al rey Jorge III y otra al pueblo de Gran Bretaña, en las que se invocó el derecho natural para justificar una igualdad con los ingleses (*ibid.*). Paralelamente, este congreso asumió medidas de bloqueo económico de los productos ingleses para fortalecer de esta manera sus peticiones.

El 27 de febrero de 1775, lord North presentó un proyecto de ley coercitiva dirigido a prohibir a las colonias de Nueva Inglaterra comerciar con ninguna nación que no fuese Gran Bretaña y las Antillas británicas. La prohibición se extendió a otras colonias y al uso de las pesquerías atlánticas (*ibid.*, pp. 32-33). El 23 de marzo del mismo año, Henry se levantó en la Cámara de los burgueses para afirmar la necesidad de formar una milicia

armada en Virginia, alegando el inicio inminente de la guerra [41]. El 10 de mayo de 1775 fue tomado Fort Ticonderoga; ese mismo día se reunió el Segundo Congreso Continental cuyo presidente electo fue, de nuevo, Randolph, quien moriría poco después, quedando Hancock como reemplazante. Una de las decisiones asumidas fue la de conformar el Ejército continental, creado el 14 de junio de 1775 al mando de George Washington (*ibid.*, p. 36). Luego de la agudización del conflicto, Georgia se incorporó al Segundo Congreso Continental en septiembre de 1775, quedando de esta forma representadas las 13 colonias.

El ambiente emancipatorio empezó a tener cada vez más eco en las colonias. En este escenario, el 12 de junio de 1776 los delegados de Virginia aprobaron la *Declaración de Derechos de Virginia*, asumida por los representantes del buen pueblo de Virginia, congregados en convención general y libre, en ejercicio de sus derechos —según reza el preámbulo de este documento— como base y fundamento de su gobierno (Dippel, 2005, pp. 181-199) [42].

Al respecto, Blackstone (1979 [1753]) defendió esta declaración de derechos, resaltando su legitimidad emergente del carácter representativo del pueblo congregado en una convención general y libre (p. 148). En este sentido, Dippel (2005) señala que el pueblo de Virginia declaró los derechos «apropiadamente, como pertenecientes al pueblo y a sus descendientes, y no a la asamblea o a la convención misma, en contraste con alguna otra institución» (pp. 181-199).

Dippel, además, agrega, que este audaz lenguaje revolucionario develó la fuente de todos los derechos determinados: el derecho natural, el cual no solamente confería a la gente «ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, ellos no pueden, por ningún pacto, privar o despojar a su posteridad» (*ibid.*, pp. 181-199). El autor resalta también que la declaración analizada, probó, tal como rezan las secciones 1 y 2 del referido documento, que «todo poder es conferido, y consecuentemente derivado, del pueblo» (*ibid.*).

Otro ejemplo fue la declaración de los representantes de Pensilvania, de 24 de junio de 1776, reunidos en el Congreso Provincial de Filadelfia, a través de la cual, tal como anota Dippel (2010), se proclamó que el rey Jorge III «había privado de su protección a los ciudadanos de esta y de otras colonias de América al haber infringido, a través de una serie de agravios sin parangón en la historia, los principios de la Constitución británica y otras normas de justicia de la humanidad» (pp. 25-83).

---

[41] A propósito, Henry afirmó: «El próximo vendaval que venga del Norte traerá a nuestros oídos el resonar de las armas. ¡Nuestros hermanos ya están en el campo de batalla! ¿Por qué esperar aquí, ociosos? ¿Qué es lo que desean los caballeros? ¿Qué quieren? ¿Son la vida o la paz tan dulces como para ser comparadas al precio de las cadenas o la esclavitud? ¡Impídelo, Señor Todopoderoso! ¡No sé qué elegirán otros, pero en cuanto a mí, dadme la libertad o la muerte!» (Asimov, 1994, pp. 32-33).

[42] Es importante señalar que, antes de la Declaración de Virginia, se aprobaron la Constitución de New Hampshire, el 5 de enero de 1776 y la de Carolina del Sur, de 26 de marzo de 1776. Sin embargo, éstas, más bien, replicaron el sentido del *Bill of Rights* inglés. Otras declaraciones que no utilizaron el fundamento de soberanía popular fueron las de Kentucky (1792) y Louisiana (1812).

En el contexto señalado, Dippel agrega que la idea de una constitución que expresamente confeccionase una lista de derechos y que proclamase que ése era el lugar adecuado en el que debían contenerse «los principios esenciales de un Estado libre» fue algo que únicamente se materializó con la Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776 (*ibid.*, pp. 25-83), caracterizada por Dippel como

> …una declaración de Derechos realizada por los representantes del buen Pueblo de Virginia, reunidos libremente en aras a decidir cuáles son los derechos que les pertenecen a ellos y a la posteridad, y que constituyen los pilares esenciales del Estado (*ibid.*).

Dippel destaca, igualmente, que esta declaración formuló los derechos en su dimensión de *principios universalmente válidos*, en tanto y en cuanto éstos eran el reflejo de las leyes naturales (*ibid.*, pp. 25-83). En este marco, el citado autor refiere que

> …sin palabra alguna referida a la constitución inglesa o a la necesidad de restaurar antiguos derechos que habían sido violentados, la Declaración de Derechos de Virginia pregonó al mundo la soberanía del pueblo, los principios universales, y la inherencia de los derechos humanos, declarados en una constitución escrita como la base y fundamento del gobierno. Fue el verdadero nacimiento de lo que entendemos hoy como constitucionalismo moderno (*ibid.*).

Asimismo, en relación a la referida declaración —la primera, a la luz del constitucionalismo moderno—, el autor destaca el principio de responsabilidad y la obligación del gobierno de rendir cuentas por sus actos, el derecho a «reformar, alterar, o abolir» el gobierno, la separación de poderes, el «juicio por un jurado imparcial», y la idea de que el gobierno constitucional es, por su propia naturaleza, un gobierno limitado (*ibid.*).

Es importante destacar, también, la interdependencia postulada entre un *sistema de gobierno limitado*, un *gobierno representativo* y la *separación de poderes* para una vigencia plena de los derechos contenidos en una constitución escrita que limite el ejercicio de poder. En este marco, estos conceptos estaban plenamente interrelacionados en la Declaración de Virginia, de 12 de junio de 1776.

Posteriormente, la Constitución de Maryland de 1776 asumió los principios de la Declaración de Virginia, así como luego la de Massachusetts en 1780. Sin embargo, otras constituciones —como las de Delaware y Pennsylvania (1776) y la de Vermont (1777)— no consignaron todos los elementos constitutivos del modelo constitucional emancipatorio virginiano [43].

El 7 de junio de 1776, Henry Lee, de Virginia, propuso la aprobación de una resolución que proclame la libertad e independencia que, por derecho, correspondía a las colonias. Así, Thomas Jefferson fue el encargado de preparar el proyecto de Declaración

[43] En este sentido, Dippel anota que las constituciones de Nueva Jersey (1776) y la de Carolina del Sur (1778) fueron las que más divergieron; solamente adoptaron la idea de un gobierno representativo (*ibid.*).

de Independencia de los Estados Unidos. El 4 de julio de 1776, el Segundo Congreso Continental proclamó la independencia de las 13 colonias norteamericanas, la cual contenía la siguiente afirmación: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad» (Lucas, 1989, p. 85). Esta afirmación sin duda refleja la influencia de la teoría contractualista de Locke.

La Constitución federal de 1787 fue aprobada por la Convención Constitucional de Filadelfia, la cual, tal como anota Dippel, asumió el principio de soberanía del pueblo en su fórmula introductoria: «Nosotros, el pueblo», consignada en el preámbulo (*ibid.*). Esta fórmula, sin duda, refleja la influencia de Locke y del puritanismo. En este sentido, de acuerdo a Storini (2007), en el constitucionalismo norteamericano prevaleció la idea de una constitución-contrato, sobre cuya base se define la unión por medio de un acuerdo de los individuos en relación a los principios morales fundamentales para la propia convivencia (pp. 159-186). En este escenario, la legitimidad de la constitución emergía del pueblo en coherencia con la ley natural (Dippel, 2005, pp. 181-199).

La referida Constitución federal consagró el principio de supremacía constitucional. Al respecto, Paine —calificado por los historiadores como *el apóstol de la independencia americana* (Asimov, 1994, p. 40)— señaló que una constitución «…no podría ser jamás el acto de un gobierno, sino que precedería por necesidad a cualquier gobierno» (cit. en Dippel, 2005, pp. 181-199). Éste era, entonces, uno de los grandes fundamentos de legitimidad de la supremacía constitucional en un escenario de democracia representativa y gobierno limitado, poniendo en evidencia la relación directa que existe entre constitución, derecho natural y gobierno limitado (Dippel, 2005, pp. 181-199).

En este modelo, la supremacía constitucional estaba estrechamente vinculada con la independencia judicial. En este sentido, Prieto Sanchís (2003) señala que

> …dado su carácter de regla de juego, y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más *neutro* de los poderes, a aquel que debe y mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al Poder Judicial (p. 125, cursivas del autor).

En esta línea, Fioravanti (2001) resalta la necesidad de precautelar, en este sistema, la supremacía de la constitución por ser la manifestación de la voluntad del pueblo soberano, es decir, de «un sujeto originario superior al mismo legislador» (p. 146).

En cuanto a la independencia judicial, Hamilton, Madison y Jay (2010 [1780]) señalaron:

> Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes (…). La independencia completa de los tribunales de

> justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada. Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa (…). Las limitaciones de esta índole solo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos (…) serán letra muerta (…) (p. 106).

3.2.1.- Fundamentos del constitucionalismo norteamericano originario

El constitucionalismo norteamericano originario, que desde los fundamentos de la Declaración de Virginia dio a luz al *constitucionalismo moderno*, tuvo tres fuentes esenciales de inspiración: los valores y postulados religiosos puritanos, la influencia del iusnaturalismo racionalista y las ideas contractualistas de Locke.

El constitucionalismo norteamericano encuentra sustento y fundamento esencial en el *iusnaturalismo racional*. De acuerdo a esta visión, la causa, justificación y limitación de todo poder político son los derechos naturales. Esta visión se caracterizó por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo en la política y la filosofía. Es el periodo al que corresponden las enseñanzas de Locke y Montesquieu [44].

De acuerdo a lo señalado, debe resaltarse que el modelo constitucional norteamericano asume la corriente contractualista desarrollada por Locke y no así la versión del contrato social postulada por Rousseau. En efecto, Locke (2005 [1690]), quien vivió en la época de la *Revolución Gloriosa*, consagró la idea de que la legitimidad de las instituciones descansa tanto en su origen consensual como en el respeto a sus límites sustanciales, los cuales emergen del derecho natural (p. 211).

Por ende —y a diferencia de la visión roussoniana que influenciará el modelo francés—, Locke considera que el poder está limitado a los derechos naturales no en la forma, sino en el contenido; es decir, que existe una limitación sustantiva o material al poder definida por el derecho natural [45].

---

[44] Debe diferenciarse la Escuela del Derecho Natural del derecho natural. La Escuela del Derecho Natural se desarrolló en tres etapas: la primera se caracterizó por su vinculación con el protestantismo y el absolutismo ilustrado en materia política, así como por su vinculación con el mercantilismo en el ámbito económico. El postulado vigente durante ese primer periodo fue que la garantía última de la aplicación del derecho natural residía en la prudencia y autodeterminación del gobernante, encontrando mayor eco en Alemania, en autores como Grotio, Hobbes, Spinoza, Pufendorf y Wolf. Por su parte, la segunda época comienza, aproximadamente, con la Revolución Puritana de 1469 y se caracteriza por una tendencia hacia el capitalismo libre en la economía y al liberalismo en política y filosofía. Además, esta época estuvo marcada por el ideal de garantizar los derechos naturales de los individuos frente a las invasiones indebidas por parte de los gobernantes, mediante la separación de poderes (pertenecen a este periodo las doctrinas de Locke y Montesquieu). Finalmente, la tercera etapa se caracteriza por una fuerte creencia en la soberanía popular y en la democracia. En este periodo, el derecho natural queda confiado a la voluntad general del pueblo. Rousseau fue el más importante exponente en este contexto (Linares, 2015, pp. 49-50).

[45] Rousseau, que fue la fuente de inspiración contractualista del modelo francés, identifica la idea de contrato social a la justicia vinculada con el derecho natural, pero, modifica el método tradicionalmente

Consecuentemente, puede afirmarse que la visión de Locke —combinada con los cánones religiosos puritanos— fue consagrada por los Padres Peregrinos (o *Pilgrim Fathers*) como pacto social de convivencia para poblar el actual territorio norteamericano; bases que, además, fueron el fundamento de los textos de *El Federalista*, que repercutieron de manera directa en la formulación de la Constitución de 1787.

La influencia de la teoría contractualista de Locke y del iusnaturalismo racional se hacen evidentes en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776, que a la letra reza:

Sostenemos que estas verdades son evidentes por sí mismas: que todos los hombres son creados iguales, que han sido investidos por su Creador de ciertos derechos inalienables (…) que para asegurar tales derechos, los gobiernos han sido instituidos entre los hombres, cuyos justos poderes derivan del consentimiento de los gobernados.

Estos dos elementos —la teoría contractualista de Locke y la ideología del iusnaturalismo racional—, según Prieto Sanchís (2001), dan lugar al surgimiento de la tradición del gobierno limitado y a la tradición de la soberanía popular (pp. 32-33). Entonces, de acuerdo a este autor, el contrato social estimula la realización de un acto fundacional por parte de la soberanía popular y el derecho natural impone la limitación del gobierno. En consecuencia, se puede sostener que este modelo latente a través de la Constitución de 1787, tenía un objetivo claro: garantizar los derechos naturales como derechos irrenunciables, innegociables y fundantes de la legitimidad de los gobiernos[46].

Por todo lo afirmado, se debe colegir que los postulados religiosos puritanos, la influencia del iusnaturalismo racional y las bases contractualistas expuestas por Locke, cimentaron las grandes características del modelo constitucional norteamericano: la concepción del Acto Constituyente, el concepto de constitución escrita, la vigencia del principio de supremacía constitucional, la concepción de la independencia judicial, y la tradición del gobierno limitado.

3.2.2.- «Nosotros, el Pueblo…»: La fórmula emancipatoria sin los históricamente oprimidos

Dippel (2010) sostiene que el constitucionalismo moderno nació en 1776 y se protocolizó en la Declaración de Derechos de Virginia, en torno a diez principios esenciales: la soberanía popular, los derechos humanos, la existencia de unos principios jurídicos

utilizado para la vigencia de leyes naturales, por lo que, para éste, la respuesta a la búsqueda de justicia para sus leyes naturales está en las cláusulas del contrato social, las cuales deben contener una premisa esencial: la condición de generalidad que las hace justas. Por ello, el poder está condicionado no a requisitos sustanciales de los derechos naturales, sino a la voluntad general, lo que implica un límite formal o procedimental del poder, es decir un límite solo vinculado a que las decisiones sean para todos. Por esta razón, Rousseau, en *El Contrato social*, señala que «todos los derechos están determinados por la ley» (1983 [1762], cap. VI, p. 411).

[46] Prieto Sanchís (2003) afirma que ambos justifican la superioridad del poder constituyente sobre los poderes constituidos, pero, al menos en esta interpretación, justifican al mismo tiempo la limitación del gobierno desde el momento en que aquel poder supremo se agota en la propia constitución, que es trasunto del derecho constitucional y que, de hecho, viene a recoger los derechos naturales (pp. 32-33).

universales, el sistema de gobierno representativo, el sistema de gobierno limitado, la separación de poderes, la constitución como parámetro de validez del ordenamiento jurídico, la atribución al pueblo de las facultades de reforma constitucional, la independencia y la responsabilidad de los jueces (pp. 25-83).

En base a lo señalado, para poder «mirar con los dos ojos» será esencial preguntarnos a quiénes contempló esta fórmula emancipatoria: «Nosotros, el Pueblo…», en la que se fundamentan los diez principios básicos del constitucionalismo moderno identificados por Dippel. La respuesta es clara: ya que esta fórmula excluyó a las naciones indias, a los afrodescendientes esclavizados y a las mujeres, entonces, se puede inferir que el constitucionalismo moderno se fundó en base a una impronta monocultural, excluyente, discriminatoria, racista y sexista. Esto se orientó a la limitación de un poder enmarcado en una soberanía popular restringida a la voluntad del ciudadano cualificado, personificado en el hombre blanco, propietario y heterosexual, lo que significó que, desde los orígenes del constitucionalismo moderno, se silenciaron, en toda América, las voces de los históricamente oprimidos, quienes no fueron considerados en el sistema de gobierno representativo y para quienes no era aplicable el derecho natural invocado por los próceres independentistas.

Además, la configuración de los principios jurídicos universales referidos por Dippel —los cuales fueron consagrados por la Declaración de Virginia como uno de los elementos constitutivos del constitucionalismo moderno— encarnan esta monoculturalidad excluyente, sexista y discriminatoria, en razón de que fueron formulados por hombres blancos para su aplicación en un sistema de gobierno limitado a hombres blancos y, del mismo modo, también gobernado por hombres blancos.

Entonces, la democracia moderna postulada por esta visión constitucionalista, si bien logró terminar con el *tirano opresor* representado por la Corona inglesa —para el caso de las colonias británicas en América—, empero instauró un aparato institucional obligado al resguardo de la casta de los ciudadanos cualificados, iguales entre ellos, pero diferentes con relación a los *otros*; aquellos que no podían ser titulares de derechos inalienables e inalterables, como indígenas o esclavos —y, peor aún, mujeres indígenas o esclavas, doblemente oprimidas en estas democracias modernas en las cuales la libertad y la igualdad tenían el rostro de hombre blanco, libre, propietario y heterosexual—.

Desde este enfoque, en el escenario latinoamericano, el constitucionalismo tuvo —y aún tiene— una impronta monocultural, que se remonta a los principios constitutivos del constitucionalismo moderno originario. En el caso boliviano (tal y como se desarrollará en el tercer capítulo), se trata del constitucionalismo criollo, según denominación propuesta por Martínez Dalmau (2011, pp. 815-826). Esta corriente, desde el nominalismo constitucional [47], asumió algunos de los principios configuradores del constitucionalismo moderno, lo que significó una sistemática exclusión y opresión, en particular, para pueblos indígenas y mujeres.

[47] El nominalismo constitucional se refiere a las constituciones meramente declarativas carentes de valor normativo (Viciano Pastor, 2019, pp. 137-154; Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2017, pp. 2-19).

En conclusión, la premisa «mirar con los dos ojos» postula la vigencia de constituciones pluralistas (Storini, 2007, pp. 159-186) que superen la impronta monocultural del constitucionalismo democrático moderno y que consagren democracias plurales, a partir de construcciones plurales de derechos en el marco de limitaciones al ejercicio arbitrario del poder y a cualquier acto u omisión que signifique afectación de los derechos, en particular de aquellos que han sido históricamente oprimidos. Precisamente, desde esta óptica ampliamente emancipatoria se desarrollará el objeto de investigación planteado en este trabajo.

3.3.- El modelo revolucionario francés

Es preciso hacer referencia también a la construcción del *modelo revolucionario francés*. Para ello, debe señalarse que sus prolegómenos ocurrieron al abrigo de una monarquía absoluta, de acuerdo a la cual la representación política se encomendaba a los Estados Generales, compuestos por tres estamentos: el clero (Primer Estado), la nobleza (Segundo Estado) y el Estado llano (Tercer Estado), conformado por la burguesía.

Los Estados Generales, casi después de 16 años fueron convocados por Luis XVI a efectos de afrontar los graves problemas financieros que atravesaban las arcas reales, así como para debatir otros temas controvertidos para la monarquía [48], instalándose solemnemente en Versalles el 5 de mayo de 1789. Sin embargo, el rey, en su breve discurso de inauguración, señaló que el objetivo de la convocatoria era la discusión y solución de cuestiones financieras, mas no de los principios de la monarquía y la autoridad del rey, lo cual generó una reacción adversa a la monarquía absoluta por parte de los delegados del Tercer Estado, que desembocó, a instancias de Sieyès y Mirabeau, entre otros, en la convocatoria de este estamento a su constitución en *Asamblea Nacional*, con la finalidad de resolver todos los aspectos de la convocatoria, con o sin la participación de los otros Estados (*ibid.*, p. 550).

Finalmente, luego de varios conflictos, el 9 de julio de 1789 se consolidó la Asamblea Nacional Constituyente, provocando una reacción adversa del rey, quien organizó un ejército de mercenarios para disolverla. Posteriormente, el 26 de agosto de 1789, esta Asamblea aprobó la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, instrumento que fue un gran aporte del modelo francés al constitucionalismo liberal [49]. Posteriormente,

---

[48] En el decreto de convocatoria de los Estados Generales se fijó el número de diputados en 300 para el clero; 300 para la nobleza y 600 para el Estado llano. Los representantes del Tercer Estado solo podían ser propietarios de tierras, comerciantes, abogados, médicos o banqueros. En este marco, para los temas a ser tratados por los Estados Generales se autorizó a los electores expresar en cuadernos o pliegos de quejas las solicitudes que quisieran formular por intermedio de sus representantes. Por este medio se reclamaba la supresión de los derechos señoriales, la igualdad en los impuestos, la reglamentación de la censura de prensa, la abolición de la detención arbitraria, la reorganización de la justicia y la necesidad de que se implemente una constitución escrita (Naranjo Meza, 2003, p. 550).

[49] Esta Declaración plasmó los ideales revolucionarios consagró un catálogo de derechos civiles y políticos. Existen similitudes entre el *Bill of Rights* de Virginia y la Declaración de 1789, en particular en el Preámbulo y en los artículos 1, 2 y 16 de la Declaración, que presentan raíces iusnaturalistas racionales. Además, debe señalarse que, actualmente, dicha Declaración, de acuerdo al tenor del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958, todavía está en vigencia (véase Prieto Sanchís, 2003, pp. 53-54; Jelli-

en septiembre de 1791 la Asamblea aprobó la primera constitución, ante la cual juró el rey [50].

En el contexto antes precisado, debe afirmarse que el modelo constitucional francés fue moldeado por el desarrollo del concepto de *nación*, así como por la formulación de la *Teoría de la Representación y la Soberanía Nacional.* En efecto, fue Sieyès, pieza clave del ideario revolucionario, quien en su obra ¿Qué es el tercer Estado? (1789) brindó un nuevo alcance a la *Teoría de la soberanía popular*, planteada por Hobbes, formulando así la revolucionaria *Teoría de la Soberanía Nacional.*

Sieyès (2019) recurre al concepto de *la ley de la mayoría* y, de acuerdo a la visión de Rousseau, arguye que la ley debería ser expresión de la voluntad general, señalando que no puede delegarse su aprobación a la minoría. En consecuencia, este autor argumenta que el *Estado Llano* o *Tercer Estado* es el mayoritario, por lo que en él recae la nación con soberanía para la toma de decisiones, siendo sus representantes los únicos y verdaderos depositarios de la voluntad general con facultad para aprobar las leyes, estando únicamente limitados por la Constitución que emana de un Poder Constituyente y que somete a todos los poderes constituidos.

En este contexto, Sieyès sostiene que los representantes del Estado Llano deberán erigirse en Asamblea Nacional, sin la participación de los delegados de la nobleza y del clero, porque éstos —afirma— no son la nación y, por el contrario, son los enemigos del interés común, remarcando que la Nación es el «el origen de todo» y existe «ante todo» (*ibid.*, p. 123 y ss.).

Nótese cómo Sieyès recurrió al concepto de la ley como expresión de la voluntad general, concepto vertido por Rousseau, para quien, el límite de la ley no es el derecho natural, sino la voluntad general (*ibid.*). En consecuencia, entretanto se cumpla la condición de situar a los ciudadanos en una posición de igualdad a través de la generalidad de la ley, se estará cumpliendo con el canon de justicia. Por ello, siguiendo a Prieto Sanchís (2003), de acuerdo a la concepción revolucionaria francesa, la condición de la justicia de la ley no es material o sustantiva —a diferencia de los planteamientos del iusnaturalismo que influyó el modelo norteamericano—, sino formal y procedimental (pp. 67-68).

Por otra parte, es imprescindible señalar que Montesquieu también incide en el diseño del modelo constitucional francés, con su teoría de la división de poderes. Este aspecto se evidencia en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que señala: «Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución». Sin embargo, debe precisarse que, en la aplicación y alcance de esta teoría, existe una diferencia sustancial respecto al modelo norteamericano, puesto que la visión completa de Montesquieu propugnó la tesis de la separación de poderes y, además, la defensa de la constitución frente al legislador, precepto que no fue asumido por el modelo francés (cit. en García de Enterría, 1972, p. 46).

---

nek, 2000, p. 108).

[50] Para consultar antecedentes históricos al respecto, véase Sagüés, 2001, pp. 29-31.

Por lo que antecede, puede colegirse que el modelo francés aportó al constitucionalismo liberal los siguientes elementos: el desarrollo de un catálogo de derechos civiles y políticos encarnados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; la consagración del principio de división tripartita de poderes (art. 16 de la Declaración); y el concepto de representación nacional que, posteriormente, se traducirá en el de representación popular (aunque, claro, como ya apuntó García de Enterría, omitió consignar la defensa de la constitución frente al omnipotente legislador).

En el marco de todo lo descrito, siguiendo a Médici (2017) puede concluirse que la narrativa constitucional liberal sustituyó al Estado absoluto por el individuo absoluto (pp. 94-124). En esta línea de pensamiento, este autor señala que *absoluto* debe ser entendido como «libre de vínculos sociales». Es decir, un sujeto desvinculado de sus pertenencias sociales y culturales; un sujeto racional que busca maximizar su poder y riqueza; un sujeto conquistador y colonizador que se postula como universal (*ibid.*). En otras palabras, el sujeto que enarbola *la objetividad, la razón del hombre y la ley.* Como colofón, Médici señala que el circuito recursivo naturaleza-sociedad-individuo aparece interrumpido y el individuo *propietario, colonizador, blanco, europeo y varón* es el señor de lo social y de la naturaleza, coincidiendo así con la narratividad burguesa del orden liberal que respalda el constitucionalismo moderno (*ibid.*).

Por último, Médici señala que la idea de constitución, en el constitucionalismo liberal, se basa en la creencia de la posibilidad de un diseño racional-normativo de las instituciones. Su individualismo supone, por un lado, los derechos inherentes a la eminencia de los seres humanos pero, al mismo tiempo, que los mismos —«en sí y para sí»— son los átomos y vectores que mueven la física social y que, al perseguir su propio interés, generan orden y bienes públicos (*ibid.*, pp. 94-124). Desde esta perspectiva, el autor sostiene que el concepto racional normativo de la constitución, consagrado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expresa esos dos ideales del constitucionalismo liberal —derechos de los individuos y división de poderes— sin los cuales la sociedad carecería de constitución.

4.- El constitucionalismo social: La retórica constitucional de la igualdad sustantiva

Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2017) afirman que la mayoría de la población fue marginada durante el Estado liberal conservador, especialmente a partir de la segunda revolución industrial, la cual creó condiciones de desigualdad nunca antes vistas en la historia reciente de la humanidad (pp. 2-19) [51].

[51] De acuerdo a Sagüés (2001), en la segunda mitad del siglo XIX, en plena vigencia de un constitucionalismo individualista, se acrecentó la crisis social, a raíz, entre otros factores, del trabajo infantil en las minas inglesas, del empleo de mujeres —a menudo más baratas que los animales, según la cotización de la época— para arrastrar embarcaciones; de las jornadas laborales de 12 a 16 horas; del hacinamiento de enormes masas de trabajadores en las ciudades (llegados del campo como producto de la crisis de la agricultura); del abandono de niños en vía pública (120 mil en la Francia de 1820) y de la degradación moral de enormes franjas de la sociedad (pp. 37-38). En este sentido, la encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, da cuenta de la profunda crisis social y de desigualdad al señalar que «la mayoría de los obreros se debate indecorosamente en una situación miserable y calamitosa».

En este escenario de desigualdad emergió el Estado social, el cual, tal como apuntan los referidos autores, tiene su origen en ideales de condiciones de vida digna y adecuada, a partir de las cuales se postula una transformación del Estado liberal (*ibid.*) En su versión europea, el Estado social, a través de un diseño opuesto y diferente a los fascismos europeos o a las posturas comunistas (Pérez Delgado, 1997, pp. 153-154), intentó asegurar una mediación entre la tensión capital-trabajo, para lo cual se debía regular la economía y garantizar los derechos, incluidos los sociales (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2017, pp. 2-19).

En este sentido, de acuerdo a De Cabo Martín (1997), en el Estado social existe una doble intervención que, a causa de la tensión capital-trabajo, produce una mediación estatal, a partir de la intervención en el orden social y económico (p. 334).

Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2017) refieren también que «el Estado social no cuestiona los fundamentos básicos del Estado liberal, en particular la necesidad de representación en la democracia y la propiedad privada de los medios de producción; pero no repite varios de los errores del Estado liberal doctrinario» (pp. 2-19), especialmente por la reivindicación de la dignidad humana a partir de la igualdad sustantiva, cuyo horizonte más visible era el sufragio universal.

De acuerdo a lo que antecede, un hito importante del constitucionalismo social que debe ser analizado para «mirar con los dos ojos», ocurrió en Francia, en 1848, cuando el proletariado asume parte del poder constituyente a partir del ideal del sufragio universal masculino, aprobando la Constitución de la Segunda República Francesa.

Este *voto universal* eminentemente *masculino* no fue, en realidad, del todo popular. De hecho, el 23 de abril de 1848, de los 900 electos a la asamblea solo 26 eran de extracción popular. Por tanto, este fue un escenario propicio para que, a pesar de enarbolarse un modelo constitucional basado en derechos sociales, la matriz jurídica continúe la lógica de *la objetividad, la razón del hombre y la ley.*

4.1.- La Constitución de Weimar: el constitucionalismo social en su faceta europea

Para «mirar con los dos ojos», es importante hacer referencia a la *Constitución de Weimar* en Alemania. En efecto, luego del derrocamiento del káiser Guillermo II, el 9 de noviembre de 1918, la Constitución de Weimar, aprobada en 1919, es paradigmática en el constitucionalismo social europeo.

Tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918), en septiembre de 1918, el Ejército alemán resulto prácticamente derrotado, y el Gran Cuartel solicitó al gobierno del káiser negociar con los aliados un armisticio, lo que provocó la revolución de 30 de octubre de 1918 y la abdicación y huida del káiser a Holanda, encargándose del gobierno el príncipe Maximiliano de Baden. Éste entregó el poder a Friedrich Ebert, representante de la socialdemocracia, proclamándose la República, en Berlín, el 9 de noviembre y la consiguiente firma del armisticio el 11 de este mismo mes, con lo cual finalizó la I Guerra Mundial. Luego, se convocó a la Asamblea Nacional y ésta sancionó la Constitución de Weimar, el 11 de agosto de 1919 (Alvarado, 1994, pp. 188-189).

Gusy (2000) señala que la Constitución de Weimar de 1919 se basó en cuatro postulados esenciales: república, democracia, Estado federal y derechos fundamentales; además, precisa que los elementos socialistas solo encontraron acogida en forma de principios (pp. 493-525).

El artículo primero de esta constitución establece que el Imperio alemán es una república y que el poder procede del pueblo. En base a esta disposición, Gusy afirma que el orden estatal de la república se basó en la idea democrática de la *soberanía popular* (*ibid.*). Así, los ciudadanos eran, por un lado, titulares del poder del Estado y su órgano supremo, pero, por otro —como individuos— también eran titulares de derechos y deberes fundamentales [52]. Es por ello que el artículo 20 de esta constitución señala que el Reichstag (Parlamento) se compone de los diputados y del pueblo alemán.

Este catálogo de derechos que configura a la Constitución de Weimar de 1919 como una constitución social, se expresa a partir de su artículo 109 y siguientes. El artículo 109 consagra la igualdad ante la ley de todos los alemanes y señala que «hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos» [53].

---

[52] El carácter democrático de la Constitución de Weimar se evidencia también en el artículo 13 que señala que el derecho del Imperio prevalece sobre el de los estados. Por su parte, el artículo 17 establece que cada estado debe tener una Constitución democrática. Gusy (2000) cuestiona la división competencial en la Constitución de Weimar, señalando que esta quedó inconcreta. Desde esta perspectiva afirma que el Parlamento del Reich debía tener el centro de gravedad de su actividad en la función legislativa (art. 68 y ss.) y en el control del ejecutivo. Por el contrario, según el autor, al presidente del Reich le correspondían fundamentalmente competencias ejecutivas —el mando supremo de las Fuerzas Armadas (art. 47), la facultad de nombramiento del canciller del Reich (art. 53) y competencias en el estado de excepción (art. 48)—; empero, el autor refiere que se dieron problemas de delimitación de las competencias de ambos cuando éstas se superponían (pp. 493-525). Gusy señala que estos problemas se dan fundamentalmente en tres casos: 1) En lo que se refiere a la formación del gobierno, debido a que no se encontraba expresamente regulado quien debía elegir a los candidatos para el cargo de canciller del Reich; 2) A pesar de que la facultad del jefe del Estado de disolución parlamentaria era ciertamente limitada (art. 25), en contra de la expectativa de sus autores, la disposición constitucional no pudo trazar límites claros y precisos; 3) Aunque la facultad del presidente del Reich para declarar el estado de excepción estaba sometida a control parlamentario (art. 48), la ciencia jurídica defendió la posibilidad de disolver al Parlamento que había de ejercer dicho control y así privar de límites al estado de excepción (*ibid.*).

[53] El artículo 111 de la Constitución de Weimar señala que todos los alemanes gozan de libertad de circulación por todo el imperio. Todos tienen el derecho de detenerse y establecerse en el lugar que les plazca, de adquirir bienes raíces y ejercer cualquier medio de vida. No pueden establecerse restricciones sino por una ley del imperio. El artículo 114 señala que la libertad personal es inviolable; así también establece que ésta solo podrá ser restringida o suprimida con arreglo a las leyes. En este marco, esta disposición constitucional prevé que a las personas a quienes se prive de libertad se les notificará al día siguiente, a más tardar, comunicándoles qué autoridad y por qué causas ordenó la privación de libertad, procurándoles, además, inmediatamente, medio de reclamar contra su detención. Por otra parte, el artículo 115 consagra la inviolabilidad de domicilio, el 116 el principio de legalidad en materia penal y el 117 la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones. El artículo 118 señala que todo alemán tendrá derecho, dentro de los límites marcados por las leyes generales, a la libre emisión de sus ideas, de palabra, por escrito o mediante la imprenta, el grabado o cualquiera otro medio análogo; prescribe también esta disposición constitucional que este derecho no será restringido por causa de la condición de trabajador o empleado. El mismo artículo 118 establece que no habrá censura, aunque, sin embargo, por medio de una ley del imperio podrán establecerse disposiciones restrictivas respecto a las películas cinematográficas. También refiere esta previsión constitucional que podrán dictarse medidas

Otros elementos que caracterizan a ésta como una constitución social, se encuentran en el artículo 119 donde se establece que el matrimonio, fundamento de la vida familiar y de la conservación y aumento de la nación, queda bajo la protección especial de la constitución. De manera específica, esta disposición establece que el matrimonio se basa en la igualdad jurídica de los dos sexos [54] y que «incumbe al Estado y a los municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a medidas de protección compensadoras».

Asimismo, el artículo 121 señala que las leyes asegurarán a los hijos ilegítimos los mismos derechos que a los legítimos, para su desenvolvimiento corporal, espiritual y social. A partir de estas previsiones se puede entender el ideal de justicia material y procedimental en la economía, la sociedad y la educación, aunque estas prescripciones finalistas, según Gusy, quedaban condicionadas a la intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo (*ibid.*, pp. 493-525) [55].

En su análisis de la Constitución de Weimar, Gusy señala, además, que el referéndum solo se previó para casos concretos y exclusivamente sobre leyes (*ibid.*, pp. 493-525). Así, el artículo 73 de la referida constitución determina que las leyes votadas por el Reichstag han de someterse a referéndum (*Volksentscheid*) antes de su promulgación, cuando el presidente del imperio, en el plazo de un mes, así lo decida.

Otro elemento importante de análisis es el de la *justiciabilidad de derechos* y *del control de constitucionalidad*. En este sentido, el artículo 101 de la referida constitución establece que los jueces son independientes y no están sometidos más que a la ley. Por su parte, el artículo 103 señala que la jurisdicción ordinaria se ejercerá por el Tribunal del Imperio y los Tribunales de los Países [56].

Por otro lado, el artículo 107 establece que en el impero y en los países (estados) habrán de existir, con arreglo a las leyes, tribunales administrativos para la protección de los particulares contra las órdenes y disposiciones de las autoridades administrativas.

---

legislativas con objeto de luchar contra la literatura inmoral y pornográfica, así como para la protección de la juventud en lo referido a espectáculos públicos. Es importante destacar también que el artículo 123 consagra el derecho de reunión y asociación, el 126 el derecho de petición y el 128 el acceso a la función pública para todos los alemanes en igualdad de condiciones. Además, la Sección III establece previsiones bastante protectivas en cuanto a la religión y confesiones religiosas, mientras que la Sección IV determina los derechos de los alemanes y las obligaciones del Estado en cuanto a la educación y enseñanza.

54 Es importante destacar que el sistema electoral también incluye a las mujeres. Éste es avance significativo para el ejercicio de derechos políticos sin discriminación en razón a género.

55 El ejercicio de otros derechos también estaba condicionado a la intervención del Legislativo o del Ejecutivo. Por ejemplo, el artículo 10 señala que el impero puede, por la vía legislativa, establecer reglas en cuanto se refiere a los derechos y deberes de las confesiones religiosas, y al derecho a la tierra (distribución de ésta, colonización interior y bienes de familia, indisponibilidad de la propiedad del suelo, régimen de vivienda y distribución de la población) (Gusy, *ibid.*, pp. 493-525).

56 Asimismo, el artículo 105 prescribe que no se establecerán tribunales de excepción; nadie puede ser sustraído a la jurisdicción de su juez legal. Estas disposiciones no afectarán al mantenimiento de los preceptos legales relativos a tribunales y consejos de guerra. Asimismo, quedan suprimidos los tribunales de honor militares.

Esta directriz constitucional —que no es de aplicación directa— parece establecer los lineamientos de una garantía jurisdiccional contra actos de poder arbitrarios, pero su indeterminación y poca precisión le brindan un carácter netamente declarativo que, a diferencia de la Constitución de Querétaro (ver apartado 4.2), no se enmarca en una visión de *directa justiciabiliad de derechos.*

Por su parte, el artículo 108 establece que un Tribunal de Estado se creará, con arreglo a la ley del Imperio alemán. En este marco, el artículo 172, situado entre las disposiciones transitorias y finales, señala que hasta que entre en vigor la ley sobre el Tribunal de Estado, las facultades de éste serán ejercidas por una Sala o Cámara compuesta de siete miembros: cuatro que elegirá el Reichstag y tres que de su seno designará el Tribunal del Imperio. El procedimiento será fijado por dicha sala. De la atenta lectura a estas disposiciones, puede advertirse que uno de los grandes problemas de la Constitución de Weimar y, en esencia, de las constituciones de corte social, es la ausencia de un guardián de constitucionalidad que asegure la prevalencia de la constitución y los derechos fundamentales con imparcialidad, independencia y eficacia. Lamentablemente, la ambigüedad de este órgano —la cual, además, fue una de las razones para su inefectivo funcionamiento— tuvo consecuencias terribles en la futura historia alemana que escribió en sus páginas el Holocausto.

La inexistencia de un control de constitucionalidad lo suficientemente eficaz dio lugar a que, el 23 de marzo de 1933, el Parlamento alemán, luego de confinar a todos los diputados del Partido Comunista de Alemania en campos de concentración, aprobara la Ley Habilitante (supuestamente orientada a «solucionar los peligros que acechan al Pueblo y al Estado»). Sin embargo, esta ley modificó parcialmente la Constitución de Weimar de 1919, según lo establecido en su segundo artículo: «Las leyes emitidas por el gobierno del Reich pueden diferir de la Constitución en tanto no contradigan las instituciones del Reichstag y del Reichsrat. Los derechos del presidente quedan sin modificación».

En conclusión, vale la pena señalar que, por la ausencia de un eficaz control de constitucionalidad, Adolf Hitler, nombrado canciller por el presidente Hindenburg en enero de 1933, pudo dejar sin efecto el derecho del *habeas corpus*, así como otros derechos y garantías individuales, generando un escenario propicio para el posterior Holocausto.

4.2.- La Constitución de Querétaro: El constitucionalismo social en clave latinoamericana

Además, para una mirada «con los dos ojos» —esta vez en el escenario latinoamericano— debe señalarse que la Revolución mexicana, iniciada en 1910, instauró un régimen que se proclamaba «defensor y protector del trabajo», y consagró las *nuevas ideas sociales* plasmadas en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que nació a la vida merced a un Congreso Constituyente que se inició el 21 de noviembre de 1916 y que dio vida al texto constitucional, más conocido como Constitución de Querétaro, de 5 de febrero de 1917.

Según Alvarado (1994), la Constitución de Querétaro es la primera de corte social en Latinoamérica porque introduce un nuevo rol del Estado y un catálogo de derechos

sociales contenidos en los artículos 3, 5, 27, 28 y 123[57], mediante los cuales se encomienda al Estado la escuela pública, la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo. Además, esta constitución desarrolla derechos civiles y políticos, y reconoce el contrato de trabajo como mecanismo jurídico destinado a garantizar los derechos de los trabajadores; establece también el derecho originario de la nación sobre la propiedad de las tierras y las aguas comprendidas dentro del territorio, con la facultad del Estado de transferirlos a particulares en forma de propiedad privada (pp. 187-188).

De acuerdo a Alvarado, esta constitución —de corte social— autoriza también las expropiaciones mediante indemnización, reconoce la legalidad de las asociaciones de trabajadores para la protección de sus intereses, así como las asociaciones o sociedades cooperativas de productores, diferenciando a ambas de los monopolios (*ibid.*, pp. 187-188). El autor señala también que esta constitución fija las bases de la legislación del trabajo de obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y, de una manera general, de todo contrato de trabajo; directrices que, según el citado autor, fueron orientadoras para la legislación laboral de los países latinoamericanos (*ibid.*).

Para argumentar el objeto de este trabajo cobra particular importancia la justiciabilidad de derechos consagrada en esta constitución, a través de la figura del *amparo constitucional*. Así, el artículo 103 de la Constitución de Querétaro señala que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite «por leyes o actos de la autoridad

[57] El art. 3 señala: «La educación que imparte el Estado-Federación, Estados-Municipios tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y la justicia». Por otra parte, el numeral I del citado artículo garantiza la libertad de creencias. Este artículo además consagra una educación democrática, pacífica, inclusiva y basada en la dignidad humana. El art. 5 garantiza la libertad, la libertad de empresa, el derecho al trabajo y prohíbe la servidumbre, (entre otras garantías para los trabajadores). El artículo 27 señala que «la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares constituyendo la propiedad privada». En esta misma disposición se disciplina las expropiaciones que solo podían ser realizadas por causa de utilidad pública y mediante indemnización. También se garantiza la propiedad privada en el marco del interés público y en beneficio social y se declara el dominio directo de la nación sobre sus recursos naturales. El artículo 27 (apartado VIII) declara nulas: «a) Todas las enajenaciones de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades, hechas por los jefes políticos, gobernadores de los Estados, o cualquiera otra autoridad local, en contravención a lo dispuesto en la ley de 25 de junio de 1856; b) Todas las concesiones, composiciones o ventas de tierras, aguas y montes hechas por las Secretarías de Fomento, Hacienda o cualesquiera otra clase pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades y núcleos de población; c) Todas las diligencias de apeo o deslinde, transacciones, enajenaciones o remates practicados durante el período de tiempo a que se refiere la fracción anterior por compañías, jueces u otras autoridades de los Estados o de la Federación, con los cuales se hayan invadido u ocupado ilegalmente tierras, aguas y montes de los ejidos, terrenos de común repartimiento o de cualquiera otra clase, pertenecientes a núcleos de población». El numeral X de este artículo señala también que «los núcleos de población que carezcan de ejidos o que no puedan lograr su restitución por falta de títulos, por imposibilidad de identificarlos o porque legalmente hubieren sido enajenados serán dotados con tierras y aguas suficientes para constituirlos, conforme a las necesidades de su población, sin que en ningún caso deje de concedérseles la extensión que necesiten, y al efecto se expropiará, por cuenta del gobierno federal, el terreno que baste a ese fin, tomándolo del que se encuentre inmediato a los pueblos interesados». Por último, el artículo 28 prohíbe los monopolios y las prácticas monopólicas.

que violen las garantías individuales». En este marco, el artículo 107.I (numeral I) señala que «el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada».

Además, este mismo artículo (numeral V) señala que la Suprema Corte de Justicia «de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de circuito, o del Procurador General de la República, podrá conocer de los amparos directos que, por sus características especiales, así lo ameriten». El numeral VII, por otra parte, señala que

> …el amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra leyes o contra actos de autoridad administrativa se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en el que el acto reclamado se ejecutó o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.

De la misma forma, el numeral VIII del mismo artículo establece que «contra las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de distrito, procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia».

El artículo 107.III delimita el ámbito de aplicación del amparo constitucional:

> Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo solo procederá en los casos siguientes: a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia; b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan; y c) Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio.

Otro elemento importante es el amparo administrativo establecido en el artículo 107.IV:

> En materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija, para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión.

El artículo 107.v, por otra parte, disciplina el amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin a un juicio «…sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación».

Además, en el artículo 107 se señala que «en el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución», disposición precursora del principio *iura novit curia* («el tribunal conoce el derecho»), aplicable al amparo constitucional en el marco de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos [58].

Otro de los grandes progresos de la Constitución de Querétaro —que, además, representará un criterio importante para la futura construcción de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos— es el reconocimiento de la garantía jurisdiccional del amparo constitucional para la protección de derechos comunales de propiedad o posesorios. En ese sentido, el art. 107 de esta constitución prescribe:

> Cuando se reclamen actos que se tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos o a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros deberán recabarse de oficio todas aquellas pruebas que puedan beneficiar a las entidades individuos mencionados y acordarse las diligencias que se estimen necesarias para precisar sus derechos agrarios, así como la naturaleza y efectos de los actos reclamados.

Agrega la disposición constitucional anotada que

> …en los juicios a que se refiere el párrafo anterior no procederán, en perjuicio de los núcleos ejidales o comunales, o de los ejidatarios o comuneros, el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, pero uno y otra si podrán decretarse en su beneficio. Cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que el primero sea acordado por la asamblea general o el segundo emane de ésta.

Las disposiciones constitucionales referidas son la base para identificar, en Latinoamérica, la génesis de la *justiciabilidad de derechos*, como rasgo esencial de la narrativa constitucional latinoamericana. Esto permitirá, además, mirar «con los dos ojos» el avance del derecho constitucional, pero no solo desde una narrativa *euro-céntrica*, sino, más bien,

[58] Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (TCP), en la Sentencia Constitucional Plurinacional SCP 2040/2013, de 18 de noviembre de 2013, consagró el principio constitucional del *iura novit curia* y estableció su interdependencia con el derecho al acceso a la justicia. Este principio de rango constitucional, de acuerdo al TCP, obliga a las autoridades judiciales y/o administrativas a pronunciar una resolución de fondo que resuelva el litigio y a no rechazarla por cuestiones de forma (Fundamento Jurídico, FJ III.1).

desde Latinoamérica, contexto en el cual será esencial la superación de un constitucionalismo monocultural para así desarrollar un constitucionalismo plurinacional, descolonizador y comunitario que de voz a los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

En efecto, en base a las disposiciones constitucionales descritas —que, tal y como se señaló, platean un hito de la justiciabilidad de derechos en la narrativa constitucional latinoamericana—, la Constitución de Querétaro no solo reconoce constitucionalmente y por primera vez el amparo, sino que, además, presenta una tipología de este mecanismo tutelar que se sistematiza en los siguientes términos:

El amparo constitucional contra decisiones judiciales, que procedía en el decurso de procesos judiciales o a su conclusión. Este mecanismo, de acuerdo a la constitución referida, brindaba legitimación activa a las partes procesales afectadas por una decisión judicial o a terceros ajenos a la causa, cuyos derechos fueran afectados por decisiones judiciales de las cuales no hubiesen sido parte procesal.

Para esta tipología, se advierte que el principio de subsidiariedad del amparo tiene su génesis en el art. 107.III de la Constitución de Querétaro, en virtud de que este mecanismo de directa justiciabilidad solamente procedía contra decisiones judiciales firmes o definitivas, siempre que no existiera otro medio de defensa de derechos (salvo en materia de estado civil o familiar, supuestos que no necesitaban el agotamiento previo de instancia de acuerdo con esta constitución [59]).

El amparo constitucional contra leyes o actos de autoridad, que procedía de acuerdo a las normas de la constitución antes transcritas, contra todo acto de autoridad que ocasione «agravios no reparables» y siempre y cuando no existiera otro mecanismo de defensa. Desde la directa justiciabilidad de derechos como rasgo esencial del constitucionalismo latinoamericano, este recurso debe ser considerado para «mirar con los dos ojos» la narratividad del constitucionalismo en este espacio geográfico, puesto que, en los orígenes de la justiciabilidad de los derechos en Latinoamérica, el cuestionamiento a leyes o actos de autoridad estaban encomendados a un mecanismo tutelar mucho más accesible a las personas y colectividades.

En cambio, en Europa, después de la Segunda Guerra Mundial —tal como se expondrá en el capítulo quinto de este trabajo— se fortalecieron sistemas preminentemente concentrados de control de constitucionalidad, a través de los cuales el cuestionamiento de constitucionalidad de las leyes se encomienda al control normativo de constitucionalidad en manos de un Tribunal o una Corte Constitucionalidad, con criterios restringidos de legitimación activa y con mayores ritualismos. Estos rasgos eurocéntricos del control de constitucionalidad fueron *trasplantados* a la mayor parte de los países latinoamericanos, entre ellos al Estado Plurinacional de Bolivia, lo que implica la coexistencia de mecanismos de control tutelar —dirigidos a la protección de derechos individuales y transindividua-

[59] En el capítulo sexto se desarrollarán los rasgos más importantes de la acción popular y se la diferenciará de la acción de amparo constitucional, a la cual le es exigible el principio de subsidiaridad, cuya génesis se encuentra en la Constitución de Querétaro ahora analizada.

les (como se explicará en los capítulos quinto y sexto)— con un mecanismo de control normativo.

De este modo, en el sistema plural de control de constitucionalidad el control tutelar —a diferencia de los modelos europeos— tiene un papel central tal como lo establece el artículo 109 (parágrafo primero) de la CPE boliviana en armonía con su antecedente más importante en la Constitución de Querétaro. Sin embargo, desde el monoculturalismo que aún pervive en el TCP boliviano, todavía prevalece una visión eurocéntrica, centrada en el control normativo de constitucionalidad, lo que, por los extremados formalismos, en muchos casos, obstaculiza el acceso a la justicia constitucional, especialmente a quienes han sido históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas [60].

Las razones expuestas evidencian la importancia de recordar esta tipología del amparo desde la Constitución de Querétaro, para luego argumentar la hipótesis planteada en este trabajo, desde los orígenes y narratividad del constitucionalismo latinoamericano.

La aplicación de este último desconoce —desde el monoculturalismo que aún pervive en el sistema plural de control de constitucionalidad— la naturaleza del control tutelar en Bolivia, cuyo antecedente se remonta a la Constitución de Querétaro, haciendo prevalecer una visión eurocéntrica del derecho que obstaculiza el acceso a la justicia constitucional, especialmente a quienes han sido históricamente oprimidos, como los pueblos indígenas. Por esta razón, es importante recordar esta tipología del amparo desde la Constitución de Querétaro, para luego argumentar la hipótesis planteada en este trabajo, desde los orígenes y narratividad del constitucionalismo latinoamericano.

El amparo constitucional contra decisiones que afecten la propiedad o posesión comunal. Esta tipología del amparo constitucional es particularmente importante para este trabajo, porque es el primer antecedente latinoamericano de justiciabilidad de la propiedad comunal, aspecto significativo para entender las fuentes históricas que cimentarán los pilares de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos y que incidirá en el desarrollo de la naturaleza procesal de la acción popular con su antecedente en la Constitución de Querétaro.

Además, en relación a esta tipología es también importante destacar la progresividad de la Constitución de Querétaro en cuanto a la *proactividad* de las autoridades judiciales y la celeridad ordenada por la constitución para la protección de la propiedad y posesión comunal. Es importante también destacar la consagración, por parte de la Constitución de Querétaro, del principio de *favorabilidad hacia los ejidatarios o comuneros.* Este reconocimiento, sin duda, es la semilla de una pauta de interpretación vigente en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos: el principio de favorabilidad para la interpretación de derechos de los pueblos indígenas.

---

[60] En el capítulo sexto de este trabajo se identificarán las autorrestricciones del Tribunal Constitucional Plurinacional referentes a la imposibilidad de analizar el cuestionamiento de normas generales a través de la acción popular (ver numeral 13.6). Esta autorrestricción, como se demostrará en el octavo capítulo, responde a un resabio eurocéntrico de control de constitucionalidad que, por las limitaciones en la legitimación activa y los formalismos extremos que plantea, desconoce la naturaleza de la acción popular, cuyos antecedentes se encuentran en la Constitución de Querétaro.

Por todo lo que antecede, es importante considerar el constitucionalismo social desde sus venas latinoamericanas, para así poder «mirar con los dos ojos» la narratividad del constitucionalismo y advertir sobre una postura monocultural y eurocéntrica que, tal como se evidenció en este capítulo y se sostendrá a lo largo de este trabajo, invisibiliza a los pueblos indígenas, históricamente oprimidos.

5.- El paradigma del Estado constitucional desde la narratividad europea

El Estado social y democrático de derecho emerge, en Europa, a raíz de una nueva perspectiva geopolítica estructurada desde el fin de los fascismos en los años sesenta del siglo xx con la caída de las tres últimas dictaduras europeas: la griega (1974), la portuguesa (1974) y la española (1975) (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2017, pp. 2-19). En este escenario, desde el plano socioeconómico, este modelo se fundamentó en el pacto capital-trabajo por el cual el capital aceptaba distribuir rentas y garantizar unos mínimos sociales y de garantías laborales; y, por otro lado, el Estado asumía un papel regulador del conflicto entre empresarios y obreros. Asimismo, los trabajadores disminuían la intensidad de contestación al sistema socioeconómico, lo que representó una significativa reducción de la tensión capital-trabajo por parte del Estado social en este nuevo escenario geopolítico hasta lograr que el sistema fuera viable a largo plazo (*ibid.*). Desde esta perspectiva —y, en particular, a partir de los años noventa del siglo pasado— se vislumbra este modelo de Estado como el único y el *mejor* (Fair, 2010, pp. 136-148).

Sin embargo, a raíz de la crisis económica y de los denominados «recortes sociales», este modelo de Estado social entró en crisis, en Europa, a partir de la última década, tal y como señalan Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2017):

> …el Estado social se está erosionando frente a una sociedad que por un lado está perdiendo la motivación, mientras que por otro intenta resistir. Fruto de la debilidad de las disposiciones del constitucionalismo social, el modelo europeo de Estado social experimenta un proceso de transformación del que puede salir absolutamente erosionado, o puede superarse a sí mismo a través de más democracia, una Constitución más normativa, y la plena exigibilidad de los derechos sociales (pp. 2-19).

Ante este intento de transformación, surgen voces diversas que, justamente, buscan asegurar una constitución más normativa y una plena exigibilidad de derechos, no solo civiles, sino también sociales[61]. Es así que Radbruch (1971) sostiene que, en el periodo

[61] Entre estas corrientes surgen los neoconstitucionalismos. Al respecto, Viciano Pastor y Martínez Dalmau (2013) señalan que el neoconstitucionalismo es una doctrina de origen fundamentalmente europeo, pensada a partir del constitucionalismo social europeo (pp. 63-48). En esta línea, Carbonell (2007) sostiene que el neoconstitucionalismo pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y que encuentran su cénit en las constituciones europeas de la década de los setenta (principalmente, la portuguesa [1976] y la española [1978]) y en la adaptación latinoamericana del constitucionalismo social europeo (como la Constitución brasileña de 1988). Según este autor, son constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales

de postguerra, «…en todas partes (…) se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son derecho y que hay derecho por encima de las leyes» (pp. 12-34).

Este nuevo escenario ha sido denominado por Ferrajoli (1999), como *paradigma del Estado Constitucional de Derecho* (p. 22). Por su parte, Atienza (2001) utiliza la denominación de *paradigma constitucionalista* que integra a autores herederos del positivismo analítico, pero que hoy mantendrían posiciones cercanas a Dworkin, como, por ejemplo, MacCormick, Raz, Alexy, Santiago Nino, Ferrajoli, entre otros (p. 309). Este nuevo paradigma, desde Europa, plantea rasgos trascendentes que serán descritos en los siguientes acápites.

5.1.- La constitucionalización del ordenamiento jurídico

En este contexto, la constitución —como norma escrita— contiene valores que, según Guastini (2003), deben *constitucionalizarse en todo el ordenamiento jurídico* (pp. 48-67). Esto implica la impregnación total de dicho ordenamiento por las normas constitucionales; por tanto, un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución «invasora» o «entrometida» —en palabras de Guastini— capaz de controlar tanto la legislación como la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (*ibid.*).

Desde esta perspectiva, la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* requerirá, como condición esencial, la *rigidez constitucional* en el marco de una constitución escrita y diferenciada de la normativa infraconstitucional, a través del principio de supremacía constitucional. En este sentido, Prieto Sanchís (2003) considera que debe diferenciarse la rigidez constitucional de la supremacía constitucional, y sostiene que —si se quiere compartir la ficción del poder constituyente en el que descansa la fuerza normativa de la constitución— no solo procede rechazar —sino que incluso cabe estimular— la reforma constitucional, al ser ésta la mejor prueba del carácter inagotable de la soberanía popular (pp. 153-154).

Además, en criterio del citado autor, el sistema constitucional no deja de serlo porque el texto pueda ser reformado con facilidad, vía parlamentaria, como tampoco por el hecho de que se establezca, incluso, la revisión obligatoria de la constitución cada cierto tiempo. Tan solo, según este autor, es indispensable exigir que la decisión se tome de forma expresa y solemne, es decir, que adopte la forma de «ley constitucional», y ello no solo por consideraciones de racionalidad y buena técnica legislativa, sino porque ésta es la garantía mínima de la supremacía constitucional (*ibid.*, 2003, pp. 153-154).

Por su parte, Gil Domínguez (2005) señala que es preciso distinguir *supremacía constitucional*, *bloque de constitucionalidad* y *regla de reconocimiento constitucional* (pp. 24-25). En este sentido, afirma que *supremacía constitucional* implica que el texto constitucional

o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos (pp. 9-29).

es la norma entre las normas y la fuente de las fuentes, y que funciona como parámetro exclusivo de validez de las normas inferiores (*ibid.*).

Por su parte, *bloque de constitucionalidad* supone la existencia de un conjunto normativo compuesto por el texto constitucional y otros elementos normativos internos (leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios, etc.), a partir del cual se validan o invalidan las normas inferiores, lo que requiere de la existencia de jerarquías normativas apriorísticas dentro del bloque (*ibid.*, pp. 24-25).

Finalmente, la *regla de reconocimiento constitucional* se estructura a partir de la combinación de una fuente interna (el texto constitucional) y de una fuente externa (*ius cogens* [derecho internacional], tratados internacionales, costumbre internacional), por lo que la adecuación de las normas inferiores surge del parámetro de validez de la fuente interna y del parámetro de aplicabilidad emergente de la fuente externa (*ibid.*, pp. 24-25).

Además, este proceso de *constitucionalización del ordenamiento jurídico* postulado por Guastini (2003) solo será posible en un escenario en el cual tenga plena vigencia la *garantía jurisdiccional de la constitución* y la *fuerza vinculante de la constitución* (pp. 48-67), a través de un control de constitucionalidad independiente, imparcial y especializado en justicia constitucional. En este marco, Prieto Sanchís (2003) señala que el carácter garantizado de la constitución exige que sus preceptos puedan hacerse valer mediante los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos, lo que presupone la existencia de un Tribunal Constitucional (pp. 112-113).

A fin de sustentar esta *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, Guastini (2003) invoca, también como una condición esencial, la *sobreinterpretación de la Constitución* (pp. 48-67), criterio que pone en el escenario principal la labor de interpretación y argumentación jurídica. En este sentido, el referido autor afirma que el instrumento más eficaz para sobreinterpretar la constitución es tratar a sus disposiciones no como normas precisas, sino como principios generales de contenido indeterminado (*ibid.*).

En consecuencia, el citado autor sostiene que

> …interpretar el texto constitucional como expresando principios, y no normas, implica dos consecuencias importantes. En primer lugar, los principios no tienen un campo de aplicación determinado de manera definitiva, sino más bien, son capaces de generar una cantidad innumerable de normas ulteriores, por tanto, se tendría una Constitución potencialmente «completa», además, todo principio siempre es susceptible de «ponderación» a la luz de otros principios, pudiendo en su caso el principio en cuestión, simplemente ser inaplicado o dejado a un lado (*ibid.*, pp. 48 y 67).

Siguiendo a Guastini, otra condición esencial para la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* será *la aplicación directa de la constitución* (*ibid.*, pp. 48 y 67). En este sentido, Prieto Sanchís (2003) afirma que, merced a este principio, todo el contenido prescriptivo de la constitución podrá hacerse valer en todo tipo de conflictos, sin necesidad de mediación legislativa (p. 111).

La *interpretación de las leyes conforme a la constitución* será otro presupuesto esencial de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico*, tal como indica Guastini (*ibid.*, pp. 48-67). En este sentido, la doctrina alemana conceptualiza esta labor de interpretación en el denominado *Verfassungskonformgesetzauslegung,* instituto destinado a conservar la validez de una norma a través de una *interpretación conforme* ya que, sin este criterio, con una interpretación restringida, debería ser declarada inconstitucional (*ibid.*). En este marco, existe una tipología de sentencias constitucionales, entre las cuales se identifican: las interpretativas de rechazo o aceptación, las *manipuladoras*, las *aditivas* y las *sustitutivas*, entre otras.

En este sentido, al analizar el caso italiano, Guastini señala, como ejemplo, que el art. 28 de la Ley 87/1953 prohíbe a la Corte Constitucional toda valoración política y todo control sobre la *discrecionalidad política* del legislador (*ibid.*, 48-67). A pesar de ello, este órgano contralor de constitucionalidad, según el autor, ejerce frecuentemente un control sobre la discrecionalidad política del Parlamento, a través de la doctrina elaborada por esta Corte, según la cual, toda ley debe ser *razonable* y a través, también, de la técnica de justificación de las decisiones que se conoce bajo el nombre de *ponderación de los principios constitucionales* (*ibid.*).

Otro presupuesto esencial de la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* será la influencia de la constitución en las relaciones políticas (*ibid.*, pp. 48-67), lo que implica que los actos políticos de decisión y dirección, tanto de los órganos legislativos como ejecutivos, tendrán como límite y horizonte la constitución.

Como puede verse, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho postula una constitución «invasora», en términos de Guastini, por la positivización de un catálogo de derechos y la omnipresencia en la constitución de principios y reglas (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2013, pp. 63-84). En este sentido, la *constitucionalización del ordenamiento jurídico* debe ser entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos (*ibid.*).

Siguiendo esta lógica, Prieto Sanchís (2003) señala que, en este escenario constitucional, se identifican dos elementos esenciales —un fuerte contenido normativo y una efectiva garantía constitucional— en un contexto en el que rige una constitución transformadora que pretende condicionar, de modo importante, las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces (pp. 126-138). Asimismo, en palabras de este mismo autor, una constitución normativa requiere que, además de regular la organización del poder y las fuentes de derecho, se generen, de modo directo, derechos y obligaciones inmediatamente exigibles; por lo que, al tratarse de normas supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata (*ibid.*).

Por lo expuesto, la constitución normativa es aquella que está dotada de un contenido material o sustantivo postulado como vinculante; esto significa que, además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho, esta constitución genera, de modo directo, derechos y obligaciones inmediatamente exigibles. Prieto Sanchís señala, también, que lo decisivo, actualmente, no es la mera existencia de una constitución, sino sus cualidades

materiales o sustanciales, es decir, la tipología de sus normas, que hacen de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho al ofrecer un denso contenido material compuesto por valores, principios, derechos fundamentales y directrices a los poderes públicos (*ibid.*). Esto produce lo que Pérez Luño (1993) califica como un *desbordamiento constitucional* (p. 19). Asimismo, Ferrajoli (2002) afirma que la visión de este nuevo constitucionalismo es formular «…las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente» (p. 16).

En el marco de esta revalorización de los principios, Zagrebelsky (1999) sostiene que los principios de justicia y los derechos estaban «…relegados al limbo de las proclamaciones meramente 'políticas', sin incidencia jurídica práctica», sin embargo, en este nuevo escenario, los principios constitucionales tienen un rol estelar que resulta más evidente a partir de la interpretación del derecho y de la utilización de métodos como el de la ponderación (p. 72).

En este contexto, a la ley no solo le quedaría una posición subordinada al dictado constitucional, sino un papel en cierta forma residual, puesto que se convertiría en mero instrumento de actuación de los principios constitucionales, perdiendo así su carácter de libre expresión del poder político (Pozzolo, 2003, pp. 193-203). Por tanto, no habrá más espacio para *political questions*, por el papel que juegan los valores constitucionalizados, que serán justiciables por efecto de la «constitución-norma» afianzada como derecho concreto (*ibid.*).

Prieto Sanchís (2003), por su parte, pone de relieve la *rematerialización constitucional*, que promueve el garantismo y que —de acuerdo al autor— consiste, básicamente, en someter el juicio de validez de las leyes no solo a criterios formales o relativos al órgano competente, sino también a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos constitucionales, tanto los civiles y políticos como los sociales (pp. 114-115). Este concepto, según el referido autor, supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial, aunque no se trata de la misma discrecionalidad (y esta diferencia debe o debería ser esencial): la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende valerse de una depurada argumentación racional (*ibid.*).

Entonces, tal como propone Prieto Sanchís, el escenario de este constitucionalismo plantea un redimensionamiento del rol jurisprudencial plasmado en la interpretación de los jueces, que se traduce en una labor crítica y activista, la cual va más allá de un rol meramente descriptivo en cuanto a la aplicación del derecho (*ibid.*, p. 121). En este ámbito, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de la interpretación constitucional de principios que realiza este último (*ibid.*).

Así, es evidente el rol primordial que adquieren tanto la interpretación como la argumentación jurídica en este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico postulado por el Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, en palabras de García Figueroa (2003), la constitucionalización de los sistemas jurídicos hace insostenible la

infalibilidad técnica del derecho y, singularmente, su aplicación subsuntiva, inviabilizándose, del mismo modo, el positivismo teórico (pp. 171-183).

Esta crisis de la ley, de acuerdo a Prieto Sanchís (2003), no solamente responde a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos como el proceso de unidad europea, el desarrollo de las autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del derecho y la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa —como la generalidad y la abstracción—; motivos por los cuales la ley deja de ser la única fuente racional del derecho (p. 131).

Por otra parte, este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico conlleva un redimensionamiento del sistema iuspositivista, que desconectó el derecho de la moral, puesto que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho postula, más bien, una conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral, en virtud de la cual los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen un puente entre ambos términos (Comanducci, 2003, pp. 86-96).

En estas circunstancias —y considerando la constitucionalización del ordenamiento jurídico como un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho—, Zagrebelsky (1999) plantea la *especificidad constitucional*, al afirmar que la constitución, plagada de valores, representa un objeto «genéticamente» diferente del derecho infraconstitucional, razón por la cual el aparato teórico y metodológico iuspostivista no sería el adecuado para dar cuenta de ese aspecto: una vez modificado el objeto, no solo la teoría (ligada al derecho del Estado legalista decimonónico), sino también la metodología, sería modificada (ya que está inescindiblemente conectada a la teoría) (pp. 16-17).

Este autor señala, también, que el derecho del Estado Constitucional —formado también, y en particular, por principios— no es apto para la aproximación rígida y poco dúctil del método iuspositivista, que finalizaría por desatender las exigencias de justicia (sustancial y no meramente formal) que la realidad práctica del derecho conlleva en sí mismo (*ibid.*, pp. 16-17). En este contexto, el derecho conformado por principios —dúctil por naturaleza— requiere ser, al mismo tiempo, invasivo y flexible, por lo que demanda una metodología interpretativo-aplicativa que no sea severamente deductiva y que utilice la técnica de la ponderación conectada a la razonabilidad práctica y a instrumentos equitativos; aspectos que diferencian, por completo, esta metodología de la subsunción como técnica del iuspostivismo (*ibid.*, p. 131).

Por su parte, Pozzolo (2003) hace referencia a una *moral objetiva o universal* que consiste en un conjunto de principios referidos al comportamiento humano justo en sí mismo, sin relación alguna con lo que los seres humanos creen que es el bien o el mal; entonces, la moral universal indicaría lo que es justo y lo que es equivocado en un sentido ahistórico y aespacial (pp. 193-203) [62]. En este mismo orden, Cortina Orts (1988) afirma

[62] Pozzolo, al definir la moral, afirma que este término es polisémico y tiene cuatro sentidos. A saber: el primer sentido, designado como *individual*, indica el conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea que cada uno tiene de lo que está bien y de lo que está mal. El segundo sentido, alude a la moral *positiva* e indica un conjunto de principios referidos al comportamiento humano en relación a la idea —y a la consiguiente práctica efectiva— que un determinado

que el derecho presenta virtudes morales y la moral virtudes jurídicas, hasta tal punto que la moral se ha convertido en «una forma deficiente de derecho» (pp. 69-85).

En un sistema iuspositivista, el derecho constitucional está conformado, prevalentemente (aunque no de manera exclusiva), por normas que representan el objeto paradigmático de la metodología iuspositivista, precisamente pensada para un sistema carente de valores éticos, fundado sobre meros criterios formales de pertinencia (Pozzolo, 2003, pp. 193-203). Se trata, en consecuencia, de un derecho legalista compuesto por normas ligadas entre sí de acuerdo a criterios formales; por el contrario, la metodología del derecho en el marco del Estado Constitucional de Derecho —ahora analizado— impone una reformulación del derecho positivo según los criterios materiales contenidos en la constitución, los cuales impregnan a todo el ordenamiento (*ibid.*).

De acuerdo a lo expuesto, en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, el intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidad y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible con la realidad y con el sistema jurídico en su conjunto, haciendo prevalecer uno u otro valor contingentemente relevante (*ibid.*). Por tanto, el intérprete privilegiado que asume también la tarea de custodio moderno del constitucionalismo, será el juez de las leyes, lo que implica que deja de ser un simple *legislador negativo*, para ser un *legislador concurrente*, con una actividad extensa y penetrante orientada a remodelar la ley sobre los contenidos de la constitución (*ibid.*).

A pesar de las distintas posturas que debaten el vínculo entre moral y derecho, a la luz de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el argumento de los principios, tal como anota García Figueroa (2003), exhibe, en realidad, una virtualidad antipositivista doble:

> …por un lado, los principios (singularmente los constitucionales) presentan un contenido moral que repercute en el resto del ordenamiento *impregnado.* Por otro, la virtualidad antipositivista de los principios surge del tipo de argumentación que introduce; en esta perspectiva, la ponderación de principios refuerza la importancia de la labor argumentativa que suele suponer un cierto nexo con un discurso ideal, así como la consideración de la argumentación jurídica como un caso especial de argumentación moral, lo cual, unido a la adopción de la perspectiva argumentativa del Derecho, convierte al Derecho en un caso especial de argumentación práctica general (pp. 171-183, cursivas del autor).

---

grupo social tiene en relación al bien y al mal (esta acepción de moral, al igual que la primera, se caracteriza por ser contingente e históricamente determinada). En tercer lugar, figura la moral *concertada*, la cual hace referencia a un conjunto de principios referidos al comportamiento humano, elaborados a través de un debate intersubjetivo conducido según reglas predeterminadas, en relación a la idea que los participantes tienen del bien y del mal (por ejemplo, las normas éticas que constituyen las declaraciones de derechos humanos creadas por acuerdo internacional). No obstante, según la autora, esta moral, al operar como una suerte de ideal positivo, puede presentar alguna dificultad, ya que la mayor parte de los principios de justicia tienen una raíz cultural netamente occidental, dando lugar a una cierta hegemonía cultural que minaría el requisito de la imparcialidad. Finalmente, el cuarto sentido indica un objeto totalmente diferente, que Pozzolo califica como moral *universal*, y que bien podría calificarse, según esta autora, como moral *objetiva* (*ibid.*).

5.2.- La representación argumentativa

Prieto Sanchís (2003) señala que el constitucionalismo europeo de postguerra parece haber tomado elementos de distintas procedencias, conjugándolos de un modo bastante original (pp. 110-111). En este sentido, frente a la idea roussoniana de una soberanía popular permanentemente activa que, además de dotarse de una constitución, quiere prolongarse en la inagotable voluntad general que se hace efectiva a través del legislador, parece haber retornado, más bien, la herencia norteamericana que veía en la constitución la expresión acabada de un poder constituyente limitador de los poderes constituidos, incluido el legislador (*ibid.*).

En esta línea, Prieto Sanchís refiere que, frente a la concepción más escueta de la constitución como regla del juego que se reduce a ordenar el pluralismo político en la formación de la ley (una visión presente en el primer constitucionalismo norteamericano, pero también en Kelsen), las nuevas constituciones no renuncian a incorporar, en forma de normas sustantivas, lo que han de ser los grandes objetivos de la acción política; algo que se inscribe mejor en la tradición de la Revolución Francesa (*ibid.*, pp. 112-113). Entonces, del primero de los modelos se deduce la garantía judicial —que es el método más consecuente de articular la limitación del legislador—, pero del segundo se deducen los parámetros del enjuiciamiento, que ya no son reglas formales y procedimentales, sino normas sustantivas (*ibid.*).

En este acercamiento al modelo norteamericano, es pertinente citar a Dworkin (2010), quien pone en escena del debate jurídico la trilogía *igualdad-democracia-constitución*, y el abordaje de las cláusulas restrictivas de la constitución en cuanto a derechos individuales: «La real contraposición, digamos, no es entre la democracia y otros valores, sino entre métodos democráticos y métodos elitistas para decidir qué otros valores se reconocerán» (pp. 115-128).

En este contexto, Dworkin cita al caso *Brown vs. Board of Education* (Estados Unidos, 1952-1954), en el que, a través de una decisión contramayoritaria, se declaró que la segregación racial en las escuelas públicas norteamericanas —aun impuesta por la mayoría— constituye una ofensa contra la garantía constitucional de igual protección de la ley (*ibid.*).

Desde esta perspectiva, Dworkin señala que «la democracia, como cualquier otra forma de gobierno, implica acción colectiva», y precisa que, en la descripción de cualquier forma compleja de gobierno deben reconocerse unidades de acción en las cuales los actores son grupos, no individuos particulares (*ibid.*). Asimismo, este autor considera que existen dos clases de acciones colectivas: una estadística y otra comunitaria, y que nuestra concepción de la democracia mostrará qué clase de acción colectiva requiere el gobierno democrático (*ibid.*).

En esta línea, desde la trilogía *igualdad, democracia y constitución*, el autor plantea un problema esencial para el derecho constitucional: ¿Es necesaria la revisión judicial? (*ibid.*). En países como Estados Unidos —continúa Dworkin—, los jueces no son electos por voto popular sino designados de manera vitalicia, pudiendo ser removidos solamente por mala conducta, por tanto, este sistema confiere a los jueces un poder político muy

grande que parece contrario a los principios democráticos en virtud de los cuales, los funcionarios son elegidos y responden al pueblo (*ibid.*). En todo caso, según el autor, el problema es más complejo, puesto que, normalmente, se acepta que, en democracia, la mayoría debería gobernar, sin embargo, no se pretende que las decisiones reflejen la decisión de la mayoría sino el respeto de la constitución que pone límites al poder de la mayoría (*ibid.*).

Por su parte, Alexy (2003) propone el concepto de *representación argumentativa*, que amplía los alcances de la *representación popular* (pp. 39-48). El autor explica la relación y dicotomía entre derechos fundamentales y democracia, señalando que los derechos fundamentales son profundamente democráticos y, al mismo tiempo, profundamente antidemocráticos (*ibid.*). Son democráticos porque limitan el poder merced a los derechos de libertad e igualdad; empero, son también antidemocráticos porque desconfían del propio proceso democrático, ya que el máximo órgano de representación popular —el legislativo— se encuentra limitado en su poder de decisión mayoritaria por la decisión última y final del control de constitucionalidad que, en su labor interpretativa, puede decidir, incluso, *contra legem* («contra la ley») (*ibid.*).

Alexy agrega que las concepciones morales de los ciudadanos están determinadas, entre otros factores, por sus ideales religiosos, políticos, sociológicos o antropológicos; concepciones que son diferentes en grado sumo. Por tanto, resulta evidente que los derechos fundamentales no pueden basarse en estos criterios, por lo que no podrían quedar ilimitadamente en manos de un órgano de representación popular (*ibid.*). En tal sentido, en el Estado Constitucional Democrático, el punto de conciliación y equilibrio se encuentra en el rol del Tribunal Constitucional, que debe aspirar a una *argumentación representativa* de los ciudadanos por oposición a su representación política en el Parlamento; por tanto, concluye este autor, cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación (*ibid.*).

Así, es evidente, tal como afirma García Figueroa (2003), que, en el escenario de postguerra y en aras de una materialización de derechos, se produce un desplazamiento del protagonismo del legislativo hacia el judicial y, por ende, una nueva dimensión de la cláusula democrática (pp. 171-183).

Entonces, de acuerdo a Prieto Sanchís (2003)

> …los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente y, en la medida en que aquélla disciplina numerosos aspectos sustantivos, ese acceso se produce de modo permanente, pues es difícil encontrar un problema jurídico medianamente serio que carezca de alguna relevancia constitucional (pp. 126-138).

En conclusión, el valor normativo de la constitución y su aplicación directa implican que las cláusulas materiales de la misma no se presenten solamente como condiciones de validez de las leyes (*ibid.*). Por tanto, su aplicación no es un problema que, en esencia, concierne al legislador, sino que ahora se desplaza, además, hacia un rol activo del juez.

Las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de su interpretación constitucional (*ibid.*).

Es por ello que Ferrajoli (1999) concluye apuntando que «la sujeción del juez a la ley, ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra muerta de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución» (p. 26).

5.3.- La teoría de las reglas y la teoría de los principios para la labor de interpretación de la constitución

Alexy (2009) identifica dos teorías básicas de los derechos fundamentales: la *teoría de las reglas* y la *teoría de los principios* (pp. 3-14). La primera sostiene que las normas de la constitución son normas jurídicas que tienen supremacía constitucional y que protegen *en abstracto* al ciudadano frente al Estado; mientras que la segunda se enmarca en una perspectiva comprehensiva u holística en virtud de la cual, «…las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto, esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto» (*ibid.*).

Según este autor, el «caso Lüth» enmarca a la interpretación en una labor circunscrita a principios y no así a reglas (*ibid.*). En efecto, a fines de los años cuarenta del siglo pasado, en la Alemania de postguerra, Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, dirigió un llamado al público, a los propietarios de cines y a distribuidores fílmicos para boicotear las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, alegando una ideología antisemita de sus trabajos, especialmente por la cinta *El judío Süss* (1940) que fue esencial para los fines del nacionalsocialismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condenó a Lüth porque el llamado al boicot vulneraba el artículo 862 del Código Civil, el cual prohibía «causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito». Sin embargo, posteriormente, Lüth recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el cual falló estableciendo que, *prima facie* («a primera vista»), el llamado al boicot se encontraba protegido por la libertad de expresión (art. 5.1, Ley Fundamental); sin embargo, el Tribunal Constitucional contrastó esta disposición con las tres cláusulas que limitan la libertad de expresión contendidas en el art. 5.2 de la Ley Fundamental, la primera de ellas relativa a las «leyes generales» (*ibid.*). En suma, el Tribunal Constitucional determinó que la decisión del Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo violaba la libertad de expresión de Lüth, quien tenía el derecho a convocar libremente al boicot, al amparo de la Ley Fundamental.

En este punto, el Tribunal Constitucional Federal constató que el artículo 826 del Código Civil Federal —sobre el cual fundó el Juzgado de Hamburgo su fallo— es una ley general en el sentido de la primera cláusula (art. 5.2, de la Ley Fundamental). En ese marco, Alexy resalta que es precisamente en este punto donde se evidencia la importancia de la dicotomía entre la teoría de las reglas y de los principios (*ibid.*).

Así, el autor señala que, si se hubiera seguido la teoría de las reglas, el caso se habría agotado subsumiendo los hechos en el concepto de «expresión de opinión»; sin embar-

go, surge una segunda cuestión que plantea si el artículo 826 del Código Civil Federal es aplicable (*ibid.*). El Tribunal de Primera Instancia optó por la aplicación del referido artículo, argumentando que el llamado al boicot tenía la finalidad de impedir la reaparición de Harlan como creador de filmes representativos, pese a que éste no solo pasó por el proceso de desnazificación,[63] sino que también fue absuelto en un caso penal que se le siguió por su participación en la película *El judío Süss*. Por ello, en estas circunstancias, el llamado al boicot, de acuerdo al tribunal, iba contra «las democráticas convicciones jurídicas y morales del pueblo alemán» (*ibid.*).

No obstante, posteriormente, el Tribunal Constitucional señaló, por su parte, que no era suficiente efectuar una subsunción aislada, sino que, más bien, en casos en los cuales la aplicación de reglas del Código Civil condujere a la restricción de un derecho fundamental, debía exigirse la ponderación de los principios constitucionales en colisión (*ibid.*). En este contexto, Alexy remarca que la conclusión del Tribunal Constitucional fue que «el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él», y exigió que la disposición «contra las buenas costumbres» del artículo 826 del Código Civil tendría que interpretarse en consonancia con el principio de libertad de expresión contenido en la constitución (*ibid.*).

El caso relatado sitúa, en el escenario del debate académico europeo, la coexistencia de reglas y principios, en la perspectiva del paradigma del Estado Constitucional de Derecho. A partir de este caso, Alexy identifica tres principios esenciales que caracterizan al derecho constitucional alemán:

Que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, porque los derechos fundamentales encarnan, tal como señaló el Tribunal Constitucional Federal «también un orden de valores objetivos»; es decir, un orden axiológico objetivo, que más adelante es concebido por el máximo contralor de constitucionalidad como «principios que adquieren expresión en los derechos fundamentales», por lo que «los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino también de principios» (*ibid.*).

Que «los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino que, mucho más allá, son válidos «para todos los ámbitos del derecho», generando un «efecto irradiación» sobre todo en el sistema jurídico, puesto que los derechos fundamentales se vuelven ubicuos (*ibid.*).

Que los valores y principios, por su estructura, tienden a colisionar, y que dicha colisión solamente podrá ser resuelta a través de la ponderación. En este sentido, el mensaje más importante de la sentencia del «caso Lüth» para la vida jurídica cotidiana sería el razonamiento en virtud del cual se establece la necesidad de una ponderación de bienes (*ibid.*).

De acuerdo a lo expuesto, el autor concluye señalando que, desde el punto de vista metodológico, «el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría

[63] Un proceso, mediante el cual, los aliados trataron de eliminar las secuelas ideológicas y culturales del nacionalsocialismo.

amplia y comprehensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción» (*ibid.*). «¿Cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad en el juicio constitucional? ¿La que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?», apunta, como reflexión final, Alexy (*ibid.*).

Esta ponderación, en todo caso, ha generado críticas doctrinarias. Entre los autores más destacados que plantean objeciones a las posturas alexyanas destaca Habermas, quien objeta que la ponderación degradaría los derechos al plano de los objetivos, programas y valores, lo que significaría que pierdan la *primacía estricta* que debería ser característica de los *puntos de vista normativos*, por lo que se derrumbaría el «muro de fuego»:

> Si en caso de colisión todas las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos (*Zielsetztungsargument*), entonces caería todo muro de fuego que con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico (Habermas, 1994, cit. en Alexy, 2009, p. 6).

En base a este criterio, Habermas concluye afirmando que el *ablandamiento* de los derechos fundamentales conlleva el peligro de los *juicios irracionales*, debido a que no existirían *parámetros razonables* para ponderar (*ibid.*, p. 7).

Por otra parte, el filósofo y sociólogo alemán también señala que

> …la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta (*ibid.*).

En respuesta, Alexy arguye que deben tomarse con atención los dos cuestionamientos de Habermas, porque pareciera que

> …el precio de la ponderación es la pérdida de la categoría de la corrección; si esto fuera cierto, se habría asestado un golpe definitivo a la teoría ponderativa (…) si la ponderación resultara incompatible con la corrección y la justificación, no habría lugar para ella en el derecho; y el desarrollo del derecho constitucional alemán de los últimos cincuenta años sería, en esencia, el despliegue de un error (*ibid.*).

Siguiendo este razonamiento, el citado filósofo del derecho alemán menciona lo siguiente: «En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que exige un principio más amplio; este principio comprehensivo es el de proporcionalidad» (*ibid.*, p. 8).

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios específicos: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales expresan la idea de *optimización* (*ibid.*). En consecuencia, los derechos fundamentales, como mandatos de optimización, «son normas de principios que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas» (*ibid.*).

Alexy precisa que los subprincipios de adecuación y necesidad plantean la optimización de acuerdo a las posibilidades materiales que «excluye el empleo de medios que

perjudiquen la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven» (*ibid.*). Por otra parte, el principio de idoneidad «no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto, una posición puede mejorar sin originar desventajas a otra» (*ibid.*).

En consecuencia, de acuerdo a Alexy, en el marco de los criterios de adecuación y necesidad, y a la luz del principio de idoneidad, se requiere elegir —de entre dos medios que promuevan un principio, prácticamente, de igual manera—, aquel que intervenga menos intensamente en el principio; por lo que «si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra» (*ibid.*). Por tanto:

> La aplicación del principio de necesidad supone que no hay un principio P, afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en P. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano, cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación (*ibid.*).

En coherencia con lo anotado, el autor señala que el principio de proporcionalidad, en *sentido estricto*

> …dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntica a una regla que podemos denominar «ley de ponderación», la cual dice: Como algo sea el grado de incumplimiento o prejuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro (*ibid.*, p. 9).

El autor agrega, por otra parte, que «la ley de ponderación muestra que optimizar, en relación con un principio colisionante, no consiste en otra cosa que ponderar» (*ibid.*).

En conclusión, desde la perspectiva alexyana, la ley de ponderación se descompondrá en tres pasos esenciales:

> En el primero debe contrariarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir, en un segundo paso, la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro (*ibid.*).

Por lo tanto, «una intervención en un derecho fundamental es desproporcional si no está justificada por una igualmente intensa intervención» (*ibid.*). Para desvirtuar las críticas de Habermas al respecto, Alexy sostiene que

> …los juicios de proporcionalidad, como todos, enarbolan una pretensión de corrección y ésta tiene como razones de los juicios de grados de intensidad sobre los que se apoya, esto basta para no desterrar la ponderación del reino de lo justificado (*ibid.*, p. 12).

En suma, se puede colegir que la ponderación, como método, conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto (Prieto Sanchís, 2003, pp. 142-143).

5.4.- Un modelo integrado de ciencia jurídica a la luz del paradigma constitucional

Desde Europa, Ferrajoli (2009) destaca los rasgos esenciales de la teoría jurídica a la luz del paradigma constitucional, en aras de un fortalecimiento de la democracia a través del refuerzo y eficacia de las garantías jurídicas (pp. 25-70). En este sentido, afirma que, si bien los principios de libertad, igualdad y representación de poderes, entre otros, fueron reconocidos por el pensamiento filosófico-político de tradición ilustrada, una vez constitucionalizados dejan de ser principios axiológicos externos de filosofía política y se convierten también en principios internos —*principia iuris et in iure* [«de pleno y absoluto derecho»]— que impregnan al universo del discurso de una teoría jurídica de la democracia (*ibid.*).

En este sentido, Ferrajoli señala que la teoría del Estado constitucional de derecho es el escenario para la recomposición de las fracturas disciplinarias entre ciencia del derecho, sociología y filosofía (*ibid.*). Por lo que, a pesar de sus diferentes aproximaciones metodológicas, en este escenario confluyen las perspectivas de las disciplinas dogmáticas positivas, del empirismo externo propio de la sociología del derecho y de la visión axiológica postulada por la filosofía política, lo que permite distinguir —y al mismo tiempo relacionar— divergencias deónticas entre *justicia* y *validez*, entre *validez* y *vigencia*, y entre *vigencia* y *eficacia* (*ibid.*). En este marco, el autor señala que «el carácter formal de la teoría del derecho, en definitiva, permite un modelo integrado de ciencia jurídica» (*ibid.*).

Para Ferrajoli, la teoría jurídica de la divergencia entre validez y vigencia permite identificar el grado de eficacia o ineficacia de los niveles normativos de rango superior —comenzando por los constitucionales—, respecto a los niveles subordinados, así como el grado de validez o invalidez de éstos respecto a aquellos (*ibid.*). En este sentido, Pisarello y Manrique (2009) señalan que Ferrajoli resalta la relevancia e incidencia del rol de la validez y vigencia desarrollados por la teoría del derecho en el paradigma del constitucionalismo rígido (pp. 9-24).

Como puede advertirse, este modelo integrado de justicia, propio del paradigma constitucional, tiene un enfoque basado en el contexto europeo, el cual deberá ser contextualizado de acuerdo a la teoría constitucional latinoamericana y, concretamente, en función del caso boliviano. Aquí, deberán ser considerados los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico de tipo igualitario e interculturalidad, a fin de mirar el derecho y el derecho constitucional «con los dos ojos», tal como se verá más adelante.

5.5.- El garantismo y la democracia constitucional

En el constitucionalismo europeo contemporáneo, y en consonancia con la rigidez de la constitución como rasgo esencial del paradigma constitucional, Ferrajoli (2009a) afirma que «…las garantías constitucionales de los derechos fundamentales [lo] son también de la democracia» (p. 71).

En esta articulación de la democracia constitucional, el autor argumenta que la democracia política, la democracia civil, la democracia liberal y la democracia social (o socialdemocracia) se encuentran resguardadas por la garantía de los derechos políticos, civiles, de libertad y sociales, respectivamente (*ibid.*).

Ferrajoli precisa que las dos primeras dimensiones (democracia política y democracia civil) son «formales», puesto que tienen que ver con la forma democrática (el quién y el cómo de las decisiones) y con los derechos-poder de autonomía política y civil que la aseguran (*ibid.*, 76). Las otras dos dimensiones, sin embargo (democracia liberal y democracia social), son «sustanciales», ya que tienen que ver con la sustancia de las decisiones (el qué no está permitido decidir o dejar de decidir), así como con los derechos sustanciales de libertad y sociales (*ibid.*, 80).

Consecuentemente, Ferrajoli —siempre a la luz de la rigidez constitucional que prescribe el rango superior de las normas constitucionales respecto a todas las demás fuentes del ordenamiento— precisa que las garantías se refieren a obligaciones y prohibiciones que corresponden a las expectativas positivas o negativas establecidas normativamente (*ibid.*, p. 92, nota 19). Consiguientemente, el autor establece que las garantías negativas son aquellas que designan las prohibiciones que corresponden a las expectativas negativas, planteando la no derogación o vulneración de los derechos. [64] Por otro lado, las garantías positivas designan las obligaciones de su desarrollo y de la aplicación de lo dispuesto por la constitución; en otras palabras, estas garantías consisten en la obligación que tiene el legislador, como correlato de la estipulación de los derechos, de desarrollar una legislación de aplicación de los mismos. [65]

Asimismo, el autor aclara que las garantías primarias designan la suma de las garantías positivas y negativas, mientras que las garantías secundarias comprenden las garantías de justiciabilidad —que intervienen en caso de vulneración de las expectativas normativas y de las garantías primarias (*ibid.*, p. 92, nota 22)—. En esta línea, luego de identificar el sistema difuso y concentrado de control de constitucionalidad, el jurista se inclina por el segundo al calificarlo como «el más eficaz» (*ibid.*).

En definitiva, Ferrajoli establece la vigencia de una noción cuatridimensional de la democracia como modelo normativo (*ibid.*, p. 91). Desde esta perspectiva, el garantismo —en sus cuatro dimensiones (política, civil, liberal y social) y dependiendo de la clase de los derechos garantizados— «es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia» (*ibid.*, p. 92). Después de todo, ésta debe ser entendida el marco de la rigidez constitucional, en el sentido de que los principios, derechos e ins-

[64] En este sentido, el autor señala que las garantías negativas son dos: a) las normas sobre la reforma constitucional, que excluyen toda reforma o que solo la permiten mediante procedimientos más gravosos que los previstos para las leyes ordinarias; y b) las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los preceptos, por comisión u omisión, en razón de forma o de sustancia, contrarios a las normas constitucionales (*ibid.*).

[65] El autor también establece que «todavía más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o peor, ignoradas por la doctrina, pese a que son indispensables para la efectividad de los derechos fundamentales establecidos por la constitución» (*ibid.*, p. 105).

tituciones que prevé la constitución solo pueden modificarse a través de procedimientos de revisión agravados, o en el marco del control jurisdiccional de inconstitucionalidad de las leyes ordinarias que la contradigan (*ibid.*).[66]

En conclusión, la formulación del garantismo ferrajoliano, a la luz del paradigma constitucional, tiene la mirada en Europa y en el control normativo de constitucionalidad, lo que significa que, para Latinoamérica, dichas posturas deben ser sometidas a rigurosas contextualizaciones en el marco de los diseños constitucionales vigentes y de los sistemas de control de constitucionalidad que, en el caso boliviano, tiene rasgos propios que lo diferencian sustantivamente del molde eurocéntrico de control de constitucionalidad.

6.- Conclusiones

Por todo lo expuesto en este capítulo, se evidencia que la «venda de la diosa Themis» tiene fundamento en el monismo filosófico, base de la construcción liberal del derecho. Éste, desde el movimiento de la Ilustración, forjó la trilogía de *la objetividad, la razón del hombre y la ley*, parámetros que cimentaron el «mito del legalismo» y que, posteriormente, con la bendición kantiana, se tradujeron en el positivismo jurídico. Éste, desde su versión *fuerte* representada por Hans Kelsen, derivó en un formalismo o positivismo ideológico basado en una «sola mirada» del derecho que excluía a la diversidad cultural y a las fuentes plurales de derecho, desautorizando todo proceso de diálogo intercultural o forma de derecho sentipensante.

Esta mirada «única» del derecho se arraigó en el constitucionalismo, el cual, si bien presentó avances importantes para la progresividad de los derechos, desde los modelos evolucionista inglés, originario norteamericano y revolucionario francés, siguió restringiendo la mirada del derecho y proscribiendo la diversidad cultural, así como las formas diversas de epistemología dialógica.

Por otra parte, el constitucionalismo social —cuyo ideal fue la igualdad sustantiva— generó importantes progresos, como los plasmados en la Constitución de Querétaro (1917), la cual, entre otros aspectos, consagró la justiciabilidad de derechos y, de manera específica, la justiciabilidad de derechos de propiedad y posesión comunal.

Sin embargo, la Constitución de Weimar (1919) —y las de los demás países que posteriormente adoptaron el molde del Estado social de derecho— no asumieron una real justiciabilidad de derechos; en particular, no garantizaron la eficacia de la aplicación directa de los derechos económicos sociales y culturales, prevaleciendo, por tanto, la representación de la diosa Themis vendada. Diosa que, además, mira los derechos solo con un ojo y veta la diversidad cultural, así como la posibilidad de un derecho sentipensante

[66] Ferrajoli reflexiona también sobre la importancia de «extender a otros sujetos, además de a los jueces *a quo*, la legitimación para elevar la cuestión de inconstitucionalidad (…) pienso en la figura del juicio de amparo —dice Ferrajoli— presente en muchos ordenamientos latinoamericanos y en el español, y que puede ser activada por cualquier individuo contra cualquier medida que dañe un derecho constitucionalmente establecido» (*ibid.*, p. 104).

con fuentes epistemológicas emancipatorias que garanticen la aplicación directa de todos los derechos a partir de pautas interculturales de interpretación.

Finalmente, el análisis doctrinal realizado hasta aquí es el prolegómeno indispensable para que, en el próximo capítulo, se desarrollen los *nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos*, desde los hilos argumentativos de las diversas teorías críticas del derecho encauzadas en procesos de plurinacionalidad, pluralismo jurídico igualitario y mecanismos dialógicos coherentes con la interculturalidad y la complementariedad.

Estos últimos son criterios esenciales para que —a la luz del modelo polifónico de justicia constitucional y desde el *paradigma del Suma Qamaña* (desarrollados más adelante)—, se aborde la acción popular y se reflexione sobre el silenciamiento de la voz de los históricamente oprimidos, por un Tribunal Constitucional Plurinacional todavía con sesgo monocultural y alejado de un proceso constitucional que, de acuerdo a la Constitución boliviana vigente, debiera ser emancipatorio y eficaz para consolidar procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación frente a históricas discriminaciones hacia los pueblos indígenas.

CAPÍTULO II: PARA «MIRAR CON LOS DOS OJOS»: LOS TEJIDOS DE LOS NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS DIALÓGICOS LATINOAMERICANOS

1.- Resumen

Los tejidos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos necesitan ser entrelazados a partir de hilos argumentativos que sustenten las características esenciales que los diferenciarán, especialmente, de corrientes de pensamiento constitucional monistas y homogeneizantes. Desde esta perspectiva, se iniciará aquí la narrativa partiendo de la *poética del giro decolonial*, la cual tratará de demostrar la importancia de deconstruir el pensamiento constitucional emparentado con la colonialidad del ser, del saber y del poder, que consolidó la subalternización del *otro*[67].

A partir de este enfoque, a lo largo de este capítulo se postulará la necesidad de un pluralismo epistemológico que abra nuevas fuentes filosóficas interculturales destinadas a nutrir el pensamiento constitucional latinoamericano. De la misma forma se resaltará, como hilo argumentativo específico, la voz de la pluriculturalidad y la plurinacionalidad que, en Latinoamérica, desencadenaron importantes procesos constituyentes cuya culminación fueron varias constituciones democráticas: las de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

En esta línea, para el tejido de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, se argumentará la importancia de entrelazar los hilos del pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el entendido de que éste conlleva procesos de interculturalidad crítica plurinacional y, en consecuencia, la aspiración de superar el *modelo racional normativista.* Un modelo que, amparado en la diosa Themis —cuya venda representa

[67] La tesis de la colonialidad del ser, saber y poder expuesta por Aníbal Quijano, será desarrollada de manera específica en este capítulo.

una determinada narratividad de la igualdad formal, con base en *la objetividad, la razón del hombre y la ley*, como fuente única de juridicidad— no permite mirar al derecho [68] «con los dos ojos».

Por otra parte, en este capítulo se pretende explicar, además, la importancia de un hilo argumentativo que procura la superación del paradigma antropocéntrico de los derechos —fundado en la concepción del *hombre* como centro— por un paradigma biocéntrico —el cual, desde la sintiencia, reconoce a las personas, a todo ser vivo y a la madre tierra como titulares de derechos, en un contexto de igualdad jerárquica, aplicación directa y directa justiciabilidad de los derechos—.

Desde este ángulo, se intentará demostrar la importancia de proponer interpretaciones interculturales de los derechos que superen una visión exclusivamente universal y que, a partir de métodos *diálogos interjurisdiccionales o interculturales*, entre otros, que generen procesos de traducción y entendimiento en el marco de una idea central: un modelo polifónico de justicia constitucional que materialice la poética del *giro decolonial*; y desjerarquice el pensamiento constitucional desde las voces directas y no mediadas de los pueblos indígenas, las mujeres, los colectivos LGBTI+ (Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans, Travesti, Intersexual y otros) y todos aquellos sectores históricamente oprimidos.

A continuación se desarrollan los ocho hilos argumentativos que caracterizan y dan contenido a los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

2.- La poética del giro decolonial para el tejido de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos

Del mismo modo que el Cóndor de los Andes extiende sus alas a lo largo de la cordillera andina y, desde las alturas, visualiza su hábitat —fuente de vida y plenitud—, también es importante una visión panorámica para otear el fértil campo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, que permita una lectura de la teoría constitucional «con los dos ojos». Este *giro decolonial* conceptual plantea —en el plano particular de los derechos— la necesidad de superar toda forma de opresión, a partir de la desjerarquización de saberes y poderes para que, con la voz de los históricamente oprimidos y en contextos de sociedades diversas, se construyan puentes de diálogo para una eficaz protección de los derechos.

De acuerdo con el objetivo trazado para este acápite, es importante iniciar el análisis desde el aporte de Paulo Freire en su *Pedagogía del oprimido* (2005 [1970]). Freire plantea que los oprimidos afrontan una dualidad existencial, ya que asumen como suyos los mandatos del opresor y, al mismo tiempo, naturalizan una condición de inferioridad frente a él (*ibid.*, p. 57). En esta línea, de acuerdo a Freire, los oprimidos solamente podrán superar esta condición a través de un proceso que implica asumir una conciencia

[68] Debe entenderse, no obstante, que la noción de derecho, en un Estado Plurinacional, incorpora los diferentes sistemas jurídicos que coexisten, entre ellos los de los pueblos indígena originario campesinos.

crítica destinada a una transformación de la realidad opresora; tránsito hacia la liberación concebida como «pedagogía del oprimido» (*ibid.*).

La línea de pensamiento de Freire allana el camino para abordar la *colonialidad*, cuestión esencial que debe abrir la reflexión sobre los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, a partir de las cinco caras de la opresión descritas por Young (2000): explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia (pp. 53-57). Frente a ellas, sin duda, la pedagogía del oprimido debe marcar los lineamientos esenciales dirigidos a consagrar el ideal del giro decolonial como horizonte argumentativo del pensamiento constitucional latinoamericano, para que se construyan puentes dialógicos de reivindicaciones sociales y culturales.

Por ello, es importante resaltar que, la conquista europea estuvo marcada —para los pueblos indígenas, en particular— por la violencia y el dominio cultural, político y religioso del conquistador. En consecuencia, la historia posterior latinoamericana, incluido el discurso constitucional criollo-republicano [69], sustentaron las narrativas que son propias, según Bhabha (1994), del discurso colonial dirigido a los colonizados, es decir, desde un lenguaje de homogeneización y marginación histórica, que a su vez conllevó un proceso de violencia epistemológica erigido a partir de una identidad nacional única y de un monismo jurídico y cultural recalcitrante, con fundamento en un constitucionalismo exclusivamente liberal y monocultural (pp. 95-96).

En el contexto descrito, Médici (2017) sostiene la idea de un *núcleo ético constitucional desde la opción decolonial*, que plantea una perspectiva crítica a partir de la cual se pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y postcoloniales; y persigue mostrar que las relaciones coloniales de poder van más allá del dominio económico-político y jurídico-administrativo, afincándose también en una dimensión epistémica y cultural, a partir de la cual se asigna superioridad cognoscitiva a las enunciaciones de regiones «centrales» del sistema-mundo, quedando por tanto excluidos, silenciados u omitidos todos los conocimientos subalternos (pp. 94-124).

Para Médici (*ibid.*), la idea de *decolonialidad* se dirige a hacer manifiestas las complejas relaciones raciales, étnicas, epistémicas y de género que fueron invisibilizadas en el proceso colonialidad-modernidad.

Según Mignolo (en Castro Gómez y Grosfoguel, 2007), la llamada *opción decolonial* busca trascender la colonialidad y conferir una posibilidad de desprendimiento y apertura al pensamiento que fue encubierto por la racionalidad moderna (pp. 25-46); entonces, la argumentación expuesta evidencia, sin duda, que la constitución y los constitucionalismos que en Latinoamérica, tal como se verá más adelante, conllevan procesos de pluriculturalidad, plurinacionalidad, interculturalidad y profundas rupturas epistemológicas en particular con relación a derechos, no pueden concebirse, sino, desde el *proyecto decolonial*.

[69] El constitucionalismo criollo ha generado una narrativa constitucional basada no en la diversidad, sino más bien en la homogeneidad desde el dominio del opresor-conquistador (ver Médici, 2017, pp. 94-124). El término de constitucionalismo criollo fue utilizado por los profesores Martínez Dalmau y Viciano Pastor (2013, pp. 48-63).

Aníbal Quijano (2014), para comprender la modernidad desde los efectos permanentes y continuos de sujeción y dominación que dejó la conquista del *nuevo mundo*, formula el concepto de la *colonialidad del poder*, en virtud del cual establece que los pueblos conquistados y dominados fueron situados en una posición natural de inferioridad y, por consiguiente, lo mismo ocurrió con sus rasgos fenotípicos y con sus diversos saberes (pp. 777-832). Desde esta perspectiva, Quijano (*ibid.*) afirma que la *colonialidad del ser* establece la inferiorización y el establecimiento de estigmatizaciones con relación a los pueblos dominados, especialmente afrodescendientes e indígenas, considerándolos atrasados e inferiores en cuanto al patrón de referencia: Europa.

Siguiendo la línea de pensamiento de Rivera Cusicanqui (1984), la dominación colonial inauguró una larga etapa de exclusión sistemática, especialmente para los pueblos indígenas en las estructuras de poder político y económico, condenando la diversidad cultural a la invisibilización (pp. 19-20). De esta manera, las teorías *postcoloniales* develan al colonialismo como un fenómeno permanente que no únicamente se circunscribe al pasado y tampoco puede reducirse a ámbitos políticos o económicos, ya que también abarca una dimensión epistemológica [70], por lo que dichas teorías buscan, tal cual lo expone Araujo Junior (2018), romper la mirada hegemónica, desjerarquizar el *ser, saber y poder*, así como deconstruir la visión del «otro» que situó a los pueblos colonizados en una posición de inferioridad y dominación (pp. 60-61); mirada *decolonial* que, especialmente desde los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, se pretende reivindicar.

La colonialidad del poder, desde la perspectiva sociológica, se basa en la subalternización del otro (Meneses, 2016, pp. 10-28) la cual, de acuerdo con Castro-Gómez (2005), se sustenta en la creación de un imaginario sobre el mundo social del «subalterno» que se encuentra en esta situación por su condición de clase, casta, etnia, género, orientación sexual, etc., lo que genera, desde las lógicas políticas y económicas dominantes, una clara distinción de identidades entre colonizadores y colonizados (p. 31).

Desde este mundo del subalterno, Spivak (2003) formula la siguiente pregunta: ¿Puede el subalterno hablar? (pp. 297-364). La respuesta es contundente: el subalterno, aunque físicamente puede hablar, no tiene voz propia, por lo que esta subalternidad es sin duda la causa de la reproducción de estructuras de opresión y de silencio (*ibid.*).

La pregunta formulada y la respuesta brindada por el citado autor son esenciales también para comprender el hilo argumentativo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos desde el giro decolonial. En este espectro, los pueblos indígenas y las mujeres, entre otros sectores, fueron históricamente subalternalizados por lo que, con relación a éstos, la *desjerarquización del poder* será una tarea esencial y un rasgo fundamen-

[70] Las teorías postcoloniales surgen después de la Segunda Guerra Mundial con la finalidad de superar el pasado colonial. En este contexto, destacan los trabajos del Grupo de Estudios Subalternos (*Subaltern Studies*), en el que participaban autores indios como Homi Bhabha y Gayatri Chakravorty Spivak, así como también el palestino Edward Said. Todos estos trabajos formaron el campo de la llamada teoría postcolonial que influenció los debates sobre los efectos del colonialismo en la construcción de imágenes en cuanto al *otro* no europeo, así como en la formación de la subjetividad de personas subalternas (ver Araujo Junior, 2018, pp. 60-61).

tal de estas corrientes de pensamiento constitucional, para generar, desde Latinoamérica, complementariedades y culturas diversas en constante diálogo.

El problema surge, como bien apunta Araujo Junior (2018), en la predisposición o no de escuchar al otro que, *prima facie*, ya tiene un mal antecedente debido a un contexto en el cual se consagra una epistemología que estructura todo un sistema político, social y económico sobre la base de una sola mirada (pp. 11-12). Desde el ámbito constitucional, esta óptica impulsó el andamiaje de constituciones liberales que fundamentan los principios del Estado en la homogeneidad y el monismo jurídico y cultural. Sin duda, en este escenario de hegemonía, jerarquización y homogeneización, *la objetividad, la razón del hombre y la ley como única fuente de juridicidad* no permiten que se genere esa predisposición de escuchar al otro que tan vehementemente invoca Araujo Junior.

Por tal razón, uno de los rasgos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos debe ser, sin duda, la generación de teoría constitucional que asuma métodos destinados a promover diálogos interculturales, interjurisdiccionales e interseccionales. Éstos, solo podrán ser realizados a partir de la desjerarquización epistemológica que permita, en igualdad y plena predisponibilidad, escuchar la voz de los históricamente oprimidos e invisibilizados.

Lo anotado precedentemente implicará aplicar la propuesta de *heterogeneidad histórico-estructural* que presupone procesos históricos que interactúan para que se supere la narratividad de la sucesión lineal de grandes acontecimientos que invisibilizan a los oprimidos (*ibid.*, 74-75). Por esta razón y en esta línea de pensamiento, De Sousa Santos (2011) desarrolla las *epistemologías del sur*, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que sufrieron de manera sistemática las desigualdades, injusticias y discriminaciones ocasionadas por el capitalismo y el colonialismo (pp. 17-39). Este autor propone pensar «desde Latinoamérica», lo cual, geopolíticamente, implica concebir otras formas diversas de generar saberes, diálogos y dinámicas democráticas y sociales, a partir de una comprensión más amplia que atesore la diversidad de modos distintos de ser, pensar y sentir, de concebir el tiempo-espacio y las relaciones entre los seres humanos y su entorno (*ibid.*).

Estas *epistemologías del sur*, según De Sousa Santos (*ibid.*), no son una alternativa sino un pensamiento alternativo de alternativas, con énfasis en la descomunalización del conocimiento y en una sociología que no sea de ausencias, sino de emergencias. Por ello, es esencial resaltar que los fundamentos de estas epistemologías del sur son la *ecología de saberes* y la *traducción intercultural.* La primera en un contexto de diversidad cultural, presupone múltiples concepciones de ser y estar en el mundo; por su parte, la traducción intercultural se vincula a un procedimiento que permite crear inteligibilidad recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles, criterios que fundamentarán, sin duda, el carácter dialogante y de respeto a la diversidad cultural postulado desde los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos (*ibid.*).

Lo expresado anteriormente, desde el giro decolonial, devela que el gran desafío de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos es *desjerarquizar los saberes*, lo que implica, en términos de Araujo Junior (2018), rechazar una interpretación basada

en una sola visión del mundo (p. 18). Así, desde el andamiaje propuesto por esta visión transformadora y emancipadora, se deberá —como apunta Claudia Storini (2017) al sustentar un constitucionalismo de la diferencia— pasar de la visión del universo a la del *pluriverso* (pp. 31-46).

Entonces, en coherencia con lo afirmado, para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, uno de los hilos narrativos —a partir de la voz directa de los históricamente oprimidos— debe ser la descolonización del ser, del saber y del poder, para generar verdaderos diálogos interculturales en igualdad de condiciones (De Sousa Santos, 2011), y superar así un constitucionalismo monocultural que solo responde a las élites políticas hegemónicas (Gargarella y Courtis, 2009, p. 11).

Esta descolonización del ser, del saber y del poder —postulada por De Sousa Santos y también por Quijano, tal cual se anotó previamente—, debe propiciar una autoconciencia de los agentes y de los grupos que se encuentran en una situación desigual y sufren las injusticias por parte de los sectores dominantes, de las clases privilegiadas o las élites. Por esta razón, siguiendo a Wolkmer (2006), la teoría crítica será esencial para que, desde el giro decolonial, se fundamenten los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, ya que dicha teoría crítica sirve para fortalecer el proceso de esclarecimiento y emancipación por centrar la mirada en los deseos, intereses y necesidades de los realmente oprimidos (pp. 26-27).

Por lo expuesto, considerando que el derecho, desde una perspectiva homogeneizante, es una herramienta de colonización (Anaya, 2005, p. 24), los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos —a partir del giro decolonial, de la voz de los históricamente oprimidos y de los diálogos interculturales e igualitarios que se generen—, redimensionan el principio de igualdad.

Médici (2017) contextualiza este redimensionamiento de la igualdad material en la dialéctica liberación/opresión. Desde este enfoque, considera importante mirar a los grupos sociales en sus relaciones de desigualdad y asimetría con respecto a los estándares normativos constitucionales de «igualdad jurídica» y de «igualdad/diferencia», miradas a partir de las cuales se verifican situaciones de sobreintegración o sobreciudadanía, y de subintegración o subciudadanía, donde más allá de la titularidad simbólica de derechos, la relativa ineficacia hace que las personas y grupos estén por encima o por debajo de estos estándares (pp. 94-124). En este marco, el autor señala que por el lado de la subciudadanía se generalizan situaciones en las que existen obstáculos económicos, sociales y culturales difíciles de sortear para acceder a los bienes jurídicos, derechos y garantías (*ibid.*). Por tanto, para superar esa constitucionalización simbólica y la crisis de las verdades y valores absolutos [71], los diálogos interculturales deben ser el método no solo del derecho constitucional en el contexto latinoamericano, sino también de toda la teoría del derecho.

[71] Storini (2017) señala que la crisis de las verdades y de los valores absolutos, de las teorías abstractamente válidas y de la puridad del derecho obliga, por tanto, a la observación de cada uno de los sistemas desde su interior (pp. 31-46). Agrega esta autora, que la ciencia del derecho pierde su característica esencial para convertirse en un observatorio de las llamadas «microevoluciones», según denominación de Boaventura de Sousa Santos (*ibid.*). Storini señala también que la norma jurídica pierde su abstracción a

Por su parte, Rufer (en Corona y Kaltmeier, 2012) señala que poder hablar no se reduce a disponer de canales formales de voz, sino que implica viabilizar un proceso dialógico que reconozca el carácter híbrido de la palabra del otro (pp. 54-82). Por eso, afirma este autor, se debe ejercer la escucha como un registro de la diferencia que tenga en cuenta la complejidad para entender el hibridismo y su dimensión política; entonces, la búsqueda de la horizontalidad —sin que con ello se simplifique la escena o se romantice al subalterno— presupone percibir los silencios conscientes, las estrategias de negociación y los olvidos premeditados (*ibid.*).

Para que un diálogo intercultural sea efectivo como nuevo método del derecho, es necesario que cada grupo aporte un punto de vista, no una verdad; solo así se aleja un sentido impositivo para el diálogo creándose una actitud de respeto hacia el otro, en busca de un acuerdo intersubjetivo (Araujo Junior, 2018, p. 88). De hecho, una de las mejores formas de visualizar estos acuerdos intersubjetivos desde los procesos de pluriculturalidad y plurinacionalidad que marcan la ruta hacia un derecho intercultural, según Storini (2017, pp. 31-46), son los procesos constituyentes que se realizaron en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia y que serán desarrollados de manera específica en el siguiente acápite. Éstos, tal y como se argumentará, de acuerdo a Dávalos (2008) han sido un paradigma de modelos constitucionales dialógicos, especialmente a partir de las directrices del *Sumak Kawsay* (Buen Vivir) en el Ecuador y el *Suma Qamaña* (Vivir Bien) en el Estado Plurinacional de Bolivia.

3.- La rebelión de los saberes, el pluralismo epistémico y sus diversas fuentes filosóficas

El derecho de raigambre exclusivamente liberal necesita un diálogo franco con las teorías críticas del derecho que aportan *otras* visiones, en aras de la consolidación de sociedades plurales y democráticas. Estas *otras* miradas no solo tienen un campo fértil en el ámbito jurídico, sino también en los diversos saberes, entre ellos los filosóficos.

Las concepciones filosóficas del siglo XVIII que fueron exploradas en el capítulo anterior, moldearon una hegemonía del pensamiento a nivel global, cuestionada por varios filósofos, entre ellos, Popper, Arendt y Mayz-Vellenilla [72]. Al margen de los autores citados, en este proceso de deconstrucción de la epistemología, es esencial reparar en la obra de Foucault [73], quien generó profundos cuestionamientos al discurso de la genealogía

favor de un tipo de derecho que se perfecciona o trae su eficacia desde el reconocimiento de lo particular y no universal de las reglas válidas para cada caso concreto (*ibid.*). No obstante, desde esta posición teórica, no es solo la preservación de las culturas lo que debe ser rescatado, sino la defensa de un nuevo tipo de paradigma de derecho, es decir, un derecho intercultural.

[72] Es importante destacar que Popper, austro-británico, Arendt, alemana y Mayz-Vellenilla, venezolano, superaron los moldes de la filosofía hegemónica y, en especial, del pensamiento de Maquiavelo, Hobbes y Weber y abordaron —aunque con enfoques específicos— el poder en sus diversas formas y variantes (Ávila-Fuenmayor, 2006, pp. 215-234).

[73] Foucault reflexionó sobre la concepción y el funcionamiento del poder a partir, inicialmente, del análisis de las prisiones y de los centros psiquiátricos, y también exploró el campo de la sexualidad (*ibid.*). Ávila-Fuenmayor sostiene, además, que para Foucault, el poder deviene del latín *possum-podes* que

del poder-saber y reivindicó los *saberes sometidos* o *incivilizados*, descalificados como conocimientos jerárquicamente inferiores por no cumplir o someterse a los parámetros y rigurosidad del conocimiento científico (Ávila-Fuenmayor, 2006, pp. 215-234).

Foucault centra sus reflexiones en las relaciones de *poder-saber-verdad* y describe los efectos que genera el discurso científico en el poder (*ibid.*). En este sentido, el poder político tendría en la economía su razón de ser histórica y su fundamento actual, siendo la historia —en este escenario— una herramienta del poder que encamina a los *operadores de dominación* para que, desde perspectivas jurídicas, se fabriquen relaciones de sometimiento que a la luz de la dictadura del discurso científico subyugan y sojuzgan a los *otros* saberes, concebidos por el pensador francés como *saberes sometidos* o *incivilizados* (*ibid.*) [74].

De Cabo Martín (1997) sostiene que, desde la perspectiva foucaultiana, el pensamiento crítico tiene notas esenciales, entre ellas, el «desbloqueo de la razón», que permitiría un despliegue de sus posibilidades cognitivas y comunicativas para situar «al hombre», al «sujeto» en la historia y, potencialmente, adueñarse de ella [75]. En este *otro* transitar será entonces importante poner la mirada en la *filosofía de la liberación*, cuyo epicentro de análisis está en el *otro* oprimido-excluido (Cubells Aguilar, 2016) y que en una Latinoamérica históricamente subyugada tiene como padre a Enrique Dussel, quien desde su filosofía de la liberación describe el escenario de antagonismo social como un potencial emancipatorio a ser explotado desde una visión no reduccionista de la realidad que rechace todo pensamiento homogeneizador y abstracto [76].

Esta visión no reduccionista de la realidad sustenta también el trabajo de Fornet-Betancourt (2001) [77], quien enarbola los postulados esenciales de la *filosofía intercultural* que empezó a visibilizarse a principios de los años 90, especialmente desde la fundación, en 1993, de la Sociedad para la filosofía intercultural [78]. Esta propuesta de cambio de para-

implicaría «ser potente para lograr el dominio o posesión de un objeto físico o para el desarrollo moral, político o científico» (*ibid.*).

74 En el campo de los saberes, aunque en un contexto eurocéntrico, Nietzsche sostiene que el conocimiento o la realidad debe negar la existencia en sí, es decir, separada de sus condiciones de existencia, de términos tales como espíritu, razón, conciencia, alma o pensamientos «verdaderos»: «El concepto de verdad es un contrasentido… todo el reino de lo verdadero y de lo faso se refiere *tan solo a relaciones entre seres*, no a lo en sí… no hay ningún ser en sí como tampoco puede darse su conocimiento en sí» (Nietzsche, 1998, pp. 14 y 122). Sobre esta temática, véase también Herrera Flores, 2003.

75 Este autor, además, brinda dos elementos esenciales para un pensamiento crítico moderno: a) Señala que éste debe considerarse, fundamentalmente, como el pensamiento del conflicto, en cuanto lo expresa, lo delata e interviene introduciéndose en él y tomando partido; y b) Su desarrollo implica destruir las falsas conciencias, las apariencias y contribuir a la autoconciencia de una sociedad, de sus luchas, de sus esperanzas (*ibid.*).

76 Véase Dussel, 1998, 2006 y 2009.

77 Este filósofo nació en Cuba y, desde Alemania, ha confrontado a la filosofía europea con la latinoamericana.

78 Esta sociedad fue fundada en Colonia (Alemania) en 1993. También debe resaltarse la influencia de la Sociedad Vienesa para la Filosofía Intercultural, fundada en Viena (1998) y, por supuesto, no podría soslayarse el dinamismo que le ha brindado a la temática los diferentes congresos internacionales celebrados en Alemania, México, Brasil o la India. Véase Cubells Aguilar, 2016.

digma filosófico estructura sus pilares en la *filosofía de los caminos*[79], es decir, en la idea de entender y lograr diálogos entre todas las culturas que en su diversidad producen filosofía.

Fornet-Betancourt (2001), por su parte, propone una *transformación intercultural de la filosofía* como una herramienta para el cambio del paradigma monocultural que encasilló al conocimiento en un patrón exclusivo de racionalidad, en prescindencia absoluta de *otras* formas de sentir o pensar (*ibid.*). Desde esta perspectiva, el autor defiende la importancia del reconocimiento del *analfabetismo intercultural* para poder así aprender a leer el mundo y la historia desde los diversos códigos culturales y en el marco de una verdadera *voluntad de traducción recíproca* que propicie diálogos interculturales (*ibid.*).

Esta *transformación intercultural de la filosofía* implicará «liberarla de la definición monocultural que aún pesa sobre ella o al menos, no elevar esa definición occidental a la categoría de paradigma universalmente normativo» (*ibid.*). Fornet-Betancourt concluye señalando que

> las culturas, aun allí donde aparecen como marginadas y excluidas, no son nunca realidades mudas, simples objetos de interpretación, sino que son fuentes de interpretación y de sentido de lo real; y por ello confrontan a la filosofía con la necesidad de tomarlas en serio también a ese nivel de ser portadoras de palabras que tienen el derecho de configurar también el discurso filosófico y que pueden, por tanto, impulsar desde sí mismas movimientos de universalización en filosofía (*ibid.*).

Otro referente importante de la filosofía intercultural es Raimon Panikkar (1990), quien concibe un paradigma «interreligioso-intercultural» (p. 93), a partir del cual sustenta su *filosofía dialógica* abierta al diálogo con las demás voces filosóficas en el pluriverso de culturas para un aprendizaje no excluyente sino incluyente del *otro* (*ibid.*).[80]

La metodología dialógica, postulada desde esta perspectiva de la filosofía intercultural, no parte de la idea de hegemonía o predominio, sino busca encontrar respuestas desde las diversas posiciones (Cubells Aguilar, 2016, pp. 92-93). En este camino se debe superar el *diálogo dialéctico* porque el *otro* no es *objeto* sino *sujeto*; así, las personas y culturas no tienen una visión completa, absoluta y verdadera de la realidad, sino que cada una posee un valor en sí mismo, único e irrepetible que supera las concepciones reduccionistas de la realidad a la universalidad (De Vallescar Palanca, 2000, p. 263).

Panikkar (1990), por su parte, aborda los diálogos interculturales en los moldes del pluralismo y señala:

---

[79] Este término fue utilizado por la profesora De Vallescar (2001), quien señala que «la filosofía intercultural se asemeja a una filosofía de los caminos. Los caminos de aguas, luces y estrellas que atraviesan los campos, pero también aquellos de piedra y asfalto, por los que han transitado y transitan la gran variedad de culturas, bajo la figura de los peregrinos, los navegantes, los comerciantes, los conquistadores, los extranjeros, las mujeres, etc. Es la abierta itinerancia a través del pluriverso cultural, entretejido de saberes y sabidurías de calado y profundidad diversa. Representaría sus horizontes, direcciones y sus diversos cruces y entrecruces» (pp. 386-410).

[80] Panikkar afirmó: «Partí como cristiano, me encontré a mí mismo como hindú y regresé sin haber dejado de ser cristiano».

> El pluralismo comienza cuando la praxis nos impulsa a tomar postura ante la presencia efectiva del otro, cuando la praxis hace imposible el evitar la mutua interferencia, y cuando el conflicto no puede ser resuelto por el triunfo de una de las partes o un sector de éstas. (…) el pluralismo surge cuando sentimos —sufrimos— la incompatibilidad de visiones del mundo diferenciadas y, al mismo tiempo, se ven forzadas por la praxis a coexistir y velar por la mutua supervivencia (p. 21).

Por ello, los diálogos interculturales en contextos de pluralismo conllevan un método de interpretación —la *hermenéutica diatópica*— que haga posible la dinámica de entender y luego traducir. Al respecto, Panikkar afirma que

> …solo esas personas que, por una razón u otra, han atravesado existencialmente los límites de, por lo menos, dos culturas y se encuentran en su casa, en ambas, serán capaces primero de entender, y luego de traducir (…). La hermenéutica diatópica es tanto un arte, como una ciencia, tanto una praxis como una teoría. Es un encuentro creativo, y para la creatividad no existen precedentes (*ibid.*, 90-91).

El proceso de traducción, de acuerdo a Panikkar, requiere de la búsqueda de los *equivalentes homeomórficos* entre las diferentes lenguas, para lo cual será necesario comprender el significado de una palabra en una lengua y buscar su equivalente en otra, solo así podrá concretarse en la interculturalidad este proceso doble de entender y luego traducir (*ibid.*, p. 82).

En consecuencia, esta filosofía intercultural debe propiciar la confluencia de diálogos en un proceso de interculturalidad desde Latinoamérica y, en particular, desde el Estado Plurinacional de Bolivia. Esta mirada filosófica debe, además, contemplar, entre otras, la *filosofía intercultural andina* como punto esencial para sustentar no solo el objeto de investigación del presente trabajo, sino el objeto mismo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos[81].

Ahora bien, por lo que antecede —y con la finalidad de mirar al derecho con los dos ojos para abordar así los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos— es importante diferenciar, desde la filosofía, los alcances del monismo, el dualismo y el no-dualismo. En este orden, el monismo plantea la realidad como única y al ser como unívoco, por lo que, según Cubells Aguilar (2016), implica «…tolerar al otro hasta poder conquistarlo, convertirlo, convencerlo o adoctrinarlo, como corresponde hacer con la parte más débil» (p. 91). Es evidente, entonces, la relación intrínseca que existe entre monismo y colonialismo.

Por su parte, el dualismo representa «…la tensión entre lo uno y lo múltiple, es el método dialéctico, a través del cual se pretende 'domesticar' el pluralismo», por lo que, desde esta visión, subyace un monismo disimulado mientras «el otro no amenaza nuestra existencia» (*ibid.*).

[81] Si bien esta tesis abordará criterios esenciales de filosofía intercultural andina, es preciso hacer notar que también los pueblos amazónicos y las diversas culturas indígenas tienen sus propias cosmovisiones que deben ser consideradas desde una epistemología plural y desjerarquizada.

Por el contrario, el no-dualismo, en el marco del pluralismo, reconoce la diversidad: «Aquí el poder no tiene la última palabra, ni tampoco la regla de la mayoría es el factor decisivo» (Panikkar, 1990, p. 62). A partir de este enfoque, el autor sostiene que el pluralismo es la «toma de conciencia de que lo real es más que la suma de todas las opiniones posibles» (*ibid.*, p. 23), y afirma que

> …si queremos tocar la sinfonía de las diferentes civilizaciones del género humano en un conjunto armónico, lejos de quitar todas las diferencias e imponer algunos esquemas apriorísticos de inteligibilidad, por muy perfectos que éstos puedan ser, tenemos que permitir que cada una hable con su palabra, que bailen su danza o canten su canción, y tratando de entender lo que dicen (*ibid.*, p. 46).

Los conceptos anotados abonan el terreno de la *pluralidad epistemológica*, idea en virtud de la cual no solo los conocimientos o los saberes son plurales, sino también las formas de aproximarnos al conocimiento (Sauma Sankins, módulo IV, s. p.) En este marco, De Sousa Santos (2011) cuestiona los paradigmas epistemológicos del norte a partir de las *epistemologías del sur*, planteando una crítica al conocimiento occidental presentado como universal.

De Sousa Santos (2011) señala que el mundo es epistemológicamente diverso, por lo que es preciso hablar de pluralismo científico (es decir, varias formas de ciencia siendo el positivismo, en el campo jurídico, solo una de éstas). Desde esta perspectiva, este autor sostiene que el colonialismo ha incapacitado a Europa para aprender debido al peso de la *colonialidad*, que niega la diversidad del conocimiento. Puede afirmarse, por tanto, que las epistemologías del sur son conjuntos de prácticas de saberes y criterios de validación de conocimientos a partir de las experiencias de los grupos sociales que han sufrido sistemáticamente las injusticias del capitalismo, el colonialismo y el sexismo (*ibid*). [82]

De Sousa Santos afirma, también, que la idea de la pluralidad de los saberes nos conducirá a conceptos fundamentales como la sociología de las ausencias, la sociología de las emergencias, la ecología de saberes y la traducción intercultural (*ibid.*) [83]. Asimismo, este doctor en Sociología del derecho afirma que la pluralidad de saberes no es un diletantismo, sino que es la idea en virtud de la cual es posible ampliar las posibilidades de emancipación social recurriendo a diferentes tipos de conocimientos (*ibid.*).

---

[82] Concretamente, De Sousa Santos señala que las epistemologías del sur «son el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimientos, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido sistémicamente destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en la que se han desdoblado; el valor de cambio, la propiedad individual de la tierra, el sacrificio de la madre tierra, el racismo, el sexismo, el individualismo, lo material por encima de lo espiritual y todos los demás monocultivos de la mente y de la sociedad —económicos, políticos y culturales— que intentan bloquear la imaginación emancipadora y sacrificar las alternativas» (*ibid.*).

[83] De Sousa Santos intenta adoptar razonamientos cosmopolitas, basados en tres procedimientos: a) la sociología de la ausencia, que identifica y recupera experiencias y formas de conocimiento que hasta ahora fueron negadas; b) la sociología de emergencias, que expande el campo de las posibles experiencias sociales por la investigación de alternativas; y, c) el trabajo de traducción (*ibid.*).

Afirma también el autor que en el centro de la epistemología hay una pragmática, una política y una ética y que, a partir de las epistemologías del sur, no se puede pensar en la ética sin la política y la pragmática, que no siempre son compatibles, aunque lo importante es la traducción intercultural (*ibid.*). Como podrá advertirse, éste es un argumento esencial para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Es por ello que será esencial superar la *colonialidad del saber*, que desde la *colonialidad del poder* —fundada en la superioridad étnica y epistémica de los conquistadores sobre los conquistados— negó esta pluralidad de saberes y diversas aproximaciones al conocimiento [84].

Sin embargo, tal y como plantea Josef Estermann (2009), esta colonialidad del saber no logró eliminar los diversos saberes y formas de aproximación al conocimiento de los pueblos indígenas, por lo que es a partir de estos —y especialmente en el fértil campo de los derechos de las personas y las colectividades— desde donde deben abrirse intensos canales de diálogo intercultural que rompan «la nefasta costumbre de la imitación y la repetición estériles para pensar a la luz de los problemas y desafíos históricos del subcontinente» (pp. 247 y 251).

En síntesis, es esencial reivindicar no solo estos saberes distintos de los pueblos indígenas, sino también sus diversas formas de aproximación a los mismos. Así, desde el abrigo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, será importante —en el marco de la multidisciplinariedad [85] y con la finalidad de evitar absolutizaciones e incomunicaciones culturales [86]— construir argumentaciones plurales de derechos que se enmarquen en un no-dualismo filosófico, para que, siempre en clave intercultural, se generen diálogos tal y como plantea el diseño constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia (desarrollado en el capítulo cuarto de este documento [87]). Este aspecto cons-

---

[84] De la misma forma, Castro-Gómez (2005) señala que la colonialidad del poder hace referencia a la manera cómo se intentó eliminar las muchas formas propias de conocer de los pueblos originarios y sustituirlas por otras nuevas «que sirvieran a los propósitos civilizadores del régimen colonial; [la colonialidad] apunta, entonces, a la violencia epistémica, ejercida por la modernidad primera sobre otras formas de producir conocimientos, imágenes, símbolos y modos de significación. Sin embargo, la categoría tiene otro significado complementario. Aunque estas otras formas de conocimiento no fueron eliminadas por completo sino, a lo sumo despojadas de su legitimidad epistémica, el imaginario colonial europeo ejerció una continua fascinación sobre los deseos, las aspiraciones y la voluntad de los subalternos» (p. 60). Agrega este autor que otra característica de la modernidad es la generación de conocimientos que se elevaron a una pretensión de objetividad, cientificidad y universalidad (*ibid.*).

[85] Esta multidisciplinariedad debe considerar la antropología, la sociología y la economía, entre otras disciplinas. Al respecto, cabe señalar que la antropología también ofrece otras miradas, como la de Esteban Krotz en sus *antropologías del sur*. La senda académica abierta por Krotz tiene como derrotero esencial la formulación de la pregunta antropológica desde el sur —concretamente desde Latinoamérica—. Krotz afirma que, sin duda, es necesario mirar las transformaciones sociales en el sur, por ser este ámbito el crisol de las desigualdades socioeconómicas y políticas, lo que hace necesario la construcción de una epistemología del sur que combine la construcción simbólica del *otro* desde la diferencia cultural y la desigualdad (véase Krotz, 1993, pp. 5-11; 2012, pp. 3-12).

[86] De Vallescar Palanca (2000) señala que la interculturalidad pretende brindar un camino intermedio entre la absolutización de una cultura y la incomunicación absoluta (p. 368).

[87] Al respecto, De Vallescar Palanca (2000) señala que «la interculturalidad acentúa en su reflexión filosófica la relación entre las culturas históricas, originarias y comunicables, entre sí. Además, acredita el

tituye, sin duda, un hilo esencial para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

4.- La voz de la pluriculturalidad y la plurinacionalidad en los procesos constituyentes latinoamericanos

Para fundamentar este acápite es preciso, en primer lugar, revisar los tres ciclos del constitucionalismo que, en el contexto latinoamericano, propone Yrigoyen Fajardo (2012, pp. 171-194). Desde un horizonte pluralista, para esta autora, el primer ciclo es el del *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), periodo marcado por un multiculturalismo emergente, por demandas y reivindicaciones indígenas —como la vigencia de derechos individuales y colectivos, el derecho a la diferencia y la diversidad cultural, entre otros[88]— que fueron asumidos por las constituciones de Canadá (1982)[89], Guatemala (1985)[90] y

aprendizaje mutuo mediante el diálogo y mantiene el principio de la dignidad y soberanía de todas ellas» (p. 263). La autora considera, asimismo, que el género es un tema que esencialmente debe ser incluido en los procesos de interculturalidad, por lo que debe existir una necesaria complementariedad entre feminismo e interculturalidad para sustentar así un «proyecto genérico intercultural-liberador» (*ibid.*).

88 Estos criterios estuvieron influenciados por autores como Will Kymlicka y Charles Taylor.

89 Para entender el proceso histórico que sustenta el multiculturalismo canadiense y su Constitución de 1982, es importante precisar que los territorios de los pueblos indígenas fueron invadidos por los colonos franceses quienes, a su vez, fueron conquistados por los ingleses. Kymlicka (1996) afirma que el desarrollo histórico de este país ha implicado la federación de tres grupos nacionales distintos: ingleses, franceses y aborígenes, que incluye a los indios, inuit y métis (pp., 11-12, 18, 21-22). Cada uno de ellos, según este autor, se considera nación (*ibid.*). Como ejemplo, Kymlicka menciona que, en Quebec, el Legislativo provincial se denomina Asamblea Nacional y la principal organización del estatus indio es la Asamblea de las Primeras Naciones (*ibid.*). El citado autor sostiene también que, en Canadá, los aborígenes se dividen en 11 grupos lingüísticos, descendientes de varias sociedades diferentes, histórica y culturalmente. Por otra parte, al explicar el caso de Canadá, Kymlicka señala que, con su política de «multiculturalismo dentro de un marco bilingüe» y su reconocimiento del derecho de los aborígenes al autogobierno, Canadá es uno de los pocos países que ha reconocido y fomentado oficialmente la polietnicidad y la multinacionalidad (*ibid.*). El autor señala también que la Constitución de 1982 refleja el valor canadiense de la igualdad como una forma de acomodar la diferencia, ya que ésta asegura que los derechos comunitarios coexistan con los derechos individuales (*ibid.*). Por su parte, Charles Taylor (2010) enmarca la Constitución de Canadá a un periodo de multiculturalismo liberal (p. 79).

90 El artículo 58 de la Constitución de Guatemala (1985) establece que «se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres». El artículo 66, por otra parte, establece que «Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos». Si bien estas dos disposiciones constitucionales enmarcan a la Constitución de Guatemala en el ciclo del multiculturalismo, empero, este país evidencia raíces monistas y profundamente arraigadas en el positivismo jurídico en la redacción del artículo 203, el cual de manera expresa señala que «la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia». Ver ANLEU QUIJADA Francisco Antonio. *Pluralismo Jurídico.* Tesis de Grado Universidad Rafael Landívar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala de la Asunción, noviembre de 2014. P 14. [en línea]. [consulta: 3 de noviembre de 2018] Disponible en: http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Anleu-Francisco.pdf.

Brasil (1988)[91] (*ibid.*). A estos países podrían agregarse, no obstante, Estados Unidos[92], Finlandia y Nueva Zelanda[93].

De acuerdo a Yrigoyen Fajardo (2012), el segundo ciclo es el del *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005), durante el cual se consagraron los derechos a la identidad y a la diversidad cultural en un contexto de nación multiétnica o multicultural que marcó la era del pluriculturalismo; criterios que, entre otros, tuvieron una fuerte influencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[94] (pp. 171-194). Como parte de este segundo ciclo, según la citada profesora, podrían referirse las cons-

[91] Según Gladstone (2016), el artículo 216 de la Constitución del Brasil se enmarca en la visión de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, ya que consagra derechos individuales y colectivos (pp. 93-95). En efecto, el artículo 231 de la referida constitución, reconoce como sujetos de derechos colectivos a los «indios» (nótese que no se utiliza el concepto de pueblos) (*ibid.*) (véase también Levi Mello do Amaral, 2008, pp. 459-468). A pesar de lo señalado, una de las críticas a esta constitución es la ausencia de un proceso constituyente previo (véase Martínez Dalmau y Viciano Pastor, 2013).

[92] Kymlicka (2006, p. 23) ubica a Estados Unidos en una etapa de multiculturalismo liberal.

[93] Kymlica (*ibid.*, p. 12) señala que existen, aparte de Canadá, otras sociedades occidentales multiculturales, como el caso de Finlandia y Nueva Zelanda que incorporaron por la fuerza a poblaciones indígenas.

[94] La OIT fue creada en 1919 en el marco del Tratado de Versalles, con una naturaleza tripartita que incluye a gobiernos, empleadores y trabajadores. En este ámbito, en relación con los pueblos indígenas, primero, luego de un estudio sobre pueblos indígenas publicado en 1953, la OIT adoptó, el 26 de junio de 1957, el Convenio 107 que entró en vigor el 2 de junio de 1959. Este instrumento internacional, según Anaya (2005), promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias; desde esta percepción el art. 2.1 determinaba la «integración progresiva en la vida de sus respectivos países» (p. 256). Por su parte, el art. 4.6 prescribía «la adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo» (*ibid.*). Este convenio fue ratificado por 27 Estados, varios de América Latina, y actualmente sigue vigente en 18 países (*ibid.*). Debido al enfoque integracionista del Convenio 107, en 1986, el Consejo de Administración de la OIT convocó a una Comisión de Expertos la cual concluyó que el enfoque del referido convenio era obsoleto por lo que su aplicación resultaba perjudicial en el mundo moderno. A partir de esta necesidad de reforma se iniciaron los debates y finalmente se adoptó el Convenio 169 de la OIT, en junio de 1989. Este convenio fue una herramienta para la reivindicación de derechos por parte de los pueblos indígenas dentro de sus Estados. Una de las características esenciales de este instrumento es la ampliación del concepto de «poblaciones» al de «pueblos» indígenas», estableciéndose como uno de sus objetivos el fijar las condiciones necesarias para el autogobierno (Sauma Sankis, módulo XI, s. p.).

tituciones de Colombia (1991)[95], México (1992)[96], Paraguay (1992)[97], Perú (1993)[98],

[95] Esta Constitución será analizada de manera específica más adelante.

[96] La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos vigente es de 1992, con reformas parciales sucesivas. En cuanto a los pueblos indígenas, el artículo 2 de este texto señala: «La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas». Esta disposición establece también que «la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas». Del mismo modo, determina: «Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres». «El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos de asentamiento físico», añade. Este artículo brinda, además, un amplio catálogo abierto de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por otra parte, en el contexto de la pluriculturalidad, el artículo 18 de la Constitución mexicana establece que las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En esta línea, el art. 27, en su apartado VII, establece: «Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas». En este artículo, además, están reguladas todas las condiciones para la propiedad tanto privada como comunal. Finalmente, el art. 115.III determina que «las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley» (ver López Bárcenas, 2016, pp. 161-180).

[97] La Constitución de Paraguay establece, en su art. 64, que los pueblos indígenas «tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida».

[98] De acuerdo al artículo 88 de la Constitución peruana, «el Estado (…) garantiza el derecho de la propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona (…)». Por su parte, el art. 89, señala: «Las Comunidades Campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece (…)». La última parte de esta disposición constitucional, establece que «el Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas». En el contexto de la pluriculturalidad que caracteriza esta Constitución, el artículo 149 señala: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial». La lectura de la pluriculturalidad en Perú debe ser realizada desde la progresividad de la jurisprudencia constitucional. En este sentido, una sentencia muy acorde con un pluralismo jurídico igualitario, que amplía los alcances de la pluriculturalidad, es la referente al caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, resuelto por el Tribunal Constitucional del Perú el 24 de septiembre de 2012 (expediente 01126-2011-HC). En esta sentencia se evidencian los estándares más altos en libre-determinación de los pueblos indígenas en el contexto de un pluralismo jurídico de tipo igualitario en Perú.

Bolivia (1994) [99], Argentina (1994) [100], Ecuador (1996 y 1998) [101] y Venezuela (1999) [102].

Por último, siguiendo a Yrigoyen Fajardo (*ibid.*), el tercer ciclo es el del *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009), periodo caracterizado por el criterio de *refundación del Estado* para la conformación de *Estados Plurinacionales* que, en el marco de la libre determinación de pueblos indígenas con existencia ancestral, aseguren que éstos formen parte de su estructura con pleno reconocimiento a su autonomía y autodeterminación en el marco del ejercicio de sus sistemas políticos, democráticos, económicos, jurídicos y culturales. Yrigoyen Fajardo (*ibid.*) sostiene que las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) son producto de este último ciclo.

Para «mirar con los dos ojos», los ciclos descritos deberán considerar también el *constitucionalismo democrático* con fundamento en los procesos constituyentes que brindaron legitimidad, un carácter dialógico y fuerza democrática, especialmente durante el ciclo del constitucionalismo plurinacional al cual hace referencia Yrigoyen Fajardo (*ibid.*).

Al respecto, Martínez Dalmau (2014) explica que, en la actualidad, la hegemonía de un poder constituyente parece la única secuencia de legitimidad válida para el avance de las sociedades democráticas hacia lo que se ha dado en llamar *un nuevo constitucionalismo democrático*, en pos de la consecución del Estado constitucional en sentido material (pp. 1-15, 67-119). Desde esta perspectiva, puede sostenerse que el *constitucionalismo plurinacional* —íntimamente vinculado con la vigencia de un *pluralismo jurídico de tipo igualitario*—, debe ser, sin duda, fundamentado en base a los pilares del *constitucionalismo democrático* [103], que en Latinoamérica vio nacer *procesos constituyentes plurales*, los cuales

---

[99] Los rasgos esenciales de la anterior Constitución boliviana (1994) serán desarrollados en el siguiente capítulo.

[100] El artículo 75, numeral 17, de la Constitución argentina establece que corresponde al Congreso «reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones». En un contexto de pluriculturalidad, es además importante destacar precedentes jurisprudenciales con perspectiva de pluralismo jurídico, en los siguientes casos tratados por la Corte Suprema de Argentina: Comunidad Indígena Eben Ezer contra provincia de Salta de 30 de septiembre de 2008; casos Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina contra Provincia del Neuquén, acción de inconstitucionalidad resuelta el 25 de octubre de 2010, entre otros.

[101] La Constitución de 1998 consagró la diversidad cultural del Ecuador y definió al país como un Estado Pluricultural y Pluriétnico. El artículo 84 de esta Carta Magna reconocía y garantizaba a los pueblos indígenas el derecho a mantener y desarrollar sus tradiciones culturales y económicas, conservar sus tierras comunitarias y mantener la posesión sobre ellas.

[102] Tal como se argumentará más adelante, es importante resaltar que las constituciones de Colombia (1991) y Venezuela (1999) no solo deben ser estudiadas en un contexto de pluriculturalidad, sino también de legitimidad democrática por los procesos constituyentes de los cuales emanaron, razón por la cual más adelante se hará una reflexión específica de las mismas.

[103] Martínez Dalmau (2012) propugna el constitucionalismo democrático con fundamento en el poder constituyente, en el entendido de que la incorporación del poder constituyente como elemento legiti-

—en el marco de una ruptura profunda de la concepción universal y antropocéntrica de los Derechos Humanos— fortalecieron y reivindicaron demandas históricas de los pueblos indígenas y también de los derechos de la Madre Tierra, por lo menos según la concepción de algunos textos constitucionales, como los de Ecuador y Bolivia.

Así, Martínez Dalmau refiere los nuevos constitucionalismos latinoamericanos al contexto de los procesos constituyentes que concluyeron con las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) [104], todas con un rasgo esencial: se originaron en legítimos procesos constituyentes de composición plural que, en virtud a textos constitucionales o progresividades jurisprudenciales, moldearon las bases de un pluralismo jurídico igualitario en un contexto de interculturalidad plurinacional [105].

Desde la lógica descrita, para «mirar con los dos ojos» es esencial enmarcar el ciclo de la plurinacionalidad y de un pluralismo jurídico de tipo igualitario en la legitimidad democrática de los procesos constituyentes colombiano, venezolano, ecuatoriano y boliviano, tarea que será desarrollada en los siguientes acápites.

4.1.- Colombia y su Constitución de 1991

En el caso del proceso constituyente colombiano, Sergio Roberto Matías Camargo (2016) señala que la Constitución colombiana de 1991 fue el resultado final de una Asamblea Nacional Constituyente, antecedida de hechos políticos y sociales importantes, entre ellos el determinante rol del Movimiento Estudiantil denominado «Todavía podemos salvar a Colombia», el cual, en las elecciones de corporaciones públicas y alcaldes municipales del 11 de marzo de 1990, promovió depositar en las urnas la denominada «séptima papeleta», la cual planteaba una Asamblea Nacional Constituyente (pp. 29-44).

---

mador de la Constitución cambió radicalmente su origen y, por lo tanto, también su significado. Precisa, asimismo, que el paso de la modernidad a la contemporaneidad en cuanto a la legitimidad del poder político organizado, se centra en el paso del constitucionalismo al constitucionalismo democrático, entendido éste como «…la organización del poder político derivado del poder constituyente» (*ibid.*).

[104] Martínez Dalmau señala que «las experiencias recientes parecen avanzar en la práctica lo que en la teoría es apenas un esbozo: la necesidad de fundamentar el Estado constitucional no solo, aunque también, sobre los principios de aplicación de la Constitución —tesis neoconstitucionalista—, sino, y cabría decir que, primeramente, sobre la legitimidad del poder constituyente —procesos constituyentes, asambleas constituyentes—. Ambos factores apuntan hacia un *nuevo constitucionalismo* cuya esencia política es la voluntad del poder constituyente, y la sustancia jurídica es la aplicación y reivindicación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Las pretensiones de constitucionalización del ordenamiento jurídico son, por lo tanto, sustentadas no tanto propiamente en el carácter supremo de la Norma Fundamental, sino en el hecho de que la superioridad de la Constitución provenga de la esencia legitimadora del poder constituyente y de la soberanía popular. La principal experiencia, hasta el momento, ha sido la del denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano,* basado en los principios de legitimidad democrática (constituyente) y normatividad de la Constitución como *Lex superior*, fenómeno de regeneración democrática que parece extenderse en el ejercicio de su función emancipadora. En efecto, desde 1990, fecha en que se activó el proceso constituyente colombiano, hasta la actualidad, ya son varias las nuevas constituciones que apuntan hacia un cambio de paradigma no solo doctrinal sino, fundamentalmente, político-jurídico» (*ibid.*). Al respecto, véase también Gladstone, 2016, autor que sigue la línea de Martínez Dalmau.

[105] El concepto de pluralismo jurídico de tipo igualitario y de interculturalidad plurinacional serán desarrollados con mayor precisión más adelante.

El citado autor relata que, posteriormente, el gobierno nacional del presidente liberal Virgilio Barco, apoyándose en esta «séptima papeleta», finalmente legitimada, expidió el Decreto Legislativo 927, de 3 de marzo de 1990, que estableció la necesidad y posibilidad de convocar a una Asamblea Constitucional plural, declarada constitucional por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 24 de mayo de 1990 (*ibid.*). En las elecciones presidenciales que se realizaron tres días después de que el citado decreto legislativo fuera declarado constitucional, no solo se eligió a César Gaviria Trujillo como presidente, sino también se votó por la Asamblea Constitucional (*ibid.*).

Mediante Decreto Legislativo 1926, de 24 de agosto de 1990, el gobierno de César Gaviria convocó, en un contexto de *estado de sitio*, a la Asamblea Constitucional para el 9 de diciembre de 1990, convocatoria posteriormente declarada constitucional por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia de 9 de octubre de 1990 (*ibid.*). Este proceso constituyente concluyó con la promulgación de la Constitución de 1991.

Dicha Constitución consagra, en su artículo primero, el pluralismo [106] y, en el segundo, reafirma el deber estatal de proteger a las personas en su vida, honra, bienes, *creencias* y demás derechos [107]. De manera específica, el poder constituyente brindó vigor constitucional al pluralismo a través de la cláusula constitucional que, en el artículo séptimo, protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana [108]. De la misma forma, la diversidad lingüística se encuentra reconocida por el artículo 10 [109], así como la educación intercultural, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 68 [110].

[106] Este artículo señala que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

[107] El artículo 2 establece que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[108] El artículo 7 señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

[109] El artículo 10 señala que el castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

[110] El artículo 68 señala que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

De acuerdo al artículo 70, «…la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad» [111]; disposición interdependiente del artículo 13 [112], con lo cual se reafirma la igual dignidad de todas las culturas que, además debe ser interpretada en el marco del respeto a su integridad cultural, social y económica resguardada por el artículo 330, que también consagra el autogobierno en las entidades territoriales indígenas [113].

En cuanto a la participación política de pueblos indígenas, el artículo 171 resguarda la representación de dos senadores elegidos por las comunidades indígenas; asimismo, de acuerdo al artículo 176, debe existir un representante de los pueblos indígenas en la Cámara de Senadores [114]. Aunque esta participación no es proporcional a la población indígena de Colombia, sin embargo, con sus limitaciones, es un rasgo que enmarca esta Constitución en los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, especialmente desde la poética del *giro decolonial*.

Es importante resaltar, también, que el artículo 246, con una perspectiva pluralista, establece que

> las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República… [115].

---

[111] El artículo 70 determina que el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. Esta disposición establece también que la cultura, a través de sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia (sentencia SU 510-98) señaló que Colombia es un Estado Pluricultural que protege las diversas culturas existentes al interior de la República.

[112] Este artículo dicta que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Esta disposición señala también que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

[113] El artículo 330 determina que, de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades.

[114] De acuerdo al artículo 171: «…la Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministerio de Gobierno». Por su parte, el artículo 176, determina que «…la ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes».

[115] Desde una interpretación intercultural de derechos, a partir de la citada norma constitucional transcrita, la Corte Constitucional Colombiana pronunció, entre otras, dos sentencias de gran relevancia para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos: la T-349/96 y la T-523/97, las cuales serán

Este artículo ha generado una progresiva interpretación intercultural de derechos por parte de la Corte Constitucional colombiana, tal como se detallará más adelante.

Del mismo modo, esta Constitución también reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas, como el de territorialidad [116] y el de consulta previa [117]. En este contexto, es importante precisar que los derechos medioambientales también se encuentran protegidos; derechos que, además, en el marco del enfoque *biocéntrico* que será expuesto más adelante, tuvieron una progresividad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de este país [118].

En mérito a lo señalado, puede concluirse que, si bien el texto constitucional referido se enmarca en el segundo ciclo propuesto por Yrigoyen Fajardo (2012) de la pluriculturalidad, no es menos cierto que, gracias a su proceso constituyente y también merced a las progresivas interpretaciones de la Corte Constitucional de Colombia, en este país se evidencian profundos avances en materia de pluralismo jurídico de tipo igualitario y de interculturalidad plurinacional. En todo caso, estos avances deben ser analizados no solo desde el texto constitucional o desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sino también desde la perspectiva del proceso constituyente que legitimó estas corrientes, aspectos que hacen de Colombia —siguiendo al profesor Martínez Dalmau (2012)—, un primer hito para describir a los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, en clave plurinacional.

4.2.- La Constitución venezolana (1999)

Siguiendo la línea de pensamiento de Viciano y Martínez Dalmau (2010, p. 7), la Constitución de Venezuela, al emerger de un proceso constituyente, debe ser contextualizada en este acápite de acuerdo a los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Por otra parte, también se realizará, en este apartado, un análisis crítico en cuanto a la brecha de implementación y a sistémicas vulneraciones a derechos humanos en Venezuela después de la vigencia de la Constitución de 1999.

En un breve repaso de la historia constitucional venezolana, debe resaltarse que el constitucionalismo liberal fue albergado por la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811. Luego, la historia constitucional estuvo marcada por varias reformas constitucionales y también por convulsiones internas y golpes militares.

---

desarrolladas de manera específica en el numeral noveno de este capítulo.

116 El artículo 286 señala que son entidades territoriales los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas.

117 El artículo 79 establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. Además, señala que la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarle. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

118 La Corte Constitucional de Colombia abordó, por primera vez, el derecho a un ambiente sano en la Sentencia T-536/1992. Sin embargo, a partir de líneas jurisprudenciales coherentes con los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, Colombia ha tenido avances importantes, entre estos, la declaratoria como sujeto de derechos al Parque Isla Salamanca. El análisis de este tema será abordado de manera específica en el séptimo capítulo de este trabajo.

El régimen constitucional de 1961 tuvo una larga duración hasta los conflictos sociales que se suscitaron en 1989 y que cuestionaron la vigencia de un modelo de Estado y de economía excluyente. El detonante del descontento social fue el incremento del pasaje del transporte en la Zona Metropolitana que se manifestó en el denominado «Caracazo», el 27 de febrero de 1989, el cual dio inicio a un proceso de quiebre del ya desgastado sistema político, económico y jurídico de ese país.

En un escenario de descontento social, se produjo el levantamiento militar de 4 de febrero de 1992 llevado a cabo por el Movimiento Bolivariano 200 (MBR-200), liderado por Hugo Chávez Frías. Entre otras propuestas, se postuló la revocatoria de mandato de los poderes públicos y una reforma total de la Constitución, a través de un proceso constituyente [119].

Hugo Chávez Frías ganó las elecciones presidenciales el 5 de diciembre de 1998 y la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio del control de constitucionalidad encomendado por la Constitución de 1961 legitimó, el 19 de enero de 1999, un futuro proceso constituyente al establecer que, en virtud al principio de soberanía, el poder constituyente no podía limitarse o subordinarse a los poderes constituidos dada su naturaleza originaria (Combellas, 2003, p. 185). A partir de esta interpretación, el camino a la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente y su ejecución estaba expedito.

El 2 de febrero de 1999, el entonces presidente electo Hugo Chávez Frías, mediante Decreto Presidencial N.° 3 [120], convocó a un referendo para brindar legitimidad a la convocatoria constituyente. En la primera pregunta trasuntaron los propósitos transformadores de la Asamblea Constituyente y en la segunda se puso en consideración la naturaleza plebiscitaria de estos procesos (Combellas, 2003, p. 185).

Este referéndum se llevó a cabo el 25 de abril de 1999 y contó con apoyo popular para su implementación, ya que los resultados de la votación evidenciaron una mayoría ciudadana favorable a la convocatoria [121].

El 25 de julio de 1999 se realizaron las elecciones constituyentes con una participación del 53,77% del padrón electoral. La Asamblea Nacional Constituyente fue instalada el 2 de agosto del mismo año en el Aula Magna de la Universidad Central de Venezuela, con un total de 131 miembros, y fue declarada originaria y soberana en relación a los poderes constituidos. El proceso constituyente concluyó con la Constitución aprobada por Referendo popular el 15 de diciembre de 1999, y entró en vigor el 30 de diciembre de ese año.

Para un breve análisis de los debates constituyentes, en el marco del alcance de este capítulo, es importante señalar que un tema significativo en el debate de la Asamblea

---

119 Estos datos son brindados y explicados por Combellas (2003, p. 184).

120 Este decreto está publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N.° 36.634.

121 Los niveles de abstención fueron altos según registros públicos. El «Sí» obtuvo en la primera pregunta el 87,88% de los votos y el 81,68% por ciento en la segunda pregunta. La abstención se elevó al 62,22% por ciento de electores.

Nacional Constituyente fue la definición de los alcances y límites de los derechos de los pueblos indígenas.

En efecto, según Combellas (2003, p. 190), existieron dos posiciones claras: por un lado, los «nacionalistas» —que jerarquizaban el principio de la soberanía nacional por sobre una interpretación extensiva del principio de autodeterminación de los pueblos y sus peligros para la integridad territorial de la República—; y, por otro, los «universalistas», que privilegiaban el fortalecimiento de las culturas y los pueblos indígenas por sobre una interpretación estatista de los principios de seguridad y defensa de la nación (p. 185).

Este debate concluyó con la redacción del art. 126 de la Constitución, que reza: «Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución, tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional».

Por su parte, el art. 119 de la Constitución de Venezuela, señala que

> …el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, sus usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

Además, el art. 123 señala que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. La referida disposición constitucional establece también que los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable.

De manera específica, la Constitución de Venezuela, en el art. 120, consagra el derecho de los pueblos indígenas a su identidad étnica y cultural y también a su integridad cultural, a la propiedad colectiva y a la consulta previa [122].

La Constitución de Venezuela de 1999 garantiza también, en el art. 126, el derecho de los pueblos indígenas a la participación política. Además, esta disposición constitucional

[122] El art. 120 de la Constitución establece que el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades respectivas. Establece también esta disposición que los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.

prescribe que el Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales conforme a ley [123].

La Constitución de 1999 y las previsiones en cuanto al reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas, sin duda, han significado —por lo menos en diseño constitucional— un importante avance en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Sin embargo, aunque no sea el objetivo de este capítulo, es importante, de manera breve, analizar el escenario postconstituyente en Venezuela, porque en este contexto este país se aleja sustancialmente de los ideales de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

En efecto, muchos factores, entre ellos políticos, han impedido materializar la Constitución en cuanto a su ideal emancipatorio; de hecho, en el marco de las latentes tensiones sociales, hubo un intento de reforma constitucional que, en resguardo de principios democráticos, fue rechazado por la población en el Referendo popular de 2 de diciembre de 2007.

Sin embargo, el 15 de febrero de 2009, mediante referendo popular constitucional, la Constitución fue reformada, modificándose los arts. 160, 162, 174, 192 y 230 de manera tal que se constitucionalizó la facultad de reelección de autoridades electas por voto popular, aspecto contrario a la cláusula democrática, tal como se argumentará en el cuarto capítulo cuando se analice el modelo constitucional boliviano.

La situación en Venezuela y su crisis constitucional que —como ya se señaló— la aleja de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, ha ocasionado una crisis humanitaria de grandes dimensiones, que se traducen en masivas migraciones y graves vulneraciones a derechos humanos en el ámbito interno, así lo refleja, verbigracia, el informe realizado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas en el contexto de las protestas masivas en la República Bolivariana de Venezuela, ocurridas entre el 1 de abril y el 31 de julio de 2017.

En este escenario, resultan absolutamente ilustrativas las reflexiones de Brewer-Carías (2017), quien analiza el proceso de implementación de la Constitución de 1999, señalando que la Constitución nunca se cumplió, en este contexto, resalta que

> …una vez la Constitución es aprobada por el pueblo en ejercicio de su soberanía, el principio de la soberanía popular queda sujeto al principio de la supremacía constitucional conforme el pueblo lo reguló. Y por ello es que debe rechazarse todo intento de subvertir este último principio de la supremacía constitucional por el primero de la soberanía popular, pretendiendo que el pueblo pueda siempre y en cualquier forma cambiar la Constitución apartándose de las regulaciones en ella establecidas para las reformas constitucionales (p. 1).

[123] En este marco, es importante resaltar la importancia de la Ley Orgánica de Procesos Electorales en Venezuela, la cual protege y asegura la participación de comunidades indígenas para postular a distintos cargos y establece circunscripciones electorales indígenas.

El referido autor destaca varios criterios para el cumplimiento de la Constitución en el marco de la supremacía constitucional, entre ellas hace referencia a un sistema de Justicia Constitucional que asegure su vigencia con independencia y autonomía; es decir, un sistema de control de las actuaciones inconstitucionales de los órganos del Estado, que realmente esté configurado como el sustituto al derecho del pueblo de rebelión o resistencia frente a los gobernantes que violen su derecho a la Constitución (pp. 1-2).

En Venezuela, desde la vigencia de la Constitución de 1999, el control de constitucionalidad —en el marco de un diseño que será descrito en el capítulo quinto de este trabajo— no ha cumplido su rol de garante del texto constitucional y del respeto a los derechos constitucionales, por lo que, considerando esta experiencia, este trabajo adquiere gran relevancia por el rol que, en los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, representa el control de constitucionalidad y el riesgo democrático de una institucionalidad débil y carente de independencia e imparcialidad frente a los otros órganos de poder.

4.3.- La Constitución ecuatoriana de 2008

Otro proceso constituyente esencial en el contexto latinoamericano fue el de Ecuador, el cual debe contextualizarse primero en el marco de la grave crisis político-jurídica que ocurrió en este país en 1997, con la destitución del presidente Abdalá Bucaram [124]. En este contexto, se convocó a una consulta popular para efectos de reforma Constitucional.

La Asamblea Constituyente fue convocada por el entonces presidente Rafael Correa y entre los temas más controvertidos se encontraban la explotación de recursos petroleros y minerales, así como el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Estas cuestiones generaron una gran tensión y el distanciamiento ideológico entre el presidente de la República y Alberto Acosta, presidente de la Asamblea Constituyente, al punto que éste renunció en horas previas a la aprobación del texto final de la Constitución (Martínez Dalmau, 2009, pp. 264-294).

El referido autor destaca esta Constitución de 2008 como paradigma del nuevo constitucionalismo latinoamericano, al haber sido legitimada democráticamente por un proceso constituyente que, además, reunió una gran participación de pueblos indígenas del Ecuador (*ibid.*). En efecto, los pueblos indígenas, la población afroecuatoriana y los montubios, entre otros, se aglutinaron en la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE), desde cuyas bases ya se tenían propuestas de Estado Plurinacional desde los años 90. En este escenario, el proceso constituyente en el cual tuvieron una importante participación conllevó, especialmente, el llamado *giro biocéntrico*, que rompe con la idea clásica y antropocéntrica de atribución a los seres humanos de la fuente exclusiva de derechos subjetivos y derechos fundamentales.

Con este cambio de perspectiva, se reconoce a la Naturaleza o Pachamama como titular de derechos, en el marco de una complementariedad y relacionalidad que se ge-

[124] Salgado Pesantes (2008) señala que, después de 18 años de seguridad jurídica, esta crisis política fue una ruptura del Estado de Derecho (pp. 205-223).

nera a partir de entender al ser como parte de la Pachamama o Madre Tierra [125]. Desde esta visión, el artículo 71 de la Constitución, al consagrar los derechos de la naturaleza o Pachamama, establece que ésta es donde se reproduce y realiza la vida y, por tanto, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Este artículo, además, establece que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Además, desde la protección biocéntrica desarrollada por la Constitución del Ecuador, la naturaleza es titular del derecho a la restauración, por lo que el artículo 72 prescribe que

> la naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

La disposición referida establece también que

> en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptar las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

El artículo 71, por su parte, adquiere suma importancia para los lineamientos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos y, en particular, para el objeto de investigación de este trabajo, por lo que su contenido será abordado con mayor amplitud en el capítulo cuarto.

Es también importante resaltar que la Constitución democrática de 2008, en su artículo primero diseña el modelo de Estado y consagra al Ecuador como intercultural y plurinacional [126]. En este marco, establece que, además del castellano, el *kichwa* y el *shuar* son idiomas oficiales de relación intercultural y aclara que los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan.

Además, desde las rupturas de teoría constitucional, esta Constitución introduce los derechos del buen vivir, entre ellos, el derecho al agua y alimentación, y al ambiente sano. También, desde la perspectiva del buen vivir, el texto constitucional reconoce —en los artículos 21, 22 y 23— los derechos a la cultura, identidad cultural e igualdad en la

---

[125] Araujo Junior (2018) aclara que, a diferencia de la idea de naturaleza como derecho de tercera dimensión, se propone su reconocimiento como valor intrínseco, independientemente de la especulación sobre la utilidad o la instrumentalización de sus usos por los seres humanos (pp. 92-93). Este aspecto será abordado de manera específica en los capítulos cuarto y séptimo de este trabajo.

[126] El artículo 1 reza: «Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución». Esta disposición constitucional establece también que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

diversidad [127]. Asimismo, el artículo 56, de manera expresa señala que las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunidades forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

En coherencia con lo que antecede, en un catálogo abierto contenido en el artículo 57, el texto constitucional consagra a los pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos, aspecto que nuevamente rompe una visión exclusivamente antropocéntrica y que resalta el carácter de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Además, desde la lógica de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, el artículo 171 consagra a la jurisdicción indígena:

> Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y de decisión de las mujeres.

El sistema plural de fuentes jurídicas, por otra parte, es evidente en la Constitución ecuatoriana. En este sentido, el artículo 171 señala que las autoridades de la jurisdicción indígena «…aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales». Este artículo prescribe, además, que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

Otro eje esencial propio de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos (que será abordado de manera específica más adelante) es el referido al control de constitucionalidad en relación con las decisiones de jurisdicciones jerárquicamente idénticas. En este ámbito, el artículo 171 señala que las decisiones de la jurisdicción indígena estarán sujetas al control de constitucionalidad.

Por todo lo anotado, puede colegirse que —tanto por el proceso constituyente que la legitimó como por su contenido—la Constitución del Ecuador que entró en vigor el 11 de agosto de 2008 se circunscribe al ámbito de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

---

[127] El artículo 21 dispone: «Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución». Por su parte, el artículo 22 consigna que las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría. También es importante destacar el contenido del artículo 23: «Las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales».

4.4.- El proceso constituyente y la Constitución boliviana de 2009

En el Estado Plurinacional de Bolivia la Constitución democrática de 2009 devino de un proceso constituyente plural [128], que se inició con la promulgación por parte del presidente Evo Morales de la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente No. 3364 de 6 de marzo de 2006 [129]. Esta ley estableció el número de los miembros de la Asamblea Constituyente, 255 en total, aspectos de su organización y llamó a elecciones generales para julio de 2006 [130].

Esta Asamblea Constituyente se instaló el 6 de agosto de 2006 en Sucre [131]; y concluyó con su promulgación en la ciudad de El Alto el 7 de febrero de 2009, luego de su aprobación mediante referendo constitucional de 25 de enero de ese año [132].

Posteriormente, Evo Morales firmó el Decreto 0048, el cual cambió el nombre de *República de Bolivia* ha *Estado Plurinacional de Bolivia.* Este proceso constituyente, para cumplir con el objetivo de este trabajo académico, será desarrollado con mayor precisión en el siguiente capítulo.

---

[128] Es importante resaltar que dos sucesos esenciales desencadenaron en Bolivia el proceso constituyente que concluyó en 2009: la Guerra del Agua en Cochabamba (abril, 2000) y la Guerra del Gas en El Alto (octubre, 2003) (Gladstone, 2016, p. 103).

[129] Para entender el proceso constituyente boliviano es muy importante señalar que, durante el gobierno de Carlos Mesa, se da curso a reformas constitucionales que permitirían abrir el camino para la convocatoria a la Asamblea Constituyente (ver Schavelzon, 2012, p. 127).

[130] Esta ley estableció que la Asamblea Constituyente estaría compuesta por 255 constituyentes. De su composición total, 88 constituyentes eran mujeres y 167 varones; además es importante resaltar que 80% de las y los asambleístas, pertenecieron al MAS-IPSP. Asimismo, determinó que la aprobación del texto constitucional sería por 2/3 de los miembros presentes. Además, se estableció un referéndum departamental para consultar sobre las bases que debiera adoptarse en cuanto al régimen autonómico.

[131] El 2 de julio de 2006 se eligió a los constituyentes. Silvia Lazarte, una mujer indígena, fue la primera presidenta de la Asamblea Constituyente (AC). En su composición, debe resaltarse que el MAS-IPSP tenía la mayoría de representación y Poder Democrático Social (PODEMOS) era la segunda fuerza política. La composición de la Asamblea (255 constituyentes) fue la siguiente: MAS (137), PODEMOS (60), MNR (18), UN (8), MBL (8), AS (6), CN (5), MOP (3), APB (3), AYRA (2), ASP (2), MIR-NM (1), MCSFA (1) y AAI (1). Además, para una lectura coherente del proceso constituyente boliviano, es importante considerar que el MAS-IPSP tuvo un porcentaje de representación del 64% y la oposición del 36% (ver Gladstone, 2016, pp. 109-111). De acuerdo con Schavelzon (2016), luego de haberse aprobado el Reglamento, se crearon 21 comisiones que realizaron encuentros temáticos territoriales en los nueve departamentos, ampliándose el plazo de la AC hasta diciembre de 2007, pero casi en ninguna oportunidad llegarían a convocarse las sesiones plenarias en el Teatro Mariscal de Sucre, sede original de la AC, como consecuencia de la disputa en torno a la capitalía (pp. 9-10).

[132] Pueden identificarse los siguientes momentos y diversas versiones del texto constitucional: i) El texto aprobado en grande en Chuquisaca; ii) El texto aprobado en grande y en detalle en Oruro; y iii) el texto acordado en el Congreso de la República. Todos ellos, textos con contenidos diferentes. Estas diversas versiones de la Constitución se explican porque, entre agosto y diciembre del 2007, hubo un periodo de prórroga en la AC, debido al conflicto de la capitalía, ya que Sucre demandaba que se consigne, en la nueva Constitución, su condición de capital del Estado. Esto, a raíz de la guerra civil de 1999, cuando la ciudad de Sucre fue reconocida como capital constitucional, aunque La Paz se impuso como sede de gobierno, albergando los órganos Legislativo y Ejecutivo (quedando el Poder Judicial en Sucre). El tema de la capitalía generó profundos conflictos y quiebres políticos al interior de la Asamblea. Por ello, los constituyentes decidieron sesionar en el Liceo Militar La Glorieta, ubicado en las afueras de la ciudad de Sucre, procediéndose, luego, a la aprobación del texto constitucional, «en grande» y «en detalle», en Oruro.

Desde una perspectiva de pedagogía constitucional, todo lo descrito hasta este punto es un hilo argumentativo esencial para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

5.- El pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad crítica plurinacional y el redimensionamiento del modelo racional normativista

Desde el monismo epistemológico se construyó un *modelo racional normativista* (Wolkmer, 2003) especialmente dominado por el positivismo jurídico ideológico, metodológico y teórico (pp. 19-21), que en Latinoamérica —aún en el siglo XXI— persiste bajo el lente de la *objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente de juridicidad única*, elementos que ya fueron descritos en el primer capítulo.

El profesor Wolkmer, desde la voz de la teoría crítica del derecho, cuestiona profundamente este modelo racional normativista y propone un *modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria* como un proyecto que ya no oprima, sino que busque liberar al sujeto histórico y a la sociedad como un todo (*ibid.*). En esta línea, el autor, desde *otros* fundamentos ético-políticos para una reconciliación en sociedades que viven profundos procesos de emancipación, postula la teoría crítica aplicada al derecho, que debe ser comprendida como el instrumento operante destinado no solo a esclarecer, estimular y emancipar un sujeto histórico inmerso en determinada normatividad, sino también a discutir y redefinir el proceso de constitución del discurso legal mitificado y dominante (*ibid.*, pp. 13, 21, 33).

Entonces, este *otro* modelo sugiere mirar al derecho no solo desde el lente del monismo epistemológico, en aras de un pluralismo que a partir de la interdisciplinariedad genere un diálogo entre el modelo racional normativista y *otras* formas no solo de saberes jurídicos, sino también *otras* maneras de aproximación a la juridicidad que puedan presentarse en el marco de la diversidad cultural y de sistemas jurídicos.

Es así que las teorías críticas intentan demostrar el compromiso del saber jurídico de corte liberal con el poder dominante que, a través de la estatalidad —sustento de legitimidad del modelo racional normativista—, responde a los intereses de los agentes de poder [133]. Por esta razón, para mirar el derecho «con los dos ojos», será necesario también recurrir a las reflexiones de filosofía intercultural realizadas en un anterior acápite de este documento, para poder así cimentar el camino que visualice nuevos métodos, formas, miradas, sensaciones y percepciones plurales para abordar los diversos saberes jurídicos desde un contexto sentipensante, ya que según el profesor De Sousa Santos (2003)

> …la dominación jurídica racional está legitimada por el sistema racional de leyes, universales y abstractas, emanadas del Estado, que presiden una administración

[133] Se puede conceptualizar la teoría jurídica crítica, por un lado, como la formulación teórico-práctica que se revela bajo la forma del ejercicio reflexivo capaz de cuestionar y de romper con aquello que se encuentra disciplinariamente ordenado y oficialmente consagrado (en el conocimiento, en el discurso y en el comportamiento) en determinada formación social; y, por el otro, como la posibilidad de concebir y revivir otras formas diferenciadas, no represivas y emancipadoras, de práctica jurídica (*ibid.*).

> burocratizada y profesional, y que son aplicadas a toda la sociedad por un tipo de justicia basado en una racionalidad lógica formal (pp. 155-160).

Estas corrientes críticas en el ámbito de las *juridicidades diversas* plantean un cuestionamiento profundo no solo al modelo racional normativista, sino al derecho mismo, el cual, en un contexto de diversidad cultural, según Yrigoyen Fajardo (2003), se puede definir como

> …un sistema de normas, prácticas, valores, procedimientos y autoridades/instituciones que sirve para regular la vida social, resolver conflictos y organizar el orden, así como las reglas para cambiar las reglas; que tiene legitimidad y eficacia para determinado colectivo, en cierto contexto socio-cultural e histórico.

En consecuencia, esa *razón de hombre* vestida con los hábitos de la ley objetiva y universal, que emana de una estatalidad dominada por mayorías que suelen invisibilizar a las minorías o a las culturas diversas o colectivos no mayoritarios en sociedades polarizadas, plurales, asimétricas y patriarcales, debe ser superada a partir de un pluralismo jurídico igualitario que brindará relaciones armónicas, equilibradas y desjerarquizadas.

En efecto, el modelo racional-normativista antes descrito se circunscribe a un Estado monocultural en el cual, tal como señala Walsh (2012), las estructuras, leyes, instituciones políticas, formas de gobierno y maneras de ejercer la autoridad corresponden a una lógica y racionalidad, a una lengua, a una cosmovisión y filosofía, propios de la cultura dominante (pp. 2-41). Además, en este contexto, la democracia se lee en términos de participación basada en una *lógica dominadora formal* propia del paradigma del patrón cultural individualista (Parraguez, 2003, pp. 1-15).

El panorama presentado evidencia una directa relación entre Estado y derecho, conformada por un único sistema de justicia cuya producción normativa es de exclusividad del Órgano Legislativo que, desde el velo de la *objetividad, la razón del hombre y la ley* debe ser aplicada por las autoridades jurisdiccionales cuyas decisiones tienen poder coercitivo y sancionatorio.

Por ello, «mirar con los dos ojos» implica visualizar y reflexionar profundamente sobre el tránsito del monismo a un pluralismo jurídico de corte igualitario que permitirá reconocer la coexistencia armónica, desjerarquizada y dialogada de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico [134].

Este pluralismo jurídico igualitario reivindica conceptos como el de la libre determinación de los pueblos indígenas y su derecho colectivo al ejercicio de sus sistemas jurídicos propios. En este espectro, Hoekema (2002) delimita las características del pluralismo jurídico de tipo igualitario, para este efecto diferencia el pluralismo social y el formal, el cual a su vez puede ser de tipo unitario o igualitario (pp. 70-71).

La concepción social del derecho alberga al pluralismo social entendido como «las normas para la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, cambiadas y man-

[134] Véase Yrigoyen Fajardo (en Berraondo López, 2006, pp. 537-567).

tenidas vigentes y sancionadas por los oficiales a quienes conforme a la normatividad pertinente se les otorgó el poder de ejecutar este cargo» (*ibid.*).

Por su parte, el pluralismo jurídico formal implica un reconocimiento estatal de los diversos sistemas de justicia, especialmente de aquellos provenientes de los pueblos indígenas (*ibid.*). En este contexto, el pluralismo jurídico formal de tipo unitario reconoce diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio, pero siempre subordinados al derecho estatal (*ibid.*).

La tipología anotada se inscribe en el *multiculturalismo*, perspectiva desde la cual se regulan derechos diferenciados de autogobierno con delegación de poderes a ciertos grupos mediante diversos tipos de federalismo u otros regímenes autonómicos. En este escenario, el Estado reconoce y protege, incluso desde la asignación presupuestaria, derechos poliétnicos para el ejercicio de prácticas culturales diferenciadas; del mismo modo, se reconocen derechos especiales como mecanismos de acción positiva para una representación étnica en la institucionalidad estatal (Sauma Sankis, módulo IV, s. p.).

En el ámbito internacional, desde los años 50 y 60 del siglo pasado, se inició un periodo basado en las políticas asimilacionistas. En efecto, desde mediados del siglo XX se crearon instituciones para tratar la «cuestión indígena», a partir de una visión homogeneizante, que tenía por objeto suprimir toda forma de diferencia cultural, para lograr así el tan ansiado desarrollo económico-social. En este contexto, el 26 de junio de 1957, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó el Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (Convenio N.° 107), el cual, en su segundo artículo señala: «Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países».

Además, en cuanto a las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas, el art. 7.2 del referido Convenio señala que las poblaciones «podrán mantener sus propias costumbres o instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración». Esta visión integracionista y asimilacionista fue superada por el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio N.° 169 de la OIT), aprobado el 27 de junio de 1989, instrumento esencial con una influencia directa en las reformas constitucionales latinoamericanas de los años noventa del siglo pasado y de la primera década del siglo XXI.

El Convenio 169 de la OIT consagra, desde el derecho internacional y desde una perspectiva de protección colectiva de derechos, el respeto de las culturas, formas de vida e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas; además, protege y garantiza el derecho a la consulta y participación efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecte (*ibid.*) [135].

[135] No deben olvidarse también los avances en otros escenarios internacionales como, por ejemplo, la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE) que adoptó, en 1991, una Declaración sobre los Derechos de las Minorías Nacionales y, luego, en 1993, estableció un Alto Comisionado para las Minorías Nacionales. También, en 1992, el Consejo de Europa adoptó una declaración sobre los derechos de las lenguas minoritarias.

En el contexto internacional descrito, la década de los noventa estuvo marcada por un *retorno de lo étnico*, a partir de pensadores como Kymlicka y Taylor. Kymlicka (1996) postuló la coexistencia, en un mismo Estado, de diversas culturas y naciones como comunidades históricamente determinadas que comparten un territorio, lengua y cultura diferenciada del resto de la población.

Al respecto, Araujo Junior (2018) sostiene que Kymlicka adoptó una concepción etnificada del concepto de multiculturalismo a partir de caracteres distintivos evidentes (p. 36). En efecto, en una de sus obras más importantes, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías* (1996), el autor resalta la identidad étnica y religiosa como elemento esencial para un derecho a la diferencia. En esta línea, propone complementar los principios tradicionales de los derechos humanos con una teoría de los derechos de las minorías en un contexto de Estado multicultural. Esta visión «omniabarcadora» debe incluir tanto derechos universales —asignados a los individuos independientemente de su pertenencia al grupo— como también derechos diferenciados de grupo que se manifiesten, espacialmente, en derechos de representación y poliétnicos, cuyo cumplimiento debe tratar de garantizarse en consideración de las desventajas e injusticias que viven estos colectivos (*ibid.*, pp. 8, 9).

Conforme a su enfoque multicultural, Kymlicka plantea la idea de derechos diferenciados en función del grupo —autonomía territorial, derecho al veto, representación garantizada en las instituciones centrales, reivindicaciones territoriales y derechos lingüísticos—, como mecanismos dirigidos a corregir las desventajas que sufren estas minorías ante las decisiones mayoritarias (*ibid.*, pp. 34).

Por su parte, también en el contexto de un Estado multicultural, Charles Taylor (2010) subraya la directa relación que existe entre identidad y reconocimiento; donde este último término designa algo equivalente a la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano (pp. 58-59). Asimismo, este autor resalta que el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, constituyéndose en una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado o reducido (*ibid.*).

Taylor defiende la idea de reconocimiento igualitario como una fórmula coherente con sociedades democráticas y como un presupuesto esencial de una política de la diferencia (*ibid.*). Sostiene, en consecuencia, que omitir este derecho puede configurar alguna forma de opresión, por lo que la política de la diferencia redefine la no discriminación, exigiendo que se haga de las diferencias la base del tratamiento diferencial (*ibid.*, pp. 62-63).

Por otra parte, Young (2000), a partir de los conceptos de opresión y dominación plantea políticas multiculturales, pero a partir de una visión amplia de cultura capaz de comprender diversos grupos sociales, por lo que defiende una ciudadanía diferenciada basada en un público heterogéneo, enfoque que comprende a la población afrodescendiente, mujeres, trabajadores, indígenas, personas con discapacidad y personas adultas mayores (pp. 53-57).

En la línea de pensamiento de los autores citados emerge el «mito del multiculturalismo» —que, verbigracia, se enraíza en Estados Unidos (EEUU) [136]—, el cual plantea un deseo de justicia social, pero a través de la separación y delimitación de fronteras étnicas (*ibid.*).

La Constitución de EEUU (1787) asume un modelo de tutela federal de «naciones domésticas» mediante el cual pueblos y naciones mantuvieron su autonomía (*ibid.*). En este marco, el Congreso Federal tenía la exclusividad para tratar asuntos indígenas y permitir la creación de territorios pero no de Estados con soberanía propia, sino dependientes de la Confederación (Sauma Sankis, módulo IV, s. p., p. 8). En este marco constitucional, fue en la década de 1980 cuando se inició la política multicultural estadounidense (*ibid.*).

La Constitución de Canadá (1982), por su parte, se enmarca en esta misma visión del multiculturalismo al señalar que «los derechos aborígenes y basados en tratados existentes de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y afirmados por este medio».

En una perspectiva comparativa, Australia también se adscribe al modelo multicultural, estableciéndose la protección de los pueblos indígenas a través de la labor jurisprudencial. Así, el Alto Tribunal Australiano, en 1992, en el caso Mabo vs Queensland, invocó específicamente el derecho internacional contemporáneo de los derechos humanos para mantener los derechos indígenas a las tierras y a los recursos sobre la base de las pautas históricas de uso y de ocupación (Anaya, 2005, p. 56).

En virtud al caso referido, el gobierno federal de Australia adoptó, en 1993, la ley The Native Title Act, mediante la cual se protegieron y reconocieron los títulos nativos y se creó un Tribunal Nacional ante el cual los demandantes podían exponer sus quejas sobre las tierras (*ibid.*) [137].

En Latinoamérica, en los años 90, se iniciaron las reformas constitucionales que reconocían el carácter multicultural de las naciones latinoamericanas, en el marco de un fenómeno que Villoro (2012) califica como «multiculturalismo neoliberal» (pp. 1-15). Sin embargo, es cierto también que muchas constituciones tienen un horizonte pluralista, especialmente en el caso de Colombia [138], Venezuela [139], Ecuador [140] y Bolivia; aunque, para «mirar con los dos ojos», también es necesario considerar las reformas constitucionales en Perú [141], Brasil [142] y Guatemala [143].

---

136 Denominación realizada por el profesor Lins Ribeiro (2001, p. 47).

137 De acuerdo con este autor, esta ley tuvo enmiendas que fueron objeto de crítica por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas.

138 Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia SU 510-98, señaló que Colombia es un Estado Pluricultural que protege las diversas culturas existentes al interior de la República

139 Tal como se plasmó en el numeral 4, la Constitución de Venezuela reconoce derechos de los pueblos indígenas.

140 La Constitución del Ecuador de 1998 tenía un horizonte cultural. La de 2008, se enmarca en la etapa de la plurinacionalidad.

141 Perú reformó su Constitución en 1993.

142 Como ya se señaló en este trabajo, Brasil reformó su Constitución en 1998.

143 Luego de los golpes de Estado de 1982 y 1983, Guatemala vivió una Asamblea Constituyente de la cual emanó la Constitución de 1985.

Para el caso boliviano, aunque éste será desarrollado de manera específica en el siguiente capítulo, corresponde ahora señalar que la reforma constitucional de 1994 estuvo precedida por tres hechos históricos: la aprobación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales —instrumento que fue ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de junio de 1991—; la histórica Marcha por el Territorio, la Dignidad y la Vida (1990) liderizada por los pueblos indígenas de tierras bajas [144]; y la reconstitución y fortalecimiento de los pueblos indígenas en el continente. En este escenario, la reforma constitucional boliviana de 1994 tuvo antecedentes en la era del multiculturalismo, aunque en realidad inició la etapa del pluriculturalismo [145].

Ahora bien, una vez descrito el pluralismo jurídico formal de tipo unitario, siguiendo la taxonomía propuesta por Hoekema (2002), corresponde precisar sus rasgos esenciales, los cuales implican el reconocimiento, por parte del Estado, de la validez de los diversos sistemas jurídicos que coexisten en el marco de la diferencia cultural pero que, al mismo tiempo, forman parte de la estructura estatal (*ibid.*). Esta tipología, además, debe armonizar con un *modelo crítico interdisciplinario de racionalidad emancipatoria* que, según Wolkmer (2003), ya no oprima, sino que busque liberar al sujeto histórico y a la sociedad como un todo (pp. 19-21). Debe ser, además, un modelo que aspire a superar *la objetividad, la razón del hombre y la ley*, instituidos desde la narrativa hegemónica del positivismo jurídico.

Este tipo de pluralismo postula una coexistencia desjerarquizada y dialogante de sistemas. Por esta razón, Bernal Camargo (2009), siguiendo la línea de pensamiento del profesor De Sousa Santos, señala que debe buscarse la interacción de todos los actores implicados, lo que supone la revisión misma del derecho (pp. 245-261).

Desde la perspectiva de Walsh (2012), por otra parte, la interculturalidad —como horizonte del pluralismo jurídico de tipo igualitario— es el eje de un proyecto histórico alternativo y fundamento para el cambio de esas estructuras monoculturales de Estado (pp. 2-41).

En efecto, la interculturalidad crítica, postulada por Walsh, centra la mirada en la «existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos y su dominio ancestral» (*ibid.*), a partir del cual —y en el marco de esta diferencia colonial—, se fortalecen las diversas cosmovisiones con sus aspectos identitarios, espirituales, científicos, productivos, organizativos, territoriales y existenciales, para así generar una coexistencia armónica y dialogante en el contexto del pluralismo jurídico igualitario descrito precedentemente (*ibid.*).

---

144 A partir de la protección del Convenio 169 de la OIT, en esta histórica marcha se planteó el reconocimiento de las tierras y territorios indígenas, en tanto se consideraron sujetos políticos capaces de administrarlos (Sauma Sankis, módulo IV, s. p., p. 13).

145 Schavelzon (2012) afirma que las reformas «pluri-multi» incorporadas en el primer gobierno de Sánchez de Lozada (1993-1997), buscaron responder a las demandas de estos sectores, no obstante, el gobierno de Jaime Paz Zamora ya había iniciado, en 1990, el proceso de reconocimiento de los territorios indígenas (p. 122). Así, según este autor, los indígenas de tierras bajas eran los actores que estaban por detrás de la abstracción de lo pluricultural y multiétnico, durante un periodo que generó varios avances en derecho comparado, coincidiendo con el quinto centenario de la conquista europea (*ibid.*).

El carácter crítico de la interculturalidad se perfila, en consecuencia, en un sentido descolonizador (*ibid.*), aspecto que marca una sustancial diferencia con el interculturalismo funcional, propio del multiculturalismo, por el cual solo se promueve el diálogo y la tolerancia sin abordar las causas de la asimetría social y cultural (Tubiño, 2005) [146], las cuales «…hacen inviable el diálogo intercultural auténtico» (*ibid.*).

El Estado Plurinacional de Bolivia se circunscribe a una interculturalidad crítica y plurinacional [147], a partir de la cual las 36 naciones y pueblos indígenas reconocidos en la Constitución, en función de las características del modelo de Estado diseñado en el proceso constituyente (2006-2008) [148], forman parte de la institucionalidad estatal estructurada a partir de una lógica de articulación plurinacional, tal y como establece el art. 1 de la CPE, que a su vez es interdependiente de los arts. 2 y 9.

La visión antes expuesta —la cual denota las «múltiples redes de órdenes jurídicos que nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones» (De Sousa Santos, 2009, p. 251)— tiene incidencia directa en el *principio de interculturalidad*, cuya aplicación es propicia en los campos de la justicia plural, generándose un escenario de pluralismo de fuentes jurídicas y un relacionamiento dialógico, de coordinación, cooperación y en igualdad jerárquica con los diferentes sistemas de justicia coexistentes. Esta visión implica, evidentemente, una ruptura profunda con respecto al modelo racional normativista y al sacrosanto principio de legalidad que encubre el velo de la objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente exclusiva de juridicidad [149].

Por todo lo que antecede, para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, uno de los hilos argumentativos esenciales será, sin duda, el referido al pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad crítica plurinacional y el redimensionamiento del modelo racional normativista hasta aquí descrito.

---

146 Tubiño (*ibid.*) señala que «mientras que en el interculturalismo funcional se busca promover el diálogo y la tolerancia sin tocar las causas de la asimetría social y cultural hoy vigentes, en el interculturalismo crítico se busca suprimirlas por métodos políticos no violentos. La asimetría social y la discriminación cultural hacen inviable el diálogo intercultural auténtico».

147 Ariza Santamaría (en Ariza Santamaría *et al.*, 2012) desarrolla el concepto de interculturalidad plurinacional: «Las culturas no se relacionan en abstracto y cuando se relacionan no son las personas portadoras de lo cultural las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar explícitamente. Lo que se relacionan no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosofías, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones, y necesidades con satisfacciones, la preposición 'entre' es denotativa de una relación entre significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto» (pp. 45-58).

148 Todo el proceso constituyente boliviano será desarrollado en el siguiente capítulo de este documento.

149 Este principio de interculturalidad está consagrado en la Constitución boliviana en los artículos 179 y 192, a partir de los cuales, la voluntad constituyente plasma la igualdad jerárquica entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y los mecanismos de coordinación y por ende de diálogo que deben generarse. Por su importancia, este aspecto estará desarrollado con mayor precisión en el siguiente capítulo.

6.- La ruptura del paradigma antropocéntrico de derechos y la vigencia del paradigma biocéntrico a partir de la sintiencia

La teoría de los derechos humanos está íntimamente vinculada a la evolución del constitucionalismo abordada en el capítulo anterior. Por razones de positivización cronológica y por motivos de orden ideológico-político, desde el epistema monocultural se desarrollaron las llamadas «generaciones de derechos», es decir, los derechos de primera (civiles y políticos), segunda (económicos, sociales y culturales) y tercera (colectivos o de solidaridad) generación.

En efecto, los derechos civiles y políticos (o de primera generación) fueron planteados desde el lente del constitucionalismo liberal, al abrigo del modelo del Estado Liberal de Derecho y desde los principios de libertad e igualdad formal, con la característica esencial de ser directamente justiciables a través de garantías constitucionales destinadas a su eficaz protección (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 1-3). Estos derechos se sustentaron en la objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente exclusiva de juridicidad, aspectos que fueron abordados en el capítulo anterior y que son profundamente cuestionados desde los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Debe considerarse que la formulación de estos derechos fue objeto de críticas desde la propia Revolución Francesa (1789), como la realizada por Olympe de Gouges, quien, en 1791, redactó una *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, frente a la exclusión de las mujeres de la Ilustración, lo que le costó la vida pues, debido a sus ideales flagrantemente contrarrevolucionarios, fue sometida a la guillotina (Cubells Aguilar, 2016, p. 49).

También, desde el pensamiento socialista, surgieron críticas a la libertad-independencia que formuló el constitucionalismo liberal, el cual sostuvo todo el andamiaje jurídico de los derechos de primera generación sobre la base de la libertad formal. En este contexto, de acuerdo con esta visión, la escisión del hombre en ciudadano abstracto y trabajador mostraba que el individuo real solo era libre en tanto que ciudadano y hombre; empero si no tenía esta condición estaba encadenado al proceso de producción capitalista. Por tanto, solo quien era varón y propietario podía gozar verdaderamente de los derechos humanos de primera generación, que eran entonces el paraíso de la propiedad privada, como demostró Marx (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 6-7).

Marx identificó la protección burguesa de derechos con el egoísmo y la desvinculación total con respecto a la comunidad, puesto que los mismos —desde la crítica de este autor— estaban destinados al interés personal del hombre burgués y a satisfacer su voluntad particular (*ibid.*). Uprimy-Yepes (2006) subraya, por su parte, que para la crítica marxista el desfase entre la igualdad formal en la esfera de la circulación y la explotación capitalista y la desigualdad en el campo de la producción, restan todo contenido emancipador a los derechos y a los valores que éstos pudieron haber encarnado en la época de ascenso de las revoluciones burguesas.

Es necesario distinguir entre la crítica socialista radical y la crítica moderada a los derechos de corte liberal. Así, la versión radical resaltaba el papel que podían jugar los

derechos humanos como encubrimiento de la dominación. Sin embargo, esta crítica radical no fue objeto de recepción en esta evolución de los derechos humanos porque cuestionaba la idea misma de derechos o su reemplazo por los derechos sociales; en cambio, la crítica moderada postulada por Bloch, Lasalle o Bernstein, entre otros, defendió la idea de complementar los derechos civiles y políticos de corte liberal con los derechos sociales. A partir de esta visión nace la concepción de los derechos económicos, sociales y culturales que suponen una limitación del carácter de la autonomía individual y la propiedad privada (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 6-7).

Se evidencia, entonces, que los derechos económicos, sociales y culturales fueron incorporados en constituciones emergentes del periodo denominado «constitucionalismo social», como es el caso de la Constitución de Querétaro (1917) y la de Weimar (1919), las cuales fueron abordadas con mayor precisión en el capítulo anterior. Estos derechos, en el contexto del constitucionalismo social, tuvieron un rasgo esencial: eran considerados documentos de carácter político antes que catálogos de obligaciones jurídicas para los Estados, lo que impedía su directa justiciabilidad (Abramovich y Courtis, 2002, pp. 19 y 20), aunque, tal como se afirmó en el capítulo anterior, hay que resaltar -que aún formalmente- la Constitución de Querétaro incluyó mecanismos de directa justiciabilidad de derechos, como el amparo constitucional.

Médici (2017) señala que, en Latinoamérica, el constitucionalismo social surge, en muchos casos, al calor de los movimientos nacional-populares que intentan un esquema de modernización social inclusiva de las masas populares y se fundamentan en la idea de nación e industrialismo de la mano del principio de justicia social, dejando incólumes, sin embargo, como puntos ciegos del diseño constitucional, las diferencias culturales subsumidas tras una idea de nación que, pese a su inclusividad, seguía siendo homogénea y monocultural.

Luego de esta visión de homogeneización y de pensamiento monocultural, pero todavía desde la voz de un paradigma epistemológico hegemónico y fundados en una visión antropocéntrica, surgen los derechos de tercera generación (denominados también «derechos colectivos o de solidaridad») que, en Latinoamérica, se incorporan, sobre todo, a través de las llamadas «constituciones verdes» [150], las cuales consagran derechos medioambientales. También se consideran parte de esta generación los derechos a la paz, al desarrollo [151], a la libre determinación y al patrimonio común de la humanidad, entre otros (por eso se los califica como derechos de solidaridad) (*ibid.*).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en el marco de los principios de indivisibilidad e interdependencia de derechos, consagró un catálogo de derechos tanto

[150] En este marco, la Constitución de Brasil de 1988 es la primera, en Latinoamérica, en reconocer derechos medioambientales (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 7).

[151] La Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, de 4 de diciembre de 1986, prevé, en su art. 1.1, lo siguiente: «El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir con ese desarrollo y a disfrutar de él».

de primera generación, como también económicos, sociales y culturales; sin embargo, como en esta primera etapa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, una declaración no tenía suficiente fuerza vinculante, en 1966, se aprueban dos pactos denominados gemelos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Ahora bien, la pregunta es evidente: ¿Por qué se emitieron dos pactos diferentes? La respuesta pone de manifiesto, sin duda, el gran debate de los derechos en el Sistema Universal de Protección a Derechos Humanos: la cuestión de la justiciabilidad de los derechos prestacionales, como es el caso de los económicos, sociales y culturales.

En efecto, de acuerdo al art. 2, numeral 1, del PIDCP:

> …cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La progresividad a la cual hace referencia la disposición convencional transcrita, configura los derechos económicos, sociales y culturales —por lo menos en los inicios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos— como cláusulas programáticas carentes de aplicación directa y, también, de directa justiciabilidad, a través de mecanismos de control tutelar de constitucionalidad. Este aspecto señala una sustancial diferencia con los derechos civiles y políticos, los cuales gozan de directa justiciabilidad, a través de mecanismos de control tutelar, como el *habeas corpus*, *el amparo constitucional* y el hábeas data.

Inicialmente, el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos también asume la teoría generacional de derechos y atribuye a los derechos económicos sociales y culturales un carácter progresivo. Así, el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que

> …los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Del mismo modo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988, denominado también Protocolo de San Salvador, en sus artículos 1, 2 y 3, sigue el criterio de la progresividad de estos derechos.

Sin embargo, desde el propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se empezó a cuestionar esta teoría generacional de derechos y empezó a abogarse por

la igualdad jerárquica de los mismos y su directa justiciabilidad, sin ningún tipo de discriminación, especialmente en cuanto a *categorías sospechosas* o *criterios prohibidos de discriminación*, como aquellos basados en sexo, orientación sexual, identidad de género, origen, condición económica, situación familiar, etc. En este marco, surgen en el *soft law* [derecho débil] otros instrumentos internacionales que impregnan las interpretaciones de derechos tanto del Comité de Derechos Humanos, como del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Entre éstos, se puede destacar la aprobación de los Principios de Limburgo (1986) sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales [152]; y también los Principios de Maastricht (1997) sobre violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los instrumentos mencionados fueron aplicados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y desarrollar las distintas observaciones generales al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales, de manera clara, distinguen violaciones a derechos por parte de los Estados miembros en relación con este instrumento internacional, por acción u omisión [153] y que

[152] Estos principios establecen las siguientes causales para la violación del Pacto: a) No lograr remover a la mayor brevedad posible todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho; b) No lograr, intencionalmente, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya realización está capacitado; c) Adoptar limitaciones de un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo; d) Retrasar deliberadamente la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos por el Pacto, o que dicha conducta obedezca a falta de recursos justificada o fuerza mayor; y e) Omisión en la presentación de informes exigidos por el Pacto (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 19-20).

[153] Entre las violaciones por acción se encuentran las siguientes: derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza; denegación activa de esos derechos a grupos o individuos particulares a través de una discriminación de derecho o de hecho; apoyo activo a medidas adoptadas por terceros que sean inconsistentes con estos derechos; adopción de legislación o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, salvo que su propósito y efecto sean aumentar la igualdad y mejorar la realización de estos derechos para los grupos en situación de mayor vulnerabilidad; adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho; obstrucción de la realización progresiva de un derecho protegido por el Pacto, salvo que el Estado actúe a partir de una limitación permitida por el mismo o debido a la falta de recursos disponibles o razones de fuerza mayor; reducción o desviación de gasto público específico que incida en la privación del goce de los derechos económicos, sociales y culturales y no sea acompañada por medidas adecuadas para asegurar derechos mínimos de subsistencia. Entre las violaciones por omisión, cabe señalar las siguientes: no adopción de medidas apropiadas según lo requerido por el Pacto; falta de reforma o derogación de la legislación manifiestamente inconsistente con una obligación del Pacto; falta de sanción de la legislación o la no puesta en efecto de políticas designadas para implementar las previsiones del Pacto; ausencia de regulación de las actividades de individuos o grupos para la prevención de vulneración a sus derechos económicos, sociales y culturales; omisión de utilización del máximo de sus recursos disponibles para la plena realización del pacto; ausencia de supervisión en cuanto a materialización de derechos económicos, sociales y culturales; demora en la implementación de un derecho que el Pacto exige sea provisto inmediatamente; no consecución de estándares mínimos internacionales de cumplimiento generalmente aceptado, cuyo cumplimiento por parte del Estado este dentro de sus posibilidades; incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, al ingresar en acuerdos bilaterales y multilaterales con otros Estados, con organizaciones internacionales o con empresas multinacionales (Sauma Sankis, unidad XIII, módulo I, s. p., pp. 16-17).

generan, para la vigencia de los derechos referidos, obligaciones mínimas de subsistencia o de utilización máxima y priorizada de recursos. Estos criterios o estándares producen un cambio no solo en aras de una igual jerarquía de derechos, sino también en el camino hacia una directa justiciabilidad de los mismos.

En Latinoamérica, inicialmente desde el activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana, a partir de los años 90, y, en particular, desde de la aprobación de las constituciones del Ecuador (2008) y de Bolivia (2009), se advierte otro fenómeno importante que va a definir los rasgos esenciales de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos: el cambio del paradigma antropocéntrico, la igual jerarquía de todos los derechos desde una concepción biocéntrica, y la directa aplicación y justiciabilidad de derechos.

En efecto, el primer quiebre con relación a la teoría generacional de derechos y la consagración de igual jerarquía de los mismos, así como su directa justiciabilidad, lo realizó la Corte Constitucional de Colombia, a partir de su línea jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional, con un conjunto de sentencias emitidas entre 1997 y 2000: T-559 (1997) [154]; T-068 (1998) [155]; T-153 (1998) [156]; T-590 (1998) [157]; T-606 (1998) [158]; SU-090 [159], T-847 [160], T-1695 (todas de 2000 [161]), entre otras.

---

154 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró un Estado de cosas inconstitucional por la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, a pesar de que se hacían los descuentos respectivos de los salarios devengados para el pago de dichos aportes, al evidenciarse la vulneración a muchos maestros de todo el país.

155 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Alejandro Martínez Caballero, declaró un Estado de cosas inconstitucional por la mora habitual de Caja Nacional de Previsión en resolver las peticiones presentadas por jubilados.

156 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró un Estado de cosas inconstitucional por el hacinamiento carcelario en Colombia. La Corte señaló: «La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos».

157 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Alejandro Martínez Caballero, declaró Estado de cosas inconstitucional por la omisión del Estado de adoptar medidas para garantizar los derechos de los defensores de derechos humanos, frente a las amenazas permanentes contra la vida de estas personas.

158 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue José Gregorio Hernández Galindo, declaró Estado de cosas inconstitucional por las deficiencias en garantizar el derecho a la salud y prestaciones sociales a privados de libertad.

159 Esta sentencia, cuyo magistrado ponente fue Eduardo Cifuentes Muñoz, declaró Estado de cosas inconstitucional por la omisión en el pago de pensiones.

160 Mediante esta sentencia, a cargo del magistrado ponente Carlos Gaviria, se declaró Estado de cosas inconstitucional porque las entidades demandadas violaron los derechos fundamentales de los sindicados y condenados que mantuvieron en sus salas de retenidos, ocasionando arbitrariamente hacinamiento carcelario en condiciones inhumanas de vida.

161 Esta sentencia, a cargo de la magistrada ponente Marta Victoria Sáchica Méndez, declaró la continuidad del Estado de cosas inconstitucional por la falta de convocatoria al concurso para el nombramiento de notarios.

Estos precedentes constitucionales tienen un común denominador como sustento de las raíces de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos: el activismo judicial del juez constitucional en relación a derechos económicos sociales y culturales, y su incidencia en políticas públicas y formulaciones presupuestarias. En este marco, la Corte Constitucional de Colombia, desde los roles del juez constitucional en un Estado Social y Democrático de Derecho, ha establecido que esta instancia podrá declarar el Estado de cosas inconstitucional en los siguientes casos: i) frente a vulneraciones masivas y generalizadas de varios derechos constitucionales que afecten a un número significativo de personas; ii) cuando exista prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar el derecho conculcado; iii) frente a la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; iv) cuando exista un problema social cuya solución comprometa la intervención de varias entidades y que requiera la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y un nivel de recursos que demande un esfuerzo presupuestal adicional importante; y, v) para lograr la reducción de la congestión judicial por las numerosas peticiones que se presentarían.

Este activismo alcanzó el cénit en la Sentencia T-025/2004, de 22 de enero de 2004, referente al «Estado de cosas inconstitucional en relación a los desplazados por la violencia civil en Colombia», decisión pronunciada por la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional y que tuvo como magistrado ponente a Manuel José Cepeda Espinoza.

La referida sentencia representa un paradigma en cuanto a la igualdad jerárquica de derechos, los roles de los jueces constitucionales en la eficacia de derechos y su incidencia en política pública y presupuestaria [162], además de ser el hito histórico jurisprudencial, a partir del cual se sentaron las bases de la visión ulteriormente asumida por las constituciones de Ecuador y Bolivia en cuanto a la igual jerarquía de derechos, así como su directa aplicación y justiciabilidad, principios que en estas dos constituciones se generaron a partir de la ruptura del modelo antropocéntrico de protección de derechos [163].

---

[162] Esta sentencia aborda los siguientes ejes temáticos relevantes: la obligación de las autoridades a la corrección de desigualdades sociales; la cláusula de erradicación de las injusticias presentes; el mandato de progresividad y las obligaciones de progresividad y no regresividad en derechos económicos, sociales y culturales; los deberes de análisis de políticas públicas de atención a la población desplazada; la exigencia constitucional de concordancia entre los objetivos de la política de atención a la población desplazada y los medios económicos y administrativos destinados a su logro efectivo y oportuno. Además, describe los deberes que un Estado Social y Democrático genera para los Estados; desarrolla las condiciones para la exigibilidad de los DESC [Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y su igualdad jerárquica; indica los niveles mínimos de satisfacción de los derechos de las personas desplazadas; establece los parámetros para la exigibilidad de derechos prestacionales y sus niveles mínimos de protección, y condiciones para definirlos; determina la adopción de medidas urgentes y de trato preferente; identifica el patrón de violencia de los derechos de la población desplazada en el tiempo y en las dificultades al acceso a la justicia; aborda la insuficiencia de asignación de recursos y pondera la priorización en atención oportuna; desarrolla el deber de asignación presupuestaria priorizada para atención urgente y prioritaria; establece medidas correctivas a través de instancias institucionales; establece el mandato de acción para el Órgano Legislativo a favor de los grupos marginales; y, describe —desde el rol del juez constitucional— los alcances de las ordenes simples y complejas destinadas a superar el Estado de cosas inconstitucional.

[163] Estos principios serán tratados específicamente en el capítulo cuarto donde se desarrollará el modelo

Además, para una directa justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales de las y los desplazados por la violencia civil en Colombia, la citada sentencia flexibiliza —a partir de la declaratoria de Estado de cosas inconstitucional— los presupuestos de orden procesal de la acción de tutela para que dichas víctimas que merecen atención urgente y prioritaria puedan acceder a la justicia y ejercer plenamente sus derechos, especialmente los económicos, sociales y culturales [164].

Es importante resaltar también que la Corte Constitucional de Colombia materializa los estándares de *derechos mínimos de subsistencia* y de *utilización del máximo de recursos*, ya que a través de una exhortación histórica al Órgano Ejecutivo, generó la obligación de modificar su presupuesto público y priorizar en su planificación la asignación de recursos para las y los desplazados por la violencia civil en Colombia [165].

La sentencia analizada, además, ordenó la creación de un Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada para superar el Estado de cosas inconstitucional y disciplinó también el procedimiento que debe seguirse en cuanto a peticiones de desplazados; asimismo, implementó un novedoso sistema de seguimiento para verificar el cumplimiento de sus decisiones [166].

Como se puede apreciar, la jurisprudencia revisada desde el activismo judicial latinoamericano marca un hito esencial en la igualdad jerárquica de derechos, en la línea de la superación de la teoría generacional de derechos; y, además, consagra los principios de aplicación directa de derechos fundamentales.

---

constitucional boliviano.

164 Por ejemplo, la citada sentencia, desarrolla la línea jurisprudencial de las Agencias Oficiosas de los desplazados, entendimiento que implica una importante flexibilización procesal al presupuesto de la legitimación activa en la acción de tutela. También, a partir de las medidas correctivas dispuestas, como efecto implícito, puede advertirse la superación del concepto de cosa juzgada inter partes y, más bien, la ampliación de la cosa juzgada constitucional a todas las personas que están en situación de desplazados por la violencia civil en Colombia.

165 La referida sentencia, en el numeral segundo de su parte dispositiva establece: «…comunicar, por medio de la Secretaría General, dicho Estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla dando especial prioridad a la ayuda humanitaria, dentro de los criterios señalados.

166 De acuerdo con lo establecido en el art. 27 del Decreto 2591 de 1991, «el juez determinará los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza». La Corte Constitucional de Colombia resolvió mantener su competencia para verificar el cumplimiento de sus órdenes y asegurar que las autoridades adopten las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de la población desplazada. En este contexto, decidió conformar una Sala Especial de Seguimiento, como órgano especializado de la Sala Plena, para monitorear los avances, rezagos o retrocesos presentados por las autoridades responsables en la superación del Estado de cosas inconstitucional declarado. En este marco, una de las últimas decisiones de supervisión, se advierte en el Auto 373 de 18 de diciembre de 2017, mediante el cual, se evaluaron los avances, rezagos y retrocesos en la protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas del desplazamiento forzado por causa del conflicto armado y la violencia generalizada, en el marco del seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus autos complementarios, en particular, los Autos 092 de 2008, 098 de 2013 y 009 de 2015.

En el contexto de un *cambio de paradigma sobre la justicia* —acompañado de un activismo judicial que incidirá, incluso, en políticas públicas y medidas presupuestarias de priorización por situaciones de emergencia—, los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia plantearon la necesidad de una igualdad jerárquica de derechos [167].

Este cambio de paradigma implica superar la construcción de derechos desde una visión antropocéntrica, para que, en el marco del pluralismo epistemológico, la construcción plural de derechos —que, además, tienen la misma jerarquía— se realice sobre la base de una perspectiva biocéntrica, desde la cual, a partir de una sintiencia —o un *derecho basado en la ética del sufrimiento de los animales y de la Madre Tierra—,* se consagren a todo ser vivo y a la Pachamama como titulares de derecho y no como objetos de protección. Esto implica, sin duda, la asunción de una matriz bio-socio-antropológica [168] que solo se materializará a través de prácticas transformadoras y de la sustitución de visiones monoculturales de teoría y ciencia política (De Sousa Santos, 2007, pp. 25-46).

Este cambio de paradigma en contextos de plurinacionalidad y pluralismo jurídico de tipo igualitario, implica, también, concebir los derechos con raíces bio-socio-antropológicas, en un plano de igual jerarquía, de aplicación directa y de directa justiciabilidad, cuya construcción merecerá un fuerte activismo judicial en el marco de argumentaciones jurídicas plurales, pautas interculturales de interpretación y procedimientos constitucionales verdaderamente interculturales. Sin duda, estos fundamentos superan la teoría generacional de los derechos y se configuran como el eje esencial de ruptura con el pensamiento constitucional monocultural y de protección individualista y estatalista de los derechos.

Así, en un plano de igualdad jerárquica, de aplicación directa de derechos y de directa justiciabilidad, el nuevo paradigma latinoamericano concibe la Madre Tierra como titular de derechos y sustituye el concepto de derechos medioambientales basados en una concepción antropocéntrica. Los pueblos indígenas, desde sus cosmovisiones, sus diferentes saberes y desde la relación armónica que mantienen con la Pachamama, postulan

---

167 Al respecto, Médici (2017) señala que muchos pensadores críticos se han dado cuenta de que hace falta un paradigma otro o una episteme otra, basados en la complejidad; posición mucho más próxima a una noción de ecodesarrollo, de genuina sustentabilidad, de solidaridad intrageneracional e intergeneracional, de la pluralidad de dimensiones de los derechos interdependientes e inescindibles y del Buen Vivir, que la de las simplificaciones del constitucionalismo demoliberal trasplantado a nuestra región, de las narraciones legitimadoras y de las políticas dominantes en la mayoría de los Estados, de las concepciones de las instituciones económico-financieras mundiales y regionales, y de los actores principales de los mercados (*ibid.*). La propia condición de las formaciones sociopolíticas de Nuestra América es compleja en sí misma y no encaja en el relato hegemónico que se propone como única vía de ingreso a la modernidad, al progreso, al desarrollo y, más recientemente, a la globalización (*ibid.*). Véase, también, Dávalos, 2008; De Cabo Martín, 2012.

168 Este concepto de matriz bio-socio-antropológica fue desarrollado por Edgar Morin (2001), quien propone reconstruir un saber enciclopédico: «El término enciclopedia no debe ya ser tomado en el sentido acumulativo y *alfabetonto* en el que se ha degradado. Debe ser tomado en su sentido originario *agkuklios paidea*, aprendizaje que pone el saber en ciclo; efectivamente, se trata de en-ciclo-pediar, es decir, aprender a articular los puntos de vista disjuntos del saber en un ciclo activo… El enciclopedismo aquí requerido pretende articular lo que está fundamentalmente disjunto y que debería estar fundamentalmente junto. El esfuerzo llevará, pues, no a la totalidad de los conocimientos en cada esfera, sino a los conocimientos cruciales, los puntos estratégicos, los nudos de comunicación, las articulaciones organizacionales entre las esferas disjuntas» (p. 416).

el Vivir Bien como fundamento axiológico de las nuevas epistemes constitucionales, en busca de la armonía y el equilibrio entre las personas, su entorno viviente y basándose en la sintiencia y la Madre Tierra [169].

En este punto es importante resaltar que el paradigma biocéntrico y la sintiencia de los animales, desde el enfoque constitucional, tuvieron en Latinoamérica una semilla y un primer avance y también retrocesos en la Corte Constitucional de Colombia.

Para explicar el paradigma biocéntrico basado en la *sintiencia de los animales*, el profesor López (2015) señala que, en lo ideológico, éste obedece a un desplazamiento de las tres posiciones éticas tradicionales u ortodoxas, a saber: la primera, representada por los paradigmas de la *soberanía humana sobre el reino animal* —la cual considera a los animales como cosas o bienes en la noción más clásica de propiedad—; la segunda, denominada *bienestarista* —que postula el derecho a usar e instrumentalizar a los animales asegurándoles un trato humanitario—; y la tercera, próxima a una visión *ambientalista* —que tiene la finalidad de lograr la perpetuación de las especies por su importancia en la sostenibilidad de la vida humana (pp. 541-563)—. Desde lo que Padilla Villarraga (2015) califica como «el giro sobre lo animal» [170], estas tres visiones deben ser superadas para consagrar así a los animales como titulares de derechos en el marco de este nuevo paradigma y de la sintiencia, que es un criterio de inclusión moral y se refiere a la capacidad de los animales para experimentar placer, dolor, sufrimiento y emociones (pp. 17-43) [171].

---

[169] Al respecto, Balbontín-Gallo (2018) señala que el discurso universal de los Derechos Humanos encubre las condiciones concretas de carácter histórico y cultural del hombre europeo del siglo XVIII, para transformarse en un discurso con una pretensión moral de validez universal (pp. 1-15). Es decir, un discurso particular que aspira a la pretensión de totalidad. Consecuentemente, según el autor, se puede objetar que se trata de una forma de etnocentrismo encubierto, con lo cual los presupuestos de validez de este discurso deben volver a plantearse en estos términos (*ibid.*). La postura referida es, sin duda, importante para reflexionar sobre la concepción de los derechos medioambientales y plantear la titularidad de derechos de la Madre Tierra. En esta línea, Araujo Junior (2018), señala también que los derechos de la Pachamama deben ser contextualizados en el Buen Vivir o *Sumak Kawsay* en la lengua quechua; en virtud a éste, las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gozan efectivamente de sus derechos y ejercen sus responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades y de la convivencia armónica con la naturaleza (p. 93).

[170] La autora señala en este artículo que sectores académicos del movimiento animalista se han acercado a apuestas teóricas construidas desde disciplinas sociales, humanas y naturales como efecto del llamado «giro sobre lo animal», que plantea teorías morales, estratégicas normativas e investigaciones sobre cognición y comportamiento animal, entre otras, que complejizan, por una parte, las respuestas a las preguntas cada vez más relevantes «qué o quién es un animal», y, por otra, sus exigencias a la sociedad política y normativa (*ibid.*, 17-43). Estas últimas se traducen en la inclusión de los intereses de los animales en el derecho y la política, con base en tres pilares fundamentales: conocimiento (cuáles son sus intereses), reconocimiento (inclusión efectiva de sus intereses) y emancipación (protección de la autonomía de los animales). Dichas exigencias, según la autora, se fundamentan en el concepto de sintiencia (*ibid.*).

[171] Padilla Villarraga afirma (*ibid.*), por otra parte, que a Peter Singer (1975) se le atribuye el mérito de haber planteado la sintiencia como criterio moral en el debate ético. Explica que, para este autor, los animales tienen un interés fundamental en no sufrir, del cual se deriva el *principio de igual consideración moral de intereses*; éste establece que los intereses de los animales (a no sufrir y a experimentar bienestar) no deben ser considerados menos relevantes que los de los seres humanos de similar nivel cognitivo (*ibid.*). La autora afirma (*ibid.*), también, que existen más teorías que han enriquecido el concepto; por ejemplo, la teoría de las capacidades de Martha Nussbaum (2007), para quien, si bien la sintiencia es

La Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia C-666/2010, cuyo magistrado ponente fue Humberto Sierra Porto, fundó —en apego a una interpretación constitucional progresista— la línea del *paradigma biocéntrico* (aunque, es preciso señalar, que dicha línea sufrió mutaciones jurisprudenciales regresivas posteriores [172]). A pesar de ello, ésa fue la primera vez que, judicialmente, se protege la «sintiencia animal», aunque desde una interdependencia con el ambiente «como elemento transversal en el sistema constitucional…» [173], criterio a partir del cual, según la Corte, se supera «cualquier visión meramente utilitarista que valore a los animales exclusivamente en cuanto recurso, es decir, como elemento de explotación por parte de los seres humanos» (*ibid.*). En este contexto, la Corte afirmó que «la protección que se deriva de la Constitución, supera la anacrónica visión de los animales como cosas animadas y reconoce la importancia que estos tienen dentro del entorno en el que habitan las personas (…), en cuanto seres sintientes» (*ibid.*, pp. 33-34).

Desde esta perspectiva, la Corte precisó que el Estado debe proteger el bienestar animal «por tratarse de un elemento connatural al desarrollo del principio de solidaridad» (*ibid.*, p. 38).

La consagración del paradigma biocéntrico —a partir de una sintiencia tanto de la Madre Tierra como de los animales, desde la episteme de los pueblos indígenas— se evidencia en las constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Afín a esta perspectiva, Rivera Cusicanqui [174] señala que, desde la episteme de los pueblos indígenas, se reconoce que los sujetos no humanos, montañas, ríos, animales, son entidades con las que se dialoga y, por lo tanto, son titulares de derechos en el marco de este nuevo paradigma.

Además, desde este nuevo enfoque, propio de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, son concebibles principios interpretativos como el pro natura, que serán plenamente materializados en modelos judiciales polifónicos o dialógicos (descritos en el capítulo v) y que, claro, no pueden ser abordados ni teorizados desde un pensamiento constitucional monocultural [175]. En este escenario, es importante rescatar la visión de Zaffaroni (2011), quien sostiene que el saber de la cultura ancestral de convivencia en la naturaleza, propio de los pueblos indígenas, se incorpora al derecho constitucional

el criterio umbral de la consideración moral, hay otros intereses de los animales asociados al «florecimiento» de sus capacidades, en virtud de la norma de cada especie.

172 La Corte Constitucional de Colombia adoptó una postura proteccionista con respecto a los derechos de los animales como seres sintientes, aunque no como derecho autónomo, sino interdependiente con el medioambiente; luego tuvo una postura menos progresista en la Sentencia C-238/2014 en la cual pareciera que se aleja del real alcance de la *sentiencia* y apenas plantea un deber de trato humanitario en la instrumentalización de los animales, para evitar tratos crueles e injustificados. Y luego, tiene una tercera postura de negación del deber constitucional de protección a los animales, que puede evidenciarse en la Sentencia 343/17 que desconoce los alcances de la C-0041/17.

173 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-666/2010, p. 33.

174 «La inversión china y rusa están destruyendo el medio ambiente» (entrevista a Silvia Rivera Cusicanqui), *Página Siete*, 27 de noviembre de 2016. Disponible en: https://www.paginasiete.bo/ideas/2016/11/27/inversion-china-rusa-estan-destruyendo-medio-ambiente-bolivia-118220.html [consultado: 9 de diciembre de 2018].

175 El principio pro natura es tratado por Médici, 2017.

como un aporte del constitucionalismo latinoamericano al universal, como en su tiempo lo hizo la Constitución de Querétaro, la cual, en 1917, instauró en América Latina el constitucionalismo social (p. 53).

Por su parte, la Constitución del Ecuador, en su art. 10, consagra a la Madre Tierra como titular de derechos, al igual que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos [176]. En este contexto, esta Constitución desarrolla los derechos del Buen Vivir, entre ellos, el derecho al agua (arts. 12 y 13) [177]; al ambiente sano (arts. 14 y 15) [178]; a la cultura e identidad cultural (arts. 21, 22 y 23) [179].

En este contexto, el artículo 71 de la Constitución establece que

> la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza…

---

176 El referido artículo señala: «Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución».

177 En su tenor literal, el art. 12 señala: «El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida». Por su parte, el art. 13 prescribe que «las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local y en correspondencia con sus diversas identidades y tradiciones culturales. El Estado ecuatoriano promoverá la soberanía alimentaria».

178 El art. 14 establece: «Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados». Por su parte, el art. 15 prescribe: «El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional».

179 El art. 21 establece: «Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución». El art. 22 señala: «Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría». Por su parte, el art. 23 sostiene que «las personas tienen derecho a acceder y participar del espacio público como ámbito de deliberación, intercambio cultural, cohesión social y promoción de la igualdad en la diversidad. El derecho a difundir en el espacio público las propias expresiones culturales se ejercerá sin más limitaciones que las que establezca la ley, con sujeción a los principios constitucionales».

No obstante, en mérito al principio de unidad constitucional, la lectura del art. 71 se debe realizar a la luz del art. 11.3 que consagra los principios de *aplicación directa* y *directa justiciabilidad* de derechos [180], y también del art. 426 de este texto constitucional [181]. De la misma forma, la disciplina del art. 71 se enmarca en el principio de igual jerarquía de derechos consagrado en el art. 11.6 [182].

Es relevante resaltar, además, la previsión constitucional contenida en el art. 72 que establece el derecho de la Madre Tierra a la restauración: «Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados». Además, el texto constitucional determina que en los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas a fin de eliminar o mitigar las consecuencias no ambientales nocivas. Sin duda, esta previsión constitucional responde a una reparación desde el paradigma del Vivir Bien, que también implica una ruptura con la doctrina monocultural de reparación de daños por vulneración de derechos [183].

---

[180] El art. 11 prescribe: «EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento».

[181] El art. 426 señala: «Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos».

[182] El art. 11 establece: «EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía».

[183] El art. 72 de la Constitución del Ecuador debe leerse, además, a partir de los alcances del art. 11.9 que consagra el deber de reparación de daños. El tenor de este artículo señala: «EI ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (…) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sen-

El recuento precedente evidencia el cambio de paradigma asumido por la Constitución del Ecuador, es decir, la asunción de una visión biocéntrica enmarcada en la superación de la teoría generacional de derechos, a través de la consagración de los principios de igual jerarquía, aplicación directa y directa justiciabilidad de derechos, por lo cual este modelo constitucional se enmarca en los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Por su parte, la Constitución de Bolivia (2009), de acuerdo a los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad —y en una interpretación sistémica del art. 33 con el 109.1, el preámbulo, los principios ético-morales consagrados en el art. 8, los arts. 135 y 136—, también consagra un cambio de episteme en virtud del cual, en el contexto de la igual jerarquía de derechos, la directa aplicación y justiciabilidad de los mismos, se asume una postura biocéntrica de los derechos, enmarcada en el paradigma del Vivir Bien (desarrollado en el capítulo v).

En síntesis, el análisis de este apartado evidencia que los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos tienen como pilar esencial la ruptura de la visión antropocéntrica de derechos y postulan criterios biocéntricos que, además, se enmarcan en la lógica de la igual jerarquía, la aplicación directa y la directa justiticiabilidad de derechos. Esto, a su vez, conlleva dinámicas de activismo judicial que, en función a mandatos judiciales, podrán incidir en políticas públicas e incluso en priorizaciones presupuestarias para una real y eficaz materialización de derechos.

En efecto, la igual jerarquía de derechos, desde esta visión biocéntrica, guarda coherencia con principios de interdependencia e individisibilidad desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que plantean la idea de interrelacionalidad; postulado que puede atesorarse, con mayor amplitud, desde el paradigma axiológico del Vivir Bien.

La aplicación directa de derechos consagra el principio del valor normativo de las constituciones democráticas, por lo que sus mandatos —en cuanto a derechos— no necesitan ley de desarrollo y pueden ser aplicados sin obstáculo alguno por las autoridades judiciales o administrativas.

La directa justiciabilidad implica que los derechos con igual jerarquía y aplicación directa disponen de herramientas de control tutelar eficaces para su protección inmediata y oportuna [184]. En el caso boliviano, por ejemplo, se puede recurrir a la acción popular, en el contexto del modelo polifónico de justicia constitucional, denominado por el Tribunal Constitucional Plurinacional como *Sistema Plural de Control de Constitucionalidad* (estos temas se abordan de manera específica en los capítulos v, vi, vii y viii).

---

tencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos».

184 En cuanto a esta característica, Storini (2017) señala que, desde el punto de vista sustancial —sin que ello signifique subestimar la reformulación de la división clásica de poderes, la creación de nuevas formas de participación política, y la reelaboración de los contenidos de la Constitución económica—, el cambio que más claramente se configura como punto a parte de las formas constitucionales anteriores, es el reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales.

7.- La interpretación intercultural de derechos

Otro elemento neurálgico para entrelazar los hilos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos corresponde a la interpretación de derechos con enfoque intercultural. Ésta tiene como fundamento un profundo cuestionamiento a la teoría de Derechos Humanos desde una concepción universal, la cual no responde a escenarios de diversidad cultural en los cuales deben construirse los derechos a partir de la voz de los históricamente oprimidos, tal como ya se señaló.

En efecto, Herrera Flores (2003), desde la teoría crítica, brinda una diáfana explicación referida a la construcción y al carácter de los Derechos Humanos *universales*, entendiendo que éstos emergen de procesos históricos e ideológicos de construcción, producto de dinámicas de luchas históricas que resultan de la resistencia contra la violencia generada por las diferentes manifestaciones de poder que, tanto las burocracias públicas como los poderes privados, han ejercido contra individuos y colectivos. Desde este enfoque, Herrera Flores afirma que el término *derechos humanos* es una convención adoptada en 1948, en los prolegómenos de la Guerra Fría, contexto en el cual se convirtió en el discurso ideológico hegemónico del nuevo proceso de acumulación de los capitales simbólicos, sociales y culturales de la era keynesiana del modo de producción capitalista (*ibid.*).

El autor señala que, antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), no podía hablarse de derechos humanos «propiamente dichos», sino de derechos de una nueva clase emergente que fue conquistando, en el siglo XVI y el siglo XX, todas y cada una de las esferas del poder, tras la gran victoria frente al nacionalismo e, indirectamente, frente al comunismo soviético y la sustitución del imperialismo europeo por el imperialismo de matriz estadounidense (*ibid.*).

El proceso histórico narrado por el autor evidencia las raíces histórico-políticas de la ideología liberal que brindó a los derechos humanos el sello individualista, abstracto y formalista, que trasunta el principio de universalidad, el cual marcó los grandes instrumentos en esta materia, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (*ibid.*) [185]. En este escenario los derechos humanos plasmaron una concepción hegemónica de derechos, desde la visión de los geopolíticamente vencedores, lo que invisibilizó las diversas realidades culturales.

Sin embargo, Herrera Flores (*ibid.*) afirma que luego del Consenso de Washington (1989) se amplió la idea liberal de derechos, a partir de la *cláusula de no discriminación* que promueve los enfoques en grupos de atención prioritaria y los criterios prohibidos de discriminación o de categorías sospechosas.

A propósito, Herrera Flores (*ibid.*), desde la teoría crítica del derecho, plantea un profundo cuestionamiento a los derechos humanos por no ser neutrales sino, más bien, por ser terriblemente sexistas y hegemónicos, afirmando lo siguiente: «…ni desprecio de la

[185] Herrera Flores (*ibid.*) precisa que el término «humanos» ha servido para la imposición de una concepción liberal individualista de la idea de humanidad, la cual, en el contexto antagónico mundial que propició la Guerra Fría ocasionó que este término expresara la esencia abstracta de la persona.

lucha jurídica, ni confianza en que solo a través de ella se va a llegar a un tipo de sociedad justa en la que quepan todas las expectativas, no solo las hegemónicas».

En consecuencia, según Cubells Aguilar (2016) se puede inferir que el hilo conductor del pensamiento crítico de Herrera Flores es la incongruencia que genera el sustento de los derechos humanos hegemónicos solo en su carácter normativo, así como en las vías judiciales de protección, lo que, desde la perspectiva del autor, ha frenado el carácter emancipador del derecho (pp. 78-19) [186]. En este sentido, Herrera Flores (2003) afirma que los derechos humanos narran «procesualmente» las relaciones entre el mundo normativo y el mundo material, entre los límites y obstáculos de la realidad y las demandas ético-culturales de la comunidad. Señala, además, que en la reducción de los derechos a su componente jurídico-formal se pierde la «alternidad» del *nomos*, es decir, la facultad de construir «lo distinto a lo que es» o, en otras palabras:

> …las proposiciones, imágenes, formas del deseo y de la evasión contra fácticas con las cuales alimentamos nuestra vida mental y a través de las cuales construimos el medio cambiante y en gran medida ficticio de nuestra existencia somítica y social (Steiner, 1960, pp. 67-68, en: Herrera Flores, 2003).

En este contexto, Herrera Flores (*ibid.*) señala que los derechos humanos deben ser vistos como la convención terminológica y político-ideológica destinada a universalizar una única idea de humanidad (la libertad-individualista), por lo que, desde la *alteridad* para una resistencia a los esencialismos y formalismos liberal-occidentales —completamente funcionales, según este autor, al desarrollo genocida e injusto de la globalización neoliberal— es esencial develar y enjuiciar, críticamente, los rasgos patriarcales de la cultura jurídica que los vio nacer; es decir, los supuestos, hipótesis y ficciones que imponen —a partir de la mirada del hombre burgués, blanco y capitalista— un único punto de vista, una lectura particular y parcial de la realidad como si ésta fuera la única y universal.

Para Herrera Flores (*ibid.*), los derechos humanos, pero desde su integralidad (derechos humanos) y en su inmanencia (trama de relaciones), pueden definirse como el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan, desde el «reconocimiento», la «transferencia de poder» y la «mediación jurídica», espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana.

Es así que, en base a la definición de derechos humanos comprendidos en su integralidad, éstos son algo más que el conjunto de normas formales que los reconocen y garantizan a nivel nacional o internacional, puesto que, en realidad, implican procesos más profundos que los de un multiculturalismo (*ibid.*). Desde esta perspectiva, Herrera Flores (2006) explica, metafóricamente, que se puede pasar el puente para invadir al otro, pero que esto no significa construir un espacio cultural, sino un espacio colonial;

[186] Wallerstein (2007) también cuestiona la pretensión universalista de los derechos, la cual, según el autor, está relacionada con la forma en que se construyen las estructuras del saber; en este sentido, señala que «fue el sistema-mundo moderno el que deificó las distinciones binarias, sobre todo entre universalismo (que según él encarnaban los elementos dominantes) y particularismo (que atribuía a todos los dominados)» (pp. 57 y 66).

empero —agrega este autor— sería esencial cruzar el puente para comparar, discutir y compartir las diferencias a fin de mezclarlas y construir algo nuevo. Sin embargo, no bastan las buenas intenciones de «recibir» o de «acudir» al otro: es necesario añadir una voluntad «anti-patriarcal», «intercultural» y político/democrática de creación de condiciones sociales, institucionales y económicas que permitan a los «otros» y a las «otras» adquirir suficiente fuerza para disentir, resistir y proponer alternativas en un plano de igualdad y horizontalidad (pp. 49-68).

Herrera Flores (*ibid.*) agrega que, para poder crear «espacios culturales» —entendidos como «lugares de encuentros con los otros»— debe partirse de una racionalidad que supere lo jurídico/formal, propia de la visión abstracta de los derechos humanos que conlleva prácticas universalistas; y también diferenciada de la racionalidad «material/cultural» propia de una visión localista y de sus correspondientes prácticas particulares.

Además, desde la crítica de Herrera Flores, un universalismo de partida o una visión localista o relativista concluirán en universalismos paralelos; en cambio, el autor sostiene, más bien, la idea de un universalismo de llegada o de confluencia que debe alcanzarse después y no antes de un proceso conflictivo y discursivo de diálogo, por medio del cual las propuestas se entrecruzan y no se superponen (*ibid.*) [187].

Este universalismo de llegada o de confluencia tiene, en todo caso, una conexión importante con el enfoque intercultural de derechos. En este contexto, antes de describir dicho enfoque, es importante la lectura de la línea de pensamiento de Sánchez Rubio (2007), quien, al igual que Herrera, cuestiona la oposición entre universalismo y particularismo y, más bien, plantea un equilibrio relacional entre ambos a través del concepto de *pluriversalismo de confluencia* (p. 74). Este concepto, a decir de Sánchez Rubio (*ibid.*), propugna una búsqueda de la plenitud, para lo cual cada comunidad, desde su particularidad, se interrelaciona con otras comunidades en un proceso en el cual surgen diferentes tensiones hegemónicas y contrahegemónicas de dominación. Así, este pluriversalismo de confluencia consagra la idea de que no existen culturas puras, pues todas son dinámicas y emergen de relaciones en el marco de la diversidad cultural y de pugnas por la hegemonía, tanto entre culturas como intraculturalmente (*ibid.*, p. 93) [188].

Sánchez Rubio (2010, p. 25) en una obra posterior al trabajo referido previamente, tal como lo establece Cubells (2016, p. 75), amplía la perspectiva de la filosofía de la liberación para superar el inicial criterio del pluriversalismo de confluencia y sustentar la idea del *pluralismo de confluencia o interculturalismo socio-histórico*.

Sánchez Rubio, al explicar este pluralismo de confluencia o interculturalismo socio-cultural señala que

> …se trata de una apuesta por la fecundación mutua entre las culturas y las diversas modalidades de saber y conocer, considerando que todas las culturas que son incompletas, se construyen a través de procesos de lucha de signos, saberes

[187] Ver también Araujo Junior, 2018, p. 50.

[188] Véase también Cubells Aguilar, 2016, p. 73.

> y significaciones, donde permanentemente se transforman las relaciones sociales, culturales e institucionales, y en esas relaciones es donde se edifican los significados (*ibid.*, p. 25).

Este autor agrega que, para este tipo de interculturalismo, toda cultura está contaminada por muchas culturas y racionalidades, por lo que lo que debe defenderse es una igualdad en la diferencia que sepa combinar ambos principios frente a toda situación que produce desigualdad (*ibid.*).

Ahora bien, es importante resaltar que el *giro decolonial* con el que es necesario abordar los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, debe, sin duda, abordar las luchas hegemónicas y antihegemónicas entre las diversas culturas y dentro de ellas y, además, debe considerar la idea de sociedades dinámicas en contextos de *pluralismos de confluencia* enmarcados en procesos de interculturalidad, para así, desde la interculturalidad, proponer enfoques interculturales de derechos que superen lógicas extremas de universalismos o particularismos.

No podría soslayarse, además, la postura del profesor De Sousa Santos (2010), quien, desde su enfoque sociológico crítico y con miras a una construcción de derechos con enfoque intercultural, define a los derechos humanos como un «localismo globalizado»; en este marco, establece que, entretanto se sostenga su universalidad, éstos funcionarán como una forma de globalización desde arriba con un fuerte carácter hegemónico —pretensión desde la cual, el ámbito global de los derechos humanos sacrificará su legitimidad local— (p. 67).

Por su parte, Fornet-Betancourt (2013), desde su enfoque filosófico intercultural, también cuestiona la universalidad de los derechos humanos, planteando que la exigencia intercultural conllevará el deber de liberar a los derechos humanos de los límites establecidos desde el poder hegemónico para, así, llenarlos con las voces y pensares de las culturas oprimidas y relegadas a la periferia no solo económica, sino también cultural e ideológica; ideas que se circunscriben a los postulados del *giro decolonial* (pp. 147-176).

Asimismo, Fornet-Betancourt (*ibid.*) cuestiona la universalidad de los derechos humanos impuesta por el neoliberalismo y su globalización del capital y, desde la filosofía intercultural, proyecta la reivindicación de las memorias históricas de la humanidad, en su diversidad, para un diálogo respetuoso. Este autor coincide con De Sousa Santos en lo referente a los diálogos interculturales, los cuales, en un contexto de pluralismo jurídico de tipo igualitario, deben generarse en igualdad jerárquica entre dialogantes, tal como plantea el *giro decolonial* (*ibid.*).

Esta desjerarquización de la epistemología y de las relaciones de poder se percibe, con meridiana claridad, en la línea de pensamiento de Fornet-Betancourt, quien sentencia que «por ser una herencia común ninguna cultura particular podrá ejercer el monopolio interpretativo de los derechos humanos, ni creer que es ella la única que tiene la patente de los mismos» (*ibid.*). Es evidente, en consecuencia, que el intercambio entre todos los *logos* que habla la humanidad operará en un contexto de interculturalidad (*ibid.*).

Cubells Aguilar (2016), por otra parte, invoca a Panikkar y señala que este autor cuestiona el universalismo abstracto de los derechos humanos y que, desde su visión enmarcada en los diálogos interculturales e interreligiosos, resalta el peligro para los derechos humanos de una viralización del «síndrome colonial», ya que el atribuir a ideas nacidas en una cultura el monopolio o el privilegio del valor universal es una forma de colonización que sustenta la superioridad de la cultura occidental (pp. 44-47).

Este filósofo catalán-hindú propone generar diálogos interculturales para que las diversas culturas brinden su particular visión de un orden humano que consideran justo en relación a su contexto particular (*ibid.*). En este orden, nuevamente puede advertirse que el cuestionamiento a la universalidad de los derechos humanos plantea, como *método*, la generación de diálogos interculturales, por lo que, sin duda, este cuestionamiento y la vigencia de los diálogos son aspectos que configuran uno de los hilos argumentativos esenciales de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Panikkar cuestiona, también, el concepto de «persona humana» desde una visión reduccionista al individuo. En esta perspectiva sostiene: «Mi persona también está en mis ideas y sentimientos y en mis posesiones. Si me hacen daño, también hacen daño a todo mi clan y puede que hasta a ustedes mismos» (*ibid.*). Este criterio es un punto esencial no solo para sustentar el cambio de paradigma del derecho que —como se explicó en este capítulo— supera la dimensión individual de los derechos, sino que también propone, a partir del debate constitucional, la *desuniversalización* de los derechos humanos, apelando a una mirada senti-pensante del derecho que supere la trilogía de la *objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente única de juridicidad* que tal como se sustentó en el primer capítulo de este trabajo, en los sistemas jurídicos contemporáneos reflejan la narratividad de la diosa Themis con la venda de la verdad formal y de un positivismo jurídico recalcitrante que evita «mirar al derecho con los dos ojos» y que «es un coloso de hierro con pies de barro» (*ibid.*).

Esta visión sentipensante —en contraposición a la idea de derechos humanos universales— contempla la diferencia cultural y los diversos saberes, y plantea un método especial que es propio de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos: los diálogos interjurisdiccionales e interculturales que hagan posible el giro decolonial, en virtud del cual no exista cultura superior a otra, sino que, en un plano de igualdad, se construyan puentes de diálogo orientados a la generación de derechos con enfoques interculturales.

Por ello, lo sintetizado en este acápite es esencial porque no pueden tejerse las narrativas de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos sin el hilo de las interpretaciones plurales de derechos.

Así, esta poética de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos implica hilar la producción de derechos con enfoque intercultural a partir de *consensos interculturales* basados en enfoques interculturales y diálogos o polílogos interculturales. Por ello, los derechos no solo deben ser vistos desde los procesos citados por Peces-Barba (2014) (positivización, generalización, internacionalización y especificación) (p. 154 y ss.), sino también debe considerarse a la interculturalidad que, merced a la diversidad

e identidad cultural, plantea diferentes enfoques basados en la plurinacionalidad y los consensos interculturales.

En suma, los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos afrontan el desafío de repensar prácticas y métodos pluralistas, como los diálogos o polílogos interculturales que, en particular, deben realizar y promover los Tribunales Constitucionales, las Cortes Constitucionales o las instancias que en Latinoamérica ejerzan control de constitucionalidad [189].

8.- El modelo polifónico de justicia constitucional

A partir del giro decolonial, los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos proponen el modelo polifónico de justicia constitucional, el cual no puede comprenderse exclusivamente desde los moldes de los sistemas de control jurisdiccional difuso, concentrado o mixto de constitucionalidad [190]. Por esta razón, en este trabajo se postula una reflexión a partir de la polifonía que debe caracterizar a la justicia constitucional latinoamericana.

En el escenario propuesto, la justicia constitucional debe considerar a la razón jurídica no como un dogma con raíces epistemológicas hegemónicas, sino como una pluralidad de epistemologías que deben generar una lógica polifónica o dialógica destinada a alcanzar el equilibrio y la armonía de las personas, y entre éstas y la Pachamama o Madre Tierra; o, tal y como plantea Uprimny-Yepes (s. f.), la armonía del ser humano en su vida en comunidad, es decir, ese *Suma Qamaña* en el caso del ideal constitucional boliviano o el *Sumak Kawsay* ecuatoriano [191].

Los modelos polifónicos de justicia constitucional, especialmente en sociedades plurinacionales como la boliviana, encomiendan el cuidado de la Constitución a instancias cuya composición sea plural [192] y que, de acuerdo a los principios de complementariedad y relacionalidad, materialicen —no desde la abstracción, sino desde la esencia senti-pensante del derecho— pautas interculturales de interpretación. Esto, a fin de que, desde las voces directas y no mediadas de los históricamente oprimidos, se generen consensos interculturales a partir de procedimientos constitucionales que superen toda formalidad y ritualidad, y que consagren nuevos métodos del derecho, como los diálogos interjurisdiccionales o interculturales.

Más allá de un concepto de «control de constitucionalidad» —afianzado en una jerarquía orgánica desde la cual se hacen valer derechos de constitución universal en el

[189] En la línea de las ideas desarrolladas, es importante revisar el Informe Técnico elaborado por la antes Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional: TCP/ST/UD/Inf. N.° 040/2013, pp. 24-25, comentario inserto en nota 54. Este documento, que desarrolla la plurinacionalidad descolonizadora, será abordado en el capítulo IV.

[190] Estos sistemas serán abordados específicamente en el cuarto capítulo.

[191] En los capítulos III y IV de este documento se desarrollan las nociones de *Suma Qamaña* y del *Sumak Kawsay*.

[192] El tema de la composición plural, especialmente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, se aborda en el capítulo IV de este trabajo.

marco de criterios binarios de la administración de justicia [193]— estos modelos polifónicos de justicia constitucional buscan lograr la armonía, el equilibrio, la complementariedad y la reciprocidad entre las personas, y entre ellas y la Madre Tierra; razón por la cual, el ideal máximo de estos modelos es el tan ansiado Vivir Bien en el caso boliviano o Buen Vivir para el caso ecuatoriano.

Uprimny-Yepes *et al.* (2006) desarrollan el alcance de los modelos polifónicos de justicia y advierten lo siguiente:

> …los derechos humanos no deben ser concebidos como un *a priori* lógico ligado a nociones metafísicas, como dios o la naturaleza humana, sino que debe ser fruto de un reconocimiento y diálogo entre las culturas. Por ello es que podría hablarse de la «uni-di-versalidad» de los derechos humanos, precisamente para defender la idea de que ellos deben ser pensados como un resultado progresivo de una comunicabilidad entre las diversas culturas, a través de la puesta en perspectiva y la relativización de las mismas, pero sin que ello implique el abandono de la posibilidad de la comprensión crítica de las mismas. La apertura hacia otras civilizaciones, para luego de oír y comprender sus razones y motivos, criticar algunos de sus elementos, no excluye sino que por el contrario es el presupuesto mismo para buscar acuerdos relativos con respecto a asuntos comunes (p. 31).

Como podrá advertirse, desde el giro decolonial, todos los hilos argumentativos esenciales para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos podrán tejerse desde el enfoque de los modelos polifónicos de justicia constitucional, los cuales —como método esencial— deberán aplicar los diálogos o polílogos que se enmarcan en la denominada *hermenéutica diatópica*, la cual considera la incompletud de las culturas, que deben abrirse a un diálogo intercultural (Aguiló Bonet, 2010, pp. 145-163). Este diálogo debe realizarse en igualdad de condiciones entre los diversos grupos que componen la sociedad, para un real intercambio de cosmovisiones y un aprendizaje recíproco (Araujo Junior, 2018) que, además, debe propiciarse desde las voces de los históricamente oprimidos, entre ellos, mujeres, pueblos indígenas, movimientos sociales y ciudadanos, así como colectivos LGBTI (p. 52). Esta hermenéutica diatópica coincide también con la lectura del profesor Peter Häberle (2002), quien postula una Constitución del pluralismo, la cual será esencial para un modelo polifónico de justicia constitucional (pp. 177-198) [194].

Con relación a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de Colombia mostró al mundo grandes avances en el marco de este modelo y —aunque no es el objeto de este trabajo académico sistematizar todos los entendimientos de esta instancia de control de

---

[193] Los criterios binarios de administración de justicia se desarrollan en el capítulo IV de este documento.

[194] Häberle (*ibid.*) desarrolla las características del Estado Constitucional de Derecho y, a partir del concepto de «Constitución como cultura», identifica seis elementos de la cultura jurídica europea: (1) la historicidad de su derecho desarrollado durante 2.500 años con la base filosófica de la antigua Grecia, el específico espíritu de los romanos y los aportes del judaísmo y el cristianismo; (2) la «cientificidad», es decir, la dogmática jurídica; (3) la independencia judicial; (4) la neutralidad ideológico-confesional; (5) la multiplicidad en unidad; y (6) la particularidad y universalidad. Estos rasgos identificados por el autor, sustentan la narratividad de la diosa Themis que trata de retratarse en este trabajo.

constitucionalidad en esta temática— es necesario citar algunos precedentes esenciales que sentaron las bases de los postulados de los modelos polifónicos de justicia constitucional que se propone. En este marco, por su importancia, debe mencionarse la Sentencia T-349, de 8 de agosto 1996, que tuvo como magistrado ponente a Carlos Gaviria Díaz, quien fue, desde el activismo judicial, promotor de un modelo polifónico de justicia constitucional.

La citada sentencia sentó las bases de los *criterios interculturales de interpretación a derechos* para que, desde el consenso intercultural y mediante ponderaciones también interculturales, se resuelvan conflictos entre el principio de diversidad étnica y cultural respecto a otros principios constitucionales, a través de un «equilibrio de derechos» [195].

Entre los antecedentes más importantes que generó la sentencia referida, se puede resaltar el entendimiento en virtud del cual la Corte Constitucional de Colombia afirmó lo siguiente:

> Considerando que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas (*ibid.*).

Sobre la base de estos entendimientos pioneros en los consensos interculturales y a partir del cuestionamiento planteado desde Latinoamérica respecto al principio de universalidad de los derechos, la Corte Constitucional de Colombia señaló que solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades cuando: a) Se trate de una medida estrictamente necesaria y proporcionada para salvaguardar un interés de superior jerarquía; y, b) Cuando se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas (*ibid.*); en este marco se establece que los límites a la jurisdicción indígena «solo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre» (*ibid.*).

De acuerdo con lo anotado, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-349 de 1996, estableció que si bien la jurisdicción indígena merece el máximo margen de autonomía, ésta tiene, empero, límites mínimos en materia de derechos humanos; entre ellos el respeto al derecho a la vida, la prohibición de esclavitud, la prohibición

[195] En cuanto al principio de diversidad étnica y cultural, la citada sentencia señala: «El postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva a un alto grado de indeterminación; en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios que gozan de igual jerarquía» (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N.° T-349/96. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm).

de tortura y la legalidad en el procedimiento en los delitos y las penas, criterio que está vinculado con la prohibición de decisiones arbitrarias (*ibid.*), ya que estos criterios mínimos «se encuentran dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado» (*ibid.*).

En consecuencia, esta sentencia brinda un gran aporte al modelo polifónico de justicia constitucional ya que interpreta el debido proceso y el derecho a la defensa desde un enfoque intercultural, no basado en el principio de universalidad de derechos, sino en el marco de las normas, procedimientos y la cosmovisión de la Comunidad Embera Chambi [196]. Este aspecto es esencial para este acápite, ya que esta interpretación intercultural de derechos permite generar consensos interculturales, por lo que sin duda la citada sentencia se constituye en un referente para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Otra sentencia emblemática emitida por la Corte Constitucional de Colombia fue la T-523, de 15 de octubre de 1997. El magistrado ponente de este fallo fue Carlos Gaviria Díaz y, a través del mismo, se emitieron criterios paradigmáticos sobre el *fuete*, que es un medio sancionatorio aplicado por la comunidad Paez, a través de la utilización en el cuerpo de la persona sancionada de un látigo para arrear el ganado (*ibid.*).

En este caso, la Corte, evidenciando un quiebre epistemológico con el principio de universalidad de los derechos humanos, consagró el principio de diversidad étnica y cultural y la garantía de convivencia pacífica entre grupos culturales distintos, al respeto señaló:

> El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra

[196] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N.° T-523/97, del 15 de octubre de 1997. Disponible en: www.corteconstitucional.gov.co/relatoria1997/T-523-97.htm.

> el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido (*ibid.*).

Además, para superar el principio de universalidad como la única mirada de los derechos, la Corte afirmó lo siguiente:

> Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un «verdadero consenso intercultural» deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencia en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos (*ibid.*).

En cuanto a los límites mínimos que, en materia de derechos humanos, deben cumplir las autoridades indígenas, este tribunal determinó que éstos

> …responden (…) a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional (*ibid.*).

Desde este enfoque intercultural que deben adoptar los modelos polifónicos de justicia constitucional, la Corte, en cuanto al debido proceso en la jurisdicción indígena, estableció en esta sentencia lo siguiente:

> …el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo

> que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento para la cohesión social (*ibid.*).

Desde la óptica de una epistemología plural, la Corte establece que el *fuete* no constituye tortura ni pena degradante, dictaminando lo siguiente:

> El *fuete* consiste en la flagelación con «perrero de arriar ganado», que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que «humille al individuo groseramente delante de otro en su mismo fuero interno», porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al «escarmiento» público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad (*ibid.*).

La citada sentencia abordó también el tema de la decisión del destierro en comunidades indígenas, y desde las otras miradas de la epistemología dictaminó lo siguiente:

> El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. Ese acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos solo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación (*ibid.*).

Otro precedente importante que sentó la sentencia T-523/97 es el referido al respeto de las sanciones propias de cada comunidad y la prohibición de la imposición de sanciones de tradición occidental:

> No es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado. Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento

> contradictorio que podría expresarse así: «La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero solo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria». Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que «verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre». Pero, además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias (*ibid.*).

Al margen de los dos paradigmas jurisprudenciales referidos, es importante resaltar también que, posteriormente, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia SU-510, de 18 de septiembre de 1998[197], de la cual fue magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, generó importantes precedentes, entre los que figura la prevalencia de las espiritualidades acordes con la cosmovisión de los pueblos indígenas:

> En la cultura Ika —a diferencia de otras culturas— existe una estrecha relación entre el ámbito de la religión —y el de lo profano—, lo político y lo jurídico. El carácter individualista de los dogmas y credos evangélicos choca frontalmente con la concepción del sujeto contemplada por la cosmovisión Ika y con las responsabilidades que esa misma cosmovisión ha asignado a los indígenas serranos, de las que se derivan roles y tareas sociales bien definidas. Las prácticas rechazadas por la IPUC [Iglesia Pentecostal Unida de Colombia] forman parte del nódulo esencial de la filosofía práctica y religiosa incluso, la expulsión del reguardo. De las consideraciones puede concluirse que un indígena que suplanta la «ley de origen» por la Biblia, y la «mamo» por el pastor evangélico, ha dejado de compartir la cosmovisión y, por lo tanto, la mentalidad religiosa implica, necesariamente, un proceso profundo y radical de sustitución cultural, con independencia de que ciertas apariencias formales —como el vestido, el largo del cabello, la utilización de collares, o la vivienda— se mantenga intactas». En este contexto, la Corte ha precisado también que «…si bien las autoridades tradicionales pueden definir las faltas y las sanciones, deben hacerlo con sujeción a los principios mínimos del debido proceso. Adicionalmente deben respetar un contenido mínimo del principio de igualdad en el sentido de que no pueden aplicar sanciones más gravosas simplemente porque la persona en ejercicio de su libertad religiosa opta por un credo distinto. Esto es desproporcionado y viola el núcleo esencial de la libertad religiosa y de la igualdad» (*ibid.*).

[197] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-510, del 18 de septiembre de 1998. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su510-98.htm

La Corte también estableció el alcance del principio de diversidad e integridad personal, señalando que

> …no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la República Colombiana y obedece a «la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental». La Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (*ibid.*).

La citada sentencia, desde el enfoque de los modelos polifónicos, también consagra la autonomía de las autoridades tradicionales:

> El principio de diversidad étnica y cultural otorga a las comunidades indígenas un estatus especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios. Igualmente, la Carta les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes; y, les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios (*ibid.*).

En la sentencia analizada se sienta también un precedente importante en cuanto a la protección de la propiedad comunal:

> La Corte no ha dudado en reconocer, con base en las declaraciones constitucionales e internacionales respectivas, que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no solo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia, sino también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad… (*ibid.*).

En este marco, la Corte Constitucional de Colombia dictaminó que solo puede limitarse la propiedad colectiva en caso de enfrentarse a intereses o bienes constitucionales de mayor importancia.

Como puede advertirse, las raíces del modelo polifónico de justicia constitucional se remontan a las citadas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, las cuales representaron un despertar que generó avances, tanto en diseños normativos como a nivel jurisprudencial, en diferentes países de Latinoamérica. Tal es el caso del Tribunal Constitucional Plurinacional que, a la luz de la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico de tipo igualitario y la interculturalidad, también desarrolló pautas interculturales de interpretación de derechos, primero a través de la SCP 1422/2012, que fue parcialmente modulada por la SCP 0778/2014 y, posteriormente, dichas pautas fueron sistematizadas por la SCP 481/2019-S2, a partir de lo que se ha denominado como el paradigma del Vivir Bien, el cual será desarrollado de manera específica en el capítulo cuarto.

En síntesis, lo cierto es que, en contextos todavía marcados por la venda de la *objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente única de juridicidad* —y tal como afirma Araujo Junior (2018), al existir un *sesgo decolonial* a partir de lecturas homogeneizantes de los institutos jurídicos y del mantenimiento de patrones que profundizan las colonialidades del poder, del ser y del saber y que no permiten la construcción de hermenéuticas diatópicas que aseguren diálogos interculturales en igualdad de condiciones (pp. 116-119)—, en Latinoamérica se presentan, sin duda, dificultades para implementar modelos polifónicos de justicia constitucional. Por ello, siguiendo a Mignolo (2010), será necesario un constitucionalismo que, desde Latinoamérica y para los modelos de justicia constitucional, postule una *desobediencia epistémica* con fines transformativos (pp. 9-12).

Esta desobediencia epistémica propuesta por Mignolo será una herramienta discursiva importante para que los modelos polifónicos de justicia constitucional —en el marco del *giro decolonial*— se sustenten en diálogos igualitarios que permitan la construcción de líneas de pensamiento jurisprudencial a partir de las voces directas y no medidas de los grupos históricamente oprimidos: mujeres, pueblos indígenas, colectivos LGBTI, movimientos sindicales, fabriles, obreros, etc.

En el marco del espectro precisado cabe resaltar que si los diálogos interjurisdiccionales e interculturales no pueden ser implementados en su real alcance por los modelos polifónicos de justicia constitucional, a pesar de los procesos constitucionales democráticos y plurales especialmente vividos en Ecuador y Bolivia, será todavía más difícil la generación de diálogos interculturales o interjurisdiccionales con relación a mujeres o colectivos LGBTI, sectores que en sociedades profundamente patriarcales como las latinoamericanas, se encuentran invisibilizados por la *objetividad, la razón del hombre y la ley como fuente única de juridicidad*, con leves progresos que se generan no a través de sus voces sino por lenguajes mediados y siempre desde una epistemología hegemónica y jerarquizada.

9.- Los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos desde las reivindicaciones de las mujeres y los colectivos LGBTI

Tal como ya se señaló, la construcción de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en coherencia con el *giro decolonial*, debe realizarse desde la voz directa y no mediada de los actores históricamente invisibilizados y excluidos en sociedades

con matrices patriarcales y que han generado construcciones históricas de desigualdad, desequilibrio y poder por razón de género afectando directamente a las mujeres y los colectivos LGBTI [198], mirada que desde el enfoque de Facio Montejo (1992), superará posturas androcéntricas tan dañinas para el pluralismo epistemológico y los ideales transformativos en sociedades diversas y plurinacionales [199].

El escenario presentado para poder «mirar con los dos ojos», obliga a desarrollar la evolución del feminismo en la historia, para luego también referirnos a la descolonización del género y así entrelazar los tejidos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos desde la *desobediencia epistemológica* en términos de Mignolo (2010), para lograr así que la construcción del pensamiento constitucional se la realice también desde criterios sentipensantes a partir de la voz directa especialmente de la mujer indígena y de otros sectores históricamente oprimidos.

De acuerdo con lo anotado, y antes de ingresar al concepto del género descolonizado, *prima facie*, es importante precisar que la primera etapa que debe analizarse es la del *femi-*

[198] Ver De Sousa Santos (2011). El patriarcado es una forma de organización social por la que los hombres dominan, oprimen y explotan a las mujeres (ver Macionis y Plummer, 2007, p. 310). El Tribunal Supremo de Justicia en el «Protocolo para juzgar con perspectiva de género», en cuanto al patriarcado señala: «Así, la discriminación contra la mujer y contra personas que tienen diferente orientación sexual e identidad de género se enmarco dentro de un sistema socio-cultural de dominación y subordinación que se denomina patriarcado; sistema que se sustenta ideológicamente en preceptos androcéntricos —mirada masculina del universo— que legitiman prácticas de discriminación de violencia basada en los roles atribuidos como naturales y biológicos de unos y otros y en el discurso de superioridad de los masculino…» (Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2017). También, Facio Montejo (1992) señala que el patriarcado es «un término que se utiliza de distintas maneras, para definir la ideología y estructuras institucionales que mantienen la opresión de las mujeres. Es un sistema que se origina en la familia dominada por el padre, estructura reproducida en todo el orden social y mantenida por el conjunto de instituciones de la sociedad política y civil, orientadas hacia la promoción del consenso en torno a un orden social, económico, cultural, religioso y político, que determinan que el grupo, casta o clase compuesto por mujeres, siempre está subordinado al grupo, casta o clase compuesto por hombres, aunque pueda ser que una o varias mujeres tengan poder, hasta mucho poder como las reinas y primeras ministras, o que todas las mujeres ejerzan cierto tipo de poder como lo es el poder que ejercen las madres sobre los y las hijas. Las instituciones por medio de las cuales el patriarcado se mantiene en sus distintas manifestaciones históricas, son múltiples y muy variadas, pero tienen en común el hecho de que contribuyen al mantenimiento de las estructuras de género que oprimen a todas las mujeres. Entre es tas instituciones están: la familia patriarcal, la maternidad forzada, la educación androcéntrica, la heterosexualidad obligatoria, las religiones misóginas, la historia robada, el trabajo sexuado, el derecho monosexista, la ciencia ginope, etc.» (pp. 28-29). Además, Facio Montejo menciona que el patriarcado se presenta en sociedades capitalistas, socialistas, tercermundistas y colonialistas; en ese marco, si los nuevos neoconstitucionalismos solamente tuvieran una lectura desde la mirada de los hombres, la crítica de este trabajo sería estéril, ya que se seguiría mirando con un solo ojo al derecho: el ojo del «hombre» (*ibid.*).

[199] Facio Montejo (*ibid.*) señala que el androcentrismo «consiste en ver el mundo desde lo masculino tomando al varón de la especie como parámetro o modelo de lo humano. A veces esta forma de sexismo degenera en misoginia, que como su raíz latina lo indica, es el odio o desprecio a lo femenino, o en ginopia: la imposibilidad de ver lo femenino o imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino. Estas dos formas extremas de sexismo son mucho más comunes de lo que a primera vista se desprende, porque las mujeres estamos tan acostumbradas a que se nos desprecie o invisibilice, que no nos damos cuenta de las muy variadas formas en que se nos niega la pertenencia al género humano o peor aún, de cómo se nos niega la existencia misma» (p. 92).

nismo premoderno que se inicia en el siglo XVIII como una doctrina para la lucha contra la dominación de un sexo en relación a otro [200]. Esta corriente construye su ideario a partir de la igualdad formal, por lo que es necesaria su contextualización en las revoluciones francesa e inglesa [201].

[200] La dominación de mujeres por hombres está vinculada al concepto de «sexismo». Alda Facio (*ibid.*, p. 25), señala que el sexismo es la creencia, fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones, en la superioridad del sexo masculino, creencia que resulta en una serie de privilegios para ese sexo que se considera superior. Estos privilegios descansan en mantener al sexo femenino al servicio del sexo masculino, situación que se logra haciendo creer al sexo subordinado que esa es su función «natural» y «única». La autora visibiliza la necesidad de una conciencia de género porque los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no solo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecen a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc. La autora (*ibid.*) visibiliza la necesidad de una conciencia de género porque los análisis y transformaciones de clase son ciegas al género, mientras que la perspectiva de género lleva implícita, no solo la variable clase, sino todas las variables imaginables, precisamente porque las mujeres pertenecen a todas las clases, edades, razas, etnias, creencias, opciones sexuales, etc.

[201] En el contexto de la Revolución Francesa, es importante considerar la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana redactada en 1789 por Olympe de Gouges para ser decretada por la Asamblea Nacional francesa. El preámbulo de esta declaración reza: «Las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación, piden que se las constituya en Asamblea Nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de 105 gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes, a fin de que los actos del poder de las mujeres y los del poder de los hombres puedan ser, en todo instante, comparados con el objetivo de toda institución política y sean más respetados por ella, a fin de que las reclamaciones de las ciudadanas, fundadas a partir de ahora en principios simples e indiscutibles, se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos. En consecuencia, el sexo superior tanto en belleza como en coraje, en los sufrimientos maternos, reconoce y declara, en presencia y bajo 105 auspicios del Ser supremo, los Derechos siguientes de la mujer…» (De Gouges, 1789). En el contenido de esta declaración, se advierte que su artículo primero garantiza el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres; el artículo tercero establece que el principio de soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre; ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos. El artículo cuarto señala que «la libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, los ejercicios de los derechos naturales de la mujer solo tienen por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y la razón» (*ibid.*). El epílogo prescribe: «Mujer, despierta; el rebato de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. El potente imperio de la naturaleza ha dejado de estar rodeado de prejuicios, fanatismo, superstición y mentiras. La antorcha de la verdad ha disipado todas las nubes de la necesidad y la usurpación. El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas? ¿Qué ventajas habéis obtenido de la revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible. […] Cualesquiera sean los obstáculos que os opongan, podéis superarlos; os basta con desearlo» (*ibid.*). En este periodo, deben resaltarse dos obras en particular: la primera, *Una reivindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft (1792) y la segunda *El sometimiento de la mujer* (1869), de John Stuart Mill y su esposa, Harriet Taylor Mill. También debe analizarse *Sobre la igualdad de los sexos* (1673), de Poulain de la Barre, que abordó la igualdad sexual. Asimismo, es importante señalar que las mujeres británicas ejercieron, por primera vez, su derecho al voto en las elecciones generales del 14 de diciembre de 1918, gracias a la presión del «movimiento sufragista». En EEUU el movimiento sufragista estuvo relacionado con el movimiento abolicionista. En 1848, el Estado de Nueva York aprobó la Declaración de Seneca Falls, documento en el que se reivindicó la igualdad de los sexos. Ver De Miguel, 2007.

Posteriormente emerge el *neofeminismo* que se remonta a la década de los años 60 y 70 del siglo xx. El hito intelectual más importante es la publicación de *El segundo sexo* (1949), de Simone de Beauvoir. Esta autora plantea que no se nace mujer, sino que se llega a ser mujer a través de un proceso por el cual lo que se conoce y entiende por mujer es una construcción sociocultural; por eso, a partir de esta obra se concibe el «género» como construcción sociocultural de los roles y actitudes de hombres y mujeres [202].

También, en la historia del feminismo debe mencionarse el *feminismo radical*, atribuido a Catharine MacKinnon (1995), quien cuestiona la dominación, explotación y subordinación que afecta a las mujeres (pp. 26-28). En particular, esta autora visibiliza y cuestiona el abuso de la sexualidad femenina por parte de los hombres (*ibid.*). Desde este enfoque se aborda la violación, el acoso sexual, la pornografía y se cuestiona el derecho internacional de los derechos humanos por estar basado en una regla de igualdad o razón universal sin contemplar los reclamos de las diferencias (*ibid.*).

En esta línea, de acuerdo a Facio (1992):

> El feminismo sostiene que las mujeres de todas las clases, razas, etnias, edades, discapacidades, creencias, opciones sexuales, etc., son discriminadas, subordinadas y

[202] Beauvoir (1999), en su obra, analiza los roles que le toca cumplir a la mujer bajo el dominio de los hombres y su posición como esposas, madres, prostitutas, etc. (p. 207). Cuestiona la idea de la construcción social de la «feminidad» y también al matrimonio como destina de la mujer determinado tradicionalmente por la sociedad (*ibid.*). Para contextualizar la temática, es importante diferenciar sexo y género. Para Beauvoir (*ibid.*) el sexo es la diferenciación biológica entre hombres y mujeres, a diferencia del género que es una construcción social fuertemente influenciada por la cultura en un amplio sentido. Aunque en cada caso no se presenten todos los elementos, el sexo o la pertenencia a un sexo implica: 1) la composición cromosomática; 2) los órganos reproductores; 3) los genitales externos; 4) los genitales internos; 5) el componente hormonal; y 6) las características sexuales secundarias. En este contexto, se puede afirmar que el género es una construcción social compleja, que ha nacido como oposición a los determinismos biológicos que conlleva el sexo y se refiere a los contenidos o aspectos sociales de lo que es masculino o femenino y su incidencia en las relaciones de poder. El género habla en lenguaje de masculinidad o feminidad, el código de lo que significa ser varón o mujer en una sociedad determinada (ver Shibley Hyde y Delamater, 2006). Lo expuesto anteriormente evidencia la importancia de determinar la diferencia entre las categorías «sexo» y «género». Así, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), señala que el término «sexo» se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, al tiempo que «género» alude a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer (CEDAW, 2010). El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar (*ibid.*). Es importante señalar también que, para Judith Butler (2007 y 2016), tanto el género como el sexo y la sexualidad son construcciones sociales. Para Joan Scott (1986), el término «género» diferencia los roles sociales asignados a hombres y mujeres; así, de acuerdo a esta autora el género es: a) un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos; en este primer ámbito identifica cuatro elementos: i) símbolos culturalmente disponibles con varias representaciones; ii) conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos; iii) las instituciones y las organizaciones sociales en las cuales se manifiesta el género; y iv) la identidad subjetiva; y b) que el género es una forma primaria de relaciones significativas de poder, en este contexto, la autora señala que el género ha sido una forma recurrente de facilitar la significación del poder en las culturas occidental, judeo-cristianas e islámica.

> oprimidas en razón de su sexo: que tienen experiencias, vivencias y necesidades que no son tomadas en cuenta ni satisfechas y que para eliminar esa discriminación y subordinación y para satisfacer sus necesidades, se requieren cambios profundos en la distribución del poder político, económico y social entre los sexos (pp. 31-32) [203].

Siguiendo el criterio de Facio, es evidente que el feminismo no se circunscribe a luchar por los «derechos de las mujeres», sino a cuestionar profundamente todas las estructuras de poder, incluyendo las de género (*ibid.*), reivindicación que a su vez incluye a los colectivos LGBTIQ.

Como puede advertirse, la deconstrucción profunda de las sociedades patriarcales tiene sustento en postulados de igualdad material; sin embargo, en coherencia con lo desarrollado en este capítulo, resulta esencial enfocar estas reivindicaciones desde el *giro decolonial* a partir del cual los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en contextos de pluralismo jurídico de tipo igualitario y de interculturalidad, deberán impulsar modelos polifónicos de justicia constitucional dirigidos a materializar derechos para Vivir Bien, no únicamente a través de la voz de los jueces o juezas, sino a través de diálogos interculturales e interjurisdiccionales con perspectiva en despatriarcalización que escuchen la voz directa de las mujeres, especialmente de las mujeres indígenas. Esta es la visión del género descolonizado en el contexto de los modelos polifónicos de justicia constitucional [204].

En efecto, estos diálogos interjurisdiccionales e interculturales con perspectiva en despatriarcalización y desde la voz de las mujeres y de las personas históricamente discriminadas por temas de orientación sexual o identidad de género, a partir del torrente de los nuevos constitucionalismos dialogantes latinoamericanos, serán el motor esencial para desestructurar sociedades jerarquizadas —que, desde la *objetividad, la razón del hombre blanco y la ley como fuente única de juridicidad*— subordinan a la mujer y a toda persona que no cumpla con los roles de género impuestas por sociedades homogeneizantes y hegemónicas dominadas por la razón del hombre blanco. Por tanto, sin duda desde esta visión, el hilo que nos hará «mirar con los dos ojos» y tejer con las dos manos deberá considerar las reivindicaciones de las mujeres y los colectivos LGBTI desde su propia voz y no a través de diálogos mediados. Éste será uno de los grandes desafíos para los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos y, especialmente, para los modelos polifónicos de justicia constitucional.

---

[203] La autora referida, agrega que «…el feminismo es además un movimiento social y político y también una teoría que parte de la toma de conciencia de las mujeres como colectivo humano oprimido, explotado y dominado por el colectivo de hombres en el patriarcado bajo sus distintas fases históricas, conciencia que nos lleva a luchar por la liberación de nuestro sexo a través de las transformaciones de la sociedad que se requieran» (*ibid.*).

[204] La temática de la descolonización del género fue trabajada por la autora boliviana de origen aymara Silvia Rivera Cusicanqui (2011).

10.- Conclusiones

Durante cada alba, en el Abya Yala, miles de mujeres practican su arte milenario de tejer y, con sus manos vigorosas, entrelazan diversos y radiantes hilos de colores que denotan polifonías de esperanza, libertad, armonía y reconciliación. Mientras los hilos se entrelazan para formar parte de tejidos con formas múltiples, sus voces silenciadas por la historia y sus almas oprimidas por sus destinos impuestos, claman ser parte de una poética que —desde el *giro decolonial*— vislumbre las formas de un constitucionalismo dialógico latinoamericano que construya puentes de diálogo intercultural y consagre así derechos interpretados a partir las realidades diversas. Esto, en el marco de un modelo de justicia constitucional que materialice dichos derechos, considerando la voz de los históricamente oprimidos, y a través de nuevos métodos acordes con un lenguaje polifónico que consolide la participación de los pueblos indígenas, de las mujeres y de los colectivos LGBTI, para lograr así una real transformación y deconstrucción de las estructuras sociales y estatales.

Desde la atalaya del giro decolonial, este capítulo propone una primera mirada que plantea cuestiones esenciales para la construcción de los puentes dialógicos del pensamiento constitucional latinoamericano. Así, se inició la argumentación desde los efectos nefastos que tuvo, en Latinoamérica, el proceso de colonización consolidando el fenómeno de la colonialidad del ser, del saber y del poder. Esto conllevó, a su vez, una hegemonía epistémica, así como la subalternización del *otro*, cuya voz fue históricamente silenciada bajo estructuras constitucionales monoculturales y homogeneizantes.

Es por ello que este giro decolonial propone, además, una pluralidad epistemológica desde una rebelión de los diversos saberes, entre ellos los de los pueblos indígenas con herencias culturales ancestrales, la cuales representan nuevas fuentes filosóficas que nutrirán, desde la interculturalidad, los fundamentos de saberes diferentes y dialogantes.

También desde el lenguaje de la interculturalidad, en este capítulo se pretende demostrar que los radiantes y coloridos hilos de la pluriculturalidad y la plurinacionalidad dieron forma a importantes procesos constituyentes latinoamericanos que moldearon el diseño de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Entre ellos —y siguiendo las enseñanzas del profesor Martínez Dalmau— deben resaltarse los procesos constituyentes que dieron lugar a las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Pero, además, de acuerdo a Yrigoyen Fajardo (2012), la construcción del andamiaje de este pensamiento constitucional latinoamericano desde los horizontes de la pluriculturalidad y el pluralismo, nos obliga a consignar las constituciones de Guatemala (1985), Perú (1993) y Brasil (1988), para así poder tejer en su integridad los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

En este capítulo también se intentó hilar los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos desde el crisol del pluralismo jurídico de tipo igualitario que, a su vez, conlleva una interculturalidad crítica plurinacional; criterios esenciales para que, en el contexto del andamiaje del pensamiento dialógico latinoamericano, la poética del giro decolonial brinde voz a los históricamente oprimidos y se supere, por tanto, un modelo

racional normativista, enraizado en un Estado monista y positivista. Un Estado que, en vez de reconocer la diversidad y proteger derechos en el marco de la pluralidad epistemología, consagra —bajo el velo de la diosa Themis vendada— una igualdad formal ritualista y homogeneizante, contraria a la verdad y justicia material

Asimismo, para tejer el constitucionalismo dialógico latinoamericano es importante entrelazar los coloridos hilos del paradigma biocéntrico que, desde las constituciones de Ecuador y Bolivia —y también a partir de la semilla de la línea jurisprudencial del Estado de cosas inconstitucional promovido por la Corte Constitucional de Colombia—, supera la teoría generacional de derechos y consagra la igual jerarquía, la aplicación directa de derechos y su directa justiciabilidad. En esta línea, el paradigma biocéntrico instituido por las constituciones democráticas Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) plantea la noción de *sentiencia*, superando así la visión antropocéntrica de derechos y consagrando no solo a las personas, sino a todo ser viviente y también a la Madre Tierra como titulares de derechos.

El quiebre del paradigma antropocéntrico y la consagración de un pluralismo jurídico de tipo igualitario en el contexto de una interculturalidad crítica plurinacional acorde con la poética del giro decolonial plantean, además, que los tejidos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos sean abordados desde interpretaciones interculturales de derechos que superen la visión exclusivamente universal de los mismos y que, de acuerdo a métodos como los diálogos interculturales o interjurisdiccionales, generen —después de un proceso de traducción y entendimiento— consensos interculturales en un ámbito de mecanismos de justicia constitucional con composición plural, procedimientos constitucionales interculturales y pautas interculturales de interpretación de derechos.

Por lo que antecede, en el presente capítulo se trató de demostrar que uno de los hilos más visibles para tejer los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, será el del *modelo polifónico de justicia constitucional,* el cual generará consensos interculturales a partir de la voz de los históricamente oprimidos y subalternizados en un proceso que persiste desde la colonización hasta la postmodernidad y que impide el goce efectivo de los derechos. Es por ello que los modelos de justicia no deben ser ya concebidos desde la voz del jerarca contralor de derechos, sino que deben concebirse mediante una instancia dialógica que genere dinámicas de traducción y entendimiento intercultural, y que contemple la particular situación de los sectores históricamente oprimidos considerando la voz directa de éstos y no desde lenguajes mediados o traducciones realizadas por el poder hegemónico dominante.

Una vez entrelazados los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, en el siguiente capítulo se abordará el modelo constitucional boliviano, basado en el paradigma del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de la aprobación, vía referéndum (25 de enero de 2009), y de la promulgación (7 de febrero de 2009) de la nueva Constitución Política del Estado. Un constitucionalismo que, sin duda, contemplará los coloridos hilos de los tejidos que en este capítulo se pretendió hilar.

CAPÍTULO III: LA VOZ SILENCIADA DE LOS HISTÓRICAMENTE OPRIMIDOS EN BOLIVIA Y LA VENDA DEL CONSTITUCIONALISMO BOLIVIANO

1.- Resumen

La *poética del giro decolonial*, tal como se resaltó en el capítulo anterior, postula los diálogos interculturales en un plano de igualdad y desde la voz directa y no mediada de los históricamente oprimidos. Siguiendo esta línea, este capítulo intentará demostrar la venda del constitucionalismo boliviano en cuanto a las demandas y reivindicaciones de los pueblos indígenas, cuyas luchas —especialmente por la restitución territorial, la diversidad e identidad cultural y la reconstitución de sus sistemas políticos y jurídicos—, no tuvieron la protección constitucional debida ni por parte del *constitucionalismo social* ni tampoco por el *constitucionalismo pluricultural* porque, entre otras razones, se conservaron —y se conservan aún— estructuras orgánicas *monoculturales* que obedecen a la hegemonía de la *doctrina de la dominación*.

En este escenario, los pueblos indígenas de Bolivia transitaron por un largo camino en cuya ruta se advierte sangre derramada, avasallamientos violentos de territorios, brutales represiones estatales y un sinfín de promesas mutiladas e incumplidas en el contexto de un constitucionalismo boliviano «vendado».

2.- La pluriculturalidad anterior al periodo incaico: Las raíces de los pueblos históricamente oprimidos

En este apartado se intentará reconstruir brevemente las raíces históricas de la pluriculturalidad en lo que ahora se denomina Estado Plurinacional de Bolivia [205] para retratar así

[205] Según Condarco (2006), las raíces de la diversidad cultural, no se determinan desde la visión del hombre o mujer americanos como característicos pobladores de esta región, pues América se pobló como

las diversidades culturales de tierras altas (occidente), medias (valles) y bajas (Amazonía y llanos). Como parte de la prehistoria, la arqueología identificó la cultura Viscachani, ubicada en el actual altiplano de La Paz [206], también se encontraron importantes vestigios culturales en la Puna salada de Lípez y en el departamento de Tarija, las cuales forman parte de la cultura *ayapitense* [207].

Por otra parte, el periodo formativo albergó a las culturas Chiripa [208] y Wankarani [209], así como también a los Uru, que se constituyen en uno de los grupos étnicos más antiguos del territorio boliviano, con una antigüedad aproximada de 10 mil años [210]. Como consecuencia de olas de población y migraciones, los Uru se fusionaron con otros grupos étnicos, como los Puquina y, posteriormente, fueron dominados por los grupos étnicos de lengua aymara. Actualmente, solo quedan tres grupos Uru: los Chipaya, los Uru Murato y los Uru de Iruito (o Irohito). Su cultura se caracterizó y aún se caracteriza por el dominio del agua, la pesca y la navegación, incluso hasta ahora siguen utilizando la técnica ancestral de la construcción de las balsas de totora [211].

La cultura Tiwanaku, por su parte, se desarrolló en el periodo denominado intermedio. Data de unos 1.500 años a. C. (antes de Cristo) y ha sido una de las culturas más estudiadas por la arqueología de la zona andina boliviana [212]. Esta cultura se desarrolló en un entorno geográfico complejo que, al mismo tiempo, fue un espacio cultural, sagrado

---

consecuencia de varias migraciones prehistóricas que trajeron consigo el mismo biotipo dominante de origen asiático (pp. 2-18). El autor precisa, por otra parte, que existieron dos corrientes de migración prehistórica dirigida hacia América: la asiática y la oceánica (*ibid.*).

206 Se cree que esta cultura tiene una antigüedad de entre 8 y 10 mil años, y que se desarrolló en una era anterior a los pescadores, habitando cuevas y abrigos rocosos (Arellano en Meggers, 1992, pp. 51-68).

207 La cultura *ayapitense* (por el nombre del lugar donde fueron encontradas las piezas líticas) estuvo integrada por cazadores que habitaron el actual territorio norte de Argentina y sur de Bolivia hace unos 8 mil años (*ibid.*).

208 La cultura Chiripa se extendió casi por todo el extremo occidental del área circunlacustre con una prologanción hacia los valles mesotermos del norte de las cordilleras Real y de Muñecas. La característica principal del formativo Chiripa es la conformación de asentamientos de aldea con habitaciones cuadrangulares de doble pared. También se encontró cerámica chiripa en Copacabana y Titimani, en las proximidades del lago Titicaca. De la misma forma, se registraron vestigios de esta cultura en los valles de Luribay (La Paz) y en Cochabamba, específicamente en Chulpa Pata, Sierra Mokko, Aiquile, Villa Granado y Pocona (*ibid.*).

209 La cultura Wankarani se extendió desde el extremo sur del Salar de Coipasa y del Lago Poopó hasta la región de Sicasica, al norte del río Desaguadero. Ésta fue una cultura de tipo aldeano que también tuvo presencia en Pukarani y Colquiri, epicentros de demandas y reivindicaciones de pueblos indígenas que tal como se desarrollará más adelante, son esenciales para la reconstrucción de la plurinacionalidad. Ver Arellano en Meggers, 1992, pp. 51-68.

210 Se conoce que poblaron toda la región del eje lacustre que va desde el río Azángaro hasta el lago Titicaca, el río Desaguadero, el lago Poopó y los salares. Se cree también que llegaron hasta Cochabamba, Chuquisaca y Potosí. También poblaron regiones costeras como Arequipa al sur de Perú (*ibid.*).

211 También, como parte de esta pluriculturalidad debe resaltarse a las culturas Mojocoya, Omereque o Nazcoide, Tupuraya, Sauces, entre otras (*ibid.*).

212 La cultura tiwanacota abarcó los territorios subandinos, valles cordilleras norte, centro y sur, el área circunslacustre del lago Titicaca y el altiplano meridional, así como áreas de Perú, Chile y Argentina (*ibid.*).

y simbólico (Medinaceli, 2006, pp. 193-205). Según Medinaceli, en el primer siglo de la era cristiana Tiwanaku se convirtió en un centro urbano importante, por ser el epicentro de redes sociocomerciales basadas en una posible política inclusiva en la cual los ayllus mayores y menores pudieron haberse conectado tanto vertical como horizontalmente, en este último caso a través de redes de intercambio de productos regionales (*ibid.*).

Para efectos de reconstrucción de la pluriculturalidad —y, especialmente, con la finalidad de entender la importancia que, desde la diversidad cultural, implica romper el *paradigma antropocéntrico de derechos* y sustituirlo por un *paradigma biocéntrico* y también para postular el Vivir Bien desde la plurinacionalidad prometida por la Constitución de 2009— es esencial entender que, tal y como menciona Medinaceli (*ibid.*), en el imaginario colectivo, Tiwanaku es concebido como el punto de origen de la vida.

Medinaceli, basándose el cronista jesuita Bernabé Cobo —autor de la *Historia del Nuevo Mundo* (1653)— describe cómo, a fines del siglo XVI, Tiwanaku era visto como el primer sitio de creación de la humanidad, donde los seres humanos se sumergieron y surgieron nuevamente de diferentes lugares y paisajes (cerros, suelos, fuentes, *pakarinas*), lugares que recibieron culto como sitios sagrados (*wakas*) (*ibid.*).

Reinhard (1991), por su parte, describe los orígenes de la cosmovisión andina desde sus raíces tiwanakotas y sostiene que, de acuerdo a la memoria colectiva de los pueblos de la zona andina boliviana, se cree que los animales y la gente se originaron en las montañas y que retornan a ellas al morir. Además, según esta cosmovisión, las deidades de montaña controlan la fertilidad de los cultivos y los fenómenos meteorológicos; se considera también a los *yatiris* (especialistas en rituales) encarnaciones de los dioses de la montaña. Además, como parte de esta cosmovisión se veneraba al Illimani y al Illampu como deidades. De hecho, hasta la actualidad, desde la cosmovisión andina y la filosofía intercultural andina (abordadas en el siguiente capítulo desde el enfoque de la argumentación jurídica plural), estas dos montañas son consideradas dioses eternos y dueños de la tierra y los habitantes de las antiguas provincias de Lupaka y Pacajes que bordeaban el Titicaca por el sur y el este, se consideraban descendientes del matrimonio del Illampu con el lago Titicaca (pp. 7-66).

También desde la cultura tiwanakota, en la Isla del Sol se adoraba al Sajama, deidad en honor de la cual todavía hoy se celebran ritos ancestrales para propiciar las lluvias (*ibid.*). Es importante recordar también que, según Reinhard, desde la cultura tiwanakota y hasta nuestros tiempos, los cinco achachilas («espíritus de las montañas») tutelares son: el Quinsachata, el Antajawa, el Illimani, el Illampu y el Wayna Potosí (*ibid.*).

Como puede advertirse, las montañas constituyen la impronta cultural andina, así como el complejo entorno geográfico en el cual se desarrolló la cultura tiwanakota. En este sentido, todas las culturas andinas ponen en el centro de su cosmovisión las montañas, los ríos, la fertilidad, las inundaciones, las sequías, las cosechas, etc. En este entorno, el Vivir Bien y la pervivencia cultural de los pueblos andinos están vinculados a condiciones geográficas y climáticas, razón por la cual la filosofía y forma de ver y entender el mundo está directamente influenciada por temáticas geográficas y climáticas; así, por ejemplo, para Tiwanaku —y también para las culturas andinas posteriores—, los cuatro

rasgos geográficos se encuentran en las cuatro direcciones cardinales de esta zona andina circunlacustre: los nevados del Sajama y el Illampu, el lago Titicaca[213] y el Illimani[214]; entonces, no es casualidad que la ubicación de Tiwanaku sea cercana a «…un río de valle conectado con el lago Titicaca, desde el cual puede verse la cima del Illimani, quedando además casi en línea norte-sur respecto del Illampu y del Sajama» (*ibid.*).

Asimismo, desde la cosmovisión andina —cuyas raíces pueden identificarse con mayor precisión en Tiwanaku— el este es una dirección sagrada que se vincula con la fertilidad; de hecho, Reinhard resalta la relación de las deidades de las montañas con el ganado, siendo aquéllas percibidas en los Andes como protectoras del ganado y responsables de su fertilidad (*ibid.*). Esta narratividad representa la relacionalidad, armonía, equilibrio y reciprocidad que debe existir entre personas, seres vivos y Madre Tierra, aspectos esenciales de la *chakana* que fundamentará la filosofía andina intercultural, tal cual se verá en el capítulo IV de este documento.

Por otra parte, desde la perspectiva de la interdisciplinariedad del derecho —que es uno de los métodos con los cuales deben trabajar los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos—, el argumento antropológico descrito (el cual se profundizará en los siguientes acápites) es esencial para comprender la importancia de la promesa del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador cuyo fin esencial es el Vivir Bien o *Suma Qamaña*, el cual, como se verá, deberá materializar un radio axiológico de pensamiento que contemple las diversas cosmovisiones de los diferentes pueblos indígenas con fundamento en sus raíces pluriculturales.

En el contexto referido, es importante señalar que, cerca del año 1500, Tiwanaku se desintegró como Estado[215] y, en su lugar, emergieron *Estados Regionales*, cuyo surgimiento, según propone Chuquimia (en De Sousa Santos y Exeni, 2012, pp. 151-200), obedeció a procesos históricos que deben ser considerados porque resurgen en el Estado

---

213 El lago Titicaca ha tenido un lugar dominante en los conceptos religioso-económico de los pueblos andinos. Además, la recuperación de áreas pantanosas cerca del lago permitía una producción agrícola intensiva que proveía alimento a una población mayor a 40 mil habitantes. Esta tierra estaba disponible únicamente mientras la lluvia (controlada por los dioses del clima) no hiciera que el nivel del lago subiera significativamente, o los ríos no inundaran la tierra cultivada, o no existieran sequías (*ibid.*).

214 El Illimani tuvo un rol muy significativo para las creencias religiosas de los habitantes de la zona andina; de hecho, es considerado por los aymaras como rey de las montañas y se cree que era especialmente favorecido por el dios del clima, Tunupa. Se alude al Illimani como la montaña sagrada en el área y, para la cultura tiwanakota, siempre fue percibido como el protector del altiplano, asociándolo a la lluvia, al trueno y al relámpago, así como invocándolo para la fertilidad de los cultivos y del ganado (*ibid.*).

215 Todavía no existe consenso respecto a la desintegración de Tiwanaku. Una primera hipótesis sostiene que la desaparición de este Estado se debió a los fuertes cambios climatológicos en la región; en este marco, según el arqueólogo Rivera, en esta zona se produjo una prolongada sequía que hizo imposible la continuidad de un sistema de producción con excedentes. Otra hipótesis fundamenta su desaparición en guerras internas e invasiones externas. Pärssinen (2005) sostiene, por su parte, que, de acuerdo a las evidencias científicas recolectadas, el colapso fue seguido de una migración interna inmediata, cuyo movimiento, en vez de dirigirse al centro del Estado, se dirigió hacia la semiperiferia y la periferia. El autor señala también que el cambio climático sigue siendo una buena hipótesis para explicar este colapso, debido, especialmente, a las prolongadas sequías (*ibid.*). Ver también Medinaceli, 2006 y Mujica en Albó *et al.*, 1996, pp. 81-115.

Plurinacional de Bolivia, a través de los ideales de reconstitución territorial. En efecto, de acuerdo a Arellano (en Meggers, 1992, pp. 51-68), hacia el año 1200 d. C., se produce una regionalización con identidad propia de los pueblos enmarcados dentro del área de influencia tiwanakota; en este escenario, cada estado regional mantenía una cierta primacía en una zona ecológica, asegurando un determinado medio de subsistencia.

Medinaceli (2006) afirma que alrededor del lago Titicaca y hacia el sur del altiplano se asentaron grupos denominados por los cronistas *naciones* y que los investigadores posteriores llamaron *curacazgos*, *reinos* y, posteriormente, *señoríos*, porque estaban organizados en territorio propio, con control de diversos pisos ecológicos y bajo el mando de un señor [216]. En cambio, las culturas ubicadas fuera del altiplano tuvieron un desarrollo independiente y particular por lo que es más apropiado denominarlas culturas regionales (*ibid.*).

Entre esta diversidad cultural, puede destacarse a los Collas, Lupacas; Pacajes; Carangas, Quillacas, Charcas, Carangas, Soras, Lípez, Atacamas, Yamparas, Chichas, Yunga, Churimatas, Tomatas y otras etnias de los valles interandinos, entre otros grupos étnicos diversos (*ibid.*).

La pluriculturalidad anotada debe contemplar, además, a los diversos pueblos de tierras bajas, geografía que comprende la región amazónica boliviana y la del Chaco, incluyendo las zonas interandinas. En esta amplia extensión geográfica, según Medinaceli (*ibid.*), no se conocen organizaciones estatales ni imperios, aunque los estudios realizados revelan una gran diversidad cultural, caracterizada, sobre todo, por una intensa movilidad humana, mediante un sistema de migración o nomadismo orientado a evitar el agotamiento de los recursos naturales. En algunos casos se observa también un sistema de rotación en virtud del cual muchos pueblos de tierras bajas retornaban a los lugares de origen (*ibid.*).

Una vez descritas las raíces de la diversidad cultural tanto de tierras altas, como de los valles y de tierras bajas, es importante señalar, especialmente en el contexto de las primeras, que, tal como afirma Chuquimia (en De Sousa Santos y Exeni, 2012, pp. 151-200), fue durante la época de los estados regionales —denominado como periodo de los *suyus aymaras*— cuando se fue construyendo, paulatinamente, una lógica de vida en comunidad que permitiera afrontar la adversidad de la geografía por medio de una organización colectiva de la cual emergió la comunidad o ayllu, como célula *jatha* (semilla); criterio, a partir del cual, el espíritu colectivo será esencial para ocupar el espacio y construir la territorialidad. Además, desde esta cosmovisión, es preciso dialogar con la naturaleza, comprender sus propiedades y encontrar formas de agradecer la producción, el agua, las lluvias, etc. (*ibid.*). Estos aspectos, en todo caso, son especialmente importantes para el devenir del proceso constituyente boliviano (2006-2008) (tratado en el capítulo IV), ya que en éste cobraron gran vigencia las reivindicaciones de reconstitución territorial a partir del ayllu y de una visión comunitaria de Estado (*ibid.*).

[216] Esta autora resalta, además, que estos señoríos (Lupacas y Collas, por ejemplo) se encontraban en constantes guerras, tal y como evidencian las *pucaras* o fortalezas que se encuentran en la región.

Es importante señalar, en esta misma línea, que, en el referido periodo de los Estados Regionales, se sostuvo una visión dualista del mundo —*urqusuyu* y *omasuyo*—que evoca a la visión de arriba y abajo, como un criterio de complementariedad y reciprocidad mutua; fundamento de la filosofía andina intercultural (*ibid.*). En este marco, Guamán Poma de Ayala —autor del manuscrito *Nueva crónica y buen gobierno* (1615)— resaltaba el carácter colectivo que imperaba en el Tawantinsuyu, así como los principios de bienestar, reciprocidad, solidaridad y disciplina rígida en el ejercicio de la justicia, los cuales estructuraban las relaciones sociales, las normas y prácticas culturales, en un universo en el que todo ocupa un lugar en el espacio y el tiempo, en especial en el ayllu (*ibid.*).

3.- El imperio incaico: Más hilos de diversidad para los tejidos de la pluriculturalidad

El mito más conocido sobre el origen de los incas relata la historia de los hermanos y esposos Manco Capac y Mama Ocllo, quienes fueron enviados por su padre, el dios Sol, a la actual Isla del Sol para fundar un imperio en el sitio donde su vara de oro sea lanzada y se incruste fácilmente en un terreno fértil. Cuenta la leyenda que esta vara se incrustó en Huanacauri, cerca del Cuzco, lugar donde fundaron el nuevo imperio (*ibid.*). Más allá del mito sobre su origen, los historiadores coinciden en afirmar que la expansión inca hacia las tierras altas del altiplano y, posteriormente, a los valles interandinos orientales y serranías subandinas se inició hacia el 1400 d. C. (Arellano, 1992, pp. 51-68). Estos territorios se denominaron Tawantinsuyo, que significa «la tierra de los cuatro *suyos*»: el Chinchasuyo, el Cuntisuyo (sobre la Costa del Pacífico), el Antisuyo (en la selva) y Collasuyo (en el altiplano) (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, p. 65). La capital de este extenso territorio era el Cuzco, cuyo nombre significaba «ombligo del mundo» (*ibid.*).

Antes de convertirse en un imperio, en el contexto de la pluriculturalidad descrita en el acápite anterior, los incas fueron una etnia que habitaba la región de Cuzco, expandiéndose, sobre todo, a través de alianzas matrimoniales y agrupaciones en ayllus reales o *panacas* (Arellano, 1992, pp. 51-68). Luego de las cruentas luchas que mantuvieron, especialmente con los Chancas, con el Inca Viracocha se inició el periodo de expansión que llegó a su cénit con el Inca Pachacútec. Este proceso expansivo fue interrumpido por la conquista española[217].

El imperio incaico asumió un modelo de Estado teocrático gobernado por el Inca, quien representaba a la divinidad en la tierra y tenía poderes ilimitados por ser descendiente del sol, al punto que solo podían mirarle a la cara sus mujeres y hermanas, jamás un súbdito (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, p. 65). El Inca era, además, sumo sacerdote y general de los ejércitos (*ibid.*, p. 67). La coya era la mujer principal del Inca y por lo general era elegida entre sus hermanas, aunque el Inca podía tomar otras esposas de su linaje y, para consolidar alianzas o relacionas, también podía tomar como esposas a hijas de kuracas regionales (Medinaceli, 2006).

[217] Se cree que existieron 13 incas: Manco Capac; Sinchi Roca; Lloque Yupanqui; Maita Capac; Capac Yupanqui; Inca Roca; Yawar Wacac; Virachocha; Pachacuti; Topa Inca o Tupac Yupanqui; Wayna Capac; Huáscar; y, Atawallpa.

El poder era ejercido por el Inca o *Sapa Inca* que se encontraba en la estructura superior de la jerarquía política, religiosa y militar (*ibid.*); acompañaba al Inca la clase sacerdotal dirigida por el *Villac Uma*, quien solía ser su tío o hermano (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, pp. 65-68). La dinastía era dual porque existían monarcas Hanan y Urin; cada Inca, antes de morir, elegía como heredero al más capaz entre sus hijos, aunque el primogénito era la cabeza de la *panaca* respectiva y heredaba los bienes personales del Inca, como sus mujeres, el palacio en el que vivía y todas sus pertenencias; así, la *panaca* del Inca difunto resguardaba su momia y promovía su culto (*ibid.*) [218].

Como el grupo real era muy reducido, Pachacuti hizo nobles a varios cuzqueños que se distinguieron por sus actos guerreros, creándose lo que se llamó «los Incas de privilegio», que gozaban de similares ventajas a las de los miembros consanguíneos de la realeza (*ibid.*). Sus miembros se distinguían por llevar las orejas artificialmente deformadas, razón por la cual los españoles los llamaban *orejones* (*ibid.*).

A la nobleza estaban adscritos los *kurakas* locales, que guardaban relación con los incas, a quienes rendían tributo (*ibid.*) [219]. Al respecto, Chuquimia señala que, para fines de máxima eficiencia en la gestión estatal, los incas implantaron en los estados aymaras el sistema de *kurakas*, intermediarios entre el Inca y los ayllus a través de una división decimal de la población que, además, consolidaba una descentralización del imperio incaico (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012).

El gobierno del Tawantisuyu tenía forma dual, tal y como se reflejaba en el Cuzco, el cual estaba dividido en *urin* y *hanan* (arriba y abajo); en lo territorial, el Chinchasuyo y el Collasuyo eran *hanan* y el Antisuyo y Cuntisuyo eran *urin* (*ibid.*) El poder fue ejercido en los ayllus o *panacas*. La estructura social del ayllu estaba formada por diferentes grupos familiares, los cuales rendían culto a una misma huaca y poblaban un mismo territorio (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, pp. 65-66); además, los ayllus reales estaban formados por la descendencia de cada uno de los incas y se llamaban *panacas* (*ibid.*). De éstas —que estaban conformadas por la nobleza que rodeaba al Inca—, salían los señores de los cuatro *suyus* que, a su vez, eran administradores y jefes militares, y se denominaban Aposuyos (Medinaceli, 2006).

Además, de acuerdo a la organización político-administrativa, existían los representantes directos de los incas en sus territorios, denominados Toqrikoq, término que, de acuerdo a Medinaceli (*ibid.*), debe leerse como «el que tiene a cargo el pueblo o gente» o también «el que todo lo ve». También existían funcionarios de menor jerarquía que controlaban el Tawantinsuyo, entre ellos, los que dirigían y cuidaban los caminos, puentes, depósitos, los encargados de leer los khipus [220], los *runaypachacac* o censadores de la

[218] Los autores señalan que los españoles, al llegar al Cuzco, encontraron 11 *panacas*, desde la de Manco Cápac hasta la de Huayna Cápac.

[219] Por ejemplo, los lupacas —que a la llegada de los españoles estaban gobernados por los *kurakas* Cari y Cusi, de hanan y urin, respectivamente—, entregaron al inca, en calidad de tributo, más de seis mil personas para la guerra y para trabajar en construcciones del Cuzco (*ibid.*).

[220] Los khipus eran un sistema de registro estadístico hecho a base de cordones con nudos. Medinaceli sostiene que existe la probabilidad de que estos sistemas no solo retuvieran datos numéricos, sino que

población, los que controlaban a los artesanos especializados y personas encargadas de los centros de culto (*ibid.*).

El resto de la sociedad —fuertemente estratificada [221]—, estaba conformada por los *hatun runa*: hombres y mujeres de entre 25 a 50 años que debían realizar labores de agricultura, ganadería, pesca, tejidos, apoyo religioso, momificación (Medinaceli, 2006). Por otra parte, los *mitmaqkuna*, conocidos durante la colonia como *mitimaes*, eran grupos familiares trasladados desde su lugar de origen a otros territorios del imperio [222]. Este sistema de ingeniería social aseguró la unificación cultural del imperio y el efectivo dominio de las autoridades cuzqueñas sobre los pueblos incorporados, ya que los conjuntos humanos trasladados perdían la relación con su lugar de origen (*ibid.*).

Los *yanakuna* o *mamakuna*, por su parte, eran hombres y mujeres separados de su ayllu para que presten servicios al Estado [223]; en este punto, para resaltar el rol de la mujer en el imperio, es importante señalar que las *mamakunas* o *acllas* eran las mujeres escogidas y seleccionadas a partir de los diez años de edad para habitar los *acllawasis*, lugares en los cuales se dedicaban a los tejidos especialmente destinados a la vestimenta del Inca y la familia real; además, preparaban bebidas para los rituales y participaban de los mismos (*ibid.*). Las *taqui aclla*, por su parte, eran las mujeres escogidas que tenían grandes talentos para el baile, canto y ejecución de instrumentos musicales, y, muchas veces, eran destinadas a las alianzas matrimoniales, incluso con el Inca u otros señores (*ibid.*).

En toda *llaqta* o ciudad se edificaba un Templo del Sol y a su vez el *acllawasi*, que era la residencia de las mujeres escogidas, principalmente de origen local o hijas de *kurakas* vencidos, las cuales entraban a servir a la divinidad. Estas construcciones y prácticas representaban el poder del Inca y el sometimiento a él de sus ayllus (*ibid.*).

---

pudieran utilizarse como recordatorio de ciertos acontecimientos (*ibid.*). Los khipus tienen una cuerda principal de la que caen otras que se llaman cuerdas «pendientes», las cuales están unidas, a su vez, a otras cuerdas «subsidiarias». Las cuerdas pueden ser de lana o algodón y tienen diferentes colores. Los cálculos se basaban en el sistema decimal. La posición de mayor valor está cerca a la cuerda principal. Los *qhipucamayoc* eran especialistas en su interpretación (*ibid.*).

221 Las clases sociales en el imperio incaico estaban muy bien definidas y no podía romperse las reglas de clase. Ver De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, pp. 65-66.

222 Los *mitmaqkuna* no perdían conexión ni relación con su ayllu y mantenían los vínculos que los unían a él. Este mecanismo de coloniaje era conocido tanto en Tiwanaku como en Wari (Perú). Éstos eran enviados para el desarrollo de trabajos agrícolas o para el cuidado de fortalezas en fronteras. Este mecanismo se utilizaba también como acción en contra de grupos rebeldes a los incas por lo que se los separaba de su lugar y se los asentaba en lugares que hubiese grupos leales al Inca o directamente cerca del Cuzco (*ibid.*).

223 Los *yana* cumplían servicios para el Inca y las *panaca*; eran servidores de los incas muertos, podían ser obsequiados a Kuracas, pero también podían ocupar cargos importantes. Las *mamakunas* o *acllas* son las mujeres escogidas que vivían en los *acllawasi* y eran seleccionadas en todo el Tawantinsuyu alrededor de los diez años y cumplían sobre todo con la tarea de tejer la ropa más fina para el Inca, tanto para su uso como para el sistema de reciprocidad; además, preparaban bebidas para los rituales y participaban de los mismos. Las *taqui aclla*, eran mujeres diestras en el canto y en ejecutar instrumentos musicales, muchas de ellas fueron dadas en *prenda* para alianzas matrimoniales, algunas fueron esposas del Inca u otros señores. En toda *llaqta* o ciudad donde se levantaban los edificios conocidos como templos del sol, se edificaba una casa para las mujeres escogidas: el *acllawasi* (*ibid.*).

Finalmente, en esta estratificación social es importante identificar a los *piñakuna,* que eran los prisioneros de guerra reubicados especialmente en la selva alta o ceja de selva, para prestar sus servicios vitalicios en la producción de coca en lo que Medinaceli denomina «ecologías verdaderamente agresivas» (*ibid.*).

El orden económico se basaba en una sumisión absoluta del pueblo hacia el Inca. En este contexto, no existía moneda y solo se conocía el trueque; además, el pueblo debía entregar su producción al Estado y éste utilizaba un sistema de retribución social (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, pp. 65-67).

Las tierras pertenecían al Estado, al Inca, a las *panacas* o ayllus reales, a las wacas o a los ayllus (Medinaceli, 2006). En el contexto del imperio incaico, surge la mita, como una prestación de servicios rotativa asimilada al tributo para el Estado en forma de trabajo (*ibid.*). Existía la mita agraria, guerrera, de construcción, etc.; para este fin, el *kuraka* era un intermediario entre el ayllu y el Estado; además, éste se encargaba de seleccionar los turnos para las distintas clases de *mit´a* (*ibid.*). El fundamento de esta institución incaica era la reciprocidad, en virtud de la cual, por los trabajos rotativos que se realizaban, el Inca aseguraba a sus súbditos paz, redistribuía productos y suministraba todos los servicios religiosos. Esta institución fue utilizada nuevamente en la Colonia, tal como se verá más adelante.

La *mink´a*, por otra parte, era el trabajo comunitario para beneficio de todo el ayllu. Entre estas labores, Medinaceli (*ibid.*) destaca la limpieza de canales de tierras comunales, el trabajo de tierras de los impedidos, la ayuda para construcción de viviendas, etc. Asimismo, Medinaceli (*ibid.*) resalta el laboreo agrícola, que duraba las dos fases del año agrícola: la seca (de abril a noviembre) y la lluviosa (de diciembre a marzo) [224].

En cuanto a los sistemas normativos del incario, Albó y Barrios Sulveza (2006) señalan que éstos eran diversos, identificando al derecho del Tawantinsuyo andino que se expandió desde el sur de Colombia hasta el norte de Chile (p. 16). Chivi (en De Sousa Santos y Exeni Rodríguez, 2012), por su parte, sugiere la existencia de una especie de *quipus legislativo*, en los que se registraban las leyes que se tenían en el Tawantinsuyu y que era conocido y desarrollado por los *quipucamayocs.*

Para algunos autores, como Chuquimia (en De Sousa Santos y Exeni, 2012), en el campo normativo habría existido una concepción del ciclo vital humano muy fijo desde la niñez hasta la edad adulta-mayor, que se expresaba en diez calles, cada calle con deberes y responsabilidades de acuerdo al crecimiento humano, la salud física y mental. En este contexto, el citado autor afirma que las diez calles eran espacios sociales cuya visita, por parte de los funcionarios, tenía la finalidad observar el cumplimiento de los roles de cada edad (*ibid.*). Chuquimia agrega, también, que esta práctica aún se mantiene en varias comunidades; así, cuando *jilakata*s, mallkus o secretarios generales recorren su comunidad,

[224] Se utilizaba varios sistemas como camellones, pozos circulares, sobre todo en el altiplano. Los instrumentos de trabajo eran simples, pero efectivos como la *chaquitaclla*, que era una especie de palo cavador con estribo, palas y azadones de madera o piedras (*ibid.*).

antes o después de ser posesionados, conocen los problemas de la comunidad y orientan las responsabilidades de los hijos según la edad (*ibid.*).

Uno de los factores cruciales para la conquista española y la caída del imperio incaico fue la muerte del Inca Wayna Cápac quien, según se cree, perdió la vida por una enfermedad eruptiva, probablemente el sarampión (Medinaceli, 2006). Su muerte generó un grave conflicto interno por las pugnas de poder entre sus dos hijos (Atahuallpa y Huáscar), ocasionando la sublevación contra el imperio incaico de las distintas etnias del Tawantinsuyo, crisis que a su vez benefició en gran medida al proceso de conquista española [225].

La conquista no fue inmediata, sino más bien progresiva. Varios factores contribuyeron a la misma, entre ellos, tal como afirma Medinaceli (2006), la brecha tecnológica jugó un papel preponderante; es decir, las armas de fuego, los caballos y los perros de batalla fueron determinantes para la conquista española. Asimismo, las epidemias que diezmaron a la población indígena y la pérdida de momias y su influencia en el ánimo de los guerreros indígenas —así como la figura relevante del apóstol Santiago en el ánimo de los conquistadores— son aspectos relevantes que deben ser considerados (*ibid.*).

La resistencia incaica en Vilcabamba duró cerca de 40 años, fue recién en 1570, con la llegada del virrey Toledo que el último Inca, Tupac Amaru, fue vencido y ejecutado en la plaza de Cuzco [226], desde este momento, impera en las tierras habitadas por los incas, la conquista española.

4.- La conquista española: La distinta idea del otro y la doctrina de la dominación

La conquista española del Tawantinsuyu se produjo en 1532, aunque el proceso mismo en estos territorios se inició con la muerte del último Inca tal como se señaló en el acápite anterior. Medinaceli (*ibid.*), en el contexto del famoso «choque de dos mundos» resalta la evidente distancia cultural, es decir, la distinta idea del *otro*, que se tradujo en una visión distinta de dios, de la guerra, del sentido de reverencia a la autoridad, de los pactos, etc. Esta distinta visión del *otro* no concluyó precisamente en el respeto y tolerancia a la diversidad cultural, sino, por el contrario, consolidó el triunfo del eurocentrismo ideológico [227], a partir del cual se impusieron el dominio de los reyes de España y la religión católica; se tomaron violentamente los territorios y, en base a la idea de *inferioridad racial*, se sobreexplotó a los pueblos indígenas a través de trabajos forzados y del pago de tributos. El proceso de colonización española en Abya Yala supuso para los indígenas, además, la pérdida de la autodeterminación, del poder político y económico, así como

[225] Es importante anotar, al respecto, que al interior del Tawantinsuyo existían tensiones de larga data con el Qullasuyu, porque los *suyus* aymaras pretendían su autonomía (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012).

[226] Este nombre fue tomado al finalizar el periodo colonial por el líder rebelde, José Gabriel Condorcanqui, quien se autoidentificó como Tupac Amaru II (*ibid.*).

[227] Chuquimia (en De Sousa Santos y Exeni, 2012) señala que «en el plano ideológico, la conquista buscaba ser justificada por el etnocentrismo europeo y la idea del buen y del mal salvaje, del complejo de superioridad, de la percepción falsa de un vacío cultural de los pueblos conquistados, de que la tierra no es de nadie por la condición nueva de ser indígena…».

del ejercicio de sus normas, procedimientos y cosmovisiones (Sauma Sankis, módulo I, unidad IV, s. p., pp. 5-6).

El eurocentrismo ideológico anotado se enmarca en el primer periodo o política respecto a pueblos indígenas identificado por Yrigoyen Fajardo (2007), durante el cual, históricamente, se consagró, en el siglo XVI, el proyecto de ocupación y sometimiento de las naciones originarias. Esta política se implementó a través de la ocupación político-militar de los pueblos precolombinos, lo cual —desde la perspectiva de la autora— implicó la desestructuración del Tawantinsuyu y el sometimiento de los pueblos y señoríos que lo componían, así como el de otros pueblos vecinos. Yrigoyen Fajardo afirma que el sometimiento de los pueblos originarios a partir de la invasión hispana constituye el hecho fundacional de la condición indígena posterior [228].

Además, este sometimiento conllevó la *tutela colonial* que, según Yrigoyen Fajardo (*ibid.*) se caracterizó por la sujeción política, económica y cultural de los pueblos indígenas al yugo de la Corona española, justificada por una visión racista fundada en la inferioridad de los indígenas y la no aplicación a ellos del derecho natural; en este contexto, a partir de esta *ideología de la dominación*, se consagró la tutela indígena, que implicó su sometimiento absoluto a la Corona española y la expoliación de sus tierras (*ibid.*).

Las voces de algunos misioneros, entre ellos fray Antonio Montesinos y fray Bartolomé de las Casas, dan cuenta de los abusos que los conquistadores cometieron en contra de los indígenas [229]. De las Casas, a principios de 1549, logró la expedición de varias cédulas reales para las misiones que dirigía en Teziutlán (México) [230]. Su defensa humanitaria hacia los indígenas, su denuncia para la abolición de la esclavitud y la encomienda y para lograr un trato digno para los moradores originarios del Abya Yala, hicieron que sea denominado «protector de los indios». Gracias a sus denuncias, Carlos V convocó a la Junta especial de Valladolid que expidió las Leyes Nuevas de Indias, que crearon a su

[228] Yrigoyen Fajardo, en este trabajo, parte de la tipología de políticas indígenas realizada por Manuel Marzal y concluye como aporte personal en la agrupación de políticas en tres modelos específicos: el de las naciones indígenas colonizadas en el siglo XVI; el de naciones indígenas no sometidas con las que la Corona firmó tratados; y el de las naciones indígenas no colonizadas que recibieron misioneros. En este marco, Yrigoyen Fajardo identifica cinco momentos o politicas respecto a los pueblos colonizados, el primero vinculado al proyecto de ocupación y colonización; el segundo referente al proyecto de subordinación política y segregacion colonial; el tercero vinculado a la idea asimilacionista republicana; el cuardo vinculado al proyecto integracionista de mediados del siglo XX; y, finalmente el horizonte pluralista de finales del siglo XX y principios del siglo XXI (*ibid.*).

[229] Por el conflicto entre dominicos y encomenderos, el rey decidió llevar a cabo la Junta especial de Burgos en 1512, en la cual se hizo presente fray Antonio Montesinos para relatar el trato cruel de los encomenderos hacia los indígenas, por lo que se decidió sujetarlos a «servidumbre» como medida de protección. Ver Aristizábal Arbeláez, 1993, p. 55.

[230] Fray Bartolomé de las Casas escribió dos obras: *Memorial de remedios para las Indias* (1518) y *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1552), en las cuales propone que los nativos de las tierras descubiertas sean declarados por la Corona como súbditos y vasallos de Castilla y, por tanto, que no estén bajo la institución de la encomienda, para que no sean enajenados ni esclavizados. Sus ideales fueron contrarios a los del teólogo, Juan Ginés Sepúlveda, con quien mantuvo una famosa polémica en 1550, en Valladolid, a propósito del sistema de encomiendas. Sobre este particular, ver también Bruit, 1998, pp. 3-16.

vez el Consejo de Indias y establecieron la prohibición de esclavitud y de la encomienda; además, dichas leyes determinaron los tributos que los indígenas debían pagar a la Corona española como súbditos y las condiciones de la conquista en los nuevos territorios (entre estas previsiones se señalaba que toda expedición y ulterior conquista debía estar acompañada de dos religiosos) (*ibid.*).

En el territorio del Tawantinsuyu, gran parte de la población indígena murió durante la colonización debido a la violencia, a las enfermedades y al trabajo forzado. Durante la Colonia, se forzó al trabajo indígena en las minas de plata causando gran número de muertes. Estos abusos fueron relatados por Jorge Juan y Antonio de Ulloa, marines que recorrieron las colonias españolas desde Nueva Granada hasta Chile, a mediados del siglo XVIII, narrando las injusticias existentes en su obra publicada, póstumamente, en 1826 [231] (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012).

De acuerdo a la *ideología de la dominación*, las Leyes de Indias reconocían parcialmente a las autoridades la aplicación de normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas para resolver conflictos al interior de sus comunidades. En este marco, la Corona española propuso y ejerció un gobierno indirecto desde la visión de un pluralismo jurídico subordinado que brindó un margen de aplicación a los «usos y costumbres» siempre y cuando éstos no atentaran contra la religión y las leyes (*ibid.*).

En cuanto al pluralismo jurídico subordinado, Chivi (en De Sousa Santos y Exeni Rodríguez, 2012) afirma que se produjo una *tregua pactada* o *pacto de reciprocidad* que conllevó un aparente empate gubernativo, contexto en el cual las autoridades indígenas tenían derechos, si no iguales por lo menos similares, en jerarquía, a los de la autoridad colonial. Por su parte, Albó y Barrios Sulvelza (2006) sostienen que durante la Colonia pervivió un orden dual, con una «república de españoles», hegemónica y dominante, y otra «república de indios» —los conquistados y subordinados—, quienes, en virtud a las Leyes de Indias podían tener autoridades propias para asuntos internos.

Además, en este orden dual, pero con la hegemonía de la *ideología de la dominación*, es importante resaltar también que en la Colonia se estableció la Real Audiencia de Charcas, con fiscales y corregidores, quienes tenían entre sus atribuciones la defensa de los indígenas y la recepción de los tributos que debían pagar las comunidades como súbditos de la Corona.

En la organización política, por razones de eficacia, la Corona instrumentalizó a las autoridades indígenas para generar riqueza y controlar la mano de obra de la comunidad, manteniendo la figura del *cacique* con la función específica de cobranza tributaria para la Corona española (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012).

[231] El título completo de esta obra es: «Noticias secretas de América, sobre el estado naval, militar, y político de los reynos del Perú y provincias de Quito, costas de Nueva Granada y Chile: Cruel opresión y extorsiones de sus corregidores y curas: Abusos escandalosos introducidos entre estos habitantes por los misioneros: Causas de su origen y motivos de su continuación por el espacio de tres siglos» (Londres, Imprenta de R. Taylor, 1826).

Los caciques provenían de los propios ayllus y su autoridad era hereditaria, pero al servicio de la Corona española (*ibid.*); además, los *jilakatas* también resolvían conflictos entre comunarios, ayudaban a la recaudación del tributo y preservaban los documentos de la comunidad y la información que éstos contenían sobre los linderos de tierras (Gotkowitz, 2007, p. 91). También los alcaldes jugaron un rol importante en la administración de la justicia local (*ibid.*), especialmente a partir de las Ordenanzas de Toledo (1574-1577) que confiaron las prerrogativas judiciales a las autoridades de los cabildos de los pueblos de indios, es decir a los alcaldes (Albó y Barrios Sulvelza, 2006).

Albó y Barrios Suvelza (*ibid.*) resaltan que los caciques se «dieron modos» a fin de ocupar las alcaldías mayores o corregimientos de indios para ejercer funciones judiciales menores cuyas penas no implicaban muerte o derramamiento de sangre. De este modo, afirman los autores (*ibid.*), lograron preservar el rol de administración de justicia que ya ejercían desde tiempos prehispánicos y que fue desconocido por los estrictos preceptos toledanos que buscaban suprimir su poder y reducirlos al rol de recolectores de tributos y proveedores de indígenas para la mita.

En cuanto al sistema económico, el régimen colonial aplicó postulados propios del feudalismo en base a tres mecanismos específicos de producción: la encomienda, los obrajes y la mita. La encomienda obligaba a los indígenas a prestar sus servicios forzosos e impagos para el *encomendero* —quien se equiparaba al señor feudal—; en este marco, la Corona española encomendaba a un español grandes extensiones de tierra que incluían a los indígenas que vivían en ellas para que éstos, a cambio de su trabajo, fueran cristianizados. Además, la labor de cristianización obligaba a un pago de tributos (en oro, plata o coca) por parte de los indígenas al encomendero. A su vez, el encomendero debía pagar a la Corona española un diezmo (la décima parte de sus ganancias) y también debía ceder la primera cosecha que brindaban las tierras «encomendadas» (*ibid.*).

En segundo lugar, los obrajes eran una modalidad de trabajo artesanal manual ejecutada por la Iglesia católica, inicialmente para mujeres y jóvenes en pequeños talleres; sin embargo, más tarde, los obrajes se ampliaron al cultivo y explotación de las tierras cedidas por la Corona a la Iglesia.

En tercer lugar, la Corona española utilizó la institución de la mita incaica (abordada en el anterior acápite), pero con una variante específica: la aplicó, sobre todo, para la explotación minera de Potosí, bajo condiciones de cruel esclavitud (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012).

En este contexto histórico, los abusos hacia los indígenas en que incurrió la Colonia española generaron reacciones por parte de las comunidades indígenas, que intentaron defenderse colectivamente. Es por ello que, desde la perspectiva del ideal del *giro decolonial*, es importante aludir, brevemente, a las múltiples insurrecciones que pretendie

ron reivindicar los derechos indígenas.

Entre las reivindicaciones indígenas más importantes en la zona andina, la historia narra la revuelta suscitada en 1764 en la Audiencia de Quito, que fue liderada por forasteros de Riobamba (*ibid.*). De acuerdo a las fuentes, el plan de los insurrectos consistió,

al parecer, en apoderarse de la capital del Corregimiento y formar en ella un gobierno independiente conformado por dos incas: uno para el barrio de Santo Domingo y el otro para el gobierno del barrio de San Francisco (*ibid.*).

En 1771 se registró otra revuelta, a raíz de los excesos en las cargas tributarias, de la imposición de autoridades y del encarcelamiento del alcalde de Chulumani (Sud Yungas, La Paz), que tenían fuerte legitimidad entre la población indígena (*ibid.*). Otra revuelta indígena significativa ocurrió durante la festividad del Día de Difuntos de 1771 en Caquiaviri (Pacajes, La Paz), también por abusos impositivos y por restricciones al autogobierno indígena (*ibid.*).

Del mismo modo, desde la perspectiva de este estudio, adquiere gran relevancia analizar los levantamientos de 1780-1781 que se presentaron durante el reinado de los Borbones[232], concretamente en pleno mandato de Carlos III, quien, en el contexto de la guerra entre Francia e Inglaterra[233], realizó profundas reformas y asumió medidas drásticas para el Nuevo Mundo[234]. Entre las reformas más importantes pueden destacarse la institución de las Intendencias que reemplazaron a los corregimientos, la creación del Virreinato del Río de la Plata, la abolición definitiva de las encomiendas y la autorización del comercio libre (*ibid.*).

Para explicar las características de la plurinacionalidad, Chivi (en De Sousa Santos y Exeni Rodríguez, 2012) inicia su reflexión precisamente desde las reformas borbónicas de 1755, por considerarlas fundamentales para el quiebre colonial y la reanimación de las reivindicaciones indígenas que se expresaron en los levantamientos de este periodo en el Bajo y Alto Perú.

Las reformas borbónicas negaron a las autoridades indígenas el ejercicio de sus gobiernos territoriales y, además, impusieron una fuerte reforma tributaria que desencadenó una rebelión de gran intensidad (*ibid.*). En efecto, en 1780, todo el Bajo y Alto Perú se encontraba en una profunda crisis social ocasionada, fundamentalmente, por el nuevo impuesto de aduana contra el cual se levantaron Arequipa y Cuzco (De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, p. 268). También se registraron levantamientos en Charcas, La Paz y Cochabamba (*ibid.*).

---

232 Carlos II, apodado «el hechizado», murió en 1700, dejando sin sucesión directa a la Corona española. Los candidatos a la sucesión eran el Archiduque Carlos de Austria, Felipe de Anjou, Pedro I de Portugal, Víctor Amadeo II de Saboya y el Duque de Orleans. Al final, gracias al testamento del rey fallecido, fue coronado Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV, rey de Francia. El reinado de los Borbones implicó profundos cambios tanto en la vida política como en lo cultural, proyectándose, en España, el esplendor del reinado del Rey Sol. Esta influencia francesa se irradió también hacia el Nuevo Mundo. A la muerte de Felipe V (1746) le sucedió Fernando VI, que gobernó hasta 1759. A este monarca le sucedió Carlos III, cuyo reinado fue de 1759 hasta 1788. Ver De Mesa, Gisbert y Mesa, 2003, pp. 261-262.

233 Inicialmente, España se mantuvo neutral en la guerra entre Francia e Inglaterra; sin embargo, Carlos III decidió participar en el conflicto bélico como aliado de Francia (*ibid.*).

234 Una de las medidas drásticas asumidas durante el reinado de Carlos III fue la expulsión de los jesuitas de las colonias americanas, en 1767. Francia y Portugal, por su parte, también decretaron la expulsión de los jesuitas en 1762 y 1769, respectivamente. De acuerdo a los cronistas de la época, esta expulsión en el Bajo y Alto Perú fue violenta y no respetó ni a personas adultas mayores ni a enfermos (*ibid.*, pp. 261-262, 264-265).

Entre 1780 y 1781 se produjeron los legendarios levantamientos de Tupaj Amaru y Tupaj Katari y, en Chayanta (Potosí), la rebelión encabezada por Tomás, Dámaso y Nicolás Katari. El mítico Tupaj Amaru debe ser recordado como la voz primigenia de la independencia colonial (Chuquimia, en De Sousa Santos y Exeni, 2012), pero desde una visión de reivindicación indígena, de restitución territorial y de reconstitución de las autoridades originarias. Este líder —que se autoidentificó como inca— fue un cacique muy ilustrado con una cómoda situación económica, por sus tierras y ganado. A pesar del enfrentamiento interno entre los grupos cuzqueño y limeño, Tupaj Amaru concentró su lucha alrededor del Cuzco con el fundamento de la legitimidad histórica que tenían los indígenas para asumir el gobierno (*ibid.*). El 4 de noviembre de 1780, Amaru proclamó la rebelión aprovechando la amenaza de la flota de Inglaterra, que pretendía irrumpir en las costas americanas. Una vez declarada la rebelión, Micaela Bastidas, pareja de Tupaj Amaru, tuvo un rol primordial en la revuelta, (*ibid.*), aunque las guerras y rebeliones narradas por la historia nunca tienen rostro de mujer.

La represión fue tan cruel que luego de haber sido traicionado, toda la familia de Tupaj Amaru fue capturada y Micaela Bastidas resultó cruelmente asesinada. Chuquimia (*ibid.*) relata cómo los españoles quisieron cortarle la lengua, pero, frente a su resistencia, decidieron aplicarle el garrote vil, para proceder luego con su desmembramiento. Por su parte, a Tupaj Amaru le cortaron la lengua, lo ataron a cuatro caballos para descuartizarlo, despedazaron su cuerpo y enviaron las distintas partes a varios lugares, a modo de escarmiento ejemplificador para los rebeldes [235].

Chayanta (Potosí) fue el centro de una rebelión indígena de suma trascendencia y que tuvo conexión con el movimiento liderado por Tupaj Amaru. Esta zona del Alto Perú era particularmente importante porque se encontraba cerca del Cerro Rico de Potosí, dond

e trabajaban mitayos enviados, en muchos casos, desde Chayanta. El levantamiento de Chayanta se inició debido a la usurpación de derechos al cacicazgo por parte de Blas Bernal contra Tomás Katari; derechos que no fueron debidamente protegidos por la Corona española ocasionando el levantamiento de este líder cuya legítima autoridad fue desconocida [236].

Tomás Katari fue apresado, lo que generó la indignación de la población indígena. El día de San Bartolomé, mientras el corregidor Alós recorría su corregimiento para realizar la lista de los que debían servir en las minas, los indígenas de la región de Pocoata (Chayanta, Potosí), lo interceptaron y exigieron la inmediata liberación de su líder. Luego, los indígenas se enfrentaron a las tropas realistas, resultando victoriosos. La Audiencia de Buenos Aires, para salvar a Alós, dio libertad a Katari y lo reconoció como cacique; empero, posteriormente, el cacique indígena fue nuevamente apresado y despeñado (15

[235] La historia cuenta que su cabeza fue enviada a Tinta, cuartel de Tupaj Amaru; sus brazos, a Tungasaca, primer centro estratégico del movimiento, y a Carabaya; y sus piernas a Santa Rosa y a Livitaca (*ibid.*).

[236] Tomás Katari presentó una reclamación contra Blas Bernal por usurpación de sus derechos de cacicazgo. Para defender sus derechos, tuvo que caminar 600 leguas hasta la capital del Virreinato de la Plata, Buenos Aires. A pesar de ello, no recibió la protección demandada, debido las dilaciones burocráticas de la Audiencia de Buenos Aires (De Mesa, Gisbert y Mesa Gisbert, 2003, pp. 273-274).

de enero de 1781). Esto generó un levantamiento indígena que fue cruelmente reprimido. Posteriormente, los hermanos de Tomás Katari —Dámaso y Nicolas—, intentaron continuar la obra de este líder indígena y comandaron un ejército de aproximadamente 7.000 hombres, el cual fue desarticulado por Paula Sanz, intendente de Potosí. Los hermanos de Tomás Katari también tuvieron un final trágico por decisión de la justicia administrada por la Corona española (*ibid.*).

En el contexto de las reivindicaciones de derechos de los pueblos indígenas ocurridas en el periodo de 1780-1781, es importante evocar la rebelión de Tupaj Katari, originario de Ayo Ayo (Sica Sica, La Paz). Este líder, de manera simbólica, toma el nombre de los dos líderes indígenas míticos que lo antecedieron: Tupaj Amaru y Tomás Katari.

Junto a Bartolina Sisa y Gregoria Apaza, surgió este movimiento reivindicacionista de derechos indígenas que levantó las regiones de Sicasica, Omasuyo, Larecaja, Chulumani y La Paz. La rebelión estalló a principios de marzo de 1781 y, luego de la caída de Sicasica, Carangas, Pacajes, Yungas, Omasuyos y Chucuito, los indígenas sitiaron, por primera vez, la ciudad de La Paz con aproximadamente 40 mil hombres[237]. El primer sitio duró 109 días y se estima que terminó con la vida de aproximadamente 10 mil españoles y criollos (*ibid.*). A pesar de ello, por falta de armamento adecuado, los indígenas no pudieron tomar la ciudad. En el segundo sitio a La Paz, por consejo de Andrés Tupac Amaru, construyeron un dique para inundar la ciudad, siguiendo la estrategia que se empleó, con éxito, en Sorata[238]. Sin embargo, el dique se desbordó antes de lo previsto sin causar en la población paceña el efecto esperado. Posteriormente, los rebeldes fueron derrotados por la Corona española.

Bartolina Sisa, lideresa indígena y cabecilla de esta rebelión —aunque la historia minimiza su rol aludiendo a ella solo como esposa del legendario Tupaj Katari—, fue apresada y, del mismo modo que sucedió con Katari, ajusticiada cruelmente por los españoles. El oidor de la Audiencia de Chile, Francisco Tadeo Diez de Medina, comisionado para el efecto, condenó al descuartizamiento al caudillo indígena y a la horca a su compañera, Bartolina Sisa.

Para trazar un panorama más amplio de los conflictos durante el ocaso de la Colonia, debe también hacerse referencia a la rebelión de Oruro (1781), en la cual participaron no solamente indígenas, sino también criollos y mestizos encabezados por Sebastián Pagador. Esto puso en evidencia no solo los conflictos interraciales, sino también los conflictos entre las diferentes clases sociales que existían en la sociedad colonial (*ibid.*).

---

237 *Ibid.*, p. 276.

238 Andrés Tupaj Amaru, después de la ejecución de su tío el inca José Gabriel Condorcanqui (Tupaj Amaru), conquistó toda la provincia de Larecaja, sitiando luego el pueblo de Sorata. Tres meses duró el asedio sin que sitiadores ni sitiados cedieran. Los sorateños fueron intimados a la rendición, cuando ya estaban extenuados por falta de víveres, la resistencia de los vecinos fue heroica, hasta costarles la vida. Tupac Amaru ingeniosamente hizo que durante el sitio sus tropas se ocuparan de construir un dique que fue desbordado, arrasando la población y ahogando a la mayor parte de sus habitantes, el 5 de agosto de 1781. Luego de su triunfo, las tropas de Andrés Tupac Amaro fueron a colaborar que la conquista de la ciudad de La Paz. Ver De Mesa, Gisbert y Mesa Gisbert, 2003, pp. 275-276.

También, evocando el nombre de Tupaj Amaru, el mestizo Lasso de la Vega se sublevó en marzo de 1781, asumiendo el mando de las provincias de Chichas, Lípez Porco y Cinti (las tres primeras potosinas y la última chuquisaqueña) (*ibid.*, p. 279). Esta rebelión fue sofocada por el coronel José de Reseguín, enviado desde el Virreinato de La Plata, y el caudillo terminó en la horca.

Como puede advertirse, las voces de los pueblos indígenas *históricamente oprimidos* fueron cruelmente acalladas en la época colonial y, tal y como se pretende evidenciar en el siguiente acápite, la construcción republicana no difirió de esta visión ya que estructuró todo su andamiaje institucional —fundado en el constitucionalismo liberal— desde la más evidente invisibilización y desconocimiento no solo a la diferencia cultural, sino también a sus históricas reivindicaciones, como la restitución de los territorios ancestrales y la reconstitución de las autoridades originarias, de acuerdo a los sistemas políticos y jurídicos de los pueblos indígenas.

5.- El constitucionalismo monocultural, el ropaje del liberalismo criollo y la venda de la diosa Themis

Durante las tres primeras décadas del siglo XIX se produjeron, en América, la mayor parte de las declaraciones independentistas en relación a la Corona española. Fueron procesos liderados, por lo general, por criollos, que si bien recibieron un inconmensurable apoyo de líderes y pueblos indígenas, nunca les dieron a éstos el lugar que merecen en la historia, en cuanto a su rol independentista[239].

Las luchas por la independencia de Bolivia terminaron en abril de 1825, tres meses después, los criollos vencedores, acordaron realizar una Asamblea Constituyente originaria para definir el destino del territorio altoperuano (Gotkowitz, 2011, p. 37). La Asamblea Constituyente se desarrolló en La Pata (Sucre), contó con 48 delegados, los cuales —por demás está decirlo— fueron varones y criollos, y decidieron, por mayoría, proclamar a las provincias del Alto Perú —ahora Estado Plurinacional de Bolivia— como una república independiente (*ibid.*).

La República de Bolivia, fundada el 6 de agosto de 1825, asentó sus pilares monistas en la ruptura de las estructuras colonialistas y la dominación de la Corona española. A partir de esta reivindicación, se estructuró el andamiaje constitucional monocultural, con el ropaje del liberalismo criollo, la venda de la diosa Themis y la marginación de la vida política, jurídica, económica y cultural de los pueblos indígenas.

De acuerdo a lo que antecede, los grupos de poder criollos impusieron —desde la perspectiva de una sola cultura hegemónica— la primera Constitución de 1826 (Sauma Sankis, unidad IV, módulo I, s. p., p. 8), la cual —a partir de su espíritu republicano— fue hecha por y para los criollos, varones, propietarios y que no estuvieran en situación

[239] El proceso independentista latinoamericano fue absolutamente distinto del africano, ya que en el primero los próceres fueron descendientes de los conquistadores, a raíz de una lucha de clases existente en ese momento; por el contrario, en África, fueron las poblaciones nativas las que gestaron sus procesos independentistas.

de analfabetismo; criterios que fueron la semilla de *la objetividad, la razón del hombre y la ley como única fuente de juridicidad* expuestos en el primer capítulo.

El constitucionalismo monocultural que fundamentó la Constitución de 1826, en su artículo 149, consagró la igualdad en una estructura monocultural de Estado, lo que implicó un reconocimiento de la igualdad formal en el marco de una ciudadanía censitaria aplicada solamente a los criollos, varones, propietarios y que no estuvieran en situación de analfabetismo. Además, como parte de esa monoculturalidad del constitucionalismo vigente en esa época, se consagró un solo idioma (el castellano), la vigencia de una sola religión (la católica) y la implementación de instituciones públicas de tradición occidental y, por ende, monoculturales. Además, la organización territorial política de la república estaba compuesta, entonces, por departamentos, provincias y cantones, desconociendo, por completo, la estructura del ayllu u otras formas de organización territorial propias de los diversos pueblos indígenas[240].

La venda de la diosa Themis se manifestó en las leyes positivas con fundamento filosófico eurocéntrico y en un Estado-Nación monista, tal cual se desarrolló en el primer capítulo. Esta normativa desconoció cualquier visión de pluralismo jurídico y, más bien, fue una herramienta utilizada para sojuzgar, someter y excluir a los pueblos indígenas.

De acuerdo a lo expuesto, puede advertirse que los indígenas eran denominados «indios» por los criollos, como sinónimo de «ignorantes», lo que ya, desde el lenguaje, evidencia una *subalternización* originada, entre otras razones, en el analfabetismo. Como consecuencia de la grave desventaja en la cual se encontraban desde la Colonia, los pueblos indígenas fueron explotados por los patrones feudales en el marco de un andamiaje constitucional y legal que consintió, desde las políticas liberales, todo tipo de abusos. Prueba de ello, es que, con fundamento en el andamiaje legal monista, Simón Bolívar promulgó una ley que extinguió los cargos hereditarios —como el de cacique (Chuquimia, 2012)—, lo que invisibilizó profundamente a los pueblos indígenas y mutiló su derecho a ejercer sus propios sistemas jurídicos y políticos.

Sin embargo, a pesar del monismo liberal profesado por Bolívar, es importante destacar que, a partir de un principio de igualdad formal que impedía «toda contribución degradante a la dignidad de ciudadanos» se eliminó el tributo obligatorio impuesto en la época colonial a los indígenas varones de entre 18 y 50 años (Gotkowitz, 2007). Sin embargo, luego de un año, Antonio José de Sucre, quien asumió la presidencia en 1826, restituyó este gravamen, reproduciendo nuevamente las prácticas coloniales de abuso impositivo hacia la población indígena (*ibid.*).

[240] *Ibid.* Al respecto, Chuquimia (2012) afirma que, si bien en 1825 Bolivia nace como república independiente, «…el Estado nacía no como sustrato de la nación ni reconocía las diferencias existentes, sino a la inversa, el Estado habría dado origen a la nación desprovista de su base social originaria y amparada por los resultados de la invasión española. La relación dominación/subordinación habría sido su conductora, ya que en esos momentos solo comprendía en el poder a los sectores criollos y en su minoría mestizos».

En cuanto a la tierra, durante la vigencia de la Constitución de 1831, aprobada en la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz y Calahumana (*ibid.*) [241], se promulgó la Ley de 1831, que declaró a favor de los caciques extinguidos de sangre y sus legítimos descendientes la propiedad de los terrenos que, como tales, poseían en el tiempo de la Colonia (*ibid.*). Sin embargo, las leyes posteriores, como se verá más adelante, desconocerán de manera arbitraria estos derechos a la territorialidad ancestral.

Cabe resaltar que no solo las leyes posteriores desconocieron derechos territoriales, sino también actos violentos como el suscitado en el territorio Guaraní en 1892, en la denominada Masacre de Kuruyuki, que no solo implicó la expoliación de su territorio, sino la eliminación de la mayoría de la población guaraní de la provincia Cordillera (Chuquimia, 2012). Las mujeres, niñas, niños y adolescentes en situación de esclavitud fueron repartidos a las haciendas de Chuquisaca a vecinos de honorabilidad, curas y católicos conocidos (*ibid.*). Los hombres que sobrevivieron fueron vendidos para los trabajos de la *siringa* (*ibid.*). Este episodio es importante no solo desde la labor de *denuncia histórica* que se pretende realizar a través de este trabajo académico, sino también es esencial para comprender la axiología que guía al Estado Plurinacional de Bolivia, después del proceso constituyente (2006-2009), toda vez que los procesos de igualación por las históricas asimétrias son la esencia del nuevo modelo de Estado.

En ese marco, la figura del líder Apiaoeki-Tumpa, en el imaginario colectivo de este pueblo, surge como símbolo de la identidad guaraní. Así, de acuerdo a lo relatado por Chuquimia (*ibid.*), su fuerza nació desde la misma concepción mesiánica de la búsqueda de la *tierra sin mal*. Por esta razón, el art. 8 de la nueva Constitución —aprobada, vía referéndum, el 25 de enero de 2009— establece, entre otros, que el *ivi maraei* (tierra sin mal) es un principio ético-moral de una sociedad plural y diversa, lo cual evidencia, tal como se argumentará en los siguientes capítulos, la importancia que en un modelo polifónico de justicia constitucional reviste la lectura de la Constitución desde el *giro decolonial* y las voces de los históricamente oprimidos en el contexto también de la crónica histórica y las opresiones y abusos sufridos.

La pérdida del territorio guaraní en la provincia Cordillera y los abusos antes descritos se suscitaron en plena vigencia de la Constitución de 1861, aprobada durante la presidencia de José María Achá Valiente [242]. Este periodo constitucional coincide con la demanda internacional de materias primas bolivianas, por lo que el tema territorial era esencial para cumplir las metas liberales en materia comercial. A su vez, las tierras comunales

[241] Esta Constitución, que es la segunda de las 19 que hasta ahora tuvieron vigencia en Bolivia, incorpora, en la división territorial, a las provincias Litoral y Tarija; asimismo, divide los poderes en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Incorpora también el bicameralismo, constituido por una Cámara de representantes y otra de senadores. Por otra parte, limita el periodo presidencial a cuatro años y permite la reelección.

[242] Entre los aspectos más importantes de esta Constitución cabe mencionar la prohibición de la pena de muerte, salvo en caso de asesinato, parricidio y traición a la Patria. Por otra parte, esta Constitución establece también que el periodo constitucional del presidente será de tres años, sin posibilidad de reelección hasta un periodo constitucional posterior. También implementó el unicameralismo en Bolivia, al establecer que el Poder Legislativo se ejerce por una Asamblea formada por diputados.

también se vieron afectadas por los proyectos ferroviarios orientados a las exportaciones. Estas políticas desataron una lucha por la reivindicación de los derechos territoriales de estos pueblos y por la reconstitución de sus instituciones políticas.

Las esperanzas indígenas se centraron en la figura de Mariano Melgarejo quien, en 1864, llegó al poder a través de un golpe de Estado que derrocó a José María Achá, con el respaldo de, aproximadamente, 40 mil indígenas (Gotkowitz, 2007, p. 46). Este personaje, entre otras medidas, impulsó el primer ataque contra el proteccionismo. Por un lado, eliminó los aranceles a las importaciones de Argentina y Brasil (*ibid.*) y, por otro, el monopolio estatal sobre las compras de plata, el primer producto de exportación de Bolivia. Estas reformas, sin duda, favorecieron a las grandes empresas mineras de plata y frustraron todas las esperanzas indígenas, más aún porque pretendieron desestructurar la comunidad indígena para satisfacer los ideales liberales.

En 1866 y en 1868, Melgarejo expidió un decreto y una ley, respectivamente, que convalidaron y expandieron las expoliaciones territoriales que se realizaron desde 1866. Gotkowitz (*ibid.*, 47) señala que, entre 1866 y 1869, por intervención del gobierno, se remataron, a favor de privados, 365 tierras comunitarias, de las cuales, 321 estaban ubicadas en el departamento de La Paz, principalmente en las provincias de Omasuyos, Pacajes, Ingavi, Sicasica (actual provincia Aroma) y Muñecas (*ibid.*). Estas expoliaciones territoriales generaron varios levantamientos indígenas que fueron cruelmente reprimidos por el Estado liberal.

La distribución de las tierras expoliadas no se realizó a hacendados tradicionales, sino, más bien, éstas fueron entregadas a adeptos políticos de Melgarejo, por lo que dicha distribución tuvo la finalidad de satisfacer la política clientelar de este mandatario, causando, al mismo tiempo, el descontento de las élites tradicionales, que lo calificaron como *populista*.

El Decreto de 20 de marzo de 1866 ordenó a los indígenas que comprasen títulos individuales en el lapso de 60 días, bajo la sanción de pérdida del derecho a sus tierras, las que serían rematadas por el Estado (*ibid.*). Pero esta medida, además, estuvo acompañada de mecanismos de extorsión estatal, puesto que, de manera deliberada, se impidió que las comunidades indígenas obtengan sus títulos debido a los costos irrazonables y a condiciones de imposible cumplimiento.

El 7 de agosto de 1868, Melgarejo promulgó una nueva Constitución, a través de la cual se retoma el bicameralismo (Cámara de representantes y Cámara de senadores) y se establece un periodo constitucional de cuatro años con posibilidad de otro periodo. Posteriormente, a través de la Ley de 28 de septiembre de 1868, se declaró a las tierras comunales propiedad del Estado y se estableció que las mismas fueran vendidas en pública subasta y con las formalidades prescritas para la venta de los bienes fiscales[243], Gotkowitz

[243] Esta ley, en el art. 1 establece: «Las tierras poseídas por la raza indijenal y conocidas hasta hoy bajo el nombre de tierras de Comunidad, se declaran propiedad del Estado». El artículo segundo prescribe: «La contribución a que la raza indijenal estaba sujeta, por consecuencia de la posesión de las tierras de comunidad, queda abolida, así como también quedan abolidas las obligaciones y demas cargas que pesaban sobre dicha raza por la misma causa». El art. 3 establece: «Dichas tierras serán vendidas en pú-

(2007) señala que esta normativa se emitió en un contexto en el cual aproximadamente la mitad de todas las tierras cultivables se encontraban todavía en manos de las comunidades (pp. 47-48).

Estas medidas, lógicamente, generaron la oposición de las comunidades y ayllus y, con motivo de la defensa de sus territorios, se generó una inédita alianza entre indígenas y no indígenas que llevó al derrocamiento de Melgarejo, consumado el 15 de enero de 1871, tras una revuelta popular de gran magnitud (*ibid.*).

En un contexto de la relativa debilidad del sector terrateniente, a la caída de Melgarejo, su sucesor, Agustín Morales, fue cauto con la temática de tierras y de manera hábil preparó las condiciones para continuar con estos procesos de expoliación territorial (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 83-84). Así, esta medida, mejor pensada, se consolidó en la Ley de Exvinculación de 1874, promulgada por el gobierno de Tomás Frías, la cual será analizada más adelante con mayor precisión por su importancia y efectos nocivos en los derechos de los pueblos indígenas.

Derrotado Melgarejo, las élites políticas, con la finalidad de definir un nuevo orden jurídico, conformaron la Asamblea Constituyente de 1871. Uno de los temas centrales del debate fue la cuestión de la tierra comunal. En este contexto, Gotkowitz (2007, pp. 48-49) afirma que, después de autorizar una evaluación pública de los efectos provocados por el asalto de Melgarejo contra las comunidades indígenas, la Asamblea de 1871 ratificó, unánimemente, los derechos indígenas a todas las tierras que poseían, incluyendo las llamadas «sobrantes», que eran las tierras comunes consideradas vacantes por ser las cultivadas en ciclos rotativos (*ibid.*). Las tierras expropiadas fueron devueltas mediante edicto 1871 (*ibid.*); y, la restitución, además, introdujo en el debate público la idea no solo de restituir las tierras expropiadas, sino también la necesidad de *civilizar* a los indígenas (*ibid.*).

Poco duró la decisión de restitución de tierras a los pueblos indígenas ya que durante la presidencia de Tomás Frías, la Asamblea Nacional decretó la Ley de Exvinculación Territorial, de 5 de octubre de 1874, que estableció tres categorías concretas en relación a las tierras: la primera referente a las tierras poseídas y tituladas a favor de indígenas de acuerdo a leyes anteriores a esta disposición legal (en este caso, para estos miembros de pueblos indígenas, se declaró su propiedad absoluta respecto al territorio poseído[244]); la

blica subasta y con las formalidades prescritas para la venta de los bienes fiscales, con el objeto de cubrir con su producto la deuda interna y gastos del servicio público». Esta ley además establece un irrisorio acceso a la justicia para pueblos indígenas, en ese orden se establece: «Las respectivas Cortes de Distrito conocerán en recursos de nulidad, sin que sea permitido el de apelación de los deslindes verificados por el Tribunal de que habla el artículo 11. Las decisiones de las Cortes de Distrito se cumplirán inmediatamente sin más recurso que el de responsabilidad ante la Corte Suprema por el daño que ocasionen».

[244] El art. 1 de la Ley de 5 de octubre de 1874 estableció: «En conformidad al decreto dictatorial del Libertador, de 8 de abril de 1824, puesto en vijencia para Bolivia por resolución del mismo de 20 de agosto de 1825; a las leyes de 28 de septiembre de 1831 y 31 de julio de 1871, los indijenas que posean terrenos, bien sea en clase de orijinarios, forasteros, agregados o con cualquiera otra denominación, tendrán en toda la República, el derecho de propiedad absoluta en sus respectivas posesiones, bajo los linderos y mojones conocidos actualmente».

segunda se refería a las tierras respecto a las cuales, después de la Asamblea Constituyente de 1871, los indígenas no hubiesen recobrado sus posesiones (en estos casos, éstos tenían la facultad de hacer efectiva la reivindicación de las mismas [245]); y la tercera categoría, referida a tierras que no se hallaran en posesión de los indígenas, las cuales fueron declarados sobrantes y, por ende, de propiedad del Estado [246].

Como puede advertirse, las categorías antes expuestas hacen referencia a una propiedad individual y no así comunal. En este marco, el perverso artículo séptimo de esta ley destruyó no solo el derecho a la propiedad de tierras comunales, sino también toda posibilidad de ejercicio de sus propios sistemas políticos, jurídicos y, por ende, significó el desconocimiento mismo de las culturas diversas.

Esta ley, de manera textual estableció: «Desde que sean conferidos los títulos de propiedad, la ley no reconocerá comunidades. Ningún individuo o reunión de individuos, podrá tomar el nombre de comunidad o aillo, ni apersonarse por éstos ante ninguna autoridad. Los indíjenas jestionarán por sí o por medio de apoderados en todos sus negocios, siendo mayores de edad, o se harán representar, siendo menores, con arreglo a las disposiciones civiles del caso». Esta prohibición derivará en el surgimiento de los caciques apoderados cuyos roles se precisarán en el siguiente acápite.

Es también importante precisar que el art. 26 de esta disposición suprimió los servicios personales forzados que las autoridades políticas, militares o eclesiásticas exigían a los indígenas; sin embargo, no eliminó los servicios personales exigidos por los hacendados a través de la figura del *pongueaje*, demanda que fue uno de los fundamentos reivindicativos de derechos en la primera mitad del siglo xx, tal como se anotará más adelante. En este orden, Gotkowitz (2007, pp. 61-64) afirma que

> …las ventas de tierras comunales en Bolivia implicaron niveles excepcionales de fraude y violencia… Los informes gubernamentales confirman que los comunarios fueron amenazados y obligados a vender sus tierras a bajo precio. Deudas forzadas, falsos representantes, arbitraria designación de 'tierras baldías' y coerción directa fueron, entre otras, algunas de las tácticas empleadas para despojarles territorios a las comunidades indígenas [247].

---

[245] El art. 2 de la Ley de 5 de octubre de 1874 estableció: «Los indíjenas que después de la ley de la Asamblea Constituyente, no hubiesen recobrado sus posesiones, tienen el derecho de hacer efectiva la reivindicación. Los Prefectos y Sub-prefectos están obligados a hacer ejecutar dicha ley, salvo los casos de sentencias ejecutoriadas».

[246] El art. 4 de la Ley de 5 de octubre de 1874 prescribió: «Los demás terrenos que no se hallen poseídos por los indíjenas, se declaran sobrantes y como tales pertenecientes al Estado».

[247] Gotkowitz señala, además, que «…la resistencia a las ventas de tierras tuvo su mayor impacto en el norte de Potosí, donde las comunidades indígenas controlaban una de las más importantes zonas productoras de trigo antes de la liberalización del comercio a fines del siglo xix. Cuando empezaron las revistas, a principios de la década de 1880, los ayllus de Chayanta se alzaron de inmediato, oponiéndose. En 1901, después de reiterados conflictos, motivados por los intentos de medir las tierras y elevar los impuestos, las comunidades bloquearon definitivamente el acceso los agrimensores a su territorio. Únicamente en esta región sucedió el hecho que las comunidades indígenas lograron también reemplazar a los recaudadores de impuestos designados por el Estado con sus propios recaudadores» (*ibid.*, pp. 61-64).

Esta violencia fue respondida con las acciones y mecanismos de defensa asumidos por las comunidades en el ciclo rebelde que será tratado más adelante.

Para cumplir el objetivo de este trabajo, es importante también resaltar, siguiendo a Chuquimia (2012) que, a partir de este momento histórico, se expandió el latifundio y los miembros de los pueblos indígenas fueron convertidos en peones o pongos. Esta circunstancia fue el semillero de los abusos de finales del siglo XIX y principio del XX hacia la población indígena. En contraparte, la respuesta de los pueblos indígenas se manifestó en una secuencia de luchas y reivindicaciones a lo largo del siglo XX que desembocarán, a inicios del siglo XXI, en el proceso constituyente, cuyo culmen fue la promulgación de la nueva Constitución, en febrero de 2009.

La Convención Nacional de 1880, que concluyó con la aprobación de la Constitución de ese mismo año, impidió la participación indígena en las elecciones, ya que estableció como requisito el saber leer y escribir y contar con patrimonio o ingresos. Como era previsible, los alcances de este derecho político no eran extensibles a los pueblos indígenas, lo que implicó que, en un marco de ausencia absoluta de participación política de este colectivo, se ejecuten las revistas como mecanismos para cumplir la Ley de Exvinculación Territorial.

La férrea resistencia a las revistas hizo que se emitan dos medidas legales importantes: la primera, una resolución presidencial de 1881 que autorizó la emisión de títulos *proindiviso* para aquellas comunidades que optaran por esta medida, y, una ley de 1883 que eximía de revistas a los «terrenos de origen», es decir a las tierras detentadas por comunidades indígenas cuya propiedad había sido consolidada durante la época colonial, vía «cédulas de composición». Aunque, en los hechos, estas medidas evitaron la desmembración y el avasallamiento de algunas propiedades comunales, no es menos cierto que no impidieron las revistas (Gotkowitz, 2007, pp. 66-67).

Desde 1880, los pueblos indígenas se opusieron a las revistas ordenadas por la Ley de Exvinculación Territorial; existió, especialmente, una resistencia organizada en los departamentos de La Paz, Oruro y Potosí, la cual, tal como afirma Gotkowitz (*ibid.*), coincidió con el creciente descontento dentro del Partido Liberal. En este marco, la Guerra Civil de 1899, que concluyó con el desplazamiento de la sede de gobierno a la ciudad de La Paz, es un punto histórico de vital importancia para este trabajo, ya que no solo estuvo fundada en conflictos entre oligarcas mineros dedicados a la comercialización de la plata y oligarcas del estaño, sino también estuvo influida por un movimiento indígena reivindicacionista con ideales de restitución territorial y de reconocimiento de autoridad, dirigido por Pablo Zárate Willka, Juan Lero, Feliciano Willka y Mauricio Pedro, movimiento que se alió con los liberales a pesar de las contradicciones ideológicas que implicaba esta unión transitoria (*ibid.*).

Esta alianza circunstancial se basó, en primera instancia, en un discurso pro-indígena falsamente postulado por los liberales que prometieron la devolución de tierras comunales expropiadas durante las revistas y también prometieron la abolición de la contribución indigenal vigente en ese momento (*ibid.*, 67-68). Los liberales también realizaron promesas a las élites regionales para el establecimiento de una forma descentralizada de go-

bierno en aras del desarrollo y el progreso local, por lo que, según Gotkowitz, antes de la Guerra Civil, el programa liberal pretendía satisfacer aspiraciones populares y demandas regionales (*ibid.*).

Rivera Cusicanqui (1984, pp. 84-86) afirma que la participación de Zárate Willka en la Guerra Civil liberal-conservadora puso al desnudo las tensiones sociales y étnicas acumuladas con la consolidación de la economía exportadora. En este escenario, de acuerdo a Rivera Cusicanqui (*ibid.*), el Altiplano se convirtió en una tensa frontera interna de asedio a los territorios comunales de los ayllus que veían progresivamente constreñido su espacio de reproducción y desmantelado su universo ideológico con la ofensiva latifundista (*ibid.*, 84-86).

Las comunicaciones ferroviarias son un factor esencial de análisis, ya que permitieron a los hacendados establecer una red de monopolios comerciales zonales que obstaculizaban —y en muchos casos anulaban— el acceso de la producción comunal a los mercados. En este contexto, Rivera Cusicanqui (*ibid.*) señala que la fusión de poder político, control monopólico del mercado y propiedad de la tierra, en el marco del fraccionamiento de la propiedad comunal, eran las pretensiones de los terratenientes altiplánicos, por lo que en esta zona, para los pueblos indígenas eran esenciales las reivindicaciones de restitución territorial y de reconocimiento de autoridad indígena, las cuales, por las desventajas especialmente militares, hacían propicia una alianza con los liberales quienes, a su vez, mantenían una férrea lucha contra los conservadores, incluidos los terratenientes altiplánicos.

La unión entre el movimiento indígena liderizado por Zárate Willka y el Partido Liberal fue determinante para la derrota de los conservadores, a pesar de las pocas armas. Las *waraqas* (armas rústicas propias de las comunidades altiplánicas) terminaron definiendo el conflicto a favor de los liberales, quienes, una vez en el poder, no cumplieron con sus compromisos asumidos con este movimiento indígena, por lo que las comunidades empezaron a tomar las haciendas en el altiplano boliviano (Chuquimia, 2012).

La *matanza de Mohoza*[248] fue el hecho que ocasionó la ruptura definitiva entre el movimiento indígena y los liberales, quienes reprimieron cruelmente los levantamientos indígenas. Derrotados los conservadores y los aliados indígenas, los liberales de La Paz transfirieron la capital política de Sucre a esta ciudad altiplánica, incrementaron las líneas

[248] Durante el conflicto entre liberales y movimientos indígenas, combatientes aymaras mataron a un contingente de soldados del bando liberal en Mohoza (provincia Inquisivi, La Paz). Esta matanza fue perpetrada en represalia por los abusos que rutinariamente cometían tanto el Ejército conservador como el liberal, en contra de las comunidades indígenas. Gotkowitz agrega que «después de matar a todos los integrantes de un escuadrón liberal, los rebeldes indígenas establecieron su propio gobierno en Mohoza. Cuando el comandante en jefe del Ejército liberal, José Manuel Pando, supo que los indígenas se habían levantado contra él y sus tropas, intentó llegar a un acuerdo con el Ejército conservador y sus líderes, quienes no quisieron aceptar la oferta. Consciente de que, para ganar la guerra, necesitaba a los indígenas, Pando esperó, para castigarlos por la matanza, hasta que el Partido Liberal lograra salir victorioso, en abril de 1899. Circunstancialmente, el jefe liberal celebró el final de la guerra junto a Zárate Willka, pero luego ordenó su arresto, además del de otros líderes indígenas… Después de que Pando tomara el poder, en octubre de 1899, como el primer presidente de la postguerra civil, las autoridades ejecutaron a Willka y a otros 31 prisioneros indígenas (Gotkowitz, 2007, pp. 70-71).

férreas y crearon instituciones estatales más centralizadas y hegemónicas (Chuquimia, 2012).

Rivera Cusicanqui afirma que, con el liberalismo en el poder, nació la «segunda república» (Rivera Cusicanqui, 1984, pp.86-87), en la cual, a partir de ideas positivistas y social-darwinistas importadas de Europa, no cabía la diversidad cultural por la inferioridad de la raza indígena[249]. En efecto, el desenlace de la Guerra Civil de 1899 desencadenó visiones de «raza» sustentadas en los supuestos de inferioridad de los indígenas y de escasa aptitud para ser ciudadanos. En este escenario, por su participación en la guerra de 1899, los aymaras, especialmente, fueron víctimas de un racismo recalcitrante y resultaron estigmatizados como enemigos de la próspera nación liberal (Gotkowitz, 2007, pp. 70-71).

Los hechos descritos fortalecieron las bases del Estado monista con funciones profundamente centralizadas. En el ámbito económico, es importante destacar que, en este periodo, se inició una reforma monetaria que pretendió transferir al Estado el monopolio de la función emisora de la moneda, pero con ello se trasladaba este dominio de la pequeña banca al imperio financiero de Simón I. Patiño (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 86-87), decisión que consolidó una élite económica en el país con la consiguiente concentración de capital en poderosos industriales mineros como Patiño, Aramayo y Hochschild.

Además, en esta «segunda república», según Rivera Cusicanqui, las tendencias de desarrollo de la sociedad boliviana se sintetizaron en tres modalidades de apropiación monopólica de los bienes y recursos de la colectividad: la tierra, el mercado y el poder político (*ibid.*). En el plano militar, la citada autora señala que se centralizó y profesionalizó el Ejército Nacional, aunque su dirección fue encomendada a generales franceses y prusianos; además, se impuso el servicio militar obligatorio, que «los gamonales utilizaron para dar caza a los indios revoltosos» (*ibid.*).

En el ámbito rural, en la primera década del siglo xx las secuelas de la represión al movimiento indígena liderizado por Zárate Willka fueron tan severas que los focos de rebelión acabaron sofocados. En ese orden, Rivera Cusicanqui afirma que la resistencia indígena asumió formas más aisladas manifestadas a través del abigeato, el sabotaje, la quema de casas de hacienda por manos anónimas y vindicativas contra un latifundismo que atravesaba su etapa de mayor consolidación (*ibid.*, p. 94). Sin embargo, desde 1910, empezaron a surgir nuevas voces de reivindicación, iniciándose lo que la citada autora denomina como *el ciclo rebelde.*

[249] Rivera Cusicanqui cita a Gabriel René Moreno, intelectual de la época quien sostenía lo siguiente: «El indio y el mestizo incásicos radicalmente no sirven para nada en la evolución progresiva de las sociedades modernas. Tendrán tarde o temprano, en la lucha por la existencia, que desaparecer bajo la planta soberana de los blancos puros o purificados». Afirma también la autora que hombres de Estado, como Ismael Montes y Bautista Saavedra, fueron la reencarnación de las ideas europeas de inferioridad racial de los indígenas (*ibid.*, p. 87).

6.- Los caciques apoderados en un ciclo rebelde

Un tercer gran asalto a la comunidad indígena se produjo en 1905 cuando, por efecto de la construcción de un complejo sistema de vías férreas que conectaban a Bolivia con el exterior, el valor de las tierras en áreas distantes se incrementó, dando lugar a la venta y confiscación de tierras comunales (Gotkowitz, 2007, p. 80). A partir de este periodo se iniciaron nuevas formas de resistencia en el periodo que Rivera Cusicanqui denomina ciclo rebelde [250], en el cual, en un escenario de mundos antagónicos, en los *caciques apoderados*, resurgen las voces de los *históricamente oprimidos*.

Bautista Saavedra decretó, en 1920, que la tierra poseída por los indígenas no podía venderse o transferirse sin la intervención judicial. A pesar del fundamento paternalista de esta medida, su efecto frenó en cierta medida las transferencias de propiedades comunales, aunque los conflictos no desaparecieron. Por esta razón, las peticiones de los caciques apoderados de la década de 1920, muestran que las invasiones y ventas fraudulentas persistieron aún después de que los dos decretos pusieran fin, por lo menos formalmente, a los procesos de las revistas estatales (*ibid.*, 98-99) [251].

La situación de la tierra en el altiplano merece un particular análisis ya que, a pesar de las imposiciones coloniales y las leyes republicanas, el colectivo social en las comunidades todavía mantenía conceptos vinculados al ayllu a partir de relaciones de solidaridad y cohesión interna que, según Rivera Cusicanqui, se viabilizaban a través de un sistema jerárquico de autoridades político-religiosas, cuyas alianzas podían articular defensivamente a varios allyus dentro de una región. Además, la tenencia de la tierra en el altiplano tenía un sustento en lazos familiares y de parentesco, lo que brinda mayor fuerza aún a la protección comunal de su territorio (*ibid.*, 95-96).

Entre 1910 y 1930, el movimiento cacical del altiplano persiguió la restitución de las tierras comunales usurpadas por la hacienda, la abolición del servicio militar obligatorio,

---

250 La autora señala: «Podemos hablar del ciclo rebelde de 1910-1930, no porque existiese una conexión explícita entre los participantes en uno otro foco rebelde, sino, más bien, por los elementos ideológicos políticos y organizativos comunes a todos ellos. Se trata, en primer lugar, de rebeliones localizadas en la frontera comunitaria que la expansión latifundista amenazaba con desbordar permanentemente. Aun si en algunos casos los movimientos contaron con la activa participación de los colonos —como fue el caso de Caquiaviri— el liderazgo, la elaboración ideológica y la mediación rural-urbana permanecieron en manos de los comunarios. De otro lado, tanto la estructura organizativa como las reivindicaciones y temas ideológicos agitados por los rebeldes pueden comprenderse mejor en el contexto de la base estructural del ayllu andino. Finalmente, hablo de ciclo rebelde porque se trata de un conjunto de movilizaciones y acciones dentro de las cuales el acto mismo de la rebelión violenta (que supone por lo general algún acto punitivo) es solo un momento de un proceso más amplio en el cual se ejercitan y combinan una variedad de métodos de lucha» (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 94).

251 Rivera Cusicanqui señala que solo en la provincia Pacajes de La Paz, las tierras vendidas entre 1901 y 1920 fueron del orden de las 44.687 hectáreas, por comparación a las 33.401 hectáreas vendidas en los 20 años precedentes. Estas ventas beneficiaron a destacadas figuras públicas del liberalismo. El propio presidente Montes (1904-1909; 1913-1917), en una sola operación de venta forzada se hizo de uno de los más grandes latifundios en la fértil península lacustre de Taraco. Políticos, comerciantes y empresarios mineros adquirieron tierras como un medio de obtener capital —a través de la especulación o la hipoteca— para invertir, coyunturalmente, en efímeras aventuras empresariales fuera del sector agrícola.

la supresión de las diversas formas de tributo colonial que aún subsistían, la presencia de representantes indios en el Congreso y en las instancias de poder local —como corregimientos, prefecturas y alcaldías—, el establecimiento de escuelas para las comunidades y el acceso libre al mercado (*ibid.*, 107-108).

Como ya se señaló, la Ley de Exvinculación de 1874, en su artículo séptimo, suprimió todo tipo de representación indígena a través de sus autoridades originarias, en el marco de sus sistemas jurídicos propios, y estableció el deber de los indígenas de actuar de manera directa o a través de sus apoderados. Sin embargo, como sostiene Gotkowitz, la ley nunca señaló que los apoderados no pudieran ser indígenas, por lo que, recurriendo a esta ley, se inicia la época de los *caciques apoderados* que, en calidad de autoridades originarias de los ayllus, representaban a sus comunidades como apoderados en los litigios por tierras (*ibid.*, pp. 100, 103 y 104).

Este movimiento tuvo sus raíces en el altiplano de La Paz, pero también existían apoderados indígenas de Potosí y Oruro, que se organizaron en redes aymara-quechuas transregionales y multilingües para evitar las revistas y para asumir defensa en litigios judiciales. Hacia 1917 el grado de coordinación fue tan admirable que sus redes adquirieron una dimensión nacional, cuya trascendencia excedió la cuestión de la demanda territorial, abogando también por la educación y la promoción y defensa de derechos de los pueblos indígenas. Para ello, difundieron sus boletines y lograron muchos adeptos, entre ellos periódicos e intelectuales de la época. Además, para la eficaz defensa de los derechos indígenas, lograron interiorizarse de las formas legales y de los entresijos de la burocracia administrativa de corte liberal [252].

Los caciques apoderados se valieron de títulos coloniales para exigir, en vía judicial, los derechos a la territorialidad de los pueblos indígenas, lo que, además, en criterio de Rivera Cusicanqui (1984, pp. 102), permitió la apertura de un horizonte de memoria colectiva que legitimó las acciones legales y violentas que se realizaron para la defensa de los derechos indígenas; pero, además, su discurso, a partir de la cláusula de igualdad,

[252] En 1921, sitiado por la oposición, Saavedra buscó nuevos aliados entre los obreros y la clase media, promoviendo la primera legislación laboral en Bolivia. Ésta tuvo el impulso de las organizaciones laborales, los partidos políticos de izquierda y los movimientos estudiantiles radicales que surgieron desde los primeros años de la década de 1920. En este periodo republicano se establece la jornada de ocho horas laborales y la indemnización por accidentes de trabajo. Estas organizaciones no solo defendían los derechos de los obreros sino también proponían agendas proindígenas; de hecho, el Partido Socialista, fundado en 1921, convocaba a la abolición del pongueaje, el reconocimiento legal de las comunidades indígenas y la revolución armada por parte de obreros, soldados y campesinos. En este escenario, el principal apoyo a los líderes indígenas provino de Tristán Marof (seudónimo de Gustavo Navarro, 1869-1776). Este líder, así como otros líderes de izquierda, establecieron un contacto directo con los caciques apoderados y apoyaron varios levantamientos indígenas como el de Chayanta. Marof y otros intelectuales no indígenas fundaron el grupo «Tupac Amaru» que apoyaba la distribución de los latifundios a los indígenas y la libertad de los mismos para organizarse y formar comunidades agrícolas. Proponía, también, una alianza entre indígenas y artesanos urbanos, estudiantes y mineros. Además, aplaudió la aparición de un movimiento indígena de alcance nacional afincado en las instituciones comunitarias y convocó a los «indios» a que «establezcan contactos entre los del norte y los del sur, entre quichuas y aimaras y que elijan sus representantes ante los congresos obreros». Marof, en su ensayo *La tragedia del Altiplano* (1934), abogó por Santos Marka T'hula y sus compañeros que en ese momento se encontraban presos (*ibid.*, p. 96).

sugería una incorporación a la nación en un contexto de leyes especiales de protección. En este marco, para los caciques apoderados, *ciudadanía* significaba protección para la persona y la propiedad, por lo que al estar ésta reservada solamente a los varones letrados y propietarios, los indígenas no contaban con dicha protección [253].

Los caciques apoderados lideraron luchas pacíficas a través de estrategias legales y otras medidas pacíficas de protesta, aunque, como se verá más adelante, también protagonizaron importantes rebeliones reivindicativas de derechos a la tierra, la educación y el poder local.

En 1914, Pacajes fue el hito de la lucha y defensa de los caciques apoderados, en el marco de la reivindicación de tierras al amparo de títulos coloniales. Los hacendados invadieron las tierras del ayllu Ilata, por lo que Martín Vásquez, uno de los caciques, partió hacia Lima en busca de los títulos coloniales para que, en el marco de la Ley de 1883, se asuma la defensa legal de las tierras (Gotkowitz, 2007, p. 83). Cuando retornó, en 1914, convocó en La Paz a una asamblea en la calle Sagárnaga (en un barrio, históricamente indígena), a la cual asistieron cien delegados de La Paz, Potosí, Sucre y Cochabamba para deliberar sobre el contenido de los manuscritos que Vásquez había obtenido en su viaje a Lima (*ibid.*). Éste es un momento esencial en el proceso de articulación de la red de caciques apoderados para la defensa de la tierra, escuelas y poder local.

Posteriormente, Martín Vásquez demostró su calidad de legítimo descendiente de los mallkus aymaras de la región, por lo que, con amplia legitimidad, fue nombrado «gran cacique» por la Asamblea Comunal que se realizó en Challapa y apoderado general de todas las comunidades comprometidas [254]. Esta designación marcó un hito para la era de los *caciques apoderados* de este ciclo rebelde. El gran cacique prometió la abolición de trabajos personales forzados, la participación política de los indígenas en cantones y vicecantones y la abolición del servicio militar obligatorio, entre otras promesas más que estuvieron planteadas bajo un *decálogo aymara* con contenidos éticos y reivindicativos (*ibid.*, 102). En abril de 1914, Vásquez y otros indígenas fueron arrestados y procesados por sedición y, aunque el caso fue archivado por falta de pruebas, este líder desapareció y el movimiento quedó desarticulado; sin embargo, el gran cacique, antes de su desaparición, nombró a Santos Marka T'ula como su sucesor (Gotkowitz, 2007, p. 84).

En Pacajes (actualmente dividido en Pacajes e Ingavi), Santos Marka T'ula, cacique apoderado de Qallapa, Curahuara y Ulloma (actualmente, provincia Aroma) —quien

---

253 *Ibid.*, p. 136. Al respecto, la autora señala que el Congreso Nacional no fue el único órgano en deliberar sobre los significados de los derechos y las fronteras de la ciudadanía en los años prerrevolucionarios, sino que los caciques apoderados de Cochabamba desarrollaron una crítica de las características jerárquicas de la ciudadanía cuando hacían campaña en contra de la usurpación de tierras comunales en las décadas de 1910 y 1920. Sus reclamos se centraban, sobre todo, en las protecciones y garantías civiles y sus demandas, además de expresar una crítica al estatus exclusivo de la ciudadanía, podían considerarse como proyectos para redefinir los derechos étnicamente y «en el límite directo de la igualdad». Al solicitar una revisita de los linderos de la tierra, los caciques apoderados no estaban simplemente presentando una demanda territorial, también estaban exigiendo una reconfiguración fundamental de las fronteras internas y externas de la Nación, de sus distritos administrativos, sus estructuras políticas y sus principios excluyentes.

254 Estos dirigentes cacicales fueron asesorados legalmente por los hermanos Monroy, que se cree que tuvieron filiación republicana. Ver Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 102 y 110.

afirmaba ser descendiente de los caciques coloniales mencionados en los documentos que su antecesor, Martín Vásquez, había recuperado en Lima—, rearticuló y fortaleció la red de caciques apoderados, su legitimidad fue tal que, en 1919, Isidro Kanki lo proclamó como «Representante y apoderado de los ayllus de La Paz» (*ibid.*). Su lucha se centró en la restitución territorial comunal y la demanda de incorporación de derechos específicos en la legislación republicana[255]. Este líder fue apresado tres veces y estuvo privado de libertad, en condiciones deplorables, entre 1923 y 1926. Murió enfermo el 13 de noviembre de 1939 (Chuquimia, 2012). Manuel Ramos, un cacique apoderado proveniente de Tapacarí (Cochabamba), se convirtió, de facto, en el líder de la red nacional de caciques (Gotkowitz, 2007, p. 125).

La figura de Marka T'ula fue un referente esencial para las futuras reivindicaciones indígenas, entre ellas, la realizada por colonos y comunarios de Caquiaviri (1918) y el movimiento de Achacachi de 1920.

Por otra parte, en 1928, Fernando Wanaku, líder aymara de Achacachi (La Paz), se hizo pasar por Jesucristo y prometió, en la región, el cultivo de productos propios de otros climas, como el maíz, el arroz y el café. La agitación que generaron las prédicas de Wanaku en esta región hizo que este líder indígena fuera varias veces apresado. A pesar de ello, logró, como una forma de resistencia pacífica en contra del monopolio comercial de los hacendados y la realización de una feria indígena para productos de primera necesidad, en la cual, entre los años 1928 y 1931, se reunieron, cada jueves, unos dos mil comunarios de la región (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 104-105).

Rivera Cusicanqui explica que el latifundio, a fines del siglo XIX, limitó severamente el acceso de las comunidades altiplánicas a los pisos interecológicos; sistema que perduraba desde la época precolonial. Esto implicó que las haciendas detentaran el monopolio de ciertos productos como la coca y el maíz. En ese contexto, la apertura de la feria significó, para los habitantes de Achacachi, la posibilidad de un acceso independiente a productos de otras regiones (*ibid.*, p. 105).

Esta forma de resistencia debe ser analizada en el contexto de la importancia que revistió, en la zona, la experiencia educativa de la escuela-ayllu de Warisata, organizada por el maestro indígena Aveliño Siñani (*ibid.*). La experiencia de la feria comunal y de la escuela de Warisata desataron la hostilidad de los hacendados. En este escenario, Rivera Cusicanqui señala que «mercado» y «escuela» eran dos típicos argumentos *civilizadores* de la oligarquía que se convirtieron en una amenaza para los latifundistas, quienes a través de sus autoridades suspendieron la feria y también suspendieron las actividades de la escuela (*ibid.*).

Otras reivindicaciones también tuvieron como epicentro Achacachi, entre ellas, la del cacique Julián Siñani, quien, en 1924, solicitó a la curia diocesana de La Paz la revisión

[255] Santos Marka T'ula nació alrededor de 1879 y fue uno de los primeros apoderados indígenas. Aunque sus esfuerzos se centraron en la defensa y recuperación de las tierras comunales, su actividad se irradió a las ciudades, contexto en el cual generó lazos estrechos con la Federación Obrera Local (FOL) y lideró también una identidad política inclusiva que integraba a los indígenas tanto rurales como urbanos (*ibid.*, pp. 85-87).

de libros de bautismo, matrimonio y defunción desde el siglo XVI con la finalidad de conocer los descendientes de los caciques para que éstos asuman el poder local en sus comunidades (Albó, 1992, pp. 375-388).

Por otra parte, la rebelión de Jesús de Machaca (1921), liderada por Faustino Llanqui, se desencadenó por los abusos del corregidor, quien, de forma arbitraria, encarceló y mató a un comunario en las celdas del corregimiento. Esta rebelión, además, está vinculada al desconocimiento de derechos territoriales sustentados en títulos coloniales; también se demandó educación, la supresión del monopolio comercial de los hacendados y el acceso al poder local para evitar abusos [256]. La respuesta del Estado fue abusiva y desproporcional, a tal punto que el presidente Saavedra ordenó la represión militar de los comunarios, del mismo modo que sucedería, en 1923, en Uncía.

La influencia libertadora de Marka T'ula irradió también a Chayanta (Norte de Potosí). En 1927, tanto los colonos como los comunarios se levantaron en contra de los abusos y la usurpación de tierras comunales (Gotkowitz, 2007, p. 84). Además, en este breve relato no puede soslayarse el rol de Leandro Nina Qhispi [257], líder que luchó por la reivindicación territorial de sus tierras comunitarias avasalladas por las expropiaciones, entre 1905 y 1915. En 1920, Nina Qhispi tuvo que huir a La Paz para evitar la represión policial (*ibid.*). Este líder aprendió a leer por su cuenta, convirtió su casa en una escuela improvisada para hijos de los matarifes, integrantes de uno de los gremios más importantes en La Paz. Luego, desde su labor educacional, en mayo de 1930, convocó a un Congreso Indígena en La Paz para discutir asuntos pedagógicos, ese mismo año, creó, también en La Paz la Sociedad Centro Educativo «Kollasuyo», la cual, desde la interculturalidad, se dedicó a organizar escuelas tanto en las comunidades rurales como en las haciendas (*ibid.*). Al margen de su labor educacional, Nina Quispi trabajó en la defensa de las comunidades cuyas tierras fueron avasalladas, sin pretender, en ningún momento, el título de cacique [258]. Este líder consideraba que el reconocimiento del territorio y la autonomía indígenas podían ser la base para el avance de la nación (*ibid.*).

Como puede observarse, las luchas de los caciques apoderados, no solamente significaron levantamientos, sino también una estrategia de defensa legal en cuanto a derechos territoriales, escuelas y gobiernos locales. Lamentablemente, el poder político no pudo advertir, en su adecuada magnitud, el rol en la historia de Bolivia de los caciques apoderados, el cual, sin duda, es importante analizar para desarrollar una contextualización más precisa de las luchas indígenas que confluyeron en el proceso constituyente que concluyó

---

256 En este levantamiento murieron 16 personas, entre ellas el corregidor. El sacerdote del lugar se salvó gracias a sus súplicas (ver Chuquimia, 2012).

257 Este líder indígena era originario de Raraqui (Ingavi), una zona cercana al lago Titicaca que era, y aún es, muy apta para la agricultura. Esta comunidad mantuvo sus derechos territoriales durante la Colonia; sin embargo, fue completamente expropiada durante las revistas que se realizaron entre 1905 y 1915.

258 Gotkowitz afirma que Marka T'ula también promovió la creación de escuelas. De hecho, en 1928 creó el Centro Bartolomé de las Casas, un instituto educativo de La Paz que fundó escuelas afiliadas en comunidades rurales (*ibid.*). Sin embargo, este líder, a diferencia de Nina Quispi, nunca trabajó como profesor.

con la Constitución de 2009. Pero, además, desde la visión del *giro decolonial* para una eficaz implementación del modelo polifónico de justicia constitucional en Bolivia —que tiene, como sustento esencial, el diálogo a partir de la voz de los históricamente oprimidos—, sin duda, la narración histórica realizada debe ser considerada como un elemento importante para la protección de derechos desde la voz de los históricamente oprimidos.

7.- El constitucionalismo social boliviano sin los históricamente oprimidos

La Guerra del Chaco (1932-1935), entre Bolivia y Paraguay[259], debilitó profundamente la articulación de los dirigentes de comunidades, los cuales, sufrieron una sistemática persecución política interna, lo que colocó a muchos líderes en la clandestinidad y obligó a otros a alistarse al Ejército para la defensa de la patria; sin embargo, estos líderes, después de la guerra, se rearticularon, además con matices sindicales y otras formas de lucha tal cual se evidenciará en este acápite.

La Guerra del Chaco se prolongó por tres años. No solo fue el conflicto bélico del siglo xx de mayor duración en la América, sino que cambió el curso de la historia boliviana y, lamentablemente, terminó con la vida de miles de combatientes causando, además, el desmembramiento de gran parte del Chaco boliviano. En términos de la cantidad de población boliviano-paraguaya fallecida, el número de vida segadas es equiparable, en proporción, a la mortandad que dejó la Primera Guerra Mundial en Europa. Del lado boliviano, la mayor parte de personas fallecidas fueron indígenas aymaras y quechuas.

Como reflejo de la sociedad boliviana de ese entonces, el Ejército fue terriblemente racista y excluyente ya que, a pesar de los servicios militares en el campo de batalla prestados por los indígenas, éstos fueron excluidos del cuerpo de oficiales del Ejército[260].

Zavaleta afirma, por su parte, que la guerra tuvo un efecto «nacionalizador» sobre la conciencia de la población boliviana (Zavaleta, 1977, pp. 456-484). En términos de Chuquimia (2012), se generó una nueva conciencia nacional que fue muy bien explotada por los llamados *socialistas militares* y que llegó al debate constitucional que se generó en la Convención Nacional de 1938.

En efecto, después de la Guerra del Chaco, surgió una nueva generación de jóvenes oficiales del Ejército con políticas reformistas y autoproclamados como *socialistas militares*, con bases obreras urbanas y también en la población rural[261]. El coronel David Toro, quien gobernó entre 1936 y 1937, promovió la idea de una renovación moral del

---

259 Bolivia y Paraguay se disputaron territorio rico en yacimientos de petróleo. En 1932, tropas bolivianas ocuparon un fuerte paraguayo; luego, el presidente Daniel Salamanca ordenó al Ejército atacar otros dos fortines militares paraguayos.

260 Para los varones de clase medio y alta fue relativamente fácil quedar exento del servicio en la línea de fuego, Gotkowitz (*ibid*., 152) afirma que aquellos que fueron reclutados, generalmente participaron como oficiales de retaguardia o personal de auxilio.

261 Estas corrientes populistas también tienen sus antecedentes en otros países de Latinoamérica, como el Brasil, con Getulio Vargas, y la Argentina, con Juan Domingo Perón. A diferencia de estos casos de populismo, la característica esencial, en Bolivia, es que la alianza no fue solo con las clases obreras citadinas, sino también con el área rural.

país [262]. Durante su gobierno, en marzo de 1937, se nacionalizó la transnacional petrolera estadounidense Standard Oil [263].

Paralelamente, al tiempo que un indigenismo con mayor sustento ideológico emergía entre la intelectualidad de clase media, un movimiento de caciques de las zonas altiplánicas y de los valles cobraba protagonismo. Ésta nueva generación de dirigentes indígenas y campesinos formó importantes alianzas con los líderes militares que se adscribían al *socialismo militar*.

El *socialismo militar* allanó el camino para el *constitucionalismo social* proclamado en la Constitución de 1937, el cual emergió de una Convención Nacional que se desarrolló el mismo año por el lapso de seis meses. Los 122 delegados electos para este fin, con tendencias tanto de derecha como de izquierda, a pesar de sus antagonismos ideológicos coincidieron en una idea central: la necesidad de cohesión de la nación boliviana, toda vez que, según criterio uniforme en este escenario de debates, la pérdida del Chaco simbolizó los defectos de una sociedad boliviana heterogénea.

En este orden, la «cuestión indígena» fue una preocupación esencial en los debates que concluyeron con la Constitución social de 1938, la cual, según Gotkowitz (2007, pp. 149-150), era de corte corporativista. Esta Constitución se aprobó en un contexto en el cual se sentían los efectos de la Gran Depresión (*ibid.*), los cuales afectaron, con particular rigor, a la economía boliviana dependiente de la minería del estaño [264].

La Constitución de 1938, a diferencia de las constituciones de de Cuba y Guatemala, no abordó abiertamente los prejuicios raciales, de clase, o de género (*ibid.*, 151). Al respecto, Gotkowitz afirma que la Convención de 1938 encarnaba una tensión esencial del populismo boliviano, ya que, si bien amplió los derechos sociales de los trabajadores, las madres y los niños, la nueva Constitución ponía de relieve los límites de la igualdad (*ibid.*, 152). A partir de estos límites, se abordó el «problema del indio», planteamiento que atribuía a los indígenas las dificultades y obstáculos del progreso y la unidad del país. Incluso, en los debates, se atribuyó la pérdida de la Guerra del Chaco a criterios de etnicidad, por lo que se propugnaba la necesidad de la inclusión del indio en la nación [265].

---

[262] Entre sus promesas se encontraba la nacionalización de la Standard Oil, acusada de contrabando de petróleo en favor del enemigo durante la guerra, la creación del Ministerio de Trabajo y el nombramiento del dirigente obrero Waldo Álvarez como ministro.

[263] Esta fue la primera nacionalización en Latinoamérica y se llevó a cabo un año antes de la otra gran nacionalización petrolera, que tuvo lugar en México.

[264] A principios del siglo xx, el estaño reemplazó a la plata como el producto básico de exportación de Bolivia. En la década de 1920, los ingresos del estaño representaban más del 72% del total de las exportaciones del país. La disminución de los precios a nivel mundial y los menguantes niveles de producción que siguieron a la crisis de 1929, precipitaron una estrepitosa caída de la economía del estaño: los mineros fueron los más afectados (*ibid.*, pp. 201-202).

[265] Walter Guevara Arze sugirió que la nación era variada, de modo irreversible. En este contexto, este político afirmaba que, desde la misma fundación de la República, los factores geográficos y demográficos (población indígena) habían conspirado con las necesidades de Bolivia. En base a su experiencia en la Dirección General de Estadística, presentaba los siguientes datos: por cada 4 mil blancos y 10 mil mestizos, nacían 18 mil indígenas. A partir de estos datos estadísticos, sostuvo que el «elemento» indígena terminaría por absorber a los blancos y mestizos, por lo que concluyó sosteniendo que «a la larga,

Así, desde esta perspectiva, la Constitución de 1938, si bien amplió el catálogo de derechos sociales, amparó la vigencia de un Estado-Nación, de corte monocultural, centralista y fuertemente intervencionista en el ámbito económico.

Desde la perspectiva de la igualdad, la Constitución de 1938 reguló los criterios de la nacionalidad y no modificó sustancialmente los principios contenidos en la Constitución de 1880 [266]. En este marco, estableció que, para ser ciudadano, se requería ser boliviano, tener 21 años de edad, saber leer y escribir y estar inscrito en el Registro Cívico. Obviamente, la mayoría de los indígenas y las mujeres estaban excluidos del alcance de la ciudadanía.

Cabe destacar que el debate que se generó en este proceso constituyente fue realizado solamente entre varones, ya que las mujeres no participaron de la referida Convención Nacional. Desde la sociedad civil, solo algunas mujeres *letradas* de la élite demandaron el voto, pero no para todas, sino mediante un voto calificado para aquellas que supieran leer y escribir [267].

Bolivia tendrá que ser considerado país eminentemente indígena, aun cuando el indio sea incorporado a la civilización occidental». En este marco, Guevara concluyó señalado que el «problema del indio» era un problema económico y cultural que se resolvería colocando al indio en situación de que pueda ponerse «pantalón y zapatos», y afirmó que «lo esencial es que el indio tenga tierras para hacer de él un individuo que se pueda vestir como nosotros. Había que mejorar su condición de hombre y convertirlo en un elemento integral de la Nación» (*ibid.*, pp. 170, 171).

266 El artículo 33 de la Constitución de 1880 señalaba que para ser ciudadano se requería ser boliviano, tener 21 años si el varón era soltero o 18 si era casado. Éste debía saber leer y escribir y tener una propiedad inmueble o una renta anual de Bs 200, que no provenga de servicios prestados en clase de doméstico y además debía estar inscrito en el Registro Cívico.

267 Gotkowitz afirma que una propuesta en la Convención Nacional fue hacer de las mujeres ciudadanas, bajo los mismos parámetros exigidos a los hombres. En este contexto, afirma que «algunos de los delegados que intervinieron en esta discusión apoyaban el sufragio de las mujeres, pero reclamaban estándares más elevados tanto para hombres como mujeres. En lo esencial, este sector esperaba poder excluir a hombres «ignorantes», «depravados» o con «graves defectos morales», haciendo más estrictos los requisitos para el sufragio masculino y permitiendo que, únicamente, puedan votar mujeres selectas. Un segundo grupo de delegados insistía, más bien, en que los criterios para hombres y mujeres deberían ser diferenciados. Argumentaban, inclusive, que diferentes grupos de mujeres merecían derechos políticos por razones diferentes. Para algunos delegados, el meollo del asunto era la experiencia profesional o el poder económico. Para otros, la cuestión era la conexión fraternal con la comunidad de patriotas a través de la pérdida de un ser querido en la guerra. Un delegado sugirió que las mujeres deberían ser declaradas ciudadanas si eran madres viudas o madres de soldados caídos en combate». La autora afirma también que un escritor y posteriormente dirigente del MNR, Augusto Céspedes, hizo el discurso más apasionado sobre la capacidad para la ciudadanía que tenía «la mujer del pueblo». Empezó con una crítica: en vez de cualidades técnicas, pedagógicas o fisiológicas, la ciudadanía, tanto para hombres como para mujeres, debería basarse en su «capacidad productora» y sus contribuciones económicas. La mayor parte de las mujeres de la «clase dominante» no habían llegado a «aquella capacidad», afirmaba Céspedes, pero, «las clases mestiza e indígena femenina de nuestro país» demostraban poseer esa «virtud de trabajo y producción». Otro delegado estuvo de acuerdo, añadiendo que, de hecho, las actividades productivas de las mujeres trabajadoras ya las habían introducido en la escena política. En Bolivia, decía éste, la mujer del pueblo sostenía el comercio minoritario, y en el curso de tal actividad aquellas emprendedoras mujeres se movilizaban constantemente en contra del abuso. Si ellas ejercían ya el derecho a asociarse y demandar, ¿cómo podía la Convención privarlas de la ciudadanía? Más aún, otro delegado llamó la atención hacia los servicios de las mujeres para con el Estado: puesto que éstas pagaban impuestos, trabajaban y tenían hijos que terminaban por ejercer el servicio militar, ellas cumplían sus obligaciones al igual que lo hacían los hombres y merecían participar en las elecciones. Si bien algunos delegados aplaudieron los méritos de la mujer trabajadora, otros, sin embargo, se mostraron

La alusión a la ciudadanía indígena fue breve y no generó mayor interés en los participantes. Asimismo, los caciques apoderados tampoco tuvieron una voz de protesta que pueda generar incidencia en la temática [268].

La Constitución de 1938 ratificó también la declaración de la Constitución liberal de 1880 que prohibía la esclavitud, así como los trabajos personales forzados y gratuitos. En este contexto, el art. 5 estableció que «no se reconoce ningún género de servidumbre y nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento». Lo cierto, tal como se verá más adelante, es que esta cláusula no tuvo mayor aplicación por pate de los hacendados.

Además, desde la visión patriarcal imperante en ese momento y aún latente en la sociedad boliviana, si bien se prohibió la prestación de servicios forzosos y no remunerados, empero, no se abordó la temática del castigo corporal ni los abusos sexuales cometidos por propietarios de haciendas contra mujeres, niñas y adolescentes indígenas [269].

En efecto, la situación de la mujer indígena sometida al mitanaje no fue discutida en la Convención Nacional de 1938. Esta figura obligaba a las mujeres a trasladarse temporalmente a la casa del hacendado por periodos de aproximadamente una semana. Mediante esta forma de servidumbre, no solo se explotaba laboralmente a las mujeres, niñas y adolescentes indígenas, sino que los hacendados y sus familiares, impunemente, cometían sistemáticos actos de violencia sexual contra ellas. Esta situación, empero, fue objeto de silencio en este proceso constituyente y, por ende, de un consentimiento tácito por parte de los delegados a esta Asamblea.

En el área rural, la situación de las *warmisapas* —mujeres solteras y viudas que debían pagar la renta de una choza y una pequeña parcela proporcionando servicios domésticos o pastoreando los ganados del hacendado— era cada vez peor (*ibid.*, pp. 193-194). Estas mujeres, que se encontraban en una manifiesta situación de vulnerabilidad, fueron víc-

preocupados por los cambios en los roles tradicionales de género, que percibían como una consecuencia de la guerra. El conflicto con Paraguay, sostenían algunos, había acentuado la «descentración de la sensibilidad femenina», empujando a más mujeres hacia la fuerza laboral, corrompiendo a otras que engañaban a sus esposos o se convertían en prostitutas, y liberando a otras más, orientadas hacia los entretenimientos «frívolos» de la «mujer moderna». Únicamente el trabajo con «virtud», sugerían estos delegados, podía calificar a las mujeres para la ciudadanía» (*ibid.*, 172-174).

268 Augusto Céspedes, solamente para desvirtuar el argumento de las mujeres de élite que reclamaban la ciudadanía, postuló la ampliación de la misma a los indígenas y señaló que no se debía extender la ciudadanía a las mujeres, a menos que también se la conceda a este sector. Otros dos delegados respaldaron los derechos a la ciudadanía de indígenas, pero sujeta a un grado de instrucción. Un solo delegado propugnó la inclusión a los indígenas a la ciudadanía a partir del servicio militar, aunque también con un mínimo de alfabetización (*ibid.*, pp. 172-173).

269 En el orden laboral, cuando la Convención Nacional concluyó, la polaridad política y social se agudizó. Por esta razón, el presidente German Busch suspendió temporalmente la Constitución, declaró fuera de la ley a las organizaciones comunistas y anarquistas, y continuó con una serie de leyes sobre la moralidad del gobierno. Sin embargo, a pesar de este viraje, en mayo de 1939, Busch promulgó un Código Laboral progresista. Con todo, esta legislación no contempló los abusos laborales ni la explotación sexual en contra de mujeres y niñas (*ibid.*, pp. 184 y 210). Debe aclararse que la legislación penal de la época tampoco visibilizó de manera diferencial esta temática en los tipos penales.

timas de sistemáticos abusos laborales y también sexuales, permanentemente ignorados por la legislación nacional, así como por la Convención Nacional referida.

Es importante señalar, también, que las mujeres compartían el trabajo de los hombres en el campo. Además de realizar el trabajo doméstico reservado exclusivamente para ellas, el hilado de la lana, el cuidado de las ovejas y otros animales pequeños, también tejían los sacos que sus esposos y padres utilizaban para transportar los productos del propietario al mercado (*ibid.*, p. 195). En la zona de Cochabamba, esta fuerza laboral era el motor de la economía, ya que se dedicaba a la fabricación del *muko*, que era el ingrediente principal de la chicha (*ibid.*). A pesar de la gran labor que realizaban y de los abusos laborales y sexuales de los cuales eran víctimas, la Convención Nacional fue ciega ante esta situación y, aun cuando el enfoque del diseño constitucional perfilado se estructuraba en base al *constitucionalismo social*, éste era concebido por la mirada de *hombres* que no repararon en la voz de las *históricamente oprimidas.*

Más allá de lo anotado, es importante destacar que la Constitución de 1938, la cual inaugura la era del constitucionalismo social boliviano, introdujo varios regímenes especiales, entre ellos el económico y financiero [270], el social [271], el familiar [272], el cultural [273] y el del campesinado [274]. En cuanto a éste último, el art. 165 dejó sin efecto la Ley de Exvinculación de 1874 que, tal y como se anotó precedentemente, abolió la propiedad comunal; empero, a diferencia de la Constitución de Querétaro de 1917 (abordada en el primer capítulo), el problema fue que no se establecieron mecanismos de directa justiciabilidad que tutelen derechos a la propiedad comunal, por lo que, en las haciendas, la propiedad comunal siguió siendo avasallada por los hacendados.

---

[270] El art. 106 establecía que el régimen económico debía responder, esencialmente, a principios de justicia social, que tiendan a asegurar, para todos los habitantes, una existencia digna.

[271] El art. 121 establecía que el trabajo y el capital, como factores de la producción, gozan de la protección del Estado. Asimismo, el art. 125 garantizaba la libre asociación profesional y sindical y reconocía el contrato colectivo de trabajo. El art. 126 reconoció el derecho a huelga conforme a ley. Asimismo, el art. 129 estableció que los derechos y beneficios reconocidos por ley a favor de los trabajadores y empleados son irrenunciables. Esta disposición prescribió también que eran nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos.

[272] El art. 131 estableció que el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley. Como uno de los grandes avances constitucionales, el art. 132 establecía que la ley no reconoce desigualdades entre los hijos y que todos tienen los mismos derechos. Este artículo generó un acalorado debate no solo en la Convención Nacional, sino en la sociedad misma, que, a la luz de los valores de la familia, se oponía a brindar un trato igualitario a los hijos legítimos e «ilegítimos» (aquellos nacidos de uniones adúlteras o incestuosas o de relaciones con curas). Asimismo, el art. 134 estableció que era deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. En este marco, señaló que el Estado defiende los derechos del niño al hogar, a la educación y a la amplia asistencia cuando se halla en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia.

[273] El art. 154 estableció el deber del Estado de brindar educación primaria y secundaria gratuita y la obligación de asistencia escolar desde los 7 hasta los 14 años.

[274] El art. 165 establecía que el Estado reconocía y garantizaba la existencia legal de las comunidades indígenas. Por su parte, el art. 166 prescribía que la legislación indígena y agraria se sancionaría teniendo en cuenta las características de las diferentes regiones del país. El art. 167 establecía que el Estado fomentaría la educación del campesino, mediante núcleos escolares indígenas que tuvieran carácter integral, es decir, debían abarcar aspectos económicos, sociales y pedagógicos.

Asimismo, es importante también precisar que la referida disposición constitucional, es decir el art. 165, tal cual observa Gotkowitz, tampoco preveía reparaciones o restituciones por anteriores usurpaciones territoriales (*ibid.*, p. 181) [275].

En consecuencia, la Constitución de 1938 no solucionó las demandas indígenas, por lo que luego de su vigencia resurgen nuevas voces de los *históricamente oprimidos* que plantean el cumplimiento de la «ley» e invocan el litigio judicial como herramientas de reivindicación. Entre estas resalta la demanda que en 1940 realizó Andrés Santos Marka T'ula, hijo del legendario líder Santos Marka T'ula —y también otros caciques— en la cual, amparados en documentos coloniales y republicanos, en la Constitución de 1938 y en el Congreso Eucarístico de 1939, solicitaron la elección a través de sistemas políticos propios de alcaldes mayores, regidores, alguaciles, escribanos y otras autoridades indígenas.

Es importante resaltar también la lucha de Hilarión Grájeda, alcalde de la hacienda Yayani [276], quien, en 1942, a nombre de 160 familias de colonos presentó su petición ante el ministro de Trabajo y Bienestar social. En su petición, este líder indígena demandó el cumplimiento de la ley por las condiciones de servidumbre impuestas y, concretamente, demandó la violación de un acuerdo suscrito con los hacendados para mejorar las condiciones laborales el cual fue aprobado por esta cartera de Estado [277]. El incumplimiento fue también denunciado ante el juez laboral. Las demandas abordaron los aspectos incumplidos del acuerdo de 1940, sin embargo, se advierte un silencio absoluto en cuanto a los abusos sexuales de los cuales eran víctimas mujeres y adolescentes indígenas, lo que refleja también las raíces patriarcales de las reivindicaciones indígenas.

El conflicto de Tacorama también debe ser analizado por las implicancias jurídicas y políticas que representó. Este conflicto se inició ante la Corte Superior de Cochabamba en noviembre de 1938 a instancias de un hacendado que solicitó el desalojo de los colonos acusados de instigar a levantamientos indígenas. El hacendado accionante pretendía expulsar de la hacienda a casi 300 personas, entre hombres, mujeres y niños. La demanda fue declarada probada, por lo que una comisión policial arribó para ejecutar el desalojo, al cual los colonos se resistieron: murieron ocho personas y las casas de los colonos fueron destruidas, por lo que varios demandaron a la comisión policial por el uso excesivo de la

[275] Es importante señalar también que esta Convención fue paradigmática a nivel latinoamericano. En este contexto histórico, los gobiernos reformistas de Guatemala y Ecuador convocaron a Asambleas Constituyentes en 1945, en las cuales se discutió y adoptó medidas similares a las aprobadas por la Convención de 1938.

[276] La hacienda de Yayani se encontraba ubicada en Ayopaya. Su producción agrícola se centraba en la papa y estaba destinada a los mercados del valle central de Cochabamba.

[277] Este convenio suscrito en 1940 establecía que el propietario o arrendatario no podía cambiar de manera arbitraria los pegujales (parcelas) de los colonos; además, establecía que los colonos no podían ser desalojados sin una sentencia judicial y prohibía el establecimiento de obligaciones nuevas, unilaterales y de carácter oneroso para los colonos. Especificaba también que todo trabajo debía ser retribuido. Además, se estableció que los colonos que transportasen al mercado los productos del hacendado y se encargasen de sus recados personales, debían recibir alimentos y tres bolivianos por día. Asimismo, se establecían raciones específicas para los pongos, además de estar prohibido el mitanaje (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 208-209).

fuerza y denunciaron la violación de las costumbres y normas laborales establecidas por los hacendados; también invocaron la protección de la Constitución de 1938.

Los rumores de leyes favorables a los indígenas cundieron rápidamente en el área rural [278]. Por ejemplo, en Anzaldo, en 1941, los hacendados de la zona acusaron a un capataz, a su esposa y a un excolono de instigar a la sedición asegurando a los colonos que la tierra era de ellos, que el gobierno los respaldaría y que las autoridades habían promulgado leyes para eliminar el pongueaje y los otros servicios de la hacienda, lo que ocasionó una rebelión (*ibid.*). También en base a rumores de leyes destinadas a suprimir el pongueaje, en Lobo Rancho (Cliza), los comunarios se levantaron en defensa de sus derechos (*ibid.*).

En diciembre de 1943, a través de un golpe de Estado, Gualberto Villarroel asumió la presidencia en un contexto de amplia presión, especialmente por los movimientos huelguistas rurales. En Caracollo, los dirigentes indígenas de 20 haciendas entraron en huelga pidiendo la libertad de Luis Ramos Quevedo. La agitación se extendió a Quillacollo y Tapacarí en Cochabamba y también a varias haciendas de Viacha y los Yungas de La Paz. Cochabamba fue un punto especial de conflicto por el desproporcionado impuesto a la chicha y al *muko* que se impuso [279].

Los nuevos líderes y sus diversas formas de lucha se ampararon en organizaciones sindicales obreras, entre ellas las Federaciones Obreras de las cuales formaban parte en calidad de secretarios de Asuntos Indigenales, tal fue el caso de Santos Marka T'ula, Luis Ramos Quevedo, Esteban Quispe, Antonio Yucra y muchos otros [280]. Además, se relacionaban con los nuevos partidos políticos antioligárquicos [281] y también se vincularon a las escuelas normales y a los maestros indigenistas.

La crisis de la postguerra mundial generó en Bolivia una profunda crisis minera que, a su vez, fue la causa de masivos despidos de trabajadores en las minas, quienes al volver a sus lugares de origen contribuyeron a incrementar la presión sobre la tierra y a difundir

---

[278] En mayo de 1941, el ministro de Interior del general Peñaranda envió un memorando a los prefectos ordenándoles notificar a los funcionarios subalternos y publicar, mediante bando, que «queda prohibido el servicio de postillonaje o pongueaje, al que se somete a los indígenas» y «que todo servicio y toda prestación… deben ser pagados o retribuidos, al precio corriente de plaza». Posteriormente, las autoridades nacionales revocaron la medida y explicaron que esta disposición solo era aplicable a los servicios que los comunarios debían a las autoridades locales (Gotkowitz, 2007, p. 119-120).

[279] El *muko* es la materia prima que se utilizaba para la elaboración de la chicha, bebida alcohólica típica de los valles cochabambinos.

[280] Entre estas organizaciones está la Federación Obrera Local (FOL) que mantuvo vínculos con líderes comunales indígenas y postulaba la elección de autoridades indígenas.

[281] Uno de esos partidos fue el Partido de Izquierda Revolucionaria (PIR), creado en 1941 y de línea estalinista, el cual, en su programa fundador mostraba tendencias indigenistas. Ya entonces, desde esta línea política se postulaba la necesidad de una reforma agraria destinada a eliminar el latifundio feudal improductivo; también se propugnaba por la abolición de la servidumbre indígena y el cooperativismo agrícola. Por otra parte, es preciso citar al Partido Obrero Revolucionario (POR) de línea trotskista. También surgió el antioligárquico Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) cuyas bases principales fueron los excombatientes de la Guerra del Chaco.

la experiencia organizativa y política del sindicato obrero que, según Rivera Cusicanqui (1984, p. 125), se injertó en las organizaciones comunales pre-existentes.

Estas imbricadas relaciones de movimientos indígenas con partidos de izquierda que, además, le pusieron el sello sindicalista, generaron nuevas formas de protesta en el área rural, una de ellas la *huelga de brazos caídos* de los colonos de hacienda.

8.- Una página de la historia boliviana olvidada por el constitucionalismo social: El Congreso Indigenal de 1945

El sello del sindicalismo obrero en los movimientos indígenas se hace evidente con los diferentes congresos indígenas que fueron un importante espacio de debate, reivindicación de derechos y de fortalecimiento de redes a lo largo de toda Bolivia. Es así que debe resaltarse el Primer Congreso de Indígenas de Habla Quechua en Sucre, realizado en agosto de 1942 y auspiciado por la Confederación Sindical de Trabajadores de Bolivia (CSTB) y las Federaciones Obreras y Universitarias de Sucre y Oruro.

Este primer encuentro vislumbró la unión entre movimientos indígenas y obreros. Entre sus principales resoluciones puede resaltarse la abolición del pongueaje, la restitución de las tierras usurpadas y la «liberación de las numerosas gabelas [impuestos] que pesan sobre la mísera economía campesina» (Antezana, 1983, pp. 48-68). Por la amenaza que representaban estas declaraciones para la élites dominantes, el gobierno de Peñaranda calificó a este congreso como una «agitación comunista en el campo», por lo que, para evitar posibles focos de rebelión, emitió el Decreto Supremo de febrero de 1943, a través del cual, canceló, con carácter general, todos los artículos e incisos de los estatutos de las agrupaciones obreras y sindicales que contenían aspectos relacionados con el trabajo agrario o con las actividades campesinas (*ibid.*).

Además, para un mayor control en el área rural y evitar así las fértiles demandas legales de los caciques apoderados, Peñaranda creó la Oficina Jurídica de Defensa Gratuita de Indígenas con funcionarios públicos controlados por el Estado y que tenían la misión de evitar la proliferación de dichas demandas; además, emitió otro decreto de Seguridad del Estado a través del cual reglamentó las sanciones para los «agitadores, que infiltrándose en las haciendas y comunidades, perturben el trabajo agrícola, inciten y contribuyan al abandono de labores o a la resistencia pasiva» (*ibid.*, p. 95).

Asimismo, en medio de crecientes huelgas de brazos caídos que se incrementaron a partir de la noticia de la gran huelga en Ayopaya (Cochabamba) y en otras provincias de Oruro, en agosto de 1943 se realizó, también en Sucre, el Segundo Congreso de Indígenas de Habla Quechua, cuya finalidad fue reivindicar derechos, especialmente laborales para los pueblos indígenas. Con delegaciones aymaras y guaraníes, y también la participación de activistas políticos de la izquierda criolla como el PIR y las centrales sindicales y federaciones universitarias (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 115-116). El objetivo de este segundo congreso era claro: «Realizar huelgas de brazos caídos y buscar acuerdos con los obreros y las ciudades» (*ibid.*, p. 92).

Las *huelgas de brazos caídos*, como herramienta de protesta, estuvieron fuertemente influenciadas por el activismo de excombatientes aymaras de la Guerra del Chaco que organizaron a los colonos de hacienda. Un caso que merece una mención especial fue el activismo de excombatientes aymaras en la hacienda Hijjcha (Pacajes), cuyas experiencias debían ser socializadas en este segundo congreso.

Al margen de los dos congresos antes citados, adquiere particular importancia el Congreso Indigenal realizado del 10 al 15 de mayo de 1945, que luego de varias postergaciones y persecuciones estatales a líderes indígenas, se llevó a cabo en la ciudad de La Paz [282].

El comité organizador convocó a este encuentro en los siguientes términos: «Vengan a La Paz… Venciendo leguas, lluvias, ríos y con cualquier sacrificio… Compañeros y compañeras: Tenemos que ser hartos para que el Gobierno nos escuche y reconozca nuestros derechos y garantías mediante leyes» [283].

Centenares de *mallkis*, *jilakatas* y alcaldes de todo el país, llegaron a La Paz. Fue la primera vez que, desde principios de siglo, los indígenas ingresaron libremente a Plaza Murillo, ya que la vestimenta indígena y las ojotas (sandalias indígenas) no estaban permitidas en este espacio citadino; 1.759 delegados se reunieron para este evento, del total de asistentes, solo 150 eran mujeres, con poca posibilidad de participación. Esto evidencia cómo, nuevamente, la voz de la mujer indígena fue acallada por los actores de la época.

En los discursos de inauguración resonó la siguiente frase: «Después de tan larga espera, por fin ha llegado la hora del indio» (*ibid.*). El pongueaje estuvo en el centro de los debates. Al respecto, uno de los delegados señaló: «Si nuestras esperanzas se han de realizar […] el indio ha de ir a la escuela, ya no ha de ser más la bestia de carga, ha de ser el ciudadano que haga respetar a Bolivia» (*ibid.*, p. 296). Estas palabras denotan que, para los delegados, los ciudadanos bolivianos no podían estar sujetos a servidumbre.

Por su parte, el presidente Gualberto Villarroel, al dar la bienvenida a los delegados afirmó lo siguiente: «Cuando vuelvan a sus tierras, a ustedes como principales y caciques

[282] El Comité Indigenal boliviano fue la entidad no gubernamental que impulsó el Congreso Indigenal, entre sus miembros se cita a Victoriano Condori Mamani, que era un cacique o alcalde de hacienda de Oruro, también Hilarión Grájeda, el conocido alcalde de Ayopaya, Dionisio Miranda, un colono de hacienda y antíguo dirigente de Sipesipe, el abogado Juan B. Arce y un activista obrero llamado Luis Ramos Quevedo. En 1944, el Comité sostuvo una reunión con Villarroel en la que acordó emprender la organización del Congreso Indigenal, en este marco, Ramos Quevedo fue el portavoz de dicho Comité. Con su característica habilidad política y diplomática, generó buenos vínculos con el gobierno, por ejemplo, en diciembre de 1944, el Minsitro del Interiior mayor Alfonso Quinterosn aconsejó a los prefectos y alcaldes garantizar que los comites, sindicatos agrarios, representantes, delegados, apoderados y alcaldes escolares indigenales tengan plena libertad para organizar el Congreso, incluso, a solicitud de Ramos, el Ministerio de Comunicaciones exoneró al Comité Indigenal de los cobros por comunicaciones postales y uso del telégrafo, además, Ramos y otros delegados recibieron credenciales oficiales del gobierno. Sin embargo, las relaciones se rompieron porque este Comité publicó su propia agenda, con la cual el gobierno no estaba de acuerdo. Ramos terminó siendo perseguido por el poder político que inicialmente lo apoyó (Gotkowitz, 2007, pp. 278-279).

[283] El Comité convocó a cada comunidad y hacienda a enviar dos delegados al Congreso; además, les pedía seleccionar a los mejores de entre los alcaldes, *jilakatas*, caciques o curacas, alcaldes escolares o apoderados de las comunidades y de las haciendas y recomendaba que todos ellos debieran ser «compañeros de mucha confianza en la lucha por los indios y que conozcan de nuestros asuntos» (*ibid.*, p. 276).

que son, les confío el encargo de velar por el trabajo y la paz de todos, y de esta tarea los hago mis representantes y las personas que me deben responder de este mandato» [284].

El congreso concluyó con la emisión de cuatro decretos que fueron públicamente leídos el último día. El primero determinó la supresión del trabajo no agrícola que no sea remunerado, por ejemplo, correo postal, tejidos, *mukeo*, etc. El segundo abolió el pongueaje y el mitanaje, aunque lo cierto es que estas prácticas solo se suprimieron después de la Revolución Nacional de 1952; el tercero demandaba escuelas en las propiedades rurales; y el cuarto instruía la preparación de un código laboral agrario y otras normas urgentes, entre otras una regule un máximo de cuatro días de trabajo rural en la semana (Gotkowitz, 2007, pp. 291-292).

Rivera Cusicanqui (1984, p. 122) afirma que las medidas determinadas en el Congreso Indigenal no constituyeron una grave amenaza para la propiedad y el poder económico terrateniente. La autora concluye señalando que dichas medidas fueron una afrenta solo en tanto representaban una intervención intolerable del Estado en los asuntos internos de la hacienda y en la medida en que legitimaban el cuestionamiento de las barreras de casta subyacentes en la relación colono-patrón, quebrando el sustrato ideológico de la disciplina laboral de los colonos. Lo más inquietante para la oligarquía de ese entonces fue la presencia del Jefe de Estado en el magno evento, que preveía un cambio profundo de viraje en la política estatal, en la cual el indígena pretendía tener un rol políticamente activo.

La supresión del pongueaje fue interpretada por los indígenas como el fin de una época de esclavitud y sumisión (*ibid.*). Esta idea fue el núcleo de ulteriores agitaciones que no pudieron ser controladas por Villarroel y el MNR, y que se incrementaron luego de la caída de Villarroel, quien fue colgado en Plaza Murillo por una turba enardecida el 21 de julio de 1946 (Zavaleta, 1977).

Es importante destacar también que, durante el gobierno de Villarroel, se llevó a cabo la Convención Nacional de 1945, la cual fue convocada para consolidar los ideales de la Revolución Nacional y para lograr la promulgación de leyes esenciales orientadas a la reconstitución del país. La Convención concluyó con la aprobación de la Constitución el 29 de noviembre de ese año.

En la Convención, los debates reflejaron los conflictos ideológicos de la época y los vientos de cambio social que postuló el gobierno. Entre los temas que generaron un acalorado debate, se encontraba el de la igualdad de los hijos. Los delegados a la Convención discutieron este tema sobre la base de eximios juristas en defensa de una ley de procedimiento para implementar la reforma constitucional de 1938, que tal como se señaló precedentemente, consagró la igualdad de los hijos [285]. Como señala Gotkowitz, tanto fuera como dentro del Congreso los que se oponían a dichos cambios los consi-

[284] *La Razón*, 11 de mayo de 1945.

[285] Algunos delegados afirmaron que todos los niños deberían gozar no solo del mismo estatus legal sino de iguales derechos a la herencia e incluso postularon el reconocimiento de pruebas de paternidad para garantizar los derechos de los niños cuando el padre fuere desconocido. Los opositores alegaban razones de «moralidad» por considerar que las reformas alentaban «al amor libre» y al abuso «mujeres pobres intentarían engañar a hombres ricos para que sostengan a sus hijos 'ilegítimos'».

deraban como un agravio en contra de los privilegios patriarcales y de clase (Gotkowitz, 2007, pp. 241-242). Al final, el art. 132 de la Constitución estableció: «No se reconoce desigualdades entre hijos, todos tienen los mismos derechos y deberes. Es permitida la investigación de la paternidad conforme a ley».

Otro tema en debate fue el sufragio femenino. La discusión se inició con un proyecto a favor de este derecho que ya había sido rechazado durante la Convención de 1938. Ante el rechazo de este proyecto, se inició un segundo debate en base a dos propuestas distintas: una, apoyada por los delegados del MNR —que postulaba el voto de las mujeres en las mismas condiciones que el de los hombres—, y otra que proponía el voto para las mujeres que hubiesen terminado la escuela primaria y solo en elecciones municipales (*ibid.*, p. 241). Al final, el art. 46 estableció lo siguiente: «Para la formación de las Municipalidades se reconoce el derecho de elección y elegibilidad a la mujer boliviana, en las mismas condiciones que al hombre, con más el derecho ciudadano a que se refiere la segunda parte del artículo 43 de esta Constitución».

El contenido de la disposición constitucional citada evidencia que, si bien el andamiaje del constitucionalismo social boliviano postulaba criterios de igualdad, no es menos cierto que la sociedad tenía —y aún tiene— profundas raíces patriarcales, diferencias marcadas de clase y prejuicios en cuanto a la diversidad cultural, lo que dificultó una real materialización de un constitucionalismo social sin discriminación. Además, esto denota que también las mujeres en Bolivia son y seguirán siendo un grupo *históricamente oprimido*, en las ciudades, pero también, y con más rigor, en el área rural, máxime cuando en plena vigencia del constitucionalismo social todavía se practicaba el mitanaje que era una figura no solo de servidumbre de la mujer indígena, sino también de prácticas sistemáticas e impunes de violencia sexual contra miles de mujeres, adolescentes y niñas indígenas.

Esta opresión histórica puede advertirse con claridad en el tsunami político que provocó la propuesta de legalización del concubinato, cuyos proponentes ofrecían estatus social y protección jurídica a las mujeres no casadas. Los adeptos a esta medida sostenían que beneficiaría a «la inmensa mayoría de bolivianos que viven en concubinato, no solo en las minas sino también en el campo». En este contexto, sostenían que era una reforma favorable para los obreros, artesanos y mineros que integraban la clase mestiza. Además, se argumentaba que esta reforma garantizaría la dignidad de mujeres valientes y abnegadas que perdían todos los derechos al ser abandonadas por sus concubinos (*ibid.*, pp. 242-243) [286]. Los detractores de esta medida, entre ellos las voces de las damas notables de la oligarquía y de la Iglesia católica, invocaron argumentos basados en cuestiones de moralidad y de defensa de la «sagrada institución» católica del matrimonio [287]. Lo cierto

[286] Según esta autora, un apasionado defensor de esta medida respaldó la ley porque legalizaría y protegería a las verdaderas familias de Bolivia y terminaría con el «sentimiento de casta» que caracterizaba al régimen matrimonial existente.

[287] El 16 de agosto de 1944, una manifestación frente al Palacio de Gobierno reunió a una gran cantidad de mujeres implorando la modificación de la cláusula de igualdad de los niños, para que se proteja solamente a los hijos legítimos y a los naturales reconocidos. En este contexto, se pedía el no reconocimiento de derechos de hijos ilegítimos, especialmente en cuanto a la herencia. También se aclamaba la no legalización del concubinato.

es que la Constitución de 1945, en el art. 131, estableció lo siguiente: «Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con solo el transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace. La Ley del Registro Civil perfeccionará estas uniones de hecho».

En este orden, Villarroel representó la afrenta abierta a una sociedad elitista, patriarcal y racista, acuñada en su célebre frase: «No somos enemigos de los ricos; pero somos amigos de los pobres» [288], que devela la dirección de sus políticas, las cuales no pudieron ser materializadas a pesar de la vigencia de un modelo de constitucionalismo social. Lo cierto es que durante este gobierno nunca se otorgaron plenos derechos a los indígenas ni tampoco se realizó una reforma agraria que afecte a los hacendados y a los grandes capitales de la época. Sin embargo, el cruel asesinato de Villarroel a manos de una turba muy bien digitada por intereses oligarcas [289], simbolizó el rechazo al cambio social, pero además, en lo jurídico, mantuvo un «constitucionalismo social» solo en lo formal, ya que al no existir vías efectivas de justiciabilidad de derechos, la igualdad material era una utopía para todos los *históricamente oprimidos*.

Las reformas constitucionales mencionadas se explican en el bastión político del discurso tanto de Villarroel como del MNR. En este contexto, el mestizaje nacional y su moralidad se asentaban en la figura de las «cholas», especialmente vallunas, y no así en las esposas o hijas de la oligarquía. Estas mujeres eran descritas como trabajadoras y valientes, por lo cual las leyes debían protegerlas en aras de la pervivencia de una *nación mestiza*. Por esta razón, Villarroel, en su primer viaje a Cochabamba, instauró el 27 de mayo como día de la madre en conmemoración a las heroicas mujeres mestizas de la Coronilla que perdieron sus vidas en una batalla por la lucha independentista. En este contexto, Gotkowitz resalta el estrecho vínculo entre las heroínas de la Coronilla, el día de la madre y la nación mestiza (*ibid.*, pp. 245-246).

Además, la nación mestiza simbolizada por la mujer mestiza de la Coronilla, se retrata en la narración de la novela *Juan de la Rosa* (1885) de Nataniel Aguirre, la cual ubicaba los orígenes históricos de la nación en el heroísmo de las mestizas cochabambinas ignoradas por la oligarquía del siglo XX (*ibid.*, p. 246). En este escenario, «el feriado cívico de Villarroel hizo algo más que simplemente conmemorar a las patriotas mestizas de la región de Cochabamba: convirtió a las mujeres mestizas del mercado —vilipendiadas en los medios y discriminadas en las calles— en emblemas de la Nación y, de esa manera, las redimió» (*ibid.*). Aunque, claro, se trató de una redención incompleta, ya que nunca

[288] Esta frase fue pronunciada por Gualberto Villarroel desde el balcón del Palacio de Gobierno en La Paz, al mes de su ascenso al poder. En este acto el líder del MNR, Víctor Paz Estenssoro, y otros funcionarios se dirigieron a la multitud que los aclamaba.

[289] El movimiento contra Villarroel estuvo apoyado por EEUU También incidió en este movimiento el conflicto con los propietarios de minas que se opusieron a una disposición oficial, de abril de 1945, que los obligaba a depositar los ingresos por exportaciones en el Banco Central de Bolivia (BCB). También los profesores se unieron al movimiento de julio debido a la austeridad fiscal impuesta.

se abordó la realidad de la mujer indígena. Por tanto, esta redención fue solamente en virtud del discurso político.

Luego de la caída de Villarroel, se inició un nuevo ciclo de rebeliones que empezaron a mediados de enero de 1947, inmediatamente después de las elecciones presidenciales. Este ciclo, en el ámbito internacional, coincidió con el periodo comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y el comienzo de la Guerra Fría. Durante estos años, sin duda, se registraron los mayores levantamientos rurales en la historia boliviana del siglo xx.

Las movilizaciones estuvieron muy bien articuladas por el sindicalismo y por redes de caciques que no perdieron su liderazgo local. La lucha tuvo como bastión el decreto de 1945 que abolió el pongueaje y las otras medidas favorables a los indígenas, promulgadas como emergencia del Congreso Indigenal de 1945. Sin embargo, los pedidos excedieron el ámbito formalmente discutido en este congreso y se reivindicaron antiguas luchas por restitución del territorio y reconstitución de las autoridades originarias. También demandaron educación, el reconocimiento oficial de los sindicatos rurales, especialmente a partir de la aprobación del fuero sindical y la protección a dirigentes sindicales frente a los despidos arbitrarios que realizó Villarroel en febrero de 1944.

Una prueba histórica de las alianzas indígenas con los sindicatos versa en el Manifiesto que la Federación Agraria Departamental (FAD) hizo circular en las haciendas de La Paz en febrero de 1947. Dicho manifiesto, de manera clara, plasmaba una convocatoria urbana a la sindicalización rural en el marco de una alianza rural-urbana ya consolidada. Mediante esta alianza, se organizaron sindicatos de labriegos en muchos de los cantones del altiplano, como mecanismos esenciales para la articulación y ejecución de las revueltas y huelgas de brazos caídos de 1947.

Las huelgas de brazos caídos fueron un particular medio de lucha. Éstas estuvieron acompañadas de otras medidas, como peticiones, difusión de rumores sobre leyes y acciones gubernamentales favorables e, incluso, la ocupación de haciendas y sitios emblemáticos y estratégicos. Gotkowitz afirma que, en gran medida, estas revueltas fueron el producto de un peculiar proceso de construcción estatal, que sucedió de manera paralela al control del Estado formal. Esta autora concluye señalando que las protestas fueron el resultado de una profundización de la crisis de poder del Estado que los gobiernos no supieron ni pudieron responder (*ibid.*, pp. 310-311).

A fines de 1946 se sublevaron las poblaciones de Churigua (Cochabamba), Tarvita (Chuquisaca) y Topohoco (La Paz). Entre enero y marzo de 1947 las revueltas se extendieron a Aygachi, Pucarani y Los Andes de La Paz, también a la provincia de Ayopaya en Cochabamba. De la misma forma, se expandió la agitación a Oruro, específicamente al Cercado y los valles, y también a Eupaliptus, Aroma, Mohoza, Challa, Tapacarí y Arque (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 123-124). En julio de ese año, las agitaciones llegaron también a las provincias de Ingavi, Pacajes, Larecaja y Yungas en La Paz; en Potosí, las rebeliones germinaron en San Pedro de Buena Vista, Charcas y Cara (*ibid.*). En Cochabamba se agudizaron los movimientos en Ayopaya, Mizque, Aiquile, Arque, Cliza y Tapacarí (*ibid.*). La agitación también se replicó en Azurduy, Padilla, Sud Cintis y Zudañes (Chuquisaca), expandiéndose los focos de rebelión a varias haciendas de Tarija (*ibid.*). El

presidente Hertzog calificó este levantamiento como «la más grave de las sublevaciones indigenales de nuestra historia» (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 123-124).

Rivera Cusicanqui afirma que no se trató de una rebelión organizada bajo mando único, ni tampoco fueron acciones simultáneas o coordinadas. Sin embargo, dichos levantamientos generaron una «tensión subjetiva para hacer de la amenaza silenciosa una forma dominante de la acción colectiva» (*ibid.*). En este escenario, uno de los sucesos más violentos fue el de Ayopaya donde, bajo el liderazgo de cabecillas con contactos con líderes de otras regiones y con mineros del distrito de Oruro, se movilizaron cerca de diez mil campesinos-indígenas armados, lo que generó la huida de varios patrones y terminó con la muerte del hacendado de la hacienda Lajma, José María Coca y el Cnl. José Mercado de la hacienda Yayani (*ibid.*) [290]. La respuesta estatal a este movimiento fue implacable, según Rivera Cusicanqui la rebelión fue «ahogada en sangre por el ejército mediante la intervención de tropas especiales y bombardeos de la aviación» (*ibid.*, p. 124).

Otro suceso de trascendencia fue la rebelión de Los Andes en junio de 1947, en la cual, a la cabeza de Esteban Quispe Yucra, comunarios y colonos de la zona apoyados por aymaras miembros de la Federación Agraria Departamental de La Paz, afiliada a la Federación Obrera Local (FOL) —que, como ya se señaló, tenía una filiación anarquista—, terminaron con la vida del propietario de la hacienda Tacanoca, Agustín Prieto, y su sobrina [291].

Paralelamente, también tuvo gran connotación la sublevación de Caquiaviri en Pacajes, en la cual líderes indígenas, presuntamente asesorados por mineros de Corocoro y activistas de la FOL, tomaron la hacienda Anta y atacaron el ferrocarril de la ruta Arica-La Paz; además, terminaron con la vida de un mayordomo y un profesor de esta hacienda. También en el altiplano, concretamente en Puerto Acosta (provincia Camacho) los colonos de hacienda se sublevaron en defensa de sus derechos [292].

La zona de Los Andes y también en Pacajes (ambas en el departamento de La Paz) fueron intervenidas por fuerzas combinadas de la policía rural, el Ejército (regimientos de Viacha y Guaqui) y milicias civiles organizadas en los pueblos. A pesar de la intervención, la rebelión, tanto pacífica como violenta, ya se había propagado por los departamentos de La Paz, Oruro, Cochabamba, Chuquisaca y Tarija, y las voces de restitución territorial, reconstitución de autoridades y el fin a trabajos personales no remunerados tomaron vigor en todo el país. La brutal represión policial, tanto en el área rural como en el área

[290] Entre el 4 y 10 de febrero, los colonos de Ayopaya y varias otras propiedades vecinas atacaron Yayani y ocho haciendas aledañas, ocuparon las oficinas del corregidor en dos pueblos aledaños y en las oficinas del corregidor y de manera simbólica «cobraron su propio impuesto», en tanto recuperaban los objetos confiscados a los colonos que no pagaron impuestos. La turba rebelde quemó también la escuela en Yayani y amenazó con colgar al esposo de la profesora contratada por el hacendado (Gotkowitz, 2007, pp. 312-313).

[291] Ésta es una de las zonas agrícolas más importantes del altiplano boliviano y, por esta misma razón, existieron constantes conflictos entre colonos y hacendados, registrándose una lucha latente por la sindicalización de los colonos en aras de la reivindicación de sus derechos, especialmente laborales y también territoriales debido a las constantes usurpaciones de tierra de los hacendados del lugar.

[292] Edmundo Nogales, ministro del Interior de Villarroel fue acusado de instigador en esta revuelta.

urbana, según Gotkowitz, superó con creces el propio recurso a la violencia utilizado por los rebeldes y concluyó con el apresamiento de centenares de indígenas en todo el país y en muchos casos con su confinamiento a zonas tropicales de Ichilo y el Chapare, en el marco de un proyecto gubernamental de colonización forzada[293].

Durante este periodo, a partir del uso de la violencia estatal se intentó silenciar definitivamente a los *históricamente oprimidos*. La represión no solo fue en el área rural sino también en las ciudades. Se alcanzaron niveles de persecución impensables como lo demuestra, por ejemplo, el caso del escribano aymara Leandro Condori Chura, quien, aunque no apoyaba a Villarroel, por el hecho de ser indígena fue considerado como su agente y perseguido por el Estado. Su pecado fue ser escribano, recibir en su casa a los indígenas y hacer documentos para ellos.

Hilarión Grájeda y otros colonos de Ayopa también fueron víctimas de la brutal represión policial y de la condena social después de ser tildados como «indios de Villarroel» cuando se encontraban en Plaza Murillo en el momento del colgamiento de este mandatario. Luego fueron perseguidos hasta su apresamiento.

En octubre de 1946, Francisco Chipana Ramos fue apresado. Su principal acusación fue la de haber ejercido como presidente del Congreso Indigenal de 1945. En el área rural las detenciones indígenas fueron masivas, incluso, en el altiplano la policía realizaba las capturas ordenadas bajo la siguiente consigna: «Si hemos colgado a hombres blancos (refiriéndose a Villarroel y sus hombres) podemos también colgar a los indios» (*ibid.*, p. 336). Se señala también que, en junio de 1946, 280 caciques —aunque se carece de los datos exactos— habrían sido asesinados en La Paz por su supuesta lealtad a Villarroel (*ibid.*, p. 332).

Enrique Hertzog asumió la presidencia en 1947 respaldado por el Partido Unión Republicana Socialista (PURS). Durante su gobierno se reprimió severamente a líderes del MNR y de la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia (FSTMB) acusados de la agitación rural y minera. A pesar de su acérrima lucha, Hertzog no modificó las resoluciones del Congreso Indigenal y, de hecho, trató de legitimar su presidencia apelando a la Constitución de 26 de noviembre de 1949, la cual no alteró en lo sustancial la Constitución de 1945. Ésta, a su vez, había mantenido el modelo asumido por la Constitución de 1938.

La represión estatal liderizada por Enrique Hertzog ocasionó la estrepitosa derrota del MNR y del movimiento obrero durante la denominada «guerra civil» de 1949. Rivera Cusicanqui afirma que, en este escenario, en las cárceles y en las zonas de confinamiento

[293] Exactamente 130 personas fueron enviadas a Ichilo, en plena selva de Santa Cruz. Lo inhóspito de la selva amazónica para personas del altiplano fue mortal para muchos de ellos, se cree que al menos 35 confinados murieron a causa de las condiciones crueles del confinamiento, otros se suicidaron en medio de la adversidad. A principios de 1948, el gobierno de Hertzog perdonó a todos los indígenas que hubieran participado en las rebeliones de 1947 y que por esta razón fueron confinados a Ichilo y al Chapare. También liberó de la cárcel a integrantes de la FOL, sin embargo, murieron en prisión los representantes más connotados, entre ellos Grájeda, Estaban Quispe y otros. En Caquiaviri fueron arrestados aproximadamente 198 indígenas. En Camacho y Tapacarí las represiones policiales concluyeron con una decena de indígenas muertos (Gotkowitz, 2007, pp. 333-336).

se entremezclaron rebeldes indígenas con dirigentes políticos y sindicales movimientistas, lo que dio lugar al surgimiento de las células campesinas del MNR, reclutadas entre los líderes comunales independientes que habían participado de las rebeliones en 1974. En ese contexto, se incrementó la influencia del movimientismo en el área rural (*ibid.*, p. 127), factor esencial para el apoyo indígena en la Revolución Nacional (analizada más adelante). Pero, además, éste es un indicio importante para comprender las razones por la cuales, en la Revolución Nacional, el campesinado, por lo menos en los valles de Cochabamba, abandonó el ideal de restitución de tierras comunales por el de titulación individual, el cual respondía a la visión modernizadora del agro postulada por el MNR.

Además, tal como advierte Rivera Cusicanqui (1984), el quechua era ya, en esta región, una lengua producto del mestizaje de varios siglos y el bilingüismo urbano era una norma, entre otros factores, por la intensa movilidad geográfica y social de los campesinos quechuas del valle cochabambino y debido a una estructura de mercando más abierta que creó, además, un mercantilismo criollo propio de la región (p. 114, 115). Estos aspectos fueron esenciales para la formación de un *sindicalismo campesino* adaptable a la visión del MNR el cual, difiere sustancialmente de la visión altiplánica de reivindicación y defensa de derechos de los pueblos indígenas.

En cambio, la doctrina del MNR tuvo poca receptividad entre los caciques altiplánicos, quienes siguieron abanderando una lucha por la restitución del territorio y la reconstitución de sus autoridades originarias. En este contexto, Rivera Cusicanqui afirma que, a diferencia de los valles cochabambinos, en el Altiplano boliviano y en otras zonas de predominio comunitario, diversos factores contribuyeron a la continuidad de una estructura de castas más rígida y menos vulnerable al influjo del sindicalismo campesino (*ibid.*). Por ello, en esta región se organizó la resistencia antilatifundista desde las raíces originarias indígenas.

De acuerdo a lo anotado, las formas de lucha y reivindicación de derechos adquieren matices diferentes en los valles de Cochabamba y en el altiplano. Dichas diferencias deben tomarse profundamente en cuenta para comprender, en toda su extensión, las demandas del Pacto de Unidad que confluyeron en el proceso constituyente boliviano, el cual concluyó con la aprobación de la Constitución de 2009. En este contexto, tal como se verá más adelante, el término «indígena-originario-campesino», acuñado por el texto constitucional, deberá interpretarse desde los matices de la diversidad regional y la evolución de sus luchas históricas.

9.- La Revolución Nacional: Los diversos rostros de la sindicalización y los hilos argumentativos de las reivindicaciones indígenas

La crisis política y social que se generó a partir de la Guerra del Chaco, la cual registró una gran participación indígena (Chuquimia, 2012), creó las bases para un nuevo proyecto de Estado enarbolado por excombatientes identificados como la Generación del Chaco, quienes proyectaron un Estado mestizo a través de alianzas entre mineros, obreros,

campesinos, burgueses, políticos e intelectuales de la época [294]. Estas alianzas explican las tres grandes medidas asumidas por la Revolución Nacional: la nacionalización de las minas [295], el voto universal [296] y la reforma agraria [297].

Este proyecto revolucionario tenía un carácter anticolonial que buscaba derrumbar todo el andamiaje oligárquico, hasta ese momento hegemónico. La obra *Nacionalismo y Coloniaje* (1944) de Carlos Montenegro, que defendió el mestizaje, marcó la senda ideológica de dirigentes y militantes del MNR [298]. Desde esta perspectiva, el proyecto nacionalista revolucionario identificaba al «pueblo» como la esencia de la nación y a la oligarquía como su natural antítesis. De la misma forma, la Revolución de 1952 se planteó luchar contra el feudalismo y la opresión colonial que implantaron cuatro siglos de servidumbre.

Tres días de combate concluyeron con la proclamación de la Revolución Nacional el 9 de abril de 1952, por quienes Zavaleta (1977) califica como «los parientes pobres de la oligarquía, caracterizados por Rivera Cusicanqui como unos «jacobinos sin burguesía», que pronto se convirtieron en la «burguesía nacional» (Rivera Cusicanqui, 1984) destinada a consagrar el desarrollo de la nación monocultural disfrazada de mestizaje.

El Estado Nacional encontró su sustento social en las fuerzas populares bajo el ropaje de la organización sindical paraestatal. A partir de estas estructuras, se implementó la sindicalización masiva y las milicias obreras y campesinas destinadas a defender la *nación mestiza.* La sindicalización y la ideología revolucionaria en relación a los indígenas, homogenizados con la denominación de *campesinos*, los convirtió en pequeños propietarios desde la visión agrarista. En este marco, uno de los rasgos más importantes de la reforma agraria fue su fuerte enfoque en propiedad individual y no así en propiedad comunal.

---

294 Entre los intelectuales de la época que postularon el Estado Nación mestizo se destacaron Carlos Montenegro, Germán Monroy Block, Nazario Pardo Valle, Armando Arce, Víctor Paz Estenssoro, José Cuadros Quiroga, Walter Guevara y Hernán Siles Suazo.

295 En un contexto de un débil capitalismo de Estado se procedió a la nacionalización de las minas de estaño. El presidente Paz Estenssoro y el principal dirigente de la FSTMB, Juan Lechín Oquendo, firmaron el histórico documento el 31 de octubre de 1952 en el campo de María Barzola del distrito minero de Siglo XX-Catavi, que pertenecía a Simón I. Patiño, distrito que era la más firme base del militante movimiento minero en Bolivia (*ibid.*). Ver también Requena, Mario (1996), p. 10.

296 Mediante decreto de julio de 1952, el gobierno del MNR eliminó las restricciones basadas en el analfabetismo y el género. Al otorgarles el voto a las mujeres, la ley mencionaba, explícitamente, su papel en la lucha contra la oligarquía. A pesar de su título, Gotkowitz (2007) resalta que el decreto no enumeraba las contribuciones de los campesinos o indígenas a las luchas nacionales, ni siquiera los nombraba en el cuerpo de la ley, resultando éstos invisibilizados en el «pueblo», donde debía residir la soberanía. El voto universal era una medida estratégica para el MNR. En este contexto, con el decreto del voto universal, el electorado boliviano saltó de unos 200 mil votantes a más de un millón (pp. 358-359).

297 Ésta, por su conexión directa con este trabajo, será desarrollada específicamente más adelante.

298 Si bien este texto señala que los indígenas participaron en las luchas anticoloniales siempre los vincula con los mestizos y los subordina a un segundo plano o simplemente los omite, tal como lo hizo la Revolución Nacional. Gotkowitz (*ibid.*, p. 236) afirma que los «campesinos» aparecen, a veces, como parte de una alianza policlasista en contra del imperialismo «anglo-yanqui», pero en general, las referencias a los «indígenas» giran en torno a la opresión o la redención, y no a la acción política. Concluye esta autora afirmando que los indígenas se unen a los mestizos y criollos como componentes sin rostro de un pueblo boliviano unificado, pero se deja a un lado su protagonismo.

En una crítica certera, Gotkowitz (2007) afirma que la mayoría de historiadores bolivianos atribuyen un rol central en la revolución a los movimientos mineros y fabriles, así como revolucionarios citadinos y suelen desvalorizar o asignar un rol secundario a los movimientos indígenas y las raíces rurales de la Revolución Nacional (pp. 348 y 352), las cuales se evidencian en la narración realizada en este trabajo, que muestran la importancia de las luchas indígenas prerrevolucionarias para los profundos cambios sociales tanto en la época revolucionaria como en la formación del Estado Plurinacional de Bolivia.

El proceso de Revolución Nacional, conducido por citadinos revolucionarios, pronto entró en conflicto con las reilvindicaciones indígenas. A finales de 1952, la agitación empezó nuevamente en el área rural con la toma de varias haciendas. Esta crisis se agudizó en los valles centrales de Cochabamba y el altiplano de La Paz. El grado de violencia fue tal entre 1952 y 1953 que esta época fue comparada con el «Gran terror» de la Revolución Francesa [299]. En este contexto, Gotkowitz (*ibid.*), con total claridad señala que «cuando la revolución urbana del MNR triunfó en 1952, otra revolución —una revolución rural— ya estaba en marcha. Esa otra revolución dejó una marca perdurable en los alcances y significados de 1952». Desde esta perspectiva, la citada autora postula la tesis de que hubo una «revolución antes de la revolución» [300], una revolución indígena olvidada y que no buscaba una asimilación del campesino al *Estado mestizo y monocultural*, sino que pretendía la restitución de su territorio comunal y la reconstitución de sus propios sistemas políticos y jurídicos. Esta revolución, tal como se verá, confluye en las reivindicaciones del proceso constituyente que concluyó con la promulgación de la CPE de 2009 y sigue latente, hasta estos días, en la constante pugna entre Estado y reivindicaciones indígenas que tampoco fueron canalizadas por el Estado Plurinacional de Bolivia.

A pesar del rol secundario que se dio a los movimientos indígenas en el discurso revolucionario, lo cierto es que la Revolución Nacional inició la era del *sindicalismo campesino* que, desde los hilos de una red nacional de sindicatos campesinos, buscó la modernización del agro y la colonización de las zonas subtropicales y que, desde un proceso de *campesinización forzada* (Chivi, 2012), integró a los comunarios, pequeños propietarios y colonos en una fuerza de apoyo al Estado y al proyecto nacional. Lo que hizo el MNR fue formalizar lo que, en realidad, los indígenas en el área rural ya lograron en 1945, 1946 y 1947 (*ibid.*). En este contexto, la participación indígena en este periodo, aunque con el velo del sindicalismo campesino, dio un paso agigantado para la ruptura de las estructuras de discriminación, lo que generó un impacto democratizador en la sociedad que no podría o no debía ser revertido, sobre todo en el contexto del constitucionalismo social en ese momento latente.

[299] Con la finalidad de controlar la agitación rural, el 12 de abril de 1952 el MNR creó el Ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios (MACA), con competencias específicas para implementar los decretos de Villarroel. Sin embargo, debido a la creciente violencia, en enero de 1953, el gobierno tuvo que crear una comisión para la implementación de la reforma agraria. Luego, el 2 de agosto de 1953, se proclamó la Reforma Agraria en el pueblo cochabambino de Ucureña.

[300] Éste es precisamente el título de la autora ahora citada.

Con todas las luces y sombras propias de un proceso tan complejo, la Revolución Nacional produjo un *sindicalismo campesino paraestatal* que duró hasta 1964 y que, por sus connotaciones diversas, tal como expone Rivera Cusicanqui (1984), debe ser analizado en tres escenarios geográficos distintos: los valles de Cochabamba, el altiplano paceño y el Norte de Potosí.

En el caso de los valles de Cochabamba, Rivera Cusicanqui identifica una virtual inexistencia de modalidades comunales de organización entre *piqueros* y *pegujaleros* de la región, lo que, según esta autora, permitió al sindicato instalarse como el único espacio de unificación y homogeneización de las demandas del campesinado parcelario (*ibid.*, 161-162). Esta autora, de raíces aymaras, concluye señalando que «es pues en Cochabamba donde el sindicato se aproxima mejor a su definición convencional, pues es allí donde el proceso de individuación —producto del desarrollo mercantil y capitalista— se encuentra más avanzado» (*ibid.*).

Es por tanto en este entorno, es decir en los valles cochabambinos, donde, desde 1952 hasta 1958, aproximadamente, se implementó un sindicalismo paraestatal absolutamente subordinado al Estado. De acuerdo a Rivera Cusicanqui, durante este periodo «el campesinado asume el rol de sujeto histórico y es capaz de imponer al Estado los términos y las condiciones de su presencia en la nueva estructura de poder» (*ibid.*, p. 164). En estas condiciones, Ucureña fue el epicentro de la redistribución parcelaria de la tierra y, a su vez, de la organización de milicias armadas para su reproducción en todo el territorio nacional.

En efecto, la primera formación de sindicalismo paraestatal se registra en Ucureña[301]. El gobierno del MNR focalizó sus políticas desde este epicentro, primero porque era una zona que debía ser vigilada y controlada, pero, además, porque el *piquero* o campesino parcelario personificaba al *mestizo* que, desde los proyectos del Estado-Nación, implicaba el discurso esencial para la homogeneización cultural y el desarrollo nacional.

En este contexto, la reforma agraria fue proclamada, por estrategia política, en Ucureña el 2 de agosto de 1953, a través del Decreto Ley N.° 3464, elevado a rango de ley el 21 de octubre de 1956. Ucureña, sede del primer sindicato agrario formado en 1936, se convirtió, por tanto, en el símbolo de la transformación social y de la pequeña propiedad como ejemplo de la cultura nacional, en el marco de una revolucionaria reforma agraria que abolió el latifundio y el pongueaje, y distribuyó la tierra a los colonos de hacienda, quienes eran los que trabajaban la tierra[302].

---

[301] Ucureña, ubicada en el valle alto de Cochabamba, tuvo, desde la década de 1930 una importancia estratégica para la formación del sindicalismo agrario. De acuerdo a Dandler, los sindicatos tomaron en sus manos el comienzo de una redistribución agraria cuya influencia se extendió rápidamente. Ver Dandler, 1975, p. 113.

[302] Antes de la reforma agraria, el 6% de los hacendados del país poseía el 92% de toda la tierra cultivable, con propiedades de hasta mil o más hectáreas. A su vez, el 60% de todos los propietarios agrícolas poseía el 2% de la tierra en parcelas de 5 hectáreas o menos. De un total de 36 millones de hectáreas de superficie cultivable, cerca de 8 millones fueron reasignadas entre 1954 y 1968 (Gotkowitz, 2007, p. 361).

Por el contrario, en el altiplano, los indígenas aymaras, si bien adoptaron la organización sindical, la reinterpretaron en el marco de sus sistemas propios de organización política y social (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 162). Esta reinterpretación injertó la figura de los sindicatos y las milicias armadas para la protección de los mercados rurales en el marco de sus sistemas propios de autoridad y gobierno. En este entorno, nuevos pueblos y nuevas ferias rurales germinaron en el altiplano en el marco de la paradigmática forma de mercantilización de la producción familiar de comunarios, excolonos y campesinos parcelarios (*ibid.*, p. 163). Además, esta reinterpretación del sindicalismo fue utilizada por los aymaras del altiplano para reafirmar el fin del exilio indígena y de la opresión colonial. Esta idea se hizo evidente con los constantes asedios de milicianos aymaras a las ciudades circundantes al Altiplano boliviano (*ibid.*, 164).

Rivera Cusicanqui resalta el caso del Norte de Potosí por proporcionar elementos esenciales para la crítica al proyecto de homogeneización criollo-mestiza de la casta dominante (*ibid.*, p. 162). En este sentido, esta autora resalta que ésta es una región que se caracteriza por el predominio de los ayllus o comunidades originarias que se mantuvieron inmutables ante los avances de la hacienda y los grandes centros mineros que existen en la zona. Estos ayllus, desde tiempos ancestrales mantenían, en relación al valle, modelos de control vertical de múltiples pisos ecológicos (*ibid.*), pero la minería potosina y sus formas modernas de comunicación los marginó de los circuitos de mercado interno. A pesar de estas dificultades, las comunidades del Norte de Potosí lograron mantener un fuerte sentido de identidad cultural que se pone de manifiesto en el concepto territorial del ayllu y sus contrastes entre el *Aransaya* (mitad de arriba) y el *Urinsaya* (mitad de abajo), así como en la vigencia de sus autoridades originarias electas de acuerdo a sus sistemas políticos propios.

Rivera Cusicanqui recuerda que desde la Ley de Exvinculación de 1874, los ayllus del Norte de Potosí iniciaron una de las batallas más prolongadas y exitosas contra el cambio de las modalidades de tributación hasta entonces vigentes (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 184). Estas cargas, según la autora, generaron una percepción colectiva de relaciones *recíprocas* entre ayllus y Estado, según la cual el tributo o contribución indigenal era visto como una prestación que reproducía y prolongaba, por parte del Estado, un compromiso de respeto y protección sobre los derechos de posesión comunal de los territorios del ayllu (*ibid.*).

Desde la lógica expuesta, a diferencia del altiplano, la resistencia en esta zona terminó por hacer abortar al Estado toda imposición de propiedad individual, pero, como afirma Rivera Cusicanqui, lo que no logró la Ley de Exvinculación de 1874, sí lo logró la reforma agraria de 1953, que consolidó los derechos de propiedad individual de pequeños y medianos propietarios que se habían introducido en las fronteras de los territorios de ayllu. En este contexto, la reforma agraria fue vista en esta zona como la continuación del intento de destruir la integridad de los ayllus y su implementación no estuvo mediada por una fusión entre la modalidad sindical de representación y la estructura jerárquica de autoridades tradicionales (*ibid.*).

Estas tres facetas del sindicalismo y su relación con los pueblos indígenas son esenciales, especialmente para que, en el marco de un modelo polifónico de justicia constitucional, el TCP, desde la interdisciplinariedad del derecho, a través de la acción popular —que es el mecanismo de tutela colectiva de derechos— genere diálogos contextualizados a efectos de interpretar interculturalmente derechos, especialmente los referidos a la restitución territorial y la reconstitución de autoridades. Para ello, es necesario considerar, que la noción de propiedad agraria difiere, históricamente, en los valles cochabambinos, en el Altiplano boliviano y en el Norte de Potosí. Además, las diversas visiones del sindicalismo y sus efectos regionales serán un factor esencial para interpretar el concepto de «Nación y Pueblo indígena originario campesino» desarrollado por la Constitución, tal cual se verá en el próximo capítulo.

Al margen de lo señalado, es importante establecer que el sindicalismo campesino tuvo una segunda etapa que coincidió con la segunda fase de la Revolución Nacional iniciada alrededor de 1958 hasta el periodo de Barrientos, y que se manifestó en una cada vez mayor polarización en su propia estructura. En este proceso de confrontación interno, una gran mayoría del sindicalismo campesino propugnó el apoyo a la derecha del MNR y a sus sucesores civiles y militares; empero, una facción minoritaria pretendió fortalecer vínculos con la Central Obrera Boliviana (COB) y con el movimiento obrero organizado. Estas tendencias se manifiestan sectorialmente en Ucureña y Achacachi. Además, a raíz de estas pugnas internas se generó un fenómeno de bipolaridad que también existió en el área valluna de Cochabamba y que se evidenció por el conflicto entre Cliza y Ucureña, agudizado por la campaña electoral de 1960, que enfrentó a Paz Estenssoro y Guevara Arce[303]. En este proceso de polarización, se produjo un distanciamiento entre sindicatos de base y estructuras sindicales intermedias (centrales, subcentrales) y superiores (federaciones, confederaciones) (*ibid.*, p. 163).

En esta segunda fase de la sindicalización, se produjo un proceso sin precedentes de intervención militar del sindicato, el cual alcanza el cenit a principios de 1960 a través del Pacto Militar-Campesino impulsado por Barrientos y el desarme de las milicias rurales. Sin embargo, el sindicalismo dejó huella en el área rural del país y, tal como señala Rivera Cusicanqui, se ha constituido en una modalidad organizativa de base que coexiste o se fusiona, en mayor o menor grado, con las formas tradiciones de autoridad (*ibid.*).

Otro hecho importante para retratar una historia que sin duda debe ser considerada por un constitucionalismo dialogante con fuente en la sociología y la antropología, es la ruptura de la COB con el gobierno del MNR, en 1962. Esta ruptura significó que tanto el máximo dirigente sindical minero, Juan Lechín, como el sector de la izquierda al que representaba, fueran alejados del poder, momento a partir del cual se inició un proceso

[303] En un periodo preelectoral se presentaron dos candidatos a las elecciones sindicales de la Federación Departamental de Cochabamba: Miguel Veizaga, que tenía su centro en Cliza, representaba a las bases de Guevara Arze; por otra parte, Miguel Inturias, en Ucureña, contaba con el apoyo de José Rojas (ministro de Asuntos Campesinos) y era adepto de Paz Estenssoro y Juan Lechín Oquendo. Rivera Cusicanqui afirma que Inturias pareció allanar el camino para la victoria de Paz Estenssoro-Lechín. El conflicto entre Cliza y Ucureña duró varios meses, hasta que Cliza fue declarada zona militar en 1960 (*ibid.*, p. 148).

de desestructuración de sus bases. Para controlar el poder, Paz Estenssoro utilizó la fuerza y un discurso anticomunista contra el movimiento obrero y campesino. Este momento devela las contradicciones de la Revolución Nacional y sus constantes tensiones no solo con los movimientos indígenas sino también con los movimientos obreros que fueron un pilar esencial para que el MNR culmine con éxito la revolución del 9 de abril de 1952[304].

Ahora bien, por la importancia de los derechos colectivos —entre ellos, los derechos a la restitución territorial y la reconstitución de autoridades, eje fundamental de la refundación del Estado Plurinacional de Bolivia—, para analizar sus consecuencias futuras, especialmente en el contexto del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, es importante realizar un balance sobre la Reforma Agraria de agosto 1953. Al respecto, puede afirmarse que esta reforma garantizó la existencia legal de las comunidades indígenas y la propiedad comunal indígena, sin embargo, si bien establecía que la tierra usurpada sería devuelta a las comunidades, la ley limitaba tales reclamos a las tierras arrebatadas después de 1900, desconociendo por completo los anteriores avasallamientos a la propiedad comunal.

En este contexto, Gotkowitz (2007, p. 362) afirma que, si bien es cierto que la ley permitía la tenencia colectiva, empero, tendía a individualizar ese estatus. En este marco, la referida autora sostiene que a las comunidades se les daba la opción de acceder a un título proindiviso —el mismo que incluía copias de la escritura colectiva para cada comunario— o a títulos individuales, como aquellos dispensados a los excolonos en base a la idea de que «la tierra pertenece a quien la trabaja».

Además, es importante resaltar, también, que la normativa que amparaba esta reforma agraria prohibía que las comunidades pudiesen mantener tierras en diferentes ubicaciones. Así, al separar a algunos ayllus de tierras altas de las tierras de valle que todavía poseían, la ley fragmentó, aún más, las comunidades indígenas (*ibid.*, p. 362-363). Esta fragmentación es antitética con respecto al ideal de restitución territorial planteado en la Asamblea Constituyente, que concluyó con la aprobación de la Constitución de 2009. Por esta razón, el TCP, para interpretar derechos colectivos a través de la acción popular, deberá considerar el tránsito histórico ahora narrado y los efectos de la reforma agraria en los derechos de los pueblos indígenas desde una dimensión colectiva.

Al margen de lo señalado, es también importante establecer que el Decreto Ley 3464, en su art. 122 reconoció a las comunidades campesinas como entidades jurídicas, hito importante desde el punto de vista de la exigibilidad de los derechos. Por su parte, es también oportuno aclarar que el art. 123 identificó tres categorías de comunidades campesinas: comunidades de hacienda, comunidades campesinas y comunidades indígenas. Desde este precepto, se puede advertir la diferencia en este contexto histórico de

[304] Los mineros de Oruro y Potosí, a la cabeza de Juan Lechín Oquendo, tuvieron un importante rol en la lucha en aras de la nacionalización de la minería del estaño y el control obrero en las empresas mineras, aunque también tuvieron momentos de gran tensión con el gobierno del MNR. En este escenario, fue estratégica la creación, el 17 de abril de 1952, de la Central Obrera Boliviana (COB), que agrupó y aún reúne a las organizaciones sindicales de Bolivia. Entre sus afiliados se encuentra la Federación Sindical de Trabajadores Mineros de Bolivia (FSTMB).

los colectivos campesinos con respecto de los colectivos indígenas, criterio que deberá considerarse a efectos de interpretar el término «Nación y Pueblo Indígena originario campesino», incorporado a la Constitución de 2009.

Vale la pena también anotar que la normativa agraria referida diferenciaba los tipos de propiedad agraria, entre ellas se encontraban el solar campesino [305], la pequeña propiedad agraria [306], la mediana propiedad destinada a la empresa agrícola [307], la propiedad de comunidad indígena [308] y la propiedad agraria cooperativa [309]. Además, para evitar el latifundio el Decreto Ley 3464 reconocía las extensiones máximas de la pequeña y mediana propiedad [310].

El Decreto Ley 3464 reconocía también, en su artículo décimo primero, a las empresas agrícolas y las definía como emprendimientos rurales productivos [311]. Este reconocimiento implicó grandes inversiones de capital, implementación de tecnología moderna y trabajo asalariado en una superficie máxima de hasta 2.023 hectáreas. Este modelo generó una brecha de desarrollo manifiesta entre el oriente y occidente boliviano, ya que las grandes empresas agrícolas surgieron en el departamento de Santa Cruz, en cambio, en las tierras altas del occidente y los valles, se expandió el minifundio carente de apoyo financiero y tecnológico. Este aspecto también es importante para entender el proceso autonómico en Bolivia, el cual, desde el modelo constitucional boliviano, será abordado en el próximo capítulo.

De acuerdo a lo señalado, si bien la reforma agraria tuvo la finalidad de abolir el latifundio y las formas de servidumbre que conllevaba esta forma de tenencia de la tierra, no

---

305 El art. 6 del Decreto Ley 3464 establecía que el solar campesino tiene una función de residencia rural, siendo insuficiente para las necesidades de subsistencia de una familia.

306 El art. 7 del Decreto Ley 3464 establecía que la propiedad pequeña es la que se trabaje personalmente por el campesino y su familia, de tal manera que su producción le permita satisfacer racionalmente sus necesidades. El trabajo personal del campesino no excluye el concurso de colaboradores eventuales para determinadas faenas.

307 El art. 8 del Decreto Ley 3464 establecía que la propiedad mediana es la que, teniendo una extensión mayor que la calificada como pequeña, y que, sin tener las características de la empresa agrícola capitalista, se explote con el concurso de trabajadores asalariados o empleando medios técnico-mecánicos, de tal manera que el volumen principal de su producción se destine al mercado.

308 El art. 9 del Decreto Ley 3464 establecía que la propiedad de comunidad indígena es la que se reconoce como tal por las leyes en vigencia, a favor de determinados grupos sociales indígenas.

309 El art. 10 del Decreto Ley 3464 establece que la propiedad agraria cooperativa es: a) La concedida a los agricultores que se asocian con este carácter para obtener la tierra, habilitarla para su explotación y establecerse en ella; b) las tierras de pequeños y medianos propietarios, aportadas para la constitución del capital social de la cooperativa; c) las tierras de los campesinos favorecidos con la adjudicación de los antiguos latifundios y que se organicen en una sociedad cooperativa para su explotación; y, d) las tierras pertenecientes a las sociedades cooperativas agrícolas, por cualquier otro título no comprendido en los incisos anteriores.

310 Las extensiones máximas, en hectáreas, para cada zona geográfica están definidas en el art. 15 del referido decreto.

311 De manera textual, el artículo 11 del Decreto Ley 3464 señalaba que la empresa agrícola se caracteriza por la inversión de capital suplementario en gran escala, el régimen de trabajo asalariado y el empleo de medios técnicos modernos, excepción hecha de estos últimos en las regiones de topografía accidentada. La determinación circunstanciada de esos factores será objeto de reglamentación especial.

es menos cierto que los objetivos de la reforma agraria no pudieron cumplirse a plenitud, aunque, sin duda, esta reforma representó un avance importante en la redistribución de la tierra. Sin embargo, se trató de una distribución que se centró en la propiedad individual y subordinó la importancia de la restitución de la propiedad comunal a pueblos indígenas.

No puede soslayarse tampoco el hecho de que las mujeres fueron las menos beneficiadas con la reforma agraria, puesto que, en la mayoría de los casos, los jueces agrarios asignaban la tierra al jefe de familia, es decir al varón. Gotkowitz (2007) resalta que si bien es cierto que las antiguas colonas que trabajaban en las haciendas recibieron tierras, las mujeres solteras y divorciadas y las madres solteras que no habían sido colonas de hacienda solo podían obtener acceso a la tierra por la vía de relaciones (a menudo sexuales) con hombres casados o dirigentes sindicales y aunque las mujeres estaban autorizadas a votar, no participaban en condiciones de igualdad con los hombres en los asuntos que ocupaban a los sindicatos campesinos. De hecho, en la organización de los sindicatos campesinos, los hombres a los que se los consideraba *jefes de hogar* representaban a sus respectivas familias como delegados en el sindicato; las mujeres solo podían ser delegadas plenas si eran viudas o si eran solteras y poseían tierras (p. 362).

Como puede advertirse, el proceso revolucionario y las varias facetas del sindicalismo campesino que fueron anotadas, durante el periodo del constitucionalismo social boliviano, deben entendidas y contextualizadas desde la perspectiva del monoculturalismo que, además, determinó un monismo jurídico bajo el velo de la venda de la diosa Themis, en un entorno de carencia absoluta de mecanismos de directa justiciabilidad de derechos y de aplicación directa de la Constitución.

10.- La huella de las dictaduras y las venas del katarismo

Barrientos asumió la presidencia de Bolivia en 1964 y tuvo como misión fundamental consolidar una *restauración militar* en base a tres aristas esenciales: la represión a los movimientos obreros —que derivó en las masacres mineras de 1965 y 1967—; la implantación del imperialismo norteamericano y el control sindical a través del Pacto Militar-Campesino. Las raíces de la revolución nacional no estaban completamente destruidas, sino más bien persistían a través de una economía todavía estatalista y un escenario democrático que, a partir del voto universal, trajo por lo menos esperanzas emancipadoras para los *históricamente oprimidos*, como es el caso de los pueblos indígenas y las mujeres.

Entre las medidas más importantes de este periodo militar de restauración fue la permisión del ingreso al país de la Gulf Oil Company al amparo del llamado «Código Davenport». Además, en este intento de viraje político adscrito a la línea de la restauración militar, Barrientos fijó, como uno de los objetivos primordiales de su gobierno, el control de los sindicatos campesinos, al punto que, en el valle cochabambino, hábilmente impuso directivas afines que viabilizaron la firma del histórico Pacto Militar-Campesino en un escenario de ruptura de las relaciones del Estado con la COB y con el movimiento minero.

Rivera Cusicanqui resalta que el Pacto Militar-Campesino fue diseñado como una estructura institucional de enlace entre el sindicalismo paraestatal y el Ejército, para sus-

tituir a la articulación sindicato-partido-Estado vigente durante el periodo de MNR. En este marco, afirma la autora que, en la pacificación prometida por Barrientos, el Ejército se mostró como la institución más adecuada para preservar la cohesión interna de un Estado fuertemente amenazado por la convulsión social imperante (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 170).

A pesar de la suscripción del Pacto Militar-Campesino, el cual fue firmado bajo el lema de «llevar al campesinado por la senda del progreso» (Chihuailaf, 2008, pp. 33-54), éste no cumplió su finalidad de neutralizar las presiones sindicales que germinaban rápidamente en las diversas zonas rurales del país, especialmente en el altiplano boliviano.

Barrientos, confiando en su carisma y en su fácil diálogo con los indígenas, especialmente porque hablaba quechua, instauró el Impuesto Único Agrario, que acumulaba a todos los impuestos que recaían sobre el campesinado de la época. Este tributo, de acuerdo a sus postulantes, tenía la finalidad de beneficiar al sector campesino; sin embargo, lo que hizo fue exacerbar los ánimos, además de ocasionar una gran movilización en 1968. La crisis desencadenada se agudizó aún más con las políticas económicas de Banzer, cuyo periodo gubernamental, de carácter dictatorial, se prolongó de 1971 hasta 1978 [312].

A finales de los años sesenta germinan en las organizaciones sindicales campesinas venas ideológicas que postulaban la reorganización autónoma del aparato sindical, entre otros el Bloque Independiente Campesino (BIC), cuyo credo rechazaba vehementemente la subordinación al Estado, además de defender la afiliación sindical a la COB. También, desde el ideal de autonomía y no subordinación al Estado emergen los llamados colonizadores de las zonas tropicales en Santa Cruz, Alto Beni (La Paz) y el Chapare (Cochabamba). Este sector estaba conformado por campesinos que desde 1960 migraron masivamente a estas zonas desde tierras altas, especialmente por los despidos en las zonas mineras [313]. Este tipo de organización campesina, cuya organización se basó en sindicatos y federaciones especiales de colonizadores, culmina con la creación de la Confederación Nacional de Colonizadores de Bolivia (CNCB), afiliada a la COB. Al tener un alto grado de autonomía, por lo menos en sus orígenes, esta organización tuvo una gran capacidad de movilización social, factor que influyó de manera determinante en las luchas que concluyeron en el último proceso constituyente boliviano.

Otra vena independentista surge de la *propuesta katarista* que amalgama el *sindicalismo de base del altiplano* desde el liderazgo de Jenaro Flores y que, a su vez, ideológicamente se nutrió de los movimientos culturales generados por los migrantes aymaras residentes en La Paz. Jenaro Flores calificó de *racista* y *occidental* el discurso de la izquierda criolla. A partir de esta crítica, y en el marco de postulados de reivindicación indígena, a finales

[312] Entre estas políticas puede destacarse el congelamiento de precios de los productos agropecuarios, el alza de la gasolina y el incremento desproporcionado de precios de productos industriales (*ibid.*).

[313] Rivera Cusicanqui (1984, p. 176) sostiene que el campesinado parcelario de estas regiones manifestó tempranamente su conciencia respecto a las nuevas contradicciones generadas por el desarrollo capitalista en el agro: la creciente subordinación de la economía familiar campesina a la estructura monopólica del mercado y la formación de un semiproletariado agrícola, pobre en tierras y recursos, alimentado por el crecimiento de la economía empresarial de la caña de azúcar, algodón, coca, soya, etc.

de 1969, Flores fue electo Secretario General del sindicato agrario de su comunidad, Antipampa Collana (Aroma), y en menos de dos años ocupó el cargo de máximo ejecutivo nacional (*ibid.*, 177-178).

La migración de habitantes de tierras altas a La Paz fue el crisol del pensamiento *centro-aymarista*[314], que se tradujo en centros culturales de resistencia[315], programas de radio en aymara, fiestas patronales y otras variadas formas para preservar su cultura, en reacción a la exacerbada discriminación racial citadina. Estos centros tuvieron una interacción con el sindicalismo base del Altiplano y marcaron lo que Rivera Cusicanqui califica como «la primera vertiente del katarismo» en Bolivia (Rivera Cusicanqui, 1984, pp. 177-178).

Según Rivera Cusicanqui, «la segunda vertiente del movimiento katarista» se origina en el fenómeno generacional en las zonas rurales del altiplano, a partir de una casta campesina que no vivió como propias las transformaciones más importantes que trajo consigo la revolución y que, a diferencia del campesinado parcelario de los valles cochabambinos, postuló la reconstitución de su territorio y de sus autoridades en el marco de sus estructuras comunitarias y de la estructura de un Estado Plurinacional. En esta línea, a partir de la afirmación del derecho a ejercer su diferencia, rechazaban contundentemente las manipulaciones del aparato sindical por considerarlas como una «aproximación servi-colonial al poder» (*ibid.*, p. 179).

Cobra particular importancia, en este contexto histórico, el Manifiesto de Tiwanaku (1973) que fue proclamado en plena dictadura militar banzerista[316]. En este documento se reivindicó las luchas anticoloniales y se postuló una ética comunitaria arraigada en un proyecto de reivindicación y reparación histórica. Se evocó, por otra parte, una memo-

---

314 Según el censo de 1976, un 25% de la población de La Paz está constituida por migrantes aymaras del Altiplano y valles circundantes. Si a ello se suman los aymara-hablantes nacidos en la misma ciudad, tenemos que un 48% de los habitantes de la capital son aymaras, al menos desde el punto de vista lingüístico (Sandoval, Albó y Greaves, 1983, p. 482).

315 Estos centros tuvieron varias formas y modalidades, por ejemplo, al final de 1960, en un colegio fiscal de la ciudad de La Paz, un grupo de estudiantes aymaras, hijos de residentes de la provincia Aroma, formó un grupo de estudios llamado «Movimiento 15 de Noviembre» en homenaje a la fecha de la inmolación de Julián Apaza (Tupaj Katari), este grupo tuvo la influencia ideológica de las ideas indianistas del escritor Fausto Reynaga. También a finales de 1960, en la Universidad de La Paz, estudiantes do orginen aymara formaron un movimiento cultural-político llamado Movimiento Universitario Julián Apaza MUJA, a partir del cual se reivindicó las luchas de Tupaj Katari. En 1969, los residentes aymaras en La Paz crearon el Centro de Promoción y Coordinacional Campesina MINKA con roles de educación, organización y difusión de la cultura aymara tanto en áreas urbanas como rurales, además, entre sus objetivos se encontraba establecer vínculos entre todos los pueblos indígenas bolivianos (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 178). El 12 de agosto de 1971, campesinos aymaras del Altiplano y residentes en la ciudad formaron el Centro Campesino Tupaq Katari, cuyo plan de trabajo consistía en realizar emisiones radiales en aymara.

316 Hugo Banzer Suarez, asumió el poder a través de un golpe militar el 21 de agosto de 1971. Durante esta dictadura, los movimientos indígenas y sindicales que no se sometieron al régimen que controlaba estas instancias, a través del Pacto Militar-Campesino, fueron severamente perseguidos y muchos de ellos desaparecidos, encarcelados o exiliados. Jenaro Flores jugó un papel importante en la historia que debe ser reconocido, puesto que, a su retorno del exilio en Perú, junto a otros dirigentes, se organizaron en la clandestinidad para una contención al régimen de Banzer y por la reivindicación de un sindicalismo campesino autónomo.

ria histórica como base para superar las sistémicas e históricas discriminaciones raciales contra los indígenas. Asimismo, se cuestionó profundamente al sindicalismo sumiso a los gobiernos de turno, aunque se destacaron los progresos revolucionarios del 52, entre ellos el voto universal y la redistribución de tierras. Además, se planteó la necesidad de una organización política propia que represente las bases indígenas del país. Es importante resaltar también que el citado manifiesto demandó equidad para el pleno ejercicio de derechos económicos, lo que se tradujo en el respeto y garantía a precios justos para los productos de la economía tradicional altiplánica.

El régimen militar en el gobierno pronunció un «paquete» de decretos económicos que autorizaron el reajuste de precios en varios artículos de primera necesidad, como el azúcar, el arroz, la harina, los fideos, el café y el pan. Este incremento se agudizó con los efectos de la devaluación monetaria de 1972 y, como era de esperarse, afectó principalmente a los sectores más empobrecidos del país. Estas medidas ocasionaron masivas manifestaciones y movimientos huelguistas que opusieron tenaz resistencia.

En Cochabamba, la protesta campesina contra el alza de precios de los productos básicos de la canasta familiar se inició el 22 de enero de 1974 con una masiva manifestación de los obreros de la fábrica Manaco en Quillacollo, a la cual se sumaron gran cantidad de obreros y fabriles (*ibid.*, p. 186-187). Entre el 24 y 30 de enero, alrededor de 20 mil campesinos bloquearon las redes carreteras más importantes que unían a Cochabamba con Santa Cruz, el Chapare, Oruro y Sucre, y La Paz con Oruro. El conflicto, que con todo su rigor se mantuvo por más de seis días, se concentró en las localidades de Tolata y Epizana (carretera Cochabamba-Santa Cruz) (Comisión Justicia y Paz, 1975, p. 57).

Con la finalidad de erradicar movimientos sindicalizados de protesta, el gobierno militar de Banzer premeditadamente perpetró la matanza de Tolata, Epizana y Melga en los valles de Cochabamba, al ordenar el desbloqueo con artillería y aviación. El 30 de enero las operaciones militares continuaron en Sacaba, Suticollo y la provincia Aroma de La Paz. Rivera Cusicanqui sostiene que el número de muertos nunca fue determinado con precisión, aunque los datos oficiales y minimizados dieron cuenta de 13 personas muertas, 10 heridos y 21 presos acusados de ser «extremistas extranjeros» (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 93 y ss.).

La Comisión de Justicia y Paz fue la antecesora de la actual Asamblea Permanente de Derechos Humanos y por el rol en defensa de los derechos que cumplía en este periodo, fue proscrita por el dictador, a pesar de ello, siguió realizando su labor en la clandestinidad, desde esta instancia se denunció con mayor fuerza la masacre de Tolata, Epizana y Melga.

En noviembre de 1974, luego de esta masacre, Banzer se declaró dictador e ilegalizó a partidos y sindicatos. Con esta política, el camino estuvo allanado para lo que Rivera Cusicanqui denomina «el proyecto neo-oligárquico» (*ibid.*, p. 174), que benefició especialmente al departamento de Santa Cruz. En este contexto, Zavaleta afirma que el proyecto estatal se construyó en torno al empresariado privado y a la casta militar vinculada a negocios legales y también ilegales, lo que implicó una ruptura de vínculos con las clases populares (Zavaleta, 1977).

Durante 1976 los kataristas se hicieron presentes en varios eventos universitarios y obreros como representantes de la nueva tendencia reivindicativa indígena. Entre otros eventos, asistieron al Congreso Minero de Corocoro y apoyaron la huelga minera de junio de 1976. Para este fin, organizaron el abastecimiento a los centros mineros sitiados por el Ejército, lo que desató una brutal persecución estatal en el marco de un discurso anticomunista para legitimar el uso de la fuerza (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 190).

En una franca oposición al régimen banzerista, el 15 de noviembre de 1977, Jenaro Flores se presentó en público ante una concentración aymara en Ayo Ayo (provincia Aroma, La Paz) para la conmemoración de un aniversario más de la muerte de Tupaj Katari; y, junto a otros dirigentes, asumió la dirección de la Confederación Nacional de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CNTCB), que, a partir de este momento, fue rebautizada con el añadido de CNTCB-Tupak Katari. Asimismo, se aprobó un documento público con la siguiente rotulación: «Lo que todo el movimiento campesino de Bolivia debe saber», el cual denunció la cooptación militar en el sindicalismo boliviano (*ibid.*, p. 193).

En diciembre de 1977 se inició un movimiento de protesta a escala nacional que produjo un cisma político que concluyó con la caída de Banzer. La protesta empezó con la huelga de hambre de cuatro mujeres mineras que reclamaron el retorno de sus esposos del exilio. En plena huelga general, el 17 de enero de 1978, se realizó, en la clandestinidad, el IX Congreso de la Federación Departamental de Trabajadores Campesinos de La Paz Tupac Katari, en el cual se eligió a líderes kataristas que se encontraban en la clandestinidad y a nuevos líderes que surgieron de las bases de esta organización. Entre los nuevos ejecutivos electos figuraban Estanislao Poma, Marcial Canaviri y Daniel Calle (*ibid.*).

La caída de Banzer generó una crisis de gran magnitud que se reflejó en tres elecciones presidenciales y cuatro golpes militares, entre 1978 y 1980. Además, es importante recalcar que toda la dictadura militar banzerista se desarrolló en vigencia de la Constitución de 1967 pronunciada por el General René Barrientos, la cual no modificó las bases constitucionales de la reforma de 1938.

El movimiento katarista, en sus dos vertientes, se manifestó también en varios partidos políticos que obtuvieron representación legislativa a principios de 1990: entre ellos, el Movimiento Revolucionario Tupak Katari (MRTK) y el Movimiento Indio Tupak Katari (MITKA). En el MRTK participaron Jenaro Flores, Macabeo Chila, Víctor Hugo Cárdenas y otros dirigentes. Rivera Cusicanqui señala que esta línea adopta posiciones relativamente más flexibles hacia las organizaciones de izquierda y, en consonancia con una experiencia sindical rural más profunda, muestra una mayor receptividad hacia la herencia de la Revolución de 1952 en el campo (*ibid.*, p. 201)[317].

Por su parte, en su Manifiesto de 1978 el MITKA se autodefine como «antioccidentalista y anticolonial-imperialista» (Chihuailaf, 2008) y como una organización de «esencia y presencia india» cuya fuerza de base son «las masas autóctonas, los trabajadores mineros, constructores, fabriles» (*ibid.*). Además, este manifiesto cuestiona el «desastroso endeudamiento del Estado» y atribuye la responsabilidad a «las castas» que detentaron el poder

[317] La autora señala también que en las elecciones de 1978 el MRTKL apoyó a la UDP de Hernán Siles Suazo.

económico y político. Además, en dicho documento se señala que «el indio campesino subvenciona y sostiene la economía nacional, a costa de su propia miseria; mientras la agroindustria burguesa del algodón y el azúcar reciben toda atención y protección del gobierno» (*ibid.*).

El manifiesto del Movimiento Indio Tupac Katari además denunció la situación de los campesinos en el gobierno de Banzer que tal como afirma Arauco «Bajo la Ley de Servicio Obligatorio se recluta a campesinos del altiplano paceño, orureño, potosino y campesinos de los valles de Cochabamba, Chuquisaca y Tarija para trasladarlos a Santa Cruz, para cosechar el algodón de la nueva casta de la burguesía agraria de Santa Cruz, en condiciones tan lamentables de alojamiento, alimentación y trato, que nos hacen recordar, sobrecogidos a los *mit´ayus* de Potosí, en el coloniaje español» (*ibid.*).

Este movimiento estuvo liderado, inicialmente, por Constantino Lima, Luciano Tapia, Julio Tumiri, Jaime Apaza y otros; posteriormente, por Felipe Quispe Huanca, conocido como *el Mallku*, quien promovió un «Estado de trabajadores y la unión socialista de las naciones oprimidas» (*ibid.*) [318].

Finalmente, es importante analizar la fórmula del sindicalismo revolucionario asumida por la línea katarista, a través de la CSUTCB, fundada en 1979. La CSUTCB en su tesis política de junio de 1983, aprobada en su Segundo Congreso Nacional, postula a los campesinos aymaras, quechuas, cambas, chapacos, chiquitanos, canichanas, itonamas, cayubabas, ayoreos, tupiwaranies y otros como los legítimos dueños del territorio boliviano. Rivera Cusicanqui (1984) recoge parte del credo político-ideológico fundacional de la CSUTCB:

> Los campesinos de Bolivia somos los herederos legítimos de las grandes sociedades prehispánicas, tanto de los que construyeron la civilización andina, como las civilizaciones de los llanos tropicales. Nuestra historia no es solamente cosa del pasado; también es el presente y el futuro, que se resume en una lucha permanente por reafirmar nuestra propia identidad histórica, por el desarrollo de nuestra cultura, con personalidad propia, para ser sujetos y no objetos de la historia. Los pueblos que habitamos esta tierra, a pesar de tener diferentes lenguas, sistemas de organización, concepciones del mundo y tradiciones históricas, estamos hermanados en una lucha conjunta y permanente… (p. 231).

Además, la tesis de la CSUTCB señalaba:

> Antes de la llegada de los españoles éramos pueblos comunitarios. En nuestra tierra no se conocía el hambre, el robo, la mentira. En la zona andina nuestros ayllus, *markas*, *suyus* eran la base de sustento de una gran civilización, en la cual se respetaba la autonomía y la diversidad de nuestras formas de organización y trabajo. En los llanos orientales, diversos pueblos independientes ocupaban vastos territorios y convivían con respeto y con libertad, desarrollando la orfebrería, la música y métodos de caza, pesca y recolección, muy elaborados y respetuosos del

[318] Bajo el liderazgo de Felipe Quispe Huanca, en 1990 se creó el Ejército Guerrillero Tupac Katari (EGTK), grupo irregular al cual perteneció Álvaro García Linera, vicepresidente de Bolivia entre 2006 y 2019.

> medio ambiente. Todo este desarrollo autónomo fue violentamente interrumpido con la invasión española de 1942. A partir de entonces hemos sido degradados a la condición de colonizados, bajo el nombre genérico de indios. Con ello hemos sido despojados de la soberanía sobre nuestros territorios, e incluso se nos ha negado nuestra dignidad como seres humanos. La expansión del capitalismo mercantilista de los españoles a través del robo, las encomiendas, las mercedes, el tributo, las reducciones, las misiones, la servidumbre, la *mit'a* y otras formas de explotación y deculturación, han fracturado nuestra sociedad, imponiéndonos sistemas ajenos a nuestra realidad, como ser la propiedad privada y la explotación de la mayoría por una minoría. La dominación colonial inauguró una larga etapa de exclusión sistemática de nuestros pueblos de la estructura de poder político y económico, y anuló toda forma de autodeterminación, condenándonos a sumergir en la clandestinidad cultural nuestras prácticas sociales y nuestras formas de vida… (*ibid.*, 237-239).

Esta tesis postula, además, un sindicalismo único[319], *democrático*[320], *independiente*[321], *solidario*[322] y *revolucionario*[323], y concluye con lo siguiente:

> ¡Ser libres, pero sin perder nuestra identidad histórica y nacional¡ ¡Nuestra liberación será obra de nosotros mismos¡ ¡Nunca será regalo de generales, ni de doctores, ni de los nuevos ricos¡ ¡Estamos oprimidos pero no vencidos¡ ¡Viva la unidad campesina¡ ¡Viva la unidad de los trabajadores bolivianos¡ ¡Gloria a Tupak Katari![324].

---

319 Al respecto, la referida tesis señala que el sindicalismo debe ser único porque «a pesar de nuestras diferencias de lengua, cultura, formas de trabajo y tradiciones de organización, todos los oprimidos del campo debemos construir una sola organización y una sola dirección» (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 231).

320 La tesis, al referirse al sindicalismo, reza: «Democrático: Porque expresa nuestra tradición de democracia comunitaria y porque es expresión de la base, donde los dirigentes son nombrados por los propios campesinos y no son impuestos desde arriba» (*ibid.*).

321 «Independiente: Porque sindicalmente no admitimos ninguna forma de tutelaje ni intromisión de personas, grupos o partidos ajenos a los principios de nuestra organización, y porque políticamente solo nos guiamos por nuestra propia tesis política» (*ibid.*).

322 «Solidario: Porque la causa de los demás trabajadores es nuestra causa, no solo dentro del país sino más allá de nuestras fronteras. Pero sobre todo porque hemos conquistado con nuestra lucha, un lugar propio en la Central Obrera Boliviana, que es la máxima organización de los trabajadores del país» (*ibid.*).

323 «Revolucionario: Porque luchamos por el poder para los trabajadores, campesinos, mineros, fabriles y otros sectores oprimidos; por nuestra liberación de toda forma de explotación capitalista y opresión colonial por una sociedad justa, sin explotados ni explotadores. Porque luchamos por una dirección genuina y consecuente que garantice la lucha junto al pueblo trabajador hasta la victoria definitiva» (*ibid.*).

324 Rivera Cusicanqui señala que «…la corriente sindical katarista, fundida en la CSTUTCB, se constituye en la síntesis más equilibrada de los complejos contenidos, nacionales e indios, clasistas y étnicos, económicos y culturales, sindicales y políticos que ha acumulado el movimiento katarista en más de diez años de lucha. A la hora de la crisis del proyecto estatal de 1952, que parece estar arrastrando peligrosamente a todas las opciones partidarias del criollaje urbano, el katarismo se convierte en una instancia fundamental en la autodeterminación política del movimiento popular, lo cual se expresa ejemplarmente en el rol político de la Central Obrera Boliviana a partir de 1980» (*ibid.*, p. 217).

La transcripción textual de algunos fragmentos de la tesis política de 1983 de la CSUTCB es esencial para entender, desde la voz de *los oprimidos pero no vencidos* (sentencia que dio título al libro de Rivera Cusicanqui), las demandas que incidieron en el constitucionalismo *plurinacional comunitario y descolonizador* (abordado en el siguiente capítulo) y, en particular, la impronta que el katarismo dejó en la Constitución de 2009.

Además, es importante resaltar también que, al margen de la CSUTCB, también se formaron otros proyectos basados en la organización de movimientos indígenas que fueron determinantes para la progresividad de los derechos de los pueblos indígenas, entre ellos, por ejemplo, la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB), creada en 1982, la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG), fundada en 1987, la Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia «Bartolina Sisa», que fue creada en el I Congreso Nacional de 1980 [325], la Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), organizada en 1971 y que, desde el año 2010, se denomina Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB), cuyo brazo político, tal como destaca Chivi (2012), es el MAS-IPSP.

Desde 1988 se realizaron encuentros de las Federaciones de Productores de Coca del trópico de Cochabamba y también los cocaleros de La Paz, en el marco de una política de militarización de las regiones cocaleras para efectos de erradicación de la hoja de coca, de acuerdo a las políticas gubernamentales de lucha contra el narcotráfico. Estas federaciones tuvieron un rol en la progresividad de derechos y en la historia política del país, constituyéndose en las bases más importantes de Evo Morales, presidente de la República, desde 2006 hasta su renuncia a la presidencia, el 10 de noviembre de 2019.

11.- Las grandes marchas indígenas y el horizonte del constitucionalismo pluricultural boliviano

La década de 1980 trae consigo el retorno a la democracia y grandes cambios históricos en el país en el contexto de una cada vez más creciente tensión entre derechos indígenas e implementación de políticas liberales de mercado. En este espectro, el golpe de Estado del general Luis García Meza, el 17 de julio de 1980, difirió por dos años el retorno a la democracia, además de llevar a cabo, de manera violenta, una política de *colonización* de las tierras bajas orientales con el objetivo, según Rivera Cusicanqui, de recuperar el proletariado colonial andino para la fabricación de pasta base de cocaína, producción que se encontraba en manos de organizaciones criminales con fuertes raíces en los altos mandos militares y políticos (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 218).

La dictadura desplegó una despiadada persecución política contra los líderes campesinos, la cual fue particularmente cruel en el Norte de Potosí, a raíz de la paradigmática alianza entre ayllus y sindicatos mineros [326]. A pesar de la brutal represión, la organización

[325] Las mujeres indígenas ya se movilizaron en 1977 a través de una huelga de hambre por la amnistía de los presos víctimas de la represión de Banzer (Chihualiaf, 2008).

[326] Entre las principales víctimas de la dictadura están dirigentes de sindicatos campesinos del Altiplano, los Yungas y Cochabamba. Figura también en la lista Jenaro Flores, secretario ejecutivo de la CSUTCB,

sindical con bases obreras, campesinas e indígenas fue determinante para la caída del régimen. De hecho, la presencia de comunarios en los centros mineros y las alianzas entre ellos fueron cruciales para la resistencia.

Uncía, importante centro minero, fue, desde 1976, ocupado por un regimiento militar instalado para controlar a la población de Catavi y Siglo XX. Sin embargo, los contingentes enviados al lugar no pudieron contener la masa de obreros y comunarios que demandaron una negociación con el régimen, el cual, por las circunstancias, se vio obligado a ceder en su posición. Uno de los líderes más destacados de la resistencia fue Jenaro Flores quien, desde la dirigencia clandestina de la COB, fue un acérrimo opositor a la dictadura.

En octubre de 1982 retorna la democracia a Bolivia, en gran medida gracias a la lucha férrea de la COB y la CSUTCB. La suscripción de un nuevo acuerdo parlamentario hizo que Lidia Gueiler asuma la presidencia; sin embargo, por presiones del Fondo Monetario Internacional (FMI) y por las fuertes amenazas de insubordinación militar, se decretó una devaluación del 25% en la paridad del peso con el dólar y, además, se implementó un «paquete» de medidas de ajuste que, en particular, afectaron a los sectores más empobrecidos, entre ellos obreros, campesinos y población indígena. La reacción campesino-indígena fue inmediata, con su epicentro en el altiplano se expandió rápidamente hacia las zonas de colonización y luego, prácticamente, a todo el territorio boliviano. La medida de presión basada en los «bloqueos de carreteras» tuvo una fuerza contundente, ya que paralizó el abastecimiento de las principales ciudades y centros mineros durante diez días. Al final, el gobierno cedió, a través de un acuerdo suscrito el 11 de diciembre de ese año que contempló la suspensión de todas las medidas drásticas.

En un contexto de absoluta homogeneización cultural, en 1983, el Taller de Historia Oral Andina (THOA), puso en la escena del debate social y académico la importancia histórica de los proyectos y reivindicaciones indígenas aymaras del siglo XIX y comienzos del XX, especialmente desde el rol de las redes de caciques apoderados. Además, desde esta instancia se empezó a analizar, críticamente, la reforma agraria y los procesos de sindicalización campesino-indígenas en Bolivia. La obra cumbre de estas investigaciones fue el trabajo de Silvia Rivera Cusicanqui, *Oprimidos pero no vencidos* (1984) que, por su importancia y visión crítica, así como por la incidencia que generó en la memoria colectiva de los movimientos indígenas y campesinos, es uno de los principales sustentos académicos de este capítulo [327].

La situación de las y los bolivianos, tanto en las ciudades como en el área rural, empeoró a medianos de los años ochenta, al punto que, en 1984, se produjo una hiper-

desde 1979, que terminó afectado por una minusvalía debido a la represión y preso, en 1981, mientras fungía como máximo ejecutivo de la COB (*ibid.*, 56-57).

[327] Otro trabajo importante es el de Gordillo, 2000. Es preciso también mencionar al texto de Cárdenas Conde (1998), p. 48-67. También tuvieron gran relevancia los aportes de Albó y Barnadas, 1990; Albó (1993); Albó y Quispe (2004).

inflación récord de cinco dígitos anuales, provocada por la incontrolable deuda externa y el modelo de capitalismo de Estado impuesto [328].

El gobierno de Víctor Paz Estensoro, que sustituyó al régimen de izquierda encarnado en el partido de la Unidad Democrática Popular (UDP) [329], en un contexto de un plan de emergencia destinado a la estabilización de la economía, tuvo que emitir el Decreto Supremo 21060, el 29 de agosto de 1985. Este decreto constituyó el andamiaje jurídico que viabilizó la implementación en el país de una economía de libre mercado y, además, fue el prolegómeno para una reforma estructural del Estado [330]. Esta visión se gestionó en plena vigencia de la Constitución de 1967, la cual, tal como ya se señaló, no modificó las bases del constitucionalismo social diseñado por la Constitución de 1938.

Una de las medidas contenidas en este decreto, contraria a los lineamientos del constitucionalismo social en ese momento vigente, por lo menos formalmente, fue la flexibilización laboral, en virtud de la cual se despidió a más de 20 mil trabajadores mineros, lo que generó el fenómeno de *relocalización* que movilizó a miles de trabajadores mineros desempleados y sus familias, en particular a las tierras subtropicales como el Chapare cochabambino, las cuales fueron *colonizadas.*

Entre los elementos más importantes de las reformas del Estado en ese momento encaradas, Horst Grebe (1998) destaca una política de primacía de la economía de mercado; la asignación de un rol preponderante a la inversión privada en el desarrollo; la promoción del desarrollo productivo y empresarial en un contexto de globalización; la descentralización y el redimensionamiento del gasto público (pp. 25-32). En este escenario

---

328 Ver Quintana, 2007, pp. 9, 13, 14.

329 El líder de esta organización política fue Hernán Siles Suazo, quien asumió la presidencia de Bolivia el 10 de octubre de 1982. Ante la presión de Estados Unidos y de los sectores conservadores de la política boliviana, Hernán Siles Suazo renunció a la presidencia y, por ende, acortó un año su mandato, lo que según Rivera Cusicanqui, implicó una derrota también para los movimientos sindicales y gremiales que cooperaron con el gobierno. En las elecciones, la izquierda quedó prácticamente anulada políticamente, el PS1 obtuvo menos del 5% del total de los votos y el katarismo el 2,8%; Acción Democrática Nacionalista (ADN) y el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) de Víctor Paz Estenssoro fueron los más favorecidos con el voto popular. Al final, Víctor Paz Estenssoro fue Presidente y ejerció su último periodo presidencial desde 1985 hasta 1989 (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 58).

330 En este decreto se estableció un nuevo régimen cambiario (del peso boliviano con relación al dólar estadounidense), el cual se determinó sobre la base de la oferta y la demanda; se creó también un procedimiento para la venta pública de divisas y se autorizó la conversión del oro físico del Banco Central de Bolivia (BCB) en reservas metálicas de libre disponibilidad. También se autorizó a los bancos e instituciones financieras del sistema, así como a las personas naturales, a realizar todo tipo de actos jurídicos o de operaciones con cláusula de mantenimiento de valor. Se impuso también el régimen de libre exportación e importación de bienes; y, como una de las medidas más controversiales y que afectaban directamente a la clase obrera, se dispuso el régimen de libre contratación, por el cual las empresas y entidades del sector público y privado podían libremente convenir o rescindir contratos de trabajo. Asimismo, se estableció la desregulación de precios para que estos sean fijados libremente y de acuerdo a las leyes del mercado. Se disolvió la Corporación Boliviana de Fomento y se crearon las Corporaciones Regionales de Desarrollo (CORDES). Ver Quintana, 2007, p. 19 y Arandia Ledezma, 2002, pp. 56-84. Este autor sostiene que la implementación de reformas de primera generación logró restablecer el equilibrio macroeconómico, empero no permitió la recuperación del aparato productivo nacional, lo que aumentó los niveles de desempleo y subempleo y ahondó las brechas sociales a raíz de las desigualdades en la redistribución del ingreso.

de reformas estatales que abrieron la senda a la economía de mercado y la globalización, se inició la era de reivindicaciones indígenas a través de las grandes marchas que generaron un viraje profundo en la historia boliviana. En este contexto, luego de la caída del precio del estaño y el cierre de minas estatales, en 1986, con el apoyo del sindicalismo campesino-indígena, se llevó a cabo la Marcha por la Vida, protagonizada por el movimiento obrero-minero, la cual partió de Oruro hasta La Paz en protesta por el despido intempestivo de más de 20 mil trabajadores.

En este escenario histórico, desde diferentes organizaciones de ayllus locales y provinciales como la Federación de Ayllus del Sur de Oruro (FASOR) que, posteriormente, se convirtió en Jatun Killaqas Asanajaqis (JAKISA) —aglutinando a aymaras, quechuas, urus, chipayas y ayllus de sur de Oruro— se propugnó la *reconstitución territorial del Estado* en base al ayllu, idea también postulada por la nación Pacaxe en el departamento de La Paz (Chuquimia, 2012).

Las crecientes reivindicaciones por derechos territoriales y de identidad cultural de los pueblos indígenas en Bolivia se generaron en un contexto histórico de gran eco, en Latinoamérica, de las diez recetas emanadas del Consenso de Washington (1989), en el marco de una circunstancia internacional propicia para dichas fórmulas, producto de la caída del Muro de Berlín y del tránsito a la democracia por parte de muchos países sudamericanos, después de un ciclo de oprobiosas dictaduras militares.

El Consenso de Washington, enmarcado en las políticas de Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), tuvo la finalidad de procurar un modelo destinado a buscar soluciones a la deuda externa y a fortalecer la estabilidad económica en el marco de parámetros de eficiencia, eficacia y transparencia (Casilda Béjar, 2004, pp. 19-38).

El referido Consenso se estructuró en base a diez enunciados fundamentales: disciplina presupuestaria[331], cambios en las prioridades del gasto público[332], reforma fiscal[333]; tipos

[331] Éste era un requisito esencial para obtener préstamos externos y se basó en el concepto de presupuestos equilibrados para evitar trastornos macroeconómicos en forma de inflación, desequilibrios en la balanza de pagos y evasión de capitales. Con esta fórmula se buscó lograr un equilibrio a partir de igualar el gasto público y los recursos disponibles para financiarlo (*ibid.*)

[332] El Consenso, para reducir el déficit presupuestario, optó por reducir el gasto más que aumentar impuestos. En este marco, se contemplaron tres categorías específicas de gastos: las subvenciones, la educación y la sanidad. En ese orden, se trató de desviar el gasto improductivo de los subsidios hacia áreas como la sanidad, la educación o las infraestructuras, para poder combatir más eficazmente la pobreza en beneficio de los menos favorecidos (*ibid.*)

[333] La mayor recaudación fue considerada por Washington como una alternativa inferior para remediar el déficit presupuestario en comparación con la reducción del gasto público. Sin embargo, la gran mayoría coincidió en que el método más adecuado para incrementar dicha recaudación tributaria hasta un nivel mínimo considerado como necesario, consistía en tratar de instaurar una base imponible íntegra y amplia, a la vez que se mantenían unos tipos impositivos marginales moderados (este principio fue la base de la reforma del impuesto sobre la renta en EEUU en 1986) (*ibid.*)

de interés [334]; tipo de cambio [335]; liberalización comercial [336]; política de apertura y respeto [337]; política de privatizaciones [338]; política desreguladora [339]; y, derechos de propiedad [340].

Como puede observarse, las diez recetas descritas fueron impuestas a Bolivia y a toda Latinoamérica, a partir de una visión epistemológica hegemónica y monocultural que entraba en franca colisión con las reivindicaciones de territorialidad comunal, de identidad cultural y de restitución del ayllu, así como de las estructuras políticas y jurídicas propias de los pueblos indígenas.

En medio de las políticas externas impuestas a Bolivia, para fortalecer las reformas del Estado basadas en la economía de mercado, el gobierno de Jaime Paz Zamora intentó implementar un impuesto desproporcional a la tierra, lo que generó la movilización de las «tres *machacas*»: Jesús de Machaca, San Andrés de Ingavi y Santiago de Pacajes. La lucha se respaldó en títulos de la Corona española que estas comunidades compraron

---

334 Los tipos de interés debían seguir dos principios: tenían que ser determinados por el mercado para evitar una asignación inadecuada de los recursos y debían ser positivos, en términos reales, para desincentivar las evasiones de capitales e incrementar el ahorro (*ibid.*)

335 Se propuso que los tipos de cambio fueran determinados por las fuerzas del mercado en un contexto de competitividad. La idea de liberalización de los flujos de capitales internaciones, como objetivo prioritario para un país importador de capital, que tendría que retener el propio ahorro para la inversión nacional, fue poco aceptada. La propuesta tuvo la finalidad de fortalecer las exportaciones.

336 Otro aspecto fue la liberalización de las importaciones especialmente de factores de producción intermedios a precios competitivos, para así promover las exportaciones. La política de protección de las industrias nacionales frente a la competencia extranjera se interpretaba como creadora de distorsiones costosas que acababan penalizando las exportaciones y empobreciendo la economía nacional. Este ideal de libertad comercial estaba sujeto a dos requisitos. Primero, la protección sustancial de las industrias nacientes, aunque ésta deba ser estrictamente temporal y acompañada de un arancel general moderado como mecanismo para obedecer una tendencia hacia la diversificación de la base industrial, sin riesgos de importantes costes. Segundo, el establecimiento del calendario a seguir, pues no es aconsejable que una economía muy protegida se deshaga de toda su protección sin un periodo de transición (*ibid.*).

337 Se pensaba que la inversión extranjera podía aportar capital, tecnología y experiencia mediante la producción de bienes necesarios en el mercado nacional o contribuyendo a nuevas exportaciones (*ibid.*).

338 Se creía que la privatización podía ayudar a la reducción de la presión en el presupuesto del gobierno, tanto a corto plazo, gracias a los ingresos derivados de la venta de la empresa, como a largo plazo, puesto que el gobierno ya no tendría que financiar la inversión necesaria. Por otra parte, el fundamento de la idea de la privatización se basa en que la industria privada está gestionada más eficientemente que las empresas estatales. Esto se debe a que los directivos tienen un interés personal directo en los beneficios de la empresa, lo cual les incentiva a alcanzar la mayor eficiencia posible para maximizar sus beneficios propios. A pesar de que esta creencia fuera, durante mucho tiempo, una política de fe en Washington, la privatización solamente se enfatizó a partir de 1985, tras la proclamación del Plan Baker, es decir, cuando recibió el impulso oficial norteamericano con el apoyo del FMI y el BM para fomentar la privatización en el mundo y particularmente en América Latina (*ibid.*).

339 La desregulación también se consideró como un modo de fomentar la competencia, particularmente en América Latina, donde se hallaban las economías de mercado más reguladas del mundo, que estaban principalmente gestionadas por administradores mal pagados y fácilmente corruptibles. Los principales mecanismos de regulación fueron controlar los establecimientos de las nuevas compañías y de las inversiones, restringir la entrada de inversiones extranjeras y los flujos de transferencia de beneficio, controlar los precios, implantar barreras a la importación, asignar créditos de modo discriminatorio, instaurar elevados niveles de impuestos sobre la renta de las empresas, etc. (*ibid.*)

340 A finales de la década de los años 80, en América Latina, los derechos de propiedad eran muy inseguros, lo cual contrastaba con que estuvieran tan firmemente implantados en Estados Unidos (*ibid.*).

con oro y plata. En esta movilización no se utilizó la concepción del sindicalismo sino, por el contrario, se invocó la memoria de la organización ancestral, en especial, Jesús de Machaca invocó su defensa y su autodeterminación, en el marco de sus sistemas políticos propios basados en cabildos, en autoridades a la cabeza del *mallku* y la dualidad ancestral sustentada en las dos marcas: *marka awki* y *marka tayka* (Chuquimia, 2012).

Este escenario de reivindicación en base a la *reconstitución del* ayllu amplió su espectro, en tanto se adhirieron a estas luchas ayllus de La Paz, Oruro, Potosí, Chuquisaca y Cochabamba, aglutinados en el Consejo Nacional de Ayllus y Markas de Qullasuyu (CONAMAQ), así como los pueblos indígenas del oriente, a través de la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB).

En este punto, es importante señalar que CONAMAQ planteó un discurso alterno al de la CSUTCB. Un aspecto principal de discrepancia fue el referido a los partidos políticos y los sindicatos. En ese orden, estos mecanismos eran esenciales para la lucha política desde la visión de la CSUTCB, sin embargo, la CONAMAQ los consideraba formas modernas de organización ajenas a la comunidad y postuló, desde la descolonización, la reconstitución del ayllu (Schavelzon, 2012, pp. 103-105). Schavelzon señala que el conflicto de CONAMAQ con los campesinos tenía expresión especialmente en lugares donde el ayllu y las autoridades originarias rivalizaban con el sindicato, en una muy frecuente tensión entre campesinos y originarios (*ibid.*).

Lo cierto es que la reconstitución del ayllu, en muchos lugares, aprovechó la estructura del sindicato; sin embargo, en un contexto de interculturalidad, la CONAMAQ asumió los lineamientos del katarismo, especialmente aquellos plasmados en la tesis política de la CSUTCB, de junio de 1983, aprobada en su Segundo Congreso Nacional. Los elementos esenciales de aquella tesis, por su relevancia, fueron transcritos más arriba. Esta aparente contradicción y, en ciertos casos, complementariedad de visiones, generó que la Constitución de 2009 fusione, en uno solo el concepto, las nociones de «nación y pueblo indígena originario campesino», aspecto que será analizado, con mayor detenimiento, en el siguiente capítulo.

Por su parte, los pueblos de tierras bajas, frente a la cada vez mayor expansión de las políticas de mercado impuestas —y después del segundo encuentro en San Lorenzo de Mojos, convocado por la Central de Pueblos Indígenas de Beni (CPIB)— protagonizaron la gran marcha en defensa de su territorio, denominada Marcha por el Territorio y la Dignidad (conocida como Primera Marcha Indígena). Esta movilización partió el 15 de agosto de 1990 desde Beni y arribó a La Paz el 17 de septiembre del mismo año con más de mil personas, entre ellas mujeres, niños y adolescentes. Esta movilización tuvo una transcendencia fundamental en el curso de la historia boliviana, ya que fue el preámbulo para la consagración constitucional de la pluriculturalidad en la Constitución de 1994 y la antesala para la Asamblea Constituyente del año 2006[341].

[341] En esta marcha radican los orígenes del pedido de Asamblea Constituyente, el cual fue retomado posteriormente por organizaciones sociales de tierras bajas. En el contexto anotado, Schavelzon afirma que, en junio de 1990, una reunión de la CSUTCB con la CIDOB cerca del lago Titicaca elaboró una plataforma conocida como Declaración de Corquamaya que proponía la unificación de estas dos or-

Ésta gran marcha fue la herramienta de los *históricamente oprimidos* en el oriente boliviano para denunciar la situación de semiesclavitud en la zafra de castaña y los abusos cometidos por madereros y hacendados contra los indígenas de esa zona. Se denunció también el incumplimiento del Estado de protección a estos pueblos en reservas y parques nacionales[342].

A raíz de esta marcha, el gobierno de Paz Zamora se vio obligado a promulgar tres decretos supremos que reconocían cuatro territorios indígenas: Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS)[343]; Territorio Indígena Multiétnico Chimanes

ganizaciones en la Asamblea de Nacionalidades. Entre las labores principales de esta asamblea estaba «…la recuperación de identidades y del patrimonio indígena alienado, comenzando un proceso de autodeterminación a niveles económico, territorial, cultural e ideológico». Éste es un antecedente de la Asamblea Constituyente. Luego de esta reunión, se fijó otro encuentro para octubre de 1992 y se conformó un comité que incluía a CSUTCB, CIDOB, COB, las iglesias y Unitas (red de ONG de donde proviene el canciller Choquehuanca) para convocar a la Asamblea de Nacionalidades. Este comité definió, en agosto de 1991, un «proyecto» llamado «Campaña Quinto Centenario», lamentablemente dicha asamblea fracasó (*ibid.*, pp. 4 y 122).

342 Chuquimia (2012) resalta que en los casos del Bosque Chimán (área de reserva declarada en 1978) se suspendió este carácter en 1986 y se autorizó el ingreso de varias empresas madereras la cuales iniciaron actividades extractivas en 1988. Además, el Isiboro Sécure, reconocido como parque nacional en 1965, que tuvo que soportar desde 1980 el ingreso de colonizadores. Asimismo, este autor destaca el desarrollo de un proceso creciente de cacería, acicateado por la demanda internacional de cueros de fauna silvestre. Describe también que en Iviato (Loma Alta), se otorgaron dotaciones agrarias a, por lo menos, 11 estancias ganaderas, lo que casi provocó que los sirionó se levanten en armas en julio de 1989 contra el avasallamiento de los ganaderos, medida que fue suspendida por la oportuna intervención de una comisión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El autor cita también el caso del Bosque Chimán (área de reserva declarada en 1978) que fue suspendida en 1986, autorizando el ingreso de varias empresas madereras, que iniciaron actividades extractivas en 1988. El Isiboro Sécure, reconocido como Parque Nacional en 1965, que tuvo que soportar desde 1980 el ingreso de colonizadores, es otro caso emblemático (Schavelzon, 2012).

343 Mediante Decreto Supremo 22610 de 24 de septiembre de 1990, se reconoció al Parque Nacional Isiboro-Sécure como territorio indígena de los pueblos mojeño, yuracaré y chimán, quienes ancestralmente lo habitan, constituyendo el espacio socioeconómico necesario para su desarrollo, denominándose, a partir de esta, fecha Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro-Sécure. El art. 3 de este decreto establece que se respeta la condición del Parque Nacional Isiboro-Sécure, en calidad y límite establecidos por el Decreto Supremo 07401 y establece que la población indígena debe garantizar el cumplimiento de las normas necesarias para el manejo y conservación de un área protegida. El art. 5 señala: «Se homologa el Convenio de fecha 19 de enero de 1990 suscrito por representantes del ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios con la Central Obrera Boliviana (COB), Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB) y la Confederación de Colonizadores, en el cual se dispone fijar una 'línea roja' que evite nuevos asentamientos campesinos colonizadores en los Parques nacionales, en especial en el Parque Nacional Isiboro-Sécure, reconociéndose sus actuales asentamientos. Para la definición de ésta línea roja en el Territorio Indígena-Parque Nacional Isiboro-Sécure, debe participar, además de las instituciones mencionadas la Subcentral de Cabildos y Representantes indígenas de la Región…». Posteriormente, la Ley 180 de 24 de octubre de 2011, a través del art. 1.1 estableció: «Se declara al Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure-TIPNIS patrimonio sociocultural y natural, zona de preservación ecológica, reproducción histórica y hábitat de los pueblos indígenas chimán, yuracaré y mojeño-trinitario cuya protección y conservación son de interés primordial del Estado Plurinacional de Bolivia». El art. 1.III declaró zona intangible al TIPNIS; sin embargo, en plena vigencia del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador abrigado por la Constitución de 2009, la Ley 696 abroga la Ley 180 y, por ende, desconoce la declaratoria de intangibilidad de este territorio. En este marco, desde una supuesta visión de articulación e integración del TIPNIS, el art. 9 permite la realización de proyectos carreteros que mutilen este territo-

(TIMCH)[344], Territorio Indígena del Pueblo Sirionó en el Iviato y un área de 30 mil hectáreas en el monte San Pablo[345].

También en este gobierno, como consecuencia de la reivindicación territorial postulada en la gran marcha, otros territorios indígenas fueron reconocidos, entre ellos el Territorio Indígena del pueblo araona en la provincia Iturralde del departamento de La Paz[346]; el Territorio Indígena Pilón-Lajas, de propiedad de los pueblos mosetén y chimán, asentados en los departamentos de La Paz, Beni y las provincias Sud Yungas, Larecaja, Franz Tamayo y Ballivián[347]; el Territorio Indígena del pueblo yuqui[348]; el Territorio Indígena Chiquitano[349]; y el Territorio Indígena Weenhayek (mataco) del Gran Chaco[350].

Después de la Primera Marcha Indígena, también los pueblos de tierras altas protagonizaron otras, entre ellas la marcha denominada Por el Territorio, el Desarrollo y la Participación Política de los Pueblos Indígenas que se realizó en 1996; también en el año 2000 se llevó a cabo la marcha denominada Por Tierra, Territorio y Recursos Naturales. En 2002 se llevó a cabo la macha Por la Soberanía Popular, el Territorio y los Recursos Naturales, en la que convergieron los pueblos de tierras bajas y tierras altas. En este marco, según Schavelzon, en esta oportunidad se expresó la solidaridad aymara plurinacional cuando la CONAMAQ fue al encuentro de pueblos organizados en la CIDOB que una vez más marchaban desde tierras bajas (Schavelzon, 2012, pp. 2-5 y 122).

De este encuentro surgió el Pacto de Unidad que preparó las propuestas para la Asamblea Constituyente inaugurada el año 2006 (*ibid.*). Posteriormente, en 1994 y

---

rio. Esta ley fue denunciada de inconstitucionalidad a través de tres acciones de inconstitucionalidad abstracta. El TCP, luego de acumular dichas acciones, el 12 de septiembre de 2018 emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional 0035/2018, la cual declaró la improcedencia de las acciones por «supuestas» deficiencias de argumentación jurídica. Éste es un claro ejemplo de decisiones constitucionales absolutamente contrarias al modelo constitucional vigente, máxime cuando la improcedencia por temas argumentativos se observa en fase de admisibilidad y no puede ser utilizada en etapa de decisión por el pleno del TCP. Este tipo de sentencias son las que evidencian la importancia del presente trabajo de tesis por la gran relevancia que adquiere la vigencia de un modelo polifónico de justicia constitucional que impida la emisión de decisiones constitucionales arbitrarias como la ahora descrita.

344 El Decreto Supremo 22611 de 24 de septiembre de 1990, en su artículo primero declaró a la región de Chimanes como Área Indígena y declaró que éste constituye el espacio socioeconómico para la sobrevivencia y desarrollo de las comunidades y asentamientos indígenas chimanes, mojeños, yuracarés y movimas que lo habitan

345 Mediante Decreto Supremo 22609 de 24 de septiembre de 1990, se reconoció como Territorio Indígena del Pueblo Sirionó, el área tradicionalmente ocupada y delimitada por los 36 mojones naturales, conocidos ancestralmente y situados en El Iviato, cantón San Javier, provincia Cercado del departamento de Beni. El artículo segundo reconoció también como Territorio Indígena del pueblo sirionó un área de 30 mil hectáreas en el denominado Monte San Pablo, contiguo a El Iviato. El art. 5 de este decreto supremo declara la indivisibilidad, intransferibilidad e imprescriptibilidad de estos territorios.

346 Este territorio fue reconocido a través del Decreto Supremo 23108 de 9 de abril de 1002.

347 Este territorio fue reconocido por el DS 23110 de 9 de abril de 1992.

348 Este territorio fue reconocido por el DS 23111 de 9 de abril de 1992.

349 Este territorio fue reconocido por el DS 23112 de 10 de abril de 1992.

350 Este territorio fue reconocido por el DS 23500 de 19 de mayo de 1992, se reconoció el territorio indígena Weenhayek en el Gran Chaco boliviano, territorio que, por prescripción de su artículo cuarto, es inalienable e imprescriptible, indivisible e inembargable.

1995 se organizaron otras dos grandes marchas en defensa de la hoja de coca y de las condiciones de vida; también en 1996 y 2000 se realizaron otras marchas reclamando derechos a la territorialidad y al reconocimiento cultural y político de los pueblos indígenas (Chihuailaf, 2008).

En el contexto internacional, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado el 27 de junio de 1989 en la 76ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, que se llevó a cabo en Ginebra. Este instrumento internacional abrió el sendero en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del *corpus iure internacional sobre pueblos indígenas*[351]. Uno de los elementos que debe resaltarse es la denominación de *pueblos indígenas*, aspecto de gran relevancia para la titularidad colectiva de derechos que, además, desde esta perspectiva, obliga al reconocimiento estatal *reforzado* por las condiciones históricas y culturales de estos colectivos. Otro elemento esencial es el concepto de la autoidentificación, consagrado en el artículo 1.2 de este instrumento, lo que supone un avance progresivo para un eficaz reconocimiento de estos pueblos. Otro aspecto esencial son las cláusula de igualdad y prohibición de discriminación contenidas en los arts. 3 y 2.b de este instrumento[352].

Además, desde el horizonte de la pluriculturalidad y del pluralismo jurídico, el citado Convenio, en su art. 8.1, consagra la obligación de los Estados a considerar las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional. Por su parte, en el art. 8.2 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional o con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Otro aspecto relevante, de acuerdo al objeto de este trabajo de investigación, es la declaración que se evidencia en el quinto párrafo del preámbulo: «Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven». Este postulado evidencia la superación del enfoque *asimilacionista* que tuvo el Convenio 107 de la OIT y que coin-

[351] El Convenio 107 de la OIT fue adoptado el 26 de junio de 1957 y versó sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales (*sic*) en los países indipendientes. Fue ratificado por Bolivia el 12 de enero de 1965. En 1986 una Comisión de Expertos fue convocada por el Consejo de Administración de la OIT, la cual, al referirse al Convenio 107 de la OIT, concluyó afirmando que «el enfoque integracionista del Convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno», este criterio fue relevante para la adopción del Convenio 169 de la OIT en junio de 1989 (Huaco Palomino, 2005, pp. 23-24).

[352] Xavier Albó (2005, pp. 37-38) reconoce dos grandes vertientes en los derechos indígenas: el derecho a ser iguales, expresado en el art. 3 del Convenio 169 de la OIT, al determinar que «los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación», y el derecho a ser iguales pero diferentes, expresado en el art. 2b) del Convenio 169 de la OIT al indicar que los gobiernos deben asumir una acción coordinada y sistemática con medidas que «promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones».

cidió con las políticas latinoamericanas adoptadas en los años cincuenta por los Estados en relación al «problema indígena» [353].

Este cambio de paradigma fue determinante para la vigencia de la etapa del pluriculturalismo consagrado por la Constitución boliviana de 1994. En este contexto, la histórica marcha por el Territorio y la dignidad fue el motor esencial para que el Estado boliviano, mediante Ley N.° 1257 de 11 de julio de 1991 ratifique este instrumento internacional de protección a pueblos indígenas.

Las reivindicaciones de los *históricamente oprimidos* y la ratificación del Convenio 169 de la OIT fueron factores determinantes para la era del *constitucionalismo pluricultural boliviano* consagrado por la Constitución de 1994, que fue aprobada durante el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada [354].

La Constitución de 1994 fue promulgada el 12 de agosto de 1994 y su aprobación se realizó en medio de la alianza entre el MNR y el MRTKL que hizo posible que Víctor Hugo Cárdenas, de tendencia katarista, tal cual ya se anotó, fuera vicepresidente de la República durante el periodo 1993-1997, aunque, en la realidad, la mayoría del campesinado andino fue excluido de las estructuras de poder. De hecho, la única cuota katarista fue la Subsecretaría de Asuntos Étnicos, de Género y Generacionales del ministerio de Desarrollo Humano que se ocupó, casi exclusivamente, de los pueblos indígenas del oriente y de algunos pueblos muy específicos del occidente, como es el caso de los uru-chipayas (Rivera Cusicanqui, 1984, p. 62).

A pesar de esta mínima participación política, es importante resaltar que el carácter pluricultural del Estado se advierte en el contenido del artículo primero, el cual estableció lo siguiente: «Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos». En conexión con esta disposición constitucional el artículo 171.1 estableció lo siguiente:

---

353 De manera resumida, entre los aspectos más importantes contenidos en el Convenio 169 de la OIT destacan: el respeto a las culturas diversas; formas de vida e instituciones de los pueblos indígenas; consulta y participación efectiva de los pueblos en las decisiones que les afectan; medidas para garantizar la igualdad; goce en pie de igualdad de los derechos; plena efectividad de derechos sociales, económicos y culturales; eliminación de las diferencias socioeconómicas; servicios de salud adecuados; educación a todos los niveles que responda a sus necesidades, conocimientos, valores, etc.; creación de sus propias instituciones y medios de educación; enseñanza en su propia lengua y la posibilidad de dominar la lengua oficial; preservación de las lenguas indígenas; extensión de los regímenes de seguridad social-adopción de instrumentos jurídicos que protejan y permitan hacer efectivos sus derechos; medidas especiales para garantizar a los trabajadores indígenas una protección eficaz; medidas que eviten su discriminación. Además, entre los derechos específicos destaca el derecho a que se consideren sus costumbres y características cuando se les aplique el derecho nacional (art. 8). También, en cuestiones penales (art. 9.2) y 10), el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8), derecho a los recursos naturales existentes en sus territorios (art. 15), derecho a decidir las prioridades de desarrollo (art. 7), derecho a la tierra y territorio; derecho a la consulta previa.

354 Tal como se desarrolló en el capítulo anterior, el horizonte del pluriculturalismo germinó en Latinoamérica entre otras en las constituciones de Colombia (1991), del Perú (1993), del Ecuador (1998) y de Venezuela (1999).

> Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones[355].

De la misma forma, desde este horizonte pluricultural, el artículo 171.2 estableció: «El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos». Esta disposición marca un avance importante para la titularidad de derechos y su ejercicio por parte de los pueblos indígenas, sin embargo, el reconocimiento de su existencia está condicionado a las autorizaciones administrativas para la personería jurídica emergentes de las estructuras monoculturales del Estado y no así a criterios como la autoidentificación contenidos en el Convenio 169 de la OIT[356].

Por su parte, el artículo 171.3 reza:

> Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes…[357].

Del tenor de esta disposición se evidencia que el pluriculturalismo postulado por la Constitución de 1994 generó un tipo de pluralismo jurídico, pero no de tipo igualitario, sino subordinado a la ley en el marco del *positivismo jurídico* recalcitrante que imperó en ese momento y que aún pervive en la cultura jurídica boliviana.

Además, esta subordinación a la ley se alejó del mandato establecido en el Convenio 169 de la OIT que estableció como único límite el respeto a derechos consagrados en la

---

355 En el marco de los alcances del art. 171.1 de la Constitución, durante la presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada se promulgó la Ley 1715 de 18 de octubre de 1996, la cual estableció la estructura orgánica y atribuciones del Servicio Nacional de Reforma Agraria (SNRA); el régimen de distribución de tierras; las garantías de derecho propietario sobre la tierra; la regulación del saneamiento de la propiedad agraria y la creación de instancias administrativas y judiciales para la aplicación de dicha ley. Además, esta ley, entre las formas de propiedad reconoce las siguientes en su art. 2: el solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunitaria y las tierras comunitarias de origen.

356 Un ejemplo que sustenta esta afirmación son los artículos 357 y 396.II del Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007. En particular, el artículo 357.a del referido decreto establece que las solicitudes de dotación de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) serán presentadas por escrito, acompañando la personalidad jurídica del peticionante, la cual debía ser concedida por el Estado. Esta disposición es contraria al art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, el cual consagra el criterio de *autoidentificación* para el ejercicio de derechos de pueblos indígenas. Estas limitaciones evidencian que el Estado boliviano, a pesar de la visión constitucional pluricultural, todavía conservó visiones estatalistas, monoculturales y contrarias al pluralismo. Esta disposición legal, ya en la etapa del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, fue declarada inconstitucional a través de la SCP 0006/2016 de 14 de enero, la cual, por su importancia, será abordada en el siguiente capítulo.

357 Xavier Albó señala que el art. 171 de la Constitución de 2009, en la visión de la Constitución abrogada se limitó a mencionar el derecho de los campesinos a formar sindicatos (Albó, 2012).

Constitución y en instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[358].

En base a lo anotado, lo cierto es que, a pesar del reconocimiento de la pluriculturalidad y la diversidad cultural en el texto constitucional, Bolivia, tal como afirma Tapia, siguió constituida en base a un conjunto monocultural de instituciones políticas de gobierno (Tapia, 2006, p. 48), lo que impidió una real vigencia de este esperanzador horizonte pluricultural.

La afirmación realizada es más evidente aún porque la temática indígena y los derechos generados para los pueblos indígenas desde una perspectiva colectiva no estuvieron consagrados en la parte dogmática de la Constitución, sino en un régimen especial en la última parte del texto constitucional (Título Tercero, Régimen Agrario y Campesino, de la Parte Tercera, Regímenes Especiales). Esta inclusión en la última parte de la Constitución, incluso después de la parte orgánica, evidenció que los derechos indígenas, como el ejercicio de sus sistemas jurídicos o el derecho a la territorialidad, no tenían una aplicación directa y su vigencia estaba subordinada a una ley, que en el caso de la jurisdicción indígena era la de coordinación, la cual al no haberse emitido —precisamente por la monoculturalidad imperante en los órganos del Estado— mutiló el proyecto pluricultural consagrado en el artículo primero de la Constitución de 1994.

A pesar de los obstáculos a la pluriculturalidad, existieron algunos avances importantes, por lo menos desde el reconocimiento normativo, entre ellos la Ley de Participación Popular N.° 1551 de 20 de abril de 1994, la cual, tal como reza su artículo primero, tuvo la finalidad de reconocer, promover y consolidar el proceso de participación popular articulando a las comunidades indígenas, campesinas y urbanas en la vida jurídica, política y económica del país. Además, esta normativa, según su primera disposición, tuvo la finalidad de mejorar la calidad de vida de la mujer y el hombre boliviano, con una más justa distribución y mejor administración de los recursos públicos.

Esta normativa no se redujo a un modelo municipalista orientado a disminuir la separación entre el Estado y la sociedad civil, tal como afirman algunos autores bolivianos (Arandia Ledezma, 2002), sino que se consagró como una norma de equidad desde la interculturalidad para la gestión pública que debía diseñar políticas públicas y cumplir los fines estatales desde la participación de los actores sociales desde los municipios rurales y citadinos.

Desde esta lógica de equidad, a partir de la interculturalidad y la participación de actores sociales desde los municipios rurales y citadinos, es importante resaltar que una de las herramientas más importantes introducidas por la Ley de Participación Popular fue la figura de las Organizaciones Territoriales de Base (OTB), tanto urbanas como rurales, que fueron formas de organización popular con personalidad jurídica propia cuya finalidad

[358] La última parte de este artículo, además, condicionó la aplicación de la justicia indígena a la emisión de una ley que debía compatibilizar las funciones de las «autoridades naturales» con las de los poderes del Estado, norma que no fue promulgada, lo que estancó profundamente el ejercicio de las atribuciones constitucionalmente consagradas a la jurisdicción indígena.

era generar relaciones intergubernamentales desde la base y no así desde la centralidad del poder público.

Al respecto, el artículo 3.I de la citada ley señalaba que «se define como sujetos de la Participación Popular a las Organizaciones Territoriales de Base, expresadas en las comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus usos, costumbres o disposiciones estatutarias». A partir de esta visión, el artículo 3.II de la referida ley estableció que «se reconoce como representantes de las Organizaciones Territoriales de Base a los hombres y mujeres, Capitanes, Jilacatas, Curacas, Mallcus, Secretarios(as) Generales y otros(as), designados(as) según sus usos, costumbres y disposiciones estatutarias».

Estas OTB, con personalidad jurídica, tenían derecho a proponer, pedir, controlar y supervisar la realización de obras y la prestación de servicios públicos de acuerdo a las necesidades comunitarias, en materia de educación social, salud, deporte, saneamiento básico, microrriego, caminos vecinales y desarrollo urbano rural. Además, tenían atribuciones para participar y promover acciones relacionadas a la gestión y preservación del medio ambiente, el equilibrio ecológico y el desarrollo sostenible. De la misma forma, estaban facultados para representar y obtener la modificación de acciones, decisiones, obras o servicios brindados por los órganos públicos, cuando éstos eran contrarios al interés comunitario. Podían también proponer el cambio o la ratificación de autoridades educativas y de salud dentro de su territorio; y, tenían derecho a acceder a la información sobre los recursos destinados a la Participación Popular[359].

Asimismo, con la finalidad de articular a las OTB con cada uno de los Gobiernos Municipales en el ejercicio de los derechos y obligaciones consagrados en la referida Ley de Participación Popular, se conformaron los Comités de Vigilancia que estaban constituidos por una o un representante de cada cantón o distrito de la jurisdicción elegida o elegido por la OTB respectiva. Entre sus principales atribuciones estaban las de vigilar que los recursos municipales de la participación popular sean invertidos en la población urbana y rural, de manera equitativa; además debían controlar el destino de recursos públicos, los cuales no podían destinarse, en más del 10%, a los gastos corrientes de los gobiernos municipales. Estos comités podían también pronunciarse sobre el presupuesto de los recursos de participación popular y la rendición de cuentas de gastos e inversiones efectuada por los gobiernos municipales.

Asimismo, desde un enfoque de interculturalidad en la gestión pública la Ley de Participación Popular reguló las figuras de los *agentes municipales cantonales y de los subalcaldes*, los cuales debían ser miembros de la comunidad y residentes del lugar, electos por voto popular y directo que, entre otras atribuciones, debían apoyar a las OTB del cantón, rurales y urbanas, en el ejercicio de los derechos y deberes establecidos en esta ley.

[359] La Ley de Participación Popular, en su art. 4.I, reconoció a las OTB como representación de la población urbana o rural de un determinado territorio, otorgándoles personalidad jurídica, a partir de lo cual eran titulares de derechos y obligaciones.

La citada normativa fue complementada por la Ley de Descentralización Administrativa N.° 1654 de 28 de julio de 1995 la cual, desde la perspectiva de Barrios, fue una de las reformas estatales más importantes (Barrios, 2001), ya que, al delegar competencias de índole técnico-administrativo no privativas del Estado Central a las prefecturas, consideró criterios territoriales en la redistribución del poder y aseguró la asignación presupuestaria a áreas olvidadas por el recalcitrante centralismo estatal (Arandia Ledezma, 2002) [360].

Otra normativa enmarcada en el horizonte pluralista consagrado por el artículo primero de la Constitución de 1994 fue la Ley de Reforma Educativa que postuló una educación intercultural y bilingüe en un contexto de heterogeneidad sociocultural. Asimismo, esta ley promovió una educación con enfoque preferencial para mujeres y grupos de atención prioritaria [361].

Otra norma que también consideró lineamientos pluralistas fue el Código de Procedimiento Penal, aprobado mediante Ley N.° 1970 de 25 de marzo de 1999, que en su art. 28 reconoció la justicia comunitaria al señalar:

> Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado [362].

---

360 En este marco normativo complementario a la Ley de Participación Popular, es importante también citar la Ley del Diálogo Nacional del año 2000, que viabilizó la transferencia de recursos extraordinarios del alivio de la deuda (HIPC, por sus siglas en inglés) y los provenientes de la cooperación internacional a través de la Política Nacional de Compensación a los Gobiernos Municipales.

361 En Bolivia, ésta fue la tercera reforma educativa. Las dos primeras fueron la de los liberales a principios del siglo XX y la que se inicia con el Código de la Educación Boliviana de 1955, luego de la Revolución Nacional. Según Manuel Contreras, la Reforma Educativa de 1994 implicó cambios profundos en todas las áreas de la educación primaria: reorganizó el sistema educativo, planteó una educación intercultural y bilingüe, puso el énfasis sobre el/la alumno/a y el aprendizaje, y buscó reformar la formación de maestros (Contreras, 1998, pp. 55-76). Esta reforma fue modificada por Ley 070 de la Educación Aveliño Siñani-Elizardo Pérez, de 20 de diciembre de 2010.

362 A pesar del contenido del art. 28 del Código de Procedimiento Penal, la práctica jurídica inmersa en una cultura basada en el positivismo jurídico y la superioridad de la justicia ordinaria anularon, casi en su totalidad, la aplicación de esta disposición que respondía al modelo pluricultural consagrado por la Constitución. Entre otros avances normativos, puede citarse también la Ley de Hidrocarburos N.° 3058 de 17 de mayo de 2005. Esta ley, en su art. 115, reconoció la consulta previa, de acuerdo al siguiente tenor: «En concordancia con los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, la consulta se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del gobierno boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las Comunidades y los Pueblos Indígenas y Originarios. La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas…». En este marco, mediante Decreto Supremo 29033, se reglamentó la consulta y participación para actividades hidrocarburíferas. Por su parte, la Ley de Medio Ambiente N.° 1333 de 27 de marzo de 1992, estableció en el art. 78 lo siguiente: «El Estado creará los mecanismos y procedimientos necesarios para garantizar: 1. La participación de comunidades tradicionales y pueblos indígenas en los procesos del desarrollo sostenible y uso

Sin embargo, esta disposición no fue aplicada. Primero, porque tal como ya se señaló, no se emitió una ley de coordinación que viabilice el ejercicio de las competencias de la jurisdicción indígena. También, debido a la vigencia de una cultura jurídica monocultural y exclusivamente positivista que se puede ilustrar recurriendo a la metáfora de la venda de la diosa Themis.

Por otra parte, es importante resaltar también que lo paradójico del constitucionalismo pluricultural y de los avances normativos anotados es el surgimiento paralelo de políticas de economía liberal que, en el caso boliviano, se manifestaron primero en los procesos de privatización iniciados durante el gobierno de Jaime Paz y, luego, con el proceso de *capitalización* ejecutado en el segundo periodo gubernamental de Gonzalo Sánchez de Lozada [363].

La *capitalización* fue un proceso esencialmente económico que se plasmó en una forma compleja de privatización y que en el marco del proyecto denominado Plan de Todos contempló la transferencia a privados del 49% de acciones estatales de empresas públicas estratégicas; sin embargo, en la realidad, los inversores privados, especialmente transnacionales, calificaron a la propuesta como poco atractiva, por lo que el art. 4 de la Ley de Capitalización N.° 1544 de 21 de marzo de 1994, autorizó la transferencia del 50% de acciones de las empresas públicas al sector privado [364].

---

racional de los recursos naturales renovables, considerando sus particularidades sociales, económicas y culturales, en el medio donde desenvuelven sus actividades; 2. El rescate, difusión y utilización de los conocimientos sobre uso y manejo de recursos naturales con la participación directa de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas».

363 La capitalización tiene un primer antecedente en los procesos de privatización realizados en Bolivia en la década de los noventa. Los lineamentos de la privatización emanaron del PNUD, USAID y el Banco Mundial. En 1992 se inició el proceso de transferencia de la propiedad de algunas empresas estatales y, formalmente, a partir de la promulgación de la Ley de Privatización de 24 de abril de 1992 que en su artículo primero estableció: «Se autoriza a las instituciones, entidades y empresas del sector público enajenar los activos bienes, valores, acciones y derechos de su propiedad y transferirlos a personas naturales y colectivas nacionales o extranjeras, o aportar los mismos a la constitución de nuevas sociedades anónimas mixtas. Las empresas privatizadas en el periodo 1992-1994 fueron algunas de las fábricas y los hoteles que el Estado poseía a través de las prefecturas y de las corporaciones regionales de desarrollo, habiendo transferido la totalidad de la propiedad de dichas empresas al sector privado, algunas a empresarios privados nacionales o extranjeros y otras a los mismos trabajadores. En total, en el periodo de 1992 a 1997 se transfirieron 37 empresas por un monto de $us 76.481.025.45. Luego de 1994, este modelo fue aplicado de manera paralela al de la capitalización (Quintana, 2008).

364 El restante 50% de las acciones fue transferido al pueblo boliviano de acuerdo al art. 6 de la Ley de Capitalización que señaló: «Autorízase al Poder Ejecutivo a transferir a título gratuito, en beneficio de los ciudadanos bolivianos residentes en el país y que al 31 de diciembre de 1995 hubiesen alcanzado la mayoría de edad, las acciones de propiedad del Estado en las sociedades de economía mixta que hubiesen sido capitalizadas del modo establecido en el art. cuatro de esta Ley». Existe una interdependencia entre la referida disposición y el art. 3 de la Ley de Pensiones N.° 1732 de 29 de noviembre de 1996, que al referirse al destino de los recursos de la capitalización decía: «Los recursos provenientes de las acciones de propiedad del Estado en las empresas capitalizadas, transferidas en beneficio de los ciudadanos bolivianos especificados en el artículo 6 de la Ley de Capitalización, serán destinados al pago de una anualidad vitalicia denominada Bono Solidario BONOSOL, y al pago de gastos funerarios, de conformidad a la presente Ley. Además del BONOSOL, la Ley de Pensiones creó otro beneficio que sería financiado con los recursos provenientes de la capitalización: Los gastos funerarios consistentes en el pago por una sola vez, a favor de la persona que acredita haber efectuado los gastos funerarios del

La reforma antes descrita, en el contexto de estructuras monoculturales, modificó sustancialmente el rol del Estado con la finalidad de sustituir el modelo de economía estatalista implementado desde el andamiaje del constitucionalismo social. Así, desde el enfoque de la *capitalización*, el Estado tenía un rol normativo en el marco de un sistema regulatorio encomendado a entidades autárquicas denominadas *superintendencias* que tenían los roles de velar por el eficaz cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria emitida por el Estado en las áreas de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes y aguas[365]. En esta línea, el sistema regulatorio fue una de las medias concurrentes y neurálgicas del proceso de transferencia del 50% de acciones.

El Sistema de Regulación Sectorial fue concebido como un árbitro independiente con la misión esencial de garantizar un trato justo a los productores y consumidores en el ámbito de las leyes liberales de una economía de mercado.

Entre sus funciones más importantes se encontraba las de asegurar justos precios y tarifas en la prestación de servicios y atención a consumidores. El modelo, por las significativas contradicciones con una sociedad diversa y con profundas desigualdades entró en una severa crisis, ya que las reglas de una economía de mercado dejaban en una desventaja aún mayor a los sectores de la población que se encontraban en mayor vulnerabilidad, razón por la cual se produjo un creciente descontento popular que confluyó en dos conflictos que cambiaron el rumbo de la historia boliviana y del modelo de Estado: las denominadas Guerra del agua (2000) y Guerra del gas (2003), las cuales, desde las voces de los *históricamente oprimidos*, cuestionaron profundamente las reglas de la economía de mercado y propiciaron el inminente cambio de modelo de Estado.

El año 2000 se desencadenó la llamada Guerra del agua en Cochabamba, ciudad en la cual funcionaba el consorcio Aguas del Tunari, filial de la multinacional estadounidense Bechtel. Esta empresa prohibió la recuperación del agua de las lluvias e incrementó las tarifas del 35% al 300% en algunos casos lo que generó una revuelta popular de gran magnitud (Chihuailaf, 2008).

El conflicto concluyó con la expulsión de esta empresa y la creación de la Coordinadora de Defensa del Agua y la Vida. Además, desde el campo de las reivindicaciones populares, se inició el proceso de transformación del modelo de Estado con miras a la

afiliado, de una suma de dinero en mantenimiento de valor respecto al dólar estadounidense» (*ibid.*). Es importante precisar que la Ley de Pensiones fue abrogada por la Ley N.° 065 de 10 de diciembre de 2010, la cual implementó el Sistema Integral de Pensiones y reguló las prestaciones y beneficios que se otorgan a las personas en el marco del nuevo modelo de Estado. De acuerdo a esta normativa, el Sistema Integral de Pensiones está compuesto por: a) El Régimen Contributivo que contempla la Prestación de Vejez, Prestación de Invalidez, las Pensiones por Muerte derivadas de éstas y Gastos Funerarios; b) El Régimen Semicontributivo, que contempla la Prestación Solidaria de Vejez, Pensión por Muerte derivada de éstas y Gastos Funerarios; c) El Régimen No Contributivo, que contempla la Renta Dignidad y Gastos Funerales.

[365] El Sistema de Regulación Sectorial fue creado por Ley 1600 de 28 de octubre de 1994, con roles de regulación, control y supervisión de las actividades en los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que sean incorporados al sistema.

sustitución de las reglas de la economía de mercado para la vigencia plena de derechos especialmente de sectores de atención prioritaria.

En la ciudad de El Alto la movilización popular contra las políticas de economía de mercado en cuanto al gas, generaron la denominada Guerra del gas, que, luego de la pérdida de 79 vidas y varios heridos, concluyó con la caída del entonces presidente Gonzalo Sánchez de Lozada.

Este levantamiento popular, que recibió el nombre de «octubre negro» por parte de los medios de comunicación, concluyó con la nacionalización del gas y la convocatoria a una Asamblea Constituyente, la cual tenía el respaldo constitucional de la reforma parcial a la Constitución realizada el año 2004 durante la presidencia de Carlos Mesa. En efecto, desde el punto de vista del constitucionalismo democrático, es relevante señalar que la reforma constitucional de 2004 consagró dos grandes herramientas: el referéndum —que, en relación a la temática del gas, fue utilizado por primera vez en Bolivia en julio de 2004— y el proceso constituyente, que viabilizó la reforma total a la Constitución a través de la Asamblea Constituyente iniciada en agosto de 2006[366].

12.- Conclusiones

La evolución del constitucionalismo boliviano, incluso hasta el constitucionalismo pluricultural, desconoció las voces de los *históricamente oprimidos*, cuyas raíces culturales diversas se remontan a un periodo anterior al imperio incaico.

La República de Bolivia, fundada en 1825, amparó sus estructuras políticas y jurídicas en un constitucionalismo monocultural, basado en un sistema liberal de protección exclusiva de los criollos varones, propietarios y letrados, que fue reforzado por un sistema legal positivista, cuya construcción respondió a los criterios de objetividad, razón del hombre y ley como única fuente de juridicidad, en el marco de una cultura que, ya desde la era colonial, invisibilizó al otro y continuó con la doctrina de la dominación epistémica.

Las voces de los históricamente oprimidos, es decir, de los pueblos indígenas, respondieron de diversas formas a la monoculturalidad y la opresión del sistema que, en particular, afectaba sus derechos a la territorialidad, a la identidad cultural y al ejercicio de sus propios sistemas políticos y jurídicos. Las respuestas reivindicativas se remontan al periodo colonial, a la república y, sin ir más lejos, a las postrimerías del siglo xx. Así, por ejemplo, surgen los caciques apoderados que fueron un motor impulsor para el advenimiento del constitucionalismo social boliviano, aunque claro, la historia oficial nunca reconoció su destacada labor en aras de la progresividad de los derechos.

La Constitución de 1938 marcó un hito fundacional en el denominado constitucionalismo social boliviano. Sin embargo, este cambio de modelo omitió considerar la

[366] También a través de esta reforma se suprimió el monopolio de los partidos políticos y se incorporó a las agrupaciones ciudadanas y pueblos indígenas con aptitud para postular candidatos al Órgano Legislativo. También se limita la inmunidad parlamentaria solamente para el ámbito penal (Schavelzon, 2012, p. 127).

voz directa de los históricamente oprimidos, por lo que sus lineamientos aparentemente protectivos nunca tuvieron una real materialización en el área rural.

El Congreso Indigenal de 1945 fue un verdadero debate constituyente por los pueblos indígenas y para los pueblos indígenas. Sin embargo, la historia constitucional boliviana omite mencionarlo, precisamente porque el constitucionalismo boliviano permaneció ciego frente a las demandas de quienes habían estado históricamente oprimidos.

A pesar de su gran importancia en los cambios estructurales del modelo de Estado, las huelgas de brazos caídos y los movimientos posteriores a la caída del presidente Gualberto Villarroel, en 1946, tampoco fueron considerados por la historia oficial del constitucionalismo boliviano.

La Revolución Nacional de 1952, narrada desde los alcances del constitucionalismo social, relega el rol protagónico a los pueblos indígenas y centra la mirada en los obreros y en reivindicaciones citadinas, a pesar de que los movimientos indígenas fueron un pilar esencial para este paradigma revolucionario.

El constitucionalismo boliviano, por otra parte, omitió también considerar los aportes del movimiento katarista a partir de los años setenta, en sus varias facetas y aunque una de las líneas del mismo marcó la impronta del artículo primero de la Constitución de 2004. Lo cierto es que la pluriculturalidad, en Bolivia, fue una promesa constitucional mutilada por un Estado monocultural, en el contexto de una economía de mercado que impulsó importantes reformas como la capitalización.

Por lo señalado, el constitucionalismo boliviano no reparó en las luchas indígenas, las huelgas de brazos caídos, las reivindicaciones de los caciques apoderados, las sucesivas marchas indígenas iniciadas en tierras bajas y toda la historia de reivindicaciones para la vigencia de derechos a la territorialidad, a la identidad cultural y al ejercicio de sistemas propios políticos y jurídicos.

La venda del constitucionalismo boliviano, que intentó develarse en este capítulo, es esencial para entender la voz de los históricamente oprimidos en el proceso constituyente boliviano iniciado en 2006. Aunque, tal como se verá, a pesar de la vigencia de un constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador el TCP no estuvo ni está dispuesto a escuchar la voz de todos.

CAPÍTULO IV: LOS RASGOS ESENCIALES DEL MODELO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO DESDE EL CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL COMUNITARIO Y DESCOLONIZANTE

1.- Resumen

Las luchas y reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas retratadas en el capítulo anterior abrieron la senda para el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador consagrado por la Constitución democrática de 2009. En este contexto, sin duda, para el diseño del actual modelo constitucional y la construcción del paradigma del Vivir Bien enmarcado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, fue determinante la participación política activa de los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente iniciada el 2006, aunque, tal como se verá más adelante, su voz fue nuevamente silenciada a través de sesgos interpretativos contrarios al modelo constitucional que se expone en este capítulo.

De acuerdo al paradigma del Vivir Bien, los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, en un diálogo armónico con los avances del derecho internacional de los derechos humanos, plantean un modelo de Estado plurinacional, con rasgos esenciales como la vigencia de una justicia plural que consagre la igualdad jerárquica de la jurisdicción indígena con las demás jurisdicciones, un sistema plural de fuentes jurídicas; y, un escenario de interculturalidad y complementariedad que propicie a través de métodos dialógicos la polifonía de los históricamente oprimidos para la construcción plural de derechos de acuerdo a pautas interculturales de derechos que generen procesos de traducción y entendimiento con los avances del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta *otra* materialidad de la Constitución democrática boliviana de 2009 será abordada en este capítulo, el cual tiene por finalidad describir los rasgos más importantes del modelo

constitucional boliviano y del *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador*, en cuyo epicentro se encuentra la protección eficaz de derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos.

La descripción del modelo constitucional vigente a partir de la Constitución democrática de 2009 y del *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador*, desde el punto de vista argumentativo, será esencial para abordar los siguientes capítulos y para un análisis dinámico y crítico de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP).

2.- El proceso constituyente plural y el modelo constitucional emancipatorio a partir de las reivindicaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

En el capítulo anterior se relató la lucha de los pueblos indígenas por la reivindicación de sus derechos, sistemáticamente negados, desconocidos y desprotegidos por un Estado monocultural, excluyente y discriminador. Este modelo fue profundamente cuestionado durante el proceso constituyente boliviano, en aras de la consolidación de un *constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador*, con horizontes emancipatorios para los históricamente oprimidos.

Tal como se expuso en el capítulo anterior, el *pluriculturalismo* postulado por la Constitución de 1994 no generó un impacto real en el reconocimiento de la diversidad cultural, así como tampoco eficacia de derechos colectivos. Es así que, ya desde la histórica marcha denominada «Por el territorio y la dignidad»[367], se enarboló la idea de un proceso constituyente que diseñe un nuevo modelo de Estado en el cual se respeten los derechos especialmente de los pueblos indígenas.

La Guerra del agua del año 2000 en Cochabamba, las luchas de «octubre negro» registradas en 2003 que postularon la idea de nacionalización del gas, entre otros escenarios de reivindicación social, cimentaron la última parte del camino para un proceso constituyente, ruta que jurídicamente fue viabilizada durante el gobierno de Carlos Mesa, a través de dos mecanismos democráticos esenciales: el *referéndum* realizado por primera vez en julio de 2004 en relación a la temática del gas y la incorporación de la Asamblea Constituyente como mecanismo democrático de reforma total de la Constitución[368].

En septiembre de 2004, en la ciudad de Santa Cruz, seis organizaciones firmaron el histórico Pacto de Unidad que moldeó los lineamientos ideológicos que sustentaron el proceso constituyente boliviano y la Constitución de 2009 (Schavelzon, 2012, p. 127). Estos fundamentos ideológicos se encuentran expresados en el documento aprobado

[367] Esta marcha histórica fue abordada en el capítulo anterior.

[368] En Bolivia, el primer referéndum en materia hidrocarburífera se realizó el 18 de julio de 2004. Luego de la guerra del gas y después del derrocamiento de Gonzalo Sánchez de Lozada, en un escenario político difícil para el entonces presidente Carlos Mesa, al día siguiente de su posesión, éste se comprometió ante los movimientos sociales a llamar a un referéndum vinculante sobre el gas y también a convocar a una Asamblea Constituyente (Arrarás y Deheza, 2005, pp. 161-162).

en esta fecha denominado «Por un Estado Plurinacional y la autodeterminación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos» (*ibid.*).

Por otra parte, el documento «Bases para la Constitución del Estado Plurinacional (versión preliminar)», elaborado por el CONAMAQ en 2005, también dio sustento al nuevo proyecto constitucional al establecer los fundamentos para la construcción de un Estado Plurinacional:

> La reconstitución plantea construir un Estado Plurinacional, donde el Estado restituya el Gobierno, los derechos y territorios originarios. Un Estado Plurinacional donde los valores y los principios de los Pueblos Indígenas Naciones Originarias, sus cosmovisiones sean respetados en el marco de un diálogo intercultural y la plena vigencia del derecho a la Autodeterminación (…) En base al respeto a la Madre Naturaleza, el medioambiente, la reciprocidad, la redistribución, la complementariedad, la rotación y dualidad, la cosmovisión, valores y principios originarios, la reconstitución en el proceso de la Asamblea Constituyente significa ir al encuentro y afirmar el *Suma Qamaña*, el *Suma Kawsay* (CONAMAQ, 2005, pp. 10-11) [369].

Durante el primer periodo presidencial de Evo Morales, el 6 de marzo de 2006 se promulgó la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente N.° 3364 [370]. El 2 de julio de 2006 se eligió a las y los constituyentes, inaugurándose la Asamblea Constituyente en Sucre el 6 de agosto de 2006. Silvia Lazarte, mujer indígena, fue electa como presidenta. Después de la aprobación del Reglamento, fueron creadas 21 comisiones, las cuales realizaron encuentros temáticos territoriales especialmente en las capitales de los nueve departamentos.

Un día antes de la inauguración de la Asamblea Constituyente, es decir, el 5 de agosto de 2006, el Pacto de Unidad entregó a los constituyentes su propuesta previamente consensuada en encuentros realizados en Cochabamba, Santa Cruz y La Paz, que se denominó «Propuesta de las Organizaciones Indígenas, Originarias, Campesinas y de Colonizadores hacia la Asamblea Constituyente: Por un Estado Plurinacional y la autodeterminación de los pueblos y naciones indígenas originarias y campesinas» (Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2011, p. 66). El documento referido, en cuanto a la plurinacionalidad, estableció lo siguiente:

---

369 Ver también: Acta de sesión de la Comisión Visión País, de 25 de abril de 2007; Acta de Sesión de la Comisión Visión País, de 4 de mayo de 2007; Acta de Sesión de la Comisión Visión País, de 8 de mayo de 2007; Acta de Sesión de la Comisión Visión País, de 9 de mayo de 2007; Acta de sesión de la Comisión Visión de País, de 6 de junio de 2007; y Acta de sesión de la Comisión Visión de País, de 12 de junio de 2007.

370 El 22 de enero de 2006, Evo Morales asumió su primer mandato presidencial, tras haber obtenido el 54% de los votos en las elecciones del 18 de diciembre de 2005. Uno de los grandes planteamientos de su partido, el Movimiento al Socialismo–Instrumento Político para la Soberanía de los Pueblos (MAS-IPSP), compuesto por el sindicalismo político-campesino del país, fue la «Revolución Democrático Cultural» y el «Proceso de cambio», que se asoció a la recuperación de los recursos naturales (Schavelzon, 2012, pp. 2-7).

> Entendemos que el Estado Plurinacional es un modelo de organización política para la descolonización de nuestras naciones y pueblos, reafirmando, recuperando y fortaleciendo nuestra autonomía territorial, para alcanzar la vida plena, para Vivir Bien, con una visión solidaria, de esta manera ser los motores de la unidad y el bienestar social de todos los bolivianos, garantizando el ejercicio pleno de todos los derechos. Para la construcción y consolidación del Estado Plurinacional son fundamentales los principios del pluralismo jurídico, unidad, complementariedad, reciprocidad, equidad, solidaridad y el principio moral y ético de terminar con todo tipo de corrupción (*ibid.*).

El MAS-IPSP, partido político dirigido por Evo Morales, tenía la mayoría de la representación en la Asamblea Constituyente (AC), con 137 asambleístas de los 255 electos. La segunda fuerza política en la AC fue Poder Democrático Social (Podemos) con 60 representantes, mientras que el resto de fuerzas políticas se repartían la siguiente representación: Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), con 18 asambleístas; Unidad Nacional (UD), con ocho; Movimiento Bolivia Libre (MBL), con ocho; Alianza Social (AS), con seis, Concertación Nacional (CN), con cinco; Movimiento Originario del Pueblos (MOP), con tres; Autonomía para Bolivia (APB), con tres; Ayra, con dos, Alianza Social Patriótica (ASP), con dos; y el Movimiento de Izquierda Revolucionaria-Nueva Mayoría (MIR-NM), el Movimiento Ciudadano San Felipe de Austria (MCSFA) y la Alianza Andrés Ibáñez (AAI), todos con un solo representante. Esto implicó un porcentaje de representación para el MAS-IPSP de un 64% frente a un 36% para las otras fuerzas políticas (Gladstone, 2016, p. 103).

El proceso constituyente tuvo una activa presencia política de los referidos, pero también marcaron la agenda las demandas de los pueblos indígenas, naciones originarias, comunidades campesinas e interculturales, que, desde tierras altas, planteaban la reconstitución de instituciones y de su forma de organización ancestral del ayllu; y desde tierras bajas, demandaron el reconocimiento de autonomía política y territorial (*ibid.*).

Es importante también resaltar que, de los 255 constituyentes, 88 (34,5%) fueron mujeres y 167 (65,5%) varones, lo que evidencia que no existió una composición realmente paritaria, además de no haber existido una representación de los colectivos LGBTI, por lo que si bien hubo una amplia participación de los pueblos indígenas —lo que se considera como un gran avance democrático—, empero, dicho proceso no fue del todo plural porque fueron excluidos otros sectores históricamente discriminados[371].

Además, debe destacarse que durante el proceso constituyente tuvo una participación activa el Pacto de Unidad que plasmó la alianza de organizaciones matrices nacionales indígenas y campesinas, como la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campe-

[371] El resultado de esta exclusión se plasmó, luego, en el artículo 73 de la Constitución aprobada en 2009 que, sin considerar la cláusula de prohibición de discriminación por orientación sexual, protege los efectos patrimoniales y personales de las parejas emergentes del matrimonio o de la unión conyugal libre, siempre y cuando éstas sean heterosexuales. A pesar de esta previsión constitucional discriminatoria, debe brindársele a la Constitución un sentido conforme al bloque de constitucionalidad y a los avances del derecho internacional de los derechos humanos (Attard y Serrudo, 2020, pp. 115-138).

sinos de Bolivia (CSUTCB), la Confederación de Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Quillasuyu (CONAMAQ), la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB) y la Confederación Nacional de Mujeres Campesina Indígena Originarias de Bolivia Bartolina Sisa (CNMCIOB BS), entre otras.

En este escenario, debe además precisarse que los pueblos indígenas amazónicos y chaqueños realizaron una alianza con los trabajadores campesinos y los colonizadores de sindicatos de agricultores también autoidentificados como indígenas y como bolivianos (Schavelzon, 2012, pp. 2-3). En este contexto, surgieron las bases del modelo de Estado plasmadas en el primer artículo de la Constitución de 2009:

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

Asimismo, a partir de las históricas luchas indígenas que fueron relatadas en el capítulo anterior, se postuló la llegada del pueblo indígena al gobierno, la era del Pachacuti, es decir, el retorno del Katari como idea de poder para los pueblos indígenas; así como el fin de la era colonial y la incorporación de la cultura tradicional o indígena al Estado (*ibid.*, p. 10).

El mandato de la AC, luego de haber sido ampliado por el conflicto de la capitalía [372], concluyó en diciembre de 2007. Las comisiones emitieron sus informes a partir de los cuales, según Rojas (2010), se dispuso del texto constitucional aprobado en grande en Chuquisaca, así como del texto constitucional aprobado en grande y en detalle en Oruro con cambios restrictivos, especialmente en cuanto a la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico (p. 322) [373].

---

[372] Uno de los temas que generó mayor conflicto en la AC fue el de la capitalía. Debido a la guerra civil que existió en Bolivia (1899) y que fue descrita en el capítulo anterior, la sede de gobierno y el Poder Legislativo (ahora Asamblea Legislativa Plurinacional), fueron trasladados a la ciudad de la Paz; en cambio, el Poder Judicial (ahora Órgano Judicial) permaneció en la ciudad de Sucre, la cual permaneció, legalmente, como *capital constitucional.* En el proceso constituyente, Sucre reivindicó su derecho a la «capitalía plena» y exigió el traslado de todos los órganos de poder a esta ciudad, lo que generó un conflicto que terminó con el traslado de las sesiones de la AC a la ciudad de Oruro.

[373] Entre agosto y diciembre del 2007, hubo un periodo de prórroga en la AC, especialmente por el conflicto de la capitalía. Por los conflictos suscitados, los constituyentes lograron sesionar en el Liceo Militar La Glorieta, ubicado en las afueras de la ciudad de Sucre y aprobaron el texto «en grande»; empero, la «aprobación en detalle» fue realizada en Oruro (*ibid.*, p. 322). En este *Congreso Constituyente* realizado en Oruro, se realizaron cambios sustanciales, especialmente restrictivos a la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico. En el Congreso Constituyente, mediante Ley de 21 de octubre de 2008, en varios temas se realizan modificaciones estructurales, así, se cambia el sentido «igualitario» del Proyecto Constituyente, modificándose más de 140 artículos que «limitan» y «reducen» el sentido emancipador y reconstituyente de la «plurinacionalidad». Entre los cambios se puede destacar algunos «límites» a la «autodeterminación» de los pueblos indígenas, por ejemplo, en cuanto a la Autonomía indígena originaria campesina (art. 289) y al ejercicio jurisdiccional en materia de justicia (art. 190); asimismo, la composición plural igualitaria de magistrados de los altos tribunales de justicia reducida a «al menos dos» magistrados nominados por la jurisdicción indígena originaria campesina (art. 197.I), límites a

En un sentido contrario a la visión restrictiva que se tuvo en Oruro, el 26 de junio de 2008, es decir, antes de estas modificaciones, mediante Ley N.° 3897, se ratificó la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en el 61° Periodo de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), realizada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007. Este instrumento forma parte del *corpus iure* [cuerpo de derechos] *internacional de derechos de pueblos indígenas*, así como del bloque de constitucionalidad boliviano tal cual se explicará más adelante y marca un avance progresivo en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en cuanto a la cláusula de libre determinación, por lo que a pesar de los cambios restrictivos al pluralismo igualitario que fueron realizados en Oruro, este avance del derecho internacional de los derechos humanos fortalece los pilares de la plurinacionalidad y el pluralismo.

Con las modificaciones realizadas en Oruro, las cuales, tal como se señaló, restringieron aspectos esenciales para la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico igualitario postuladas al inicio del proceso constituyente, el texto elaborado fue sometido a referendo constitucional el 25 de enero 2009, alcanzando un 61,4% de aprobación. Finalmente, al nueva Constitución fue promulgada en la ciudad de El Alto el 7 de febrero del mismo año.

---

las circunscripciones especiales (art. 146.VII), la introducción de términos como «república» y «nación» (arts. 3 y 11), además de la limitación en el control social (art. 241), entre otros. Entre los cambios realizados, el Informe Técnico N.° 40 de la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, precisó lo siguiente: a) El Proyecto de la CPE aprobado en la Asamblea Constituyente el 9 de diciembre de 2006, en cuanto a la autonomía indígena señalaba en su art. 290: «La autonomía indígena originaria campesina es la expresión del derecho al autogobierno como ejercicio de la autodeterminación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos»; b) El Proyecto de la CPE aprobado en la Asamblea Constituyente el 9 de diciembre de 2006, en cuanto a los límites de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC), en su art. 192 establecía: «La jurisdicción indígena originaria campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos realizados dentro del ámbito territorial indígena originario campesino»; c) El art. 198.I del citado proyecto, establecía: «El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinario y del sistema indígena originario»; ahora el art. 197.I de la CPE, está redactado de la siguiente forma: «El Tribunal Constitucional plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» (Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2013, p. 10). Según Gladstone (2016), por los conflictos con la capitalía, se transfirió la sede de la Constituyente de la ciudad de Sucre a la ciudad de Oruro. En Oruro, más de 400 artículos fueron aprobados en una sesión que duró 16 horas continuas, los días 8 y 9 de diciembre de 2007. Gran parte de la oposición no participó de la sesión en Oruro. «Después de ese episodio, los conflictos se intensificaron a lo largo de 2008 y el MAS-IPSP tuvo que negociar con la oposición lo que había sido aprobado en Oruro. Para el establecimiento de un acuerdo, una reunión fue realizada en Cochabamba en octubre de 2008, en la cual diversos artículos fueron alterados, modificando parte del contenido y la forma. La versión del texto constitucional formulada en Oruro era mucho más avanzada en la garantía de derechos y en los cambios estructurales» (p. 103). La afirmación de este autor, solo se centra en avances a las garantías de derechos; empero, no considera las restricciones a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena origianaria campesinas y al pluralismo jurídico de tipo igualitario que se realizó en el Congreso Constituyente de Oruro.

Inmediatamente después de la promulgación de la Constitución, el presidente Evo Morales firmó el D.S. 0048, el cual cambió el nombre de «República de Bolivia» por el de «Estado Plurinacional de Bolivia».

A pesar de las reformas de Oruro, Chivi (2012) identifica y destaca cuatro ejes de la nueva Constitución: *lo plurinacional*, como la constitucionalización de las formas gubernativas propias de los pueblos indígena originario campesinos, así como la constitucionalización de sus economías, sistemas jurídicos, medicina, educación y reproducción cultural; *lo comunitario*, como la constitucionalización de la redistribución de la riqueza social producida en el país, redistribución que tiene como misión construir una sociedad igualitaria y con justicia social (Vivir Bien); *la descolonización*, como fin esencial del Estado, en economía, política y sociedad; y, *la democracia igualitaria*, vista como un paso cualitativamente *superior* de la democracia participativa (pp. 306-308).

Si bien los ejes indicados constituyen la *columna vertebral* del modelo constitucional boliviano —que, además, fueron muy bien desarrollados por la doctrina jurisprudencial y por importantes precedentes en vigor del TCP [374]—, no es menos cierto que, después de diez años de vigencia de la Constitución, siguiendo Rivera Cusicanqui (1984), «lo que ahora está en crisis es la naturaleza misma de la dominación estatal en Bolivia, con sus modelos clientelares, patriarcales y coloniales de relación entre gobernantes y gobernados, entre élites y clases-étnicas subalternas» (p. 19).

En efecto, tal como se demostrará más adelante cuando se analice la figura de la acción popular, todavía impera en la justicia boliviana *la colonialidad del ser, del saber y del poder*, en los términos analizados en el segundo capítulo, por lo que las reflexiones de Rivera siguen plenamente vigentes:

Algunas direcciones, presas del maximalismo, se olvidan así de una tarea fundamental: la descolonización de los cerebros y de las almas, la necesidad de revertir centímetro a centímetro la presencia del «enemigo interior», aquél que nos impone el resentimiento, la desconfianza mutua o el mimetismo cotidiano, condicionándonos a una psicología de víctimas, perdidas en una cacofonía de coros de lamento (*ibid.*).

Desde la perspectiva anotada, la autora concluye afirmando que, en momentos en que se hace explícita una confrontación entre «dos Bolivias», volvemos a escuchar el eco

[374] Si bien la correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor y el deber de análisis dinámico de línea jurisprudencial serán abordados más adelante al realizar un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional, en esta parte del trabajo es importante destacar que la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, en el FJ III.3 diferencia el precedente en vigor de la razón jurídica de la decisión. En este marco, el entendimiento citado, establece que el precedente en vigor es la interpretación del TCP que será fuente directa de derechos y que generará efectos vinculantes para las partes; en cambio, la razón jurídica del fallo, es la aplicación del precedente en vigor al caso concreto y generará efectos obligatorios para las partes procesales, salvo en acciones populares o en control normativo de constitucionalidad, en los cuales el efecto obligatorio tiene carácter *erga omnes* [respecto de todos]. Esta sentencia constitucional establece también que para aplicar e invocar correctamente el precedente en vigor debe realizarse un análisis dinámico de jurisprudencia que, en el caso boliviano, comprenderá la jurisprudencia del TCP creado con la Constitución de 2009, del Tribunal Constitucional de transición, que funcionó desde 2010 a 2011 (en el periodo de transición constitucional) y del TCP que, en el marco de la Constitución de 2009, ejerció sus funciones desde el 2012.

de las «dos repúblicas coloniales», cuyas heridas todavía sangran, en la memoria y en el cuerpo de las clases-etnias oprimidas» (*ibid.*).

En efecto, conscientes de las proféticas palabras de Rivera Cusicanqui, en los siguientes acápites se desarrollarán los rasgos más importantes del modelo constitucional boliviano moldeado desde los hilos argumentativos del *constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador*, para luego, especialmente en el análisis de la jurisprudencia constitucional plurinacional en cuanto a la acción popular, develar esa crisis tan bien advertida, con anticipación, por la referida autora (*ibid.*).

3.- Las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la Constitución de 2009

La Constitución boliviana de 2009 recurre al concepto de *naciones y pueblos indígena originario campesinos*[375], el cual, tal como ya se adelantó en el capítulo anterior, responde a los procesos históricos de los pueblos indígenas en el territorio boliviano (Naciones Unidas, 2002).

Antes de analizar con especial detenimiento el término utilizado por la Constitución boliviana de 2009, conviene recordar que la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos sostiene que existen cuatro factores para entender el concepto de pueblo indígena: ocupación ancestral de territorios; perpetuación voluntaria de las distinciones culturales —entre ellas, el lenguaje, las formas de organización social, política y religiosa, etc.—; reconocimiento de otros grupos o autoridades estatales de la distinción del colectivo; y, una experiencia de subyugación, exclusión, desposesión o discriminación (*ibid.*).

En este sentido, José Martínez Cobo (en Naciones Unidas, 1986), otrora relator especial sobre derechos de los pueblos indígenas en el sistema universal de protección a derechos humanos, señaló que

> …son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen determinación de preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales (párr. 379).

Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene los criterios objetivos y subjetivos para definir a los pueblos indígenas. En efecto,

[375] Por ejemplo, el art. 2 reza: «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».

el criterio objetivo se encuentra contemplado en el art. 1.b del Convenio, el cual señala que los pueblos indígenas serán considerados como tales

> …por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Asimismo, este convenio, en el art. 1.2 contiene un criterio subjetivo para la identificación de pueblos indígenas, que alude al criterio de *autoidentificación*: «La conciencia de su identidad indígena o tribal debe considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio». También, el art. 33.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas señala que: «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones».

Por otra parte, el art. I de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 14 de junio de 2016, en su numeral segundo establece: «La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración». En este marco, señala también: «Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena».

Esta declaración establece también, en su art. VIII, lo siguiente:

> Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

En el contexto descrito, el art. IX señala que «los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en la Declaración».

De acuerdo a lo anotado, desde el *corpus iure* [«cuerpo de derechos»] internacional de los pueblos indígenas, para identificar a un pueblo indígena titular de derechos colectivos, no solo debe contemplarse criterios objetivos, sino también el criterio subjetivo referente a la autoidentificación, el cual se encuentra ampliamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos[376].

[376] Este criterio fue asumido por un estándar interamericano específico del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos (SIDH). Sobre esta cuestión, ver Corte CIDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kádsek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2010. Serie C No. 214. Esta decisión de manera expresa señala: «…la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, «no puede […] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia». La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Éste ha

En este sentido, Rodolfo Stavenhagen (en Naciones Unidas, 2012), relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, afirmó que

> …las comunidades indígenas suelen aplicar sus propios criterios, y, si bien algunos Estados reglamentan la pertenencia individual, se acepta cada vez más que el derecho a decidir quién es o no es indígena pertenece exclusivamente a los propios indígenas. Sin embargo, debe reconocerse que la pertenencia a una comunidad indígena entraña no solo derechos y obligaciones de la persona respecto de su grupo, sino que también puede tener consecuencias jurídicas con respecto del Estado. En la elaboración y aplicación de políticas relativas a los pueblos indígenas los Estados deben respetar el derecho a la propia definición y a la conciencia de la propia identidad de los pueblos indígenas.

En esta línea, es importante también destacar el precedente establecido por el TCP en la SCP 0006/2016 de 14 de enero[377], sentencia que —en cuanto al derecho colectivo a la autoidentificación— contiene el estándar jurisprudencial más alto[378], ya que el máximo contralor del bloque de constitucionalidad, en ejercicio del control de convencionalidad, aplicó directamente el derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas consagrado en el Convenio 169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y en la Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas. La referida SCP 0006/2016 estableció:

---

sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se autoidentifique», párr. 37. Además, la autoidentificación fue desarrollada en el Peritaje de Rodolfo Stavenhagen autenticado por fedatario público (expediente de fondo, tomo II, folio 620); peritaje de Sergio Iván Braticevic protocolizado por fedatario público (expediente de anexos a los alegatos finales del Estado, tomo X, folio 4238); declaración de Rodrigo Villagra Carron rendida en la audiencia pública efectuada el 14 de abril de 2010, durante el XLI Período Extraordinario de Sesiones celebrado en la ciudad de Lima, República del Perú, y declaración de Lida Acuña rendida en audiencia pública efectuada el 14 de abril de 2010, durante el XLI Período Extraordinario de Sesiones celebrado en la ciudad de Lima, República del Perú.

377 A través de esta acción de inconstitucionalidad concreta, el Pueblo Indígena Originario Campesino de Quila Quila denunció que se encuentra pendiente la titulación colectiva de sus tierras porque el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) pretendía aplicar los arts. 357 y 396.II del DS 29215 de 2 de agosto de 2007, que exigen la presentación de la personería jurídica, requisito contrario al *corpus iure* internacional de derechos de los pueblos indígenas, que establece el criterio de la autoidentificación. El TCP, luego de ejercer control de convencionalidad, tal como se argumenta en el FJ III.3 de esta sentencia, aplica directamente los estándares internacionales vigentes para la protección del derecho colectivo a la autoidentificación de pueblos indígenas y declara la inconstitucionalidad de los artículos referidos.

378 El TCP, en la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, en el FJ III.3, asumió la doctrina del estándar jurisprudencial más alto. Esta doctrina, al amparo de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, establece que el precedente en vigor —es decir, el entendimiento del TCP que genere efectos vinculantes y con calidad de fuente directa de derecho de acuerdo al artículo 203 de la Constitución— será aquel que desarrolle el derecho en análisis de manera más favorable y progresiva, por lo que el ámbito de validez del precedente no está condicionado a un criterio de temporalidad, sino a un criterio de favorabilidad. Lo expresado establece que, en caso de existir entendimientos contradictorios en el TCP, no necesariamente se aplicará a casos futuros el último entendimiento jurisprudencial, sino el más favorable.

> …además del criterio descrito en el art. 1.1.b del citado Convenio, el criterio de la «autoidentificación» reconocido por el art. 1.2 del Convenio 169, también debe ser considerado por las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia para efectos de reconocimiento de derechos colectivos de los PIOC. El Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de la Constitución Política del Estado de 2009, ha consolidado para las NPIOC, derechos fundamentales de naturaleza colectiva, generando para el Estado obligaciones destinadas a asegurar de forma eficaz dichos derechos, en ese sentido, la autoidentificación como criterio para determinar la existencia de esas colectividades expresamente reconocido en el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, debe ser asumido por la normativa interna… (SCP 0006/2016, Fj. III.4, de 14 de enero).

La autoidentificación también fue reconocida como un criterio de identificación para pueblos indígenas en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, entendimiento jurisprudencial que estableció:

> …con relación a la exigencia de acreditación de la personalidad jurídica, éste no constituye un requisito habilitante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, puesto que más bien se trata de un derecho que les asiste, ya que sus facultades organizativas se ejercen y se han ejercido independientemente del reconocimiento que haga el Estado de su condición de sujeto de derechos, prexistentes a la misma estructura estatal, aspecto que indudablemente constituye un deber para el Estado y no así para la nación o pueblo indígena en sí mismo. No contemplar este entendimiento conlleva una interpretación restrictiva que pone en riesgo la eficacia material de sus derechos colectivos. Este entendimiento fue establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cuando señaló: «La Corte considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado» (SCP 0645/2012, FJ III.2.1, de 23 de julio).

Ahora bien, considerando que para la titularidad de derechos colectivos han sido consagrados en el Estado Plurinacional de Bolivia no solo criterios objetivos de ancestralidad[379], sino también el referido a la autoidentificación tal cual se precisó, es importante

[379] Al respecto, la Constitución boliviana establece, en el art. 30.1, que son naciones y pueblos indígena originario campesinos «toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española», en este marco, el art. 191.1 hace referencia a un «vínculo particular» que debe existir entre

establecer desde estos dos criterios —es decir, el objetivo y el subjetivo o de autoidentificación— el alcance del término *indígena originario campesino.*

Al respecto, el TCP, en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, en el FJ IV.2, luego de explicar los criterios de identificación para pueblos indígenas, estableció que el término *indígena originario campesino* debe ser entendido como un concepto compuesto e indivisible, que integra a pueblos de tierras altas, tierras bajas y valles[380].

Además, en base al razonamiento anotado, la referida sentencia interpreta el alcance del término *campesinos* desde la perspectiva de la titularidad de derechos colectivos, de acuerdo a los siguientes términos:

> …en el contexto de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su estructura organizativa por razones también de orden socio-histórico, podría estar compuesta por organizaciones campesinas, juntas vecinales u otras modalidades organizativas que reflejen un proceso de mestizaje vivido en el país, en estos casos, el reconocimiento de derechos colectivos como naciones y pueblos indígena originario campesinos responderá a la concurrencia de cualquiera de los elementos de cohesión colectiva descritos *supra*, es decir a la existencia de identidad cultural; idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia, entre otras; por tanto, a pesar de la influencia de elementos organizativos propios de un proceso de mestizaje, en la medida en la cual se identifique cualquiera de los elementos de cohesión colectiva antes señalados, la colectividad será sujeta de derechos colectivos y le será aplicables todos los efectos del artículo 30 en sus dos parágrafos de la Constitución, así como los

las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino con su nación o pueblo.

380 A través de esta acción de libertad, los miembros de la familia peticionante de la tutela denunciaron la vulneración de sus derechos a la vida e integridad física, psicológica; prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes; derechos al agua y la alimentación; el derecho al trabajo, al comercio; a la prohibición de infamia, muerte civil y confinamiento y el derecho al debido proceso, porque la junta vecinal de Poroma decidió expulsar al accionante, a su esposa y sus hijos de la comunidad, por un supuesto robo cometido y reparado por su hijo Cornelio Huanca. En base a este antecedente, denuncia el accionante que la junta vecinal representada por las autoridades ahora demandadas, los notificó el 15 de enero de 2012 con dicha decisión, otorgándoles un plazo máximo de 48 horas para abandonar la comunidad, decisión que fue asumida por los ahora demandados sin que exista un debido proceso y afectando a una mujer y menores de edad, quienes no cometieron ningún acto sancionable. En base a estos hechos, el TCP, mediante la SCP 1422/2012 FJ IV.5 desarrolló una pauta intercultural de interpretación de derechos denominada el *paradigma del Vivir Bien* (el cual será desarrollado con mayor precisión en los siguientes acápites de este capítulo). Luego de la aplicación de esta pauta intercultural de derechos a los supuestos fácticos del caso, el TCP concedió la tutela, pero no desde el principio de universalidad de derechos, sino desde una perspectiva de consensos interculturales propios de un Estado Plurinacional. Además, es importante señalar que, en el FJ IV.2, interpretó el alcance del término *indígena originario campesino* y señaló lo siguiente: «…los aspectos antes citados configuran a los pueblos y naciones indígena originario campesinas como sujetos colectivos de derecho; en ese orden, por razones de orden socio-históricas, debe entenderse a este término como un concepto compuesto e inescindible, que comprende a poblaciones indígenas de tierras altas, tierras bajas y zonas geográficas intermedias sometidas a un proceso de mestizaje, razón por la cual este concepto se compone de los elementos indígena-originario-campesino con una semántica socio-histórica indivisible».

efectos del principio de libre-determinación, inherente a los pueblos y naciones indígena originario campesinas plasmado en el segundo artículo de la CPE (SPC 1422/2012, Fj. IV.2, de 24 de septiembre).

El precedente en vigor descrito es importante especialmente para la tutela de derechos colectivos a través de la acción popular; sin embargo, no es suficiente para problemas jurídicos en los cuales exista una colisión de derechos entre pueblos indígenas, naciones originarias, comunidades campesinas e interculturales[381], esta colisión puede presentarse, por ejemplo, en la reivindicación de tierras, como la que se suscitó en el caso del pueblo indígena de Quila Quila que solicitó la titulación colectiva de tierras y los sindicatos que se adscribirían al concepto de comunidades campesinas con una visión individual y agrarista de asignación de tierras[382]. En este marco, estos conflictos surgen esencialmente por la

[381] Albó (2005) señala que que las comunidades campesinas son rurales y están conformadas por indígenas migrantes que dejan sus territorios ancestrales para construir comunidades rurales y habitan las llamadas zonas de colonización como las del norte de La Paz y el trópico de Cochabamba; en este marco, el autor afirma que «en áreas de colonización suelen reproducirse, en cierta medida, los mecanismos de las regiones de origen en cuanto a la relación entre el cumplimiento de obligaciones comunales locales y el mantenimiento del derecho interno (pp. 9-10). En cuanto a los colonizadores, debe señalarse que la Confederación Nacional de Colonizadores fue fundada en 1970-1971, cuando tuvo lugar la apertura democrática del general Juan José Torres, a partir del descontento de muchos sindicatos con la Confederación Nacional Campesina, que fue oficialista durante la dictatura de Barrientos y apoyaba el Pacto militar-campesino. Como Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), estos sindicatos se afilian a la COB, con una ruptura con los militares simultánea al acercamiento con los obreros, al igual que los campesinos kataristas. Después del 2000, los colonizadores son una de las organizaciones que impulsan la Asamblea Constituyente y son también fundadores del MAS-IPSP, ya que, por acuerdo político, la presidencia del mas correspondía a Evo Morales y la vicepresidencia debía alternarse entre la CSUTCB y la Central de los Colonizadores. Durante el tiempo de la Asamblea Constituyente, modificaron su nombre por el de «Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia» (CSCIB). Mantenían la palabra «sindical» pero introducían «comunidades interculturales», que era la forma en la que exigían ser incluidos en la definición de «pueblo boliviano». Los colonizadores aceptaron en la Asamblea Constituyente ser denominados «comunidades interculturales» (Schavelzon, 2012, pp. 127-128). En cuanto a los interculturales, es importante señalar que el Convenio 169 de la OIT, en el artículo 1.1.a) no condiciona la identidad cultural al vínculo que la persona indígena pueda tener con sus territorios, en armonía con esta disposición convencional y en un sentido más extensivo, el artículo 191.1 de la Constitución hace referencia a un «vínculo particular» de las personas que sean miembros de una nación o pueblo indígena originario campesino con su nación o pueblo, por lo que los interculturales, identificados también como comunidades interculturales, como colectivo, son también titulares de derechos. En cuanto a los pueblos afrobolivianos, es importante señalar que estos se encuentran protegidos por el Convenio 169 de la OIT, no como pueblos indígenas, sino como pueblos tribales, también integrados en el alcance del artículo primero de este instrumento internacional.

[382] En el proceso agrario de titulación colectiva de tierras, antes de que el INRA emita resolución definitiva, se opusieron a esta titulación colectiva, personas identificadas como campesinos de la zona, quienes pidieron la titulación individual de tierras. Esta colisión de derechos ameritaba una *ponderación intercultural* en los términos que serán expuestos en este capítulo. Sin embargo, el TCP, a través de la sentencia SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo, en vez de realizar una interpretación intercultural de derechos y aplicar los estándares internacionales de protección a derechos de los pueblos indígenas, denegó la tutela al derecho a la propiedad colectiva demandado por este pueblo indígena a través de una acción popular y, por ende, convalidó una nulidad procesal que deja sin efecto la petición de tierras colectivas que ya tenía una data de más de diez años. En este caso, es evidente que el concepto *indígena originario campesino*, como término-concepto no puede ser aplicado, por el conflicto evidente de pueblos indígenas que reivindican la titularidad colectiva de sus tierras y la visión de los sindicatos campesinos que

colisión entre dos sistemas organizacionales diferentes, uno basado en el poder andino y otro de raigambre organizacional obrera moderna, problemas que deberán ser resueltos, tal como se argumentará en este trabajo, a través de una *ponderación intercultural*.

Al respecto, Schavelzon (2012) afirma que, antes de llegar a la fórmula final en la definición de «pueblo boliviano», el borrador de la Constitución se refería a «naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos», con todos sus términos en plural y en el contexto de una oración disyuntiva (pp. 93-94).

Este análisis, para el caso de las colisiones antes referidas, permitiría contextualizar ambos elementos a efecto de una *ponderación intercultural de derechos*; sin embargo, de acuerdo al citado autor, esta redacción no generó consenso entre constituyentes que devenían de las bases sindicales campesinas, las cuales cuestionaron profundamente esta separación por considerar que la misma implicaría una discriminación a los campesinos al no considerarlos indígenas (*ibid.*).

El referido autor afirma, también, que los campesinos de la CSUTCB y los colonizadores que emigraron en busca de tierras, no quisieron dejar de ser reconocidos como indígenas, porque se identificaban como quechuas y aymaras, pero tampoco querían dejar de participar de la definición de campesinos (*ibid.*), por esta razón, surge el concepto compuesto plasmado en la Constitución de 2009 e interpretado por la SCP 1422/2012, que contemplaba a los pueblos indígenas y a los campesinos que reconocían su herencia originaria [383].

En el proceso constituyente, esta tensión se mantuvo latente ya que el Pacto de Unidad estaba conformado por tres organizaciones matrices campesinas (CSUTCB, colonizadores y la Confederación de Mujeres Bartolina Sisa), así como también por dos organizaciones matrices de originarios e indígenas (CONAMAQ, en tierras altas y CIDOB, en tierras bajas) (*ibid.*, pp. 93-94).

En los conflictos mencionados y que deban ser resueltos por el TCP, para efectos de *ponderación intercultural* será esencial considerar los aspectos descritos en el tercer capítulo, en relación a las raíces del sindicalismo con epicentro en los valles cochabambinos y la visión colectiva de reconstitución de sistemas originarios de tierras altas, así como

postulan la titulación individual de tierras. En este conflicto, el pueblo indígena Quila Quila activó el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIPDH) por la regresividad en derechos en la que se incurre a raíz del incumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantías asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia en relación a pueblos indígenas.

383 Según Schavelzon (2012), la forma que superaba estas diferencias y juntaba a todos los quechuas, aymaras, guaraníes y miembros de otras etnias en una única categoría englobante, era la de «pueblos y naciones indígena originario campesinos», sin comas y con el plural solo en el final, incluida por los constituyentes en el proyecto de Constitución y que postergaba o sublimaba las diferencias entre campesinos e indígenas en el texto que redactaban (p. 95). Para este autor, la fórmula que unía en un único nombre sujetos sociales diferentes y también distintas formas de ser indígena implicaba una amplitud conceptual que permitía incluir grupos étnicos nómades, poblaciones reducidas en las misiones con economía de subsistencia, junto a comunidades campesinas con propiedad individual (*ibid.*). También Gotkowitz (2007) afirma que «…el papel del movimiento obrero en la génesis de los congresos indígenas, y su énfasis en los «trabajadores» urbanos y rurales, no condujeron a la surpesión de lo indígena como identidad política. Antes bien, las emergentes organizaciones laborales dieron un nuevo impulso a las antiguas luchas que habían emprendido las redes de caciques apoderados» (p. 225).

la reivindicación de territorios ancestrales. En ese orden, en estos casos, tal como se reflexionará en el último capítulo, será esencial aplicar herramientas como los peritajes antropológico-culturales y los diálogos *interculturales* e *interjurisdiccionales.*

En base a lo expuesto en este acápite, el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, debe asumir los alcances del concepto *indígena originario campesino* y, de ser necesario, debe realizar la ponderación intercultural en el marco de los modelos polifónicos de justicia constitucional que serán desarrollados en el siguiente capítulo.

4.- Una teoría constitucional desde el Estado Plurinacional de Bolivia: El constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador

En el segundo capítulo de este trabajo de investigación, se describieron los pilares esenciales del giro decolonial como un primer hilo argumentativo de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. En ese marco, se señaló que la construcción y vigencia de derechos debe asumir métodos dialógicos que escuchen, de manera directa y no mediada, a los históricamente oprimidos.

En el caso boliviano, en el tercer capítulo se retrató las voces de los históricamente oprimidos en el Tawantinsuyo: los pueblos indígenas, cuyas reivindicaciones no solamente fueron desoídas por las estructuras estatales monoculturales, sino que también, a lo largo de la historia, fueron cruelmente reprimidas por las élites dominantes.

En el contexto anotado, como se evidenció, el proceso constituyente iniciado el año 2006 pretendió incluir una reforma del modelo constitucional y de Estado desde la voz de estos colectivos históricamente oprimidos, aunque —como se verá en este capítulo y especialmente en los siguientes— el cambio constitucional no generó en la sociedad boliviana una real transformación en la *cultura jurídica* ni en las estructuras estatales. Precisamente, el núcleo de este trabajo trata de develar, desde las líneas jurisprudenciales del TCP en acciones populares, la gran *brecha de implementación* del modelo constitucional vigente [384].

Por lo afirmado, para desarrollar las características del modelo constitucional boliviano y luego explicar la gran *brecha de implementación* existente, es un imperativo describir, en primer lugar, el principio de *descolonización* como elemento directriz de todo el sistema jurídico, político, económico, social y cultural boliviano, y también como sustento ideológico del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador. En este marco, el preámbulo de la Constitución de 2009 integra, en su contenido directriz, los alcances del giro decolonial y de las voces de los históricamente oprimidos:

> En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y

[384] Rodolfo Stavenhagen (2007) utilizó el término «brecha de implementación» (pp. 183-194).

> jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.
>
> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.
>
> Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del Vivir Bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política, cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.
>
> Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Los fragmentos del preámbulo de la Constitución de 2009 transcritos, con diáfana claridad y desde el enfoque del giro decolonial, brindan las directrices principistas del modelo constitucional y del modelo de Estado diseñado por la Asamblea Constituyente boliviana, en este marco, como puede advertirse, la *descolonización* es el elemento teórico rector para toda deconstrucción de las estructuras políticas, sociales, culturales, económicas y jurídicas de profunda raigambre monocultural.

En este marco, la cláusula estructural de la Constitución consagrada en el artículo primero [385], debe ser interpretada y aplicada desde los postulados de la descolonización, que fueron muy bien desarrollados a través de doctrina jurisprudencial relevante emanada del TCP.

Así, el máximo garante del bloque de constitucionalidad señaló que, en armonía con el Preámbulo, la Constitución consagra una composición plural que deja en el pasado el Estado colonial republicano y neoliberal para la construcción colectiva de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario (DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 junio) [386].

---

385 El artículo primero de la Constitución de 2009 establece: «Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país».

386 En este caso, el secretario general de Cahua Grande formula consulta en relación a la decisión comunal de expulsión y desalojo del empresario minero José Oscar Bellota Cornejo de Zongo (La Paz), comu-

Desde esta perspectiva, en la referida declaración constitucional, el TCP estableció que el Estado Plurinacional se proyecta a partir de la descolonización del Estado-Nación monocultural, homogéneo, colonial, republicano y neoliberal que reprodujo la exclusión política, social, económica y cultural de los pueblos y naciones indígena originario campesinos (*ibid.*).

De acuerdo a lo anotado y en el contexto del giro decolonial como uno de los rasgos más importantes de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, el TCP destacó la inspiración anticolonialista de la Constitución. Desde esta perspectiva, estableció que la norma suprema rompió la herencia del constitucionalismo monocultural y también del constitucionalismo pluricultural, al señalar:

> Nuestra Constitución marca una ruptura respecto al constitucionalismo clásico y occidental concebido por las élites políticas; es un constitucionalismo que expresa la voluntad de las clases populares y de los pueblos indígenas, creando una nueva institucionalidad, transversalizada por lo plurinacional, una nueva territorialidad, signada por las autonomías, un nuevo régimen político y una nueva legalidad bajo el paradigma del pluralismo jurídico igualitario (SCP 0487/2014, FJ III.1.1 de 25 de febrero) [387].

En coherencia con lo anotado, el TCP, en la DCP 0030/2014 FJ III.1 de 28 de mayo, sentó las bases jurisprudenciales del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador [388], el cual, desde el modelo constitucional boliviano contempla todos los

---

nidades Cahua Grande y Cahua Chico, decisión que, según lo alegado, fue tomada en observancia del art. 30.II.16 de la CPE. La Sala Especializada del TCP declaró la aplicabilidad de la decisión comunal de expulsión y desalojo del empresario minero, en el marco de sus principios, valores, normas y procedimientos.

387 En esta acción de amparo constitucional, reconducida por el TCP a acción popular, los accionantes consideran que los demandados lesionaron los derechos de la comunidad indígena Puca Huasi a la tierra y el territorio, a la consulta, a existir libremente, al debido proceso en sus elementos a la defensa, a la motivación de las resoluciones y a la valoración adecuada de la prueba, así como al derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto emitieron la Sentencia Nacional Agroambiental S1 Liquidadora 47/2012, a través de la cual, sin realizar una debida motivación, sin valorar la prueba, sin considerar los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sin efectuar una adecuada interpretación de la Ley 1465, dispusieron la nulidad del proceso de saneamiento ejecutado en la comunidad Puca Huasi, argumentando que, de acuerdo a dicha ley, la sobreposición entre esta comunidad y el predio de la demandante se encuentran dentro del radio urbano. Este entendimiento del Tribunal Agroambiental sentó un funesto precedente para las comunidades campesinas y pueblos indígenas del país, pues dicha determinación hará desaparecer a la comunidad indígena al obligarles a pertenecer a un radio urbano, sin antes haberles previamente consultado. El TCP revocó la resolución del tribunal de garantías y concedió la tutela peticionada.

388 En esta consulta de autoridades de naciones y pueblos indígenas sobre la aplicación de sus normas, las autoridades de la nación Uru Chipaya consultan sobre la aplicación de sus normas y procedimientos propios para la sustitución de sus autoridades municipales que fueron elegidas bajo la forma comunitaria. Dicha consulta se efectúa en el marco de un conflicto suscitando entre las comunidades de la nación Uru Chipaya y Elías Felipe Villa, alcalde del municipio de Chipaya, autoridad cuestionada por este pueblo indígena por una mala gestión y por incumplimiento de resoluciones y normas de la comunidad, entre otras, que derivan en diferentes resoluciones que resuelve su destitución en el marco de la jurisdicción indígena originaria campesina. El TCP estableció que Elías Felipe Villca fue electo como

hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos descritos en el segundo capítulo de este documento.

En la citada declaración constitucional, el TCP resaltó que las constituciones de Bolivia (2009) y Ecuador (2008) hicieron emerger un constitucionalismo propio en América Latina, con características muy particulares y disímiles a otros constitucionalismos tradicionales o corrientes neoconstitucionalistas de matriz europea (DCP 0030/2014, FJ III.1 de 28 de mayo). En el contexto del Preámbulo de la Constitución, añadió esta instancia de resguardo al bloque de constitucionalidad, que la configuración de este constitucionalismo *propio* se refleja en la transformación del Estado, lo cual implica transitar de un Estado Social de Derecho, anclado en el «Estado-Nación» monista, neoliberal y colonial, hacia un Estado Plurinacional Comunitario, fundado en la pluralidad y el pluralismo (*ibid.*).

En esta línea, el TCP, a través de su doctrina jurisprudencial, reafirma que este constitucionalismo plurinacional y descolonizador nace de las aspiraciones, demandas y proyectos de Estado de las naciones, colectivos y organizaciones excluidas por el Estado-Nación. En este marco, se establece que este constitucionalismo superó al constitucionalismo liberal y social que marcó la tradición boliviana y latinoamericana porque, entre otras razones, interpeló la concepción integracionista y asimilacionista tanto del constitucionalismo liberal como del social (DCP 0030/2014, FJ III.1 de 28 de mayo), periodos que fueron descritos en el capítulo anterior.

La referida declaración constitucional plurinacional consagra la visión de un «constitucionalismo propio» que surge del quiebre entre el constitucionalismo colonial y neoliberal, en un contexto en el cual, este nuevo constitucionalismo plurinacional descolonizador, no busca transitar, validar ni legitimar el viejo Estado Social de Derecho, sino trascender el mismo a partir de la legitimidad social y la fuerza descolonizadora que contiene desde el potencial de las cosmovisiones propias de las diversidades inscritas en el texto constitucional, lo que implica romper las bases mismas de la matriz eurocéntrica, homocéntrica e individualista del pensamiento jurídico (*ibid.*).

En el contexto descrito, la doctrina jurisprudencial sentada por el TCP en la declaración constitucional antes anotada, atribuyó al constitucionalismo plurinacional cuatro características esenciales: i) Su profundo carácter democrático emergente de las luchas anticoloniales; ii) la plurinacionalidad; iii) la descolonización; y iv) su orientación hacia el *Suma Qamaña* o Vivir Bien (*ibid.*).

alcalde bajo formas comunales de la nación Uru Chipaya, aunque ulteriormente fue sometido a las formalidades legales exigidas por el sistema occidental de representación. En este marco, estableció que fue nombrado de acuerdo con los propios valores, principios, normas y procedimientos de su nación y mediante la democracia comunitaria consagrada en el art. 11.3 de la Constitución. Por lo tanto, en el FJ IV.2 el máximo contralor del bloque de constitucionalidad afirmó que «es lógico que la sustitución, cambio y destitución de dicha autoridad se efectué por decisión comunal», por tanto, estableció que los acuerdos y consensos alcanzados deben ser respetados por sus miembros al interior de las comunidades, así como de las instancias externas a las mismas, atendiendo siempre a una aplicación preferente de las normas comunales que hace a la realidad plural y concreta del municipio de Chipaya. En base a este razonamiento, declaró aplicable la norma consultada.

En efecto, como primer rasgo, la doctrina jurisprudencial del TCP estableció que este constitucionalismo plurinacional asumido por la Constitución de 2009 es resultado de la voluntad popular que emergió de la lucha anticolonial de más de 500 años y los levantamientos sociales de las últimas décadas (*ibid.*), que —tal como se evidenció en el capítulo anterior— allanaron el camino del último proceso constituyente boliviano.

La segunda característica del constitucionalismo plurinacional y descolonizador está vinculada con la plurinacionalidad, entendida por el TCP como una forma propia de *estatalidad,* donde son las diversidades (naciones, pueblos y demás colectividades sociales históricamente excluidas) las que reconocen al Estado y no a la inversa (*ibid.*). En este espectro, la plurinacionalidad se configura como el elemento de ruptura del Estado-Nación homogeneizante y asimilacionista que, desde el imperio de la cultura dominante, concebía una sola nación, una cultura o una lengua (DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 de junio). Esta forma propia de estatalidad, además, implica una diferencia sustancial de la visión multiculturalista de «tolerancia al otro» o de una «incorporación o inclusión subordinada» de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (*ibid.*) [389].

El TCP ha desarrollado el concepto de la *plurinacionalidad descolonizadora* en virtud de la cual es posible entender la descolonización desde la reconstitución de las cosmovisiones y prácticas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y en el marco de una orientación hacia el Vivir Bien (*ibid.*), lo que, según la doctrina jurisprudencial vigente, implica una proyección hacia la construcción colectiva del Estado. Éste, en el marco del respeto a la diversidad y la igualdad jurídica de culturas, se construye a partir de la voz de los nuevos actores en aras a la consolidación de las identidades plurinacionales interrelacionadas dentro del proceso integrador del país (*ibid.*), siendo éste es el elemento que brinda el rasgo *comunitario* al modelo constitucional ahora descrito.

Desde los alcances de la plurinacionalidad descolonizadora, los pueblos indígena originario campesinos son consagrados como naciones con capacidad para definir sus destinos en el marco de una unidad munida de un interrelacionamiento destinado a fortalecer las diversas identidades plurinacionales (*ibid.*). En este marco, de acuerdo al TCP, la plurinacionalidad —como nuevo enfoque de la diversidad— reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su cultura, sus instituciones y forma de promoción y gestión de su desarrollo, como factores de cambio dentro del proceso de descolonización y deconstrucción de la plurinacionalidad (*ibid.*).

Por lo tanto, en armonía con el carácter plurinacional y comunitario, la descolonización implicará

[389] En esta misma línea de pensamiento, el TCP, a través de la SCP 0037/2013, señaló que «…la plurinacionalidad descolonizante reconoce a los pueblos indígena originario campesinos como naciones con capacidad para definir sus destinos en el marco de la unidad (art. 2, CPE), que se interrelacionan en un mismo territorio y se garantiza el fortalecimiento de esas identidades plurinacionales. La plurinacionalidad como nuevo enfoque de la diversidad, reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su cultura, sus instituciones, sus saberes y conocimientos como factores de cambio dentro del proceso de descolonización y construcción de la plurinacionalidad».

> …el 'desmantelamiento múltiple del Estado Nación…', que implica el trastocamiento de la herencia colonial que contamina nuestras estructuras institucionales y nuetra subjetividad. La descolonización es la contrucción a partir de la nuestra identidad, desde lo que nos es «propio»; y (…) se orienta al Vivir Bien (*Suma Qamaña*), como un horizonte alternativo al capitalismo, neoliberalismo y a cualquier forma de mercantilización y cosificación de la vida (DCP 030/2014, FJ III.1, de 28 de mayo).

Asimismo, la doctrina jurisprudencial del TCP resalta la importancia de «generar nuevas formas de interpretación constitucional desde abajo» que permitan dialogar con nuevos paradigmas, prácticas y experiencias descolonizadoras (*ibid.*). En este marco, la doctrina jurisprudencial estableció que

> …cualquier forma de interpretación o reinterpretación constitucional de los pluralismos y pluralidades del Estado, de construcción de nuevas políticas, paradigmas y proyectos de vida deben partir desde una visión descolonizadora, que tenga la pretensión de dejar en el pasado el Estado colonial de exclusión y materializar las formas de vida que los pueblos naciones indígena originario campesino han denominado como el Vivir Bien (DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 de junio) [390].

En coherencia con lo expuesto, debe resaltarse que el otro rasgo del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador es el Vivir Bien o *Suma Qamaña*, entendido como un horizonte alternativo al capitalismo, neoliberalismo y a cualquier forma de mercantilización o cosificación de la vida (*ibid.*).

En este sentido, el TCP ha establecido que el Vivir Bien (*Sumaj Qamaña*, *Sumaj Kausay*, Yaiko Kavi Päve) constituye el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas (*ibid.*). En este marco, la doctrina jurisprudencial ha establecido que Vivir Bien significa «vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra, en equidad y solidaridad» (*ibid.*). Para ello, la referida DCP 0006/2013 resaltó la importancia de eliminar

[390] Además, el TCP, en la SCP 0037/2013 de 4 de enero, en el FJ III.1, señala que «…el nuevo proyecto de vida de la plurinacionalidad descolonizadora deviene de cuatro momentos históricos: 1) La preexistencia colonial de civilizaciones y pueblos con historia, organización política, económica, espiritualidad, lengua, cultura y justicia propia; 2) Las sublevaciones indígenas durante la colonia hasta la independencia; 3) Las luchas y movimientos de los pueblos —hoy naciones y pueblos indígena originario campesinos— que, junto a organizaciones sociales de mujeres, obreros, vecinos, jóvenes y gremiales, interpelaron al Estado nacional republicano en crisis, a través de las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua (2000) y octubre negro (2003); y 4) El proceso constituyente que decanta con la promulgación de la Constitución Política del Estado en febrero de 2009, cuyo hito fundamental es el inicio del nuevo periodo histórico de reconstitución de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, como depositarios de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones, que se integran y articulan, esta vez, dentro de un Estado que se reconoce como plurinacional y bajo una visión descolonizadora, es decir, el inicio del nuevo periodo histórico de autorrestitución de las naciones y pueblos indígena originario campesinos».

las desigualdades y los mecanismos de dominación para «Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo (FJ III.1).

El TCP agrega que el Vivir Bien debe ser concebido como un horizonte propio de la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, orientado a la reconstitución y continuidad de las prácticas propias de la diversidad de las naciones para una real incidencia en las políticas, normas y decisiones del Estado Plurinacional (*ibid.*). Por lo tanto, es evidente la interdependencia que existe entre el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia[391], con los procesos de *restitución, igualación* y *reconstitución* para la consolidación de la armonía y el equilibrio social, tal y como establece otra sentencia del TCP:

> …el tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional debe implicar la 'restitución', 'igualación', 'reconstitución' de la matriz civilizatoria de las naciones originarias, procesos que deben ser realizados en armonía con los postulados referentes a la interculturalidad y descolonización… (SCP 0778/2014, FJ C.2, de 21 de abril).

Desde esta visión, la doctrina jurisprudencial vigente establece que

> …para lograr la consolidación de los procesos de 'restitución', 'igualación' y 'reconstitución', debe, en un marco de armonía y cohesión del Estado Unitario, resguardarse el principio de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, reconocido y garantizado, pero además, el proceso antes señalado, debe fundarse en la interculturalidad, a partir de la cual rigen los principios de complementariedad, solidaridad, respeto mutuo entre culturas ancestrales y el pueblo de Bolivia en general, visión que garantizará la materialización del fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia: el Vivir Bien (*ibid.*).

Asimismo, la doctrina jurisprudencial vigente en el TCP estableció que el Vivir Bien tiene una condición tridimensional; es decir, es un principio constitucional, un valor y un fin del Estado, por lo que se constituye como el fundamento del ordenamiento jurídico y, por ende, criterio rector para la interpretación en la aplicación de las normas jurídicas, así como el criterio directriz esencial para una coexistencia pacífica basada en el respeto

[391] El art. 9 de la CPE señala: «Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales; 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe; 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional; 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución; 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo; 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación de medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras».

mutuo y el bienestar común, destinado a lograr una vida armoniosa (SCP 1023/2013, FJ III.3, de 27 de junio) [392].

En un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional, es importante agregar los componentes del pluralismo y de la interculturalidad a las características ya descritas desarrolladas por el TCP en la DCP 0030/2014. En este marco, el TCP asigna al pluralismo un carácter estructurante del nuevo modelo de Estado (SCP 1422/2012, FJ IV.1, de 24 de septiembre) [393] y lo interrelaciona con la cláusula de Libre Determinación de las Naciones y Pueblos indígena originario campesinos (*ibid.*).

El TCP, al interpretar la CPE, ha consagrado la vigencia de un *pluralismo jurídico de tipo igualitario*, estableciendo que

> …el pluralismo proyectado por la Constitución boliviana establece la coexistencia en igualdad jurídica de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales provenientes de los pueblos y naciones indígena originario campesinos que gozan de igual jerarquía y legitimidad… (DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 de junio).

Además, el TCP estableció que este tipo de pluralismo se fundamenta en la coexistencia dentro del territorio boliviano de diferentes culturas con diversos sistemas políticos y jurídicos (SCP 0300/2012, FJ III.1, de 18 de junio).

En el Estado Plurinacional de Bolivia, esta diversidad solo puede ser comprendida en el marco de la interculturalidad que asegura una convivencia armónica y dialogada entre los diversos que, tal como ya se señaló, especialmente a partir de los procesos de *restitución y reconstitución* se encuentren en condiciones de igualdad para un diálogo horizontal. Desde esta perspectiva,

> …la interculturalidad asegura que los valores plurales supremos se complementen en una sociedad plural e irradian de contenido todos los actos de la vida social, incluidos aquellos procedimientos o decisiones emanados de los pueblos y naciones indígena originario campesinos (SCP 1422/2012, FJ IV.1, de 24 de septiembre).

Este elemento que sustenta el modelo constitucional boliviano, tal como se desarrolló en el segundo capítulo, es esencial para diferenciar al Estado Plurinacional del Estado Pluricultural, toda vez que la interculturalidad plurinacional tiene fundamento en un pluralismo jurídico de tipo igualitario en el cual la diversidad cultural coexistente —desde sus diversas cosmovisiones, saberes, conocimientos, formas de organización política y

[392] Este criterio esta también desarrollado en las siguientes sentencias: SCP 0177/2013, FJ III.6, de de 22 de febrero; SCP 0041/2014, FJ III.6, de 3 de enero; SCP 1035/2013, FJ III.2, de 27 de junio y en la DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 de junio.

[393] En esta sentencia, el TCP señala que el Estado Plurinacional de Bolivia fue refundado a partir de la Constitución aprobada por Referendo Constitucional de 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero del mismo año. La sentencia añade que esta refundación implica el diseño de un nuevo modelo de Estado, el cual se estructura a partir del «pluralismo» como elemento fundante del mismo.

jurídica, y, para Vivir Bien— dialoga y se complementa sin perder su esencia identitaria en un plano de igualdad jerárquica[394].

De acuerdo a lo anotado, el TCP señaló que la interculturalidad plantea el relacionamiento en equilibrio y armonía entre los diferentes grupos culturales y personas, el cual solo podrá materializarse en la medida en que se propicien medidas descolonizadoras que modifiquen las relaciones de desigualdad y discriminación (SCP 0260/2014, FJ III.1.3, de 12 de febrero)[395].

Únicamente en este escenario, la interculturalidad asegurará —tal como lo afirmó el TCP—, que los valores plurales supremos se complementen en una sociedad plural e irradien de contenido todos los actos de la vida social, incluidos aquellos procedimientos o decisiones emanadas de los pueblos y naciones indígena originaria campesinas (SCP 1422/2012, FJ IV.1, de 24 de septiembre).

En esta perspectiva, corresponde precisar que los diálogos interculturales son herramientas democráticas y plurales destinadas a deconstruir las relaciones de poder en aras de una profunda desjerarquización de la sociedad, perspectiva que se consolidará en tanto y en cuanto se materialice la restitución territorial y la reconstitución de las estructuras, instituciones, formas de vida, saberes y conocimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (SCP 0260/2014, FJ III.1.1 y III.1.4, de 2 de febrero).

Como puede advertirse, desde el constitucionalismo plurinacional y descolonizador la igualdad de las culturas diversas es el escenario esencial para proyectos dialógicos de vida, pues, tal como afirma el TCP, en el Estado Plurinacional conviven en condiciones de igualdad, las naciones y pueblos indígena originario campesinos con sus propias formas y lógicas civilizatorias que confluyen en complementariedad e interculturalidad, en aras a la construcción de una institucionalidad plurinacional descolonizadora, despojada de

---

394 Al respecto, el TCP, a través de la SCP 0037/2013 de 4 de enero, en el FJ III.1, estableció: «…en tanto que la interculturalidad plurinacional se cimienta en la igualdad jurídica de las culturas y se proyecta desde la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que con sus diferentes formas y modos de vida, saberes y conocimientos, valores y realidades se ingresa en un proceso de interrelación recíproca e igualitaria de diversas identidades plurinacionales, que conviven, dialogan y se complementan, conservando su esencia identitaria para el Vivir Bien, es decir, para permitir la reproducción de la vida en armonía y equilibrio».

395 En esta acción de inconstitucionalidad abstracta, el Defensor del Pueblo cuestiona la constitucionalidad del Reglamento para la Convocatoria, Selección y Admisión de Postulantes a las Unidades Académicas de Pregrado de la Universidad Policial «Mcal. Antonio José de Sucre» y el Estatuto Orgánico del Sistema Educativo Policial. De acuerdo a la denuncia, los siguientes requisitos vulnerarían la Constitución Política del Estado: i) Contar con una estatura mínima de 1,70 m para varones y 1,60 m para mujeres; ii) Ser soltero y no tener descendientes, aspecto que debe estar debidamente acreditado con el respectivo certificado de libertad de estado, emitido por el Órgano Electoral Plurinacional; iii) No tener tatuajes, marcas o señales adquiridas en lugares visibles; iv) La necesidad de presentar «antecedentes policiales» de los padres del postulante, relacionados con ilícitos contemplados en las respectivas normas; v) Presentar «antecedentes policiales» del postulante; y, vi) La vulneración del principio de reserva legal, al entender que dichos aspectos no fueron regulados mediante ley formal. El TCP, desde la cláusula de igualdad interpretada interculturalmente y desde el enfoque del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, declaró la inconstitucionalidad de todas las disposiciones cuestionadas.

las lógicas de la colonialidad y bajo un proceso de reconstitución y reencuentro de los propios saberes y conocimientos (SCP 0037/2013, FJ III.1, de 4 de enero).

Esta armonía, respaldada por el andamiaje del constitucionalismo plurinacional, será posible en tanto y en cuanto se consolide la restitución de territorios, estructuras, instituciones, formas de vida, saberes y conocimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Así, esta restitución y reconstitución será la base de un interrelacionamiento en condiciones de igualdad (SCP 0260/2014, FJ III.1.2, de 2 de febrero) [396].

Sin duda alguna, este mecanismo de control tutelar diseñado por la CPE debe ser idóneo y eficaz para consolidar dichos procesos en un contexto de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización; empero, y tal como se verá, dicha herramienta constitucional, por interpretaciones sesgadas y monoculturales del TCP no cumplió con este fin, en particular, en las acciones populares, tal como se verá más adelante.

Se debe precisar, por otra parte, que la doctrina jurisprudencial ha establecido que la descolonización tiene una doble perspectiva: la constitución de una sociedad justa, armoniosa y sin discriminación que elimine las relaciones de subordinación que encarnan la colonialidad del poder en los diferentes ámbitos, entre ellos, el jurídico; y, por otra, la consolidación de las identidades plurinacionales a través de la reconstitución de los pueblos indígenas, con la finalidad de lograr un verdadero equilibrio e igualación en dichas relaciones de poder (SCP 0260/2014, FJ III.1.2, de 12 de febrero).

En este marco, se podrá consolidar la descolonización desde una visión restauradora, para poder así reconstruir y restituir el *saphi*, *qamasa*, *ajayu*, *yatiña*, *luraña* y *atiña* (del mismo *jaqi* del Tawantinsuyo), es decir, según la doctrina jurisprudencial vigente, el volver y retomar el pensamiento desde la diversidad cultural (*ibid.*).

La doctrina jurisprudencial analizada en este acápite evidencia puntos esenciales de coincidencia con los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos descritos en el segundo capítulo, claro que desde una formulación propia del modelo constitucional vigente a partir de un proceso constituyente que respondió a las luchas históricas de los pueblos indígenas descritas en el tercer capítulo. Entonces, lo hasta aquí expuesto, evidencia los rasgos esenciales que desde el modelo constitucional asumido en el Estado Plurinacional de Bolivia por la CPE dan vida al constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

---

[396] De manera textual, esta decisión señala que «…la descolonización, empero, no debe ser entendida únicamente como la eliminación de las relaciones de subordinación respecto a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino desde una concepción más amplia, como la eliminación misma de la jerarquización de las relaciones en todos los ámbitos, pues, lo que es motivo de crítica, es precisamente la lógica de poder que subordina no solo a los indígenas sino también a otros grupos o colectivos que no son aceptados por no enmarcarse bajo los parámetros del sistema».

Este criterio también fue consagrado por la DCP 0001/2013 de 12 de marzo, la cual estableció que la descolonización, en una sociedad plural y con diversidad cultural —como es el caso de Bolivia—, es un proceso destinado a consolidar la reconstitución territorial y la restitución de la cosmovisión de las NPIOC en el marco de principios ético-morales para consolidar el Vivir Bien.

5.- La doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural

Sin duda, las constituciones modernas tienen una vinculación intrínseca con los derechos fundamentales (D'Atena, 2004, pp. 295-296); empero, más allá de esta interdependencia, en el caso boliviano, desde el enfoque del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador descrito en el anterior acápite, se postula una nueva materialidad y sentido plural de los derechos y garantías constituciones para la consolidación del *Suma Qamaña* o Vivir Bien (DCP 0030/2014, FJ III.1, de 28 de mayo).

Este sentido plural de derechos debe ser argumentado, en primer lugar, desde la doctrina del bloque de constitucionalidad para luego brindarle coherencia con la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización en la búsqueda de una construcción plural de derechos y un diálogo entre el Estado Plurinacional tanto con el SIDH como con el SUDH. Este diálogo debe ser realizado no solo en base al principio de universalidad sino también en el marco de un enfoque intercultural y desde una ruptura respecto del paradigma antropocéntrico.

En efecto, la CPE, en el art. 410, consagra el bloque de constitucionalidad[397], como una herramienta destinada al cumplimiento eficaz por parte del Estado Plurinacional de las obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos, las cuales se armonizan con interpretaciones interculturales de derechos de acuerdo a los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador.

Aquí, es preciso diferenciar entre la jerarquía de la CPE y la aplicación preferente de los tratados internacionales referentes a derechos humanos que, por mandato del citado art. 410 de la CPE, forman parte del bloque de constitucionalidad. Este análisis fue realizado por los profesores Tremolada Álvarez y Martínez Dalmau (2014), quienes establecieron que la Constitución democrática es expresión directa de la voluntad constituyente y, por tanto, legitimadora del resto del ordenamiento constituido, por tanto, la legitimidad del derecho internacional de los derechos humanos y su aplicación preferente en el orden interno reside en la Constitución, norma que es jerárquicamente suprema en el ordenamiento (pp. 382-408).

Los autores citados realizan un análisis específico en cuanto al caso boliviano, señalando que

> …la diferenciación entre jerarquía y aplicación está perfectamente delimitada en el texto constitucional, sin que quepa duda alguna sobre la supremacía constitucional, la cual convive sin pasiones, pero tampoco contradicciones, con la primacía del derecho comunitario e incluso la aplicación preferente de los tratados internacio-

[397] El art. 410.II de la CPE señala: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado; 2. Los tratados internacionales; 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena; y 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes».

> nales de derechos humanos cuando prevean supuestos que favorezcan en mayor medida a las personas (*ibid.*).

Luego de reflexionar sobre los alcances de los artículos 13.IV y 256 de la CPE, Tremolada Álvarez y Martínez Dalmau señalan:

> …la Constitución es la única norma que expresa la voluntad del poder constituyente boliviano, por lo que es la única legítima para ordenar el resto del ordenamiento jurídico (…). La Constitución es la fuente primaria de la que nacen las demás normas, y el bloque de constitucionalidad está sometido a esta función constitucional. Los parámetros de interpretación que la propia Constitución establece como prioritarios, esto es, la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto (artículo 196.II), eliminan cualquier duda sobre la distinción constitucional entre jerarquía y aplicación (*ibid.*).

Hecha esta aclaración entre los términos «jerarquía constitucional» y «aplicación directa», corresponde ahora señalar que, en absoluta coherencia con la CPE, el bloque de constitucionalidad está conformado por disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, que, aunque estén fuera del texto de la Constitución documental, por decisión de la Constitución y/o de los tribunales, forman parte de ella[398].

La CPE, en el art. 410, tal como ya se señaló, consagra la voluntad constituyente de integrar al orden constitucional tratados internacionales referentes a derechos humanos para consolidar así una aplicación preferente acorde con los principios de favorabilidad, progresividad y prohibición de regresividad que se configuran como pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos y que serán abordadas con mayor precisión en este acápite.

---

[398] La doctrina del bloque de constitucionalidad y su abordaje desde el enfoque intercultural han sido desarrollados en el «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario» (Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurincional de Bolivia, 2017, pp. 2-3). La doctrina del bloque de constitucionalidad, aunque no en un contexto de plurinacionalidad, fue también consagrada por el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 1994. Así lo evidencia, entre otras, la Sentencia Constitucional 1420/2004-R de 6 de septiembre, que emergió de una acción de amparo constitucional a través de la cual se denunciaron allanamientos arbitrarios carentes de motivación a oficinas de la empresa accionante. El Tribunal Constitucional concede la tutela pedida y fundamenta su decisión en el derecho a la intimidad o privacidad consagrado en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este marco, el FJ III.1.1. de la referida sentencia señaló: «…conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución…». Con anterioridad, en la Sentencia Constitucional 0019/2003 de 18 de febrero, el Tribunal Constitucional determinó: «…tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionaldiad, no se limitan a proclamar el conjunto de los derechos, libertades y garantías de los seres humanos». Del mismo modo, la Sentencia Constitucional 1662/2003-R de 17 de noviembre, asumió la doctrina del bloque de constitucionalidad.

En este contexto, luego de la vigencia de la nueva CPE, el Tribunal Constitucional que funcionó en el periodo de transición constitucional, es decir desde 2010 hasta 2011, desarrolló la *doctrina del bloque de constitucionalidad*, a través de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo, la cual, en el FJ III.3, estableció que no solo los tratados internacionales referentes a derechos humanos forman parte del bloque, sino también las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte CIDH) [399]. Asimismo, en esta sentencia se resaltó el valor axiológico del bloque de constitucionalidad al establecerse que los principios y valores plurales forman parte de dicho aspecto, interpretación esencial para un enfoque intercultural, tal como se precisará más adelante.

Esta doctrina del bloque de constitucionalidad, a la luz de los principios de favorabilidad, progresividad y no regresividad, no solo debe circunscribirse a entendimientos de la Corte CIDH, sino a cualquier estándar internacional de protección a derechos como jurisprudencia de órganos supraestatales de protección a derechos, normas no convencionales como declaraciones, principios y reglas que —desde la lógica de la costumbre internacional y los principios como fuente directa de derecho internacional de los derechos humanos— deben formar parte de este bloque de constitucionalidad [400].

Además, de un modo consistente con el principio de progresividad, el máximo contralor de constitucionalidad —como parámetro interpretativo del bloque de constitucionalidad— incorpora las reglas, principios y directrices emanadas del derecho internacional de los derechos humanos:

> Estos instrumentos internacionales tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política del Estado, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas. En ese sentido, todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías (SC 0061/2010-R, FJ III.4.2, de 27 de abril).

[399] Luego de la vigencia de la nueva CPE, el Tribunal Constitucional asumió la doctrina del bloque de constitucionalidad en la Sentencia Constitucional 0110/2010-R de 10 de mayo, resolución que resolvió una acción de amparo constitucional en la cual los accionantes cuestionaron la determinación de los vocales de la Sala Penal del Distrito Judicial de Santa Cruz que denegaron la solicitud de extinción del proceso por duración máxima a personas acusadas de desapariciones forzadas en la época de la dictadura militar de Banzer. El Tribunal Constitucional confirmó la resolución de las autoridades demandadas y denegó la tutela alegando que la Corte CIDH determinó la responsabilidad internacional de Bolivia en el caso por el cual se investigaba a los accionantes. Por tanto, considerando que en mérito a la doctrina del bloque de constitucionalidad las sentencias de esta instancia forman parte del mismo, sus mandatos deben ser aplicados con preferencia a la normativa interna que establece la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso.

[400] Este aspecto se encuentra desarrollado en el «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario» (Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurincional de Bolivia, 2017, pp. 2-3).

En el contexto descrito —y en coherencia con la doctrina del bloque de constitucionalidad— la Corte CIDH ha señalado lo siguiente:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (OC-16/99 de 1 de octubre, párr. 115).

En armonía con la visión del bloque de constitucionalidad, la doctrina jurisprudencial desarrollada por el TCP no solo comparte las bases del nuevo modelo de Estado, sino que, además, desarrolla los fundamentos del principio de constitucionalidad, superando el principio de supremacía constitucional para que así irradie en todo el ordenamiento plural no solo los preceptos constitucionales, sino también las normas, principios y valores del bloque de constitucionalidad (SCP, 0112/2012, FJ III.1.1, de 27 de abril).

Es por ello que, de acuerdo al TCP, el bloque de constitucionalidad debe tener un enfoque intercultural puesto que su aplicación directa está sujeta a un enfoque intercultural a partir de principios y valores plurales (SC 0110/2010, FJ III.2 de 10 de mayo), los cuales, a través de los diálogos interculturales o interjurisdiccionales, en el marco del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, están destinados a construir pluralmente derechos mediante procesos de traducción y entendimiento que consideren la voz de los históricamente oprimidos.

De acuerdo a lo señalado, la CPE se circunscribe al modelo axiológico de Constitución como norma (SCP 0112/2012, FJ III.1.1, de 27 de abril); por tanto, este carácter genera la obligatoriedad y transversalidad de los principios y valores plurales como criterio orientador del poder público y de la convivencia social en el marco de la diversidad cultural (*ibid.*: FJ III.1.2).

De manera específica, el referido entendimiento jurisprudencial abordó los principios ético-morales de la sociedad plural, como ser el *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (Vivir Bien), ñandereko (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj* ñan (camino o vida noble), todos consagrados por el art. 8.1 de la CPE. En ese contexto, la sentencia referida estableció que dichos principios, antes de ser incorporados a la Constitución, tenían valor únicamente para el derecho indígena, pero que, desde su reconocimiento constitucional, tienen carácter normativo y, por tanto, comparten la eficacia propia de la Constitución, lo que implica que los mismos no son meras declaraciones retóricas, siendo transversales tanto al poder público como a los particulares, y, con mayor razón, a todos los jueces de la pluralidad de las jurisdicciones (*ibid.*: FJ III.1.2.1).

Lo referido precedentemente implica que el sentido plural de los derechos y garantías constituciones para la consolidación del *Suma Qamaña* o Vivir Bien se fundamenta en el bloque de constitucionalidad, cuyo alcance axiológico comprende principios y valores

plurales esenciales que deben ser materializados en sociedades plurinacionales basadas en la interculturalidad.

Esto implica que la doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural garantiza la confluencia armónica de los estándares internacionales de protección a derechos con los principios y valores plurales para una construcción plural de derechos en aras a un consenso intercultural propio de un constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Así, los derechos no solo son recibidos, verticalmente, por parte de los Estados miembros tanto del Sistema Interamericano como por parte del Sistema Universal de protección a derechos, sino que también se construyen desde la diversidad cultural, lo que genera *consensos interculturales* que también, en el marco de la progresividad, deben ser recibidos por la Corte CIDH, así como por otros órganos de protección supraestatal como el Comité de Derechos Humanos, entre otros [401].

En conclusión, la doctrina del bloque de constitucionalidad con enfoque de interculturalidad es otra arista importante del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural y está orientada hacia la vigencia de un Estado Convencional y Comunitario de Derecho (Olano García, 2016, pp. 61-94).

6.- La aplicación directa de derechos y la interpretación conforme en el Estado Plurinacional de Bolivia

El art. 109 de la CPE consagra el principio de aplicación directa de derechos [402], mandato en virtud del cual los derechos interpretados en conformidad con *el bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural, para* Vivir Bien, deben ser materializados directamente a través de la labor de argumentación jurídica por las autoridades de las diversas jurisdicciones, por toda servidora o servidor público y por el contralor de constitucionalidad (SCP 1617/2013, FJ III.1, de 4 de octubre).

En estricta congruencia con lo afirmado, el principio de aplicación directa de derechos consagrado en el art. 109.I de la CPE, conlleva, especialmente para las autoridades jurisdiccionales, una labor de interpretación conforme al bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural, para poder así cumplir con el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional. Con este propósito, el constituyente diseñó las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, las cuales, para efectos de aplicación directa, deberán ser cumplidas por autoridades de la jurisdicción ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina, jueces y tribunales de garantías, magistradas y magistrados del TCP y por toda servidora o servidor público. En este marco, el TCP estableció que

[401] Esta temática debe ser abordada desde una construcción dialógica multinivel que supere toda lógica de hegemonía o verticalidad entre Cortes y Tribunales (Attard, 2016, pp. 1-27).

[402] El art. 109.1 de la CPE establece: «Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección».

> …la directa aplicabilidad implica un cambio esencial en el rol de las autoridades jurisdiccionales, ya que éstas deben aplicar y garantizar la eficacia máxima de los derechos insertos en el bloque de constitucionalidad, para lo cual, las autoridades jurisdiccionales, deben utilizar un criterio esencial de interpretación denominado '*interpretación desde y conforme al bloque de constitucionalidad*' (SCP 1122/2017, FJ III.2, de 12 de octubre).

De acuerdo a lo señalado, en caso de existir una ley expresa, sea ésta formal o material, la autoridad jurisdiccional —como primer garante y celador del respeto a los derechos fundamentales— debe velar porque el tenor literal de la norma esté conforme con el contenido material de la parte dogmática de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, en el marco de un enfoque intercultural; caso contrario, a través de los criterios de interpretación basados en los principios pro persona, favoris débilis, *pro actione*, *pro libertatis*, pro justicia social, pro pueblos indígenas, pro natura, entre otros, debe asegurar la eficacia máxima de los derechos fundamentales.

En el contexto citado, la referida sentencia estableció que el principio de aplicación directa implica un cambio de roles de los jueces, cuya labor, en un escenario iuspositivista, se limitaba a una interpretación exegética, merced al método de la subsunción; de manera que los jueces ordinarios y autoridades administrativas no estaban facultados a realizar ningún juicio de valor ni siquiera vinculado a la compatibilidad de la norma con los Derechos Fundamentales; en cambio —afirma el Tribunal—, en el contexto de los postulados del Estado Constitucional de Derecho, las autoridades jurisdiccionales son las primeras garantes del respeto a los derechos fundamentales y deben aplicarlos directamente, en el marco de pautas específicas de interpretación y de acuerdo a una coherente argumentación jurídica (SCP 1122/2017, FJ III.2, de 12 de octubre).

Las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos se encuentran reconocidas en los artículo 8, 9, 13.I, 13.IV, 14 y 256 de la Constitución, las cuales, a su vez, son interdependientes del art. 410 [403]. La finalidad de las pautas constitucionalizadas de interpretación es brindar una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad para el desarrollo y materialización de derechos en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en plena armonía con el *corpus iure* del derecho internacional de los derechos humanos [404]; y, también, para realizar interpretaciones con enfoque intercultural

[403] El art. 13.I contiene, explícitamente, el principio de progresividad e, implícitamente, el principio de prohibición de regresividad y la interpretación evolutiva de derechos. Asimismo, es la fuente constitucional del principio *pacta sunt servanda*. El art. 13.IV es la fuente constitucional de la *interpretación conforme* y del control de convencionalidad. El 14.1 contiene los criterios prohibidos de discriminación; y el 256 consagra el principio de favorabilidad. El art. 410 establece el bloque de constitucionalidad, el cual, tal como se señaló, fue interpretado por el Tribunal Constitucional a través de la SC 0110/2010-R de 10 de mayo.

[404] Al respecto, la Corte CIDH, en la Opinión Consultiva OC 24/17 señaló: «…al respecto, corresponde precisar que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven

que superen el principio de universalidad de derechos. Por su importancia, estas pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos —que debe ser aplicadas a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador— serán desarrolladas en los siguientes acápites.

6.1.- Los principios de progresividad y prohibición de regresividad desde el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador

La progresividad y la prohibición de regresividad son principios de derecho internacional de los derechos humanos que, por decisión de la voluntad constituyente, fueron consignados en la CPE como pautas de interpretación. En efecto, en su tenor literal, el art. 13.1 de la CPE invoca la progresividad de los derechos [405], por lo que, en el marco de una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, se establece que esta pauta de interpretación no solo contiene el principio de progresividad, sino también el de prohibición de regresividad y la interpretación evolutiva.

El principio de progresividad asegura que los derechos, en cuanto a su desarrollo normativo, jurisprudencial o en el diseño de políticas públicas, deben ser concebidos de manera continua, considerando siempre los estándares más altos, tanto internos como internacionales, para una mayor efectividad en el pleno goce de los mismos («Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario»,Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2017, p. 9).

Este principio es interdependiente con respecto del de prohibición de regresividad, en virtud del cual los derechos consagrados en estándares internos o internacionales no pueden ser posteriormente desconocidos por el legislador ni por los jueces o autoridades a quienes se encomiende su interpretación (*ibid.*) [406].

Desde esta perspectiva jurisprudencial, Abramovich y Courtis (2002) consideran una medida regresiva es justificable únicamente cuando el Estado pruebe que: a) la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance,

como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente» (párr. 60).

[405] El artículo 13.I de la CPE señala: «Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos».

[406] Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-503/14, estableció que la regresividad se plasma en actos estatales que disminuyen o desvían los recursos públicos invertidos para la eficacia de un derecho; también, de acuerdo a esta sentencia, este principio se ve afectado cuando se aumenta significativamente el costo para acceder a un servicio necesario para garantizar un derecho, especialmente en el caso de las personas de escasos recursos; esta Corte establece también que se afecta este principio cuando se incrementan los requisitos para la satisfacción del respectivo derecho (Vázquez, 2018, p. 165).

En el campo de la argumentación jurídica, los principios de progresividad y prohibición de regresividad han generado herramientas como la inversión de la carga de la prueba; por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia SU-225/98 para efectos de valoración ha establecido en el marco del principio de equidad la inversión de la carga de la prueba para el Estado. Esta inversión de la carga de la prueba, para efectos de verificación del cumplimiento del principio de progresividad y prohibición de regresividad, fue también establecida por la Corte Suprema Mexicana en la resolución 378/2014.

teniendo en cuenta la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y b) que ha empleado todos los recursos de que dispone, y que aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto (pp. 109-110).

Por otra parte, el TCP, en cuanto al principio de progresividad señaló:

> El principio de progresividad concretamente establece la responsabilidad para el Estado Boliviano, de no desconocer los logros y el desarrollo alcanzado en materia de derechos humanos en cuanto a la ampliación en número, desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos jurisdiccionales para su protección, en el afán de buscar el progreso constante del derecho internacional de derechos humanos que se inserta en nuestro sistema jurídico a través del bloque de constitucionalidad (art. 410.II de la CPE) (SPC 2491/2012, FJ III.1, de 3 de diciembre) [407].

Es importante recalcar, por otra parte, como parte del análisis comparado de jurisprudencia, la definición que en relación a la progresividad y prohibición de regresividad ha desarrollado la Corte Constitucional de Colombia. En este marco, a través de la Sentencia T-025/04, referente al Estado de cosas inconstitucionales en relación a los desplazados víctimas de la violencia civil en Colombia (la cual fue analizada en el capítulo segundo), la Corte desarrolló una importante doctrina jurisprudencial en cuanto a estos dos principios al señalar lo siguiente:

> Se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar e implementar las políticas, programas o medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población —en aplicación de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado 'cláusula de erradicación de las injusticias presentes'—. Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos [408].

En coherencia con lo anotado, en la misma sentencia, la Corte ha establecido que

> …el mandato de progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por

[407] Los principios de progresividad y prohibición de regresividad fueron desarrollados por el TCP en las sentencias SCP 2491/2012 de 3 de diciembre y SCP1617/2013 de 4 de octubre, entre otras.

[408] Ver la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional de Colombia.

> ello está sometido a un control juridicial estricto. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional [409].

Por su parte, la Corte CIDH, en el marco de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, adoptó la técnica de interpretación evolutiva en mérito de la cual, los derechos no pueden interpretarse únicamente en virtud a un contexto interno, sino de acuerdo a su avance tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como de los tiempos:

> El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (CIDH, OC-16/99, 1999, párr. 115).

También, la Corte CIDH recurrió a la interpretación evolutiva para interpretar extensivamente el art. 21 de la Convención y garantizar no solo la propiedad privada, sino también la propiedad comunal:

> …esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del art. 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inc. tercero del artículo 31 de dicha Convención) (Caso Awas Tingni vs Nicaragua, 2001, párr. 126).

Desde esta perspectiva, la Corte CIDH afirmó que

> En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio N.° 169 de la OIT, para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano de los Derechos Humanos (*ibid.*: párr. 127) [410].

---

[409] La Corte Constitucional de Colombia consagró también este principio en la sentencia C-372/11 a través de la cual estableció que «la obligación del Estado de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, para lograr gradual, sucesiva, paulatina y crecientemente la plena efectividad de los DESC reconocidos por los Estados. Esta progresividad en la satisfacción de los derechos implica para el Estado tanto apropiar el máximo de sus recursos como adoptar las medidas legislativas y de otro tipo para lograr su efectivo disfrute» (Vázquez, 2018, pp. 159-160).

[410] En este caso, la Corte CIDH concluyó afirmando lo siguiente: «…mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el art. 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, esta Corte considera que el artículo 21 de la

Desde la perspectiva de los principios de progresividad y prohibición de regresividad, es importante señalar, también, que el TCP, amparado en dichos principios, desarrolló a través de la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, la doctrina del *estándar jurisprudencial más alto*, la cual se configura como una verdadera garantía para las personas y colectividades, ya que evita que el TCP desarrolle líneas jurisprudenciales que impliquen regresividad en derechos ya reconocidos.

El estándar jurisprudencial más alto en jurisprudencia constitucional está directamente conectado con el *precedente en vigor*, el cual será fuente directa de derecho y, por ende, tendrá carácter vinculante no por un criterio de temporalidad, sino en base a criterios de favorabilidad y progresividad, lo que significa que el precedente en vigor en una línea jurisprudencial determinada no es necesariamente el último, sino aquel que haya desarrollado el entendimiento de manera más favorable y progresiva, tal y como determinó el TCP:

> Nos referimos, con la expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional, para resaltar aquella o aquellas decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constituciones previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de Constitucionalidad. El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional, es a través de un examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquél que resulte de dicha comparación… (SCP 2233/2013, FJ III.3, de 16 de diciembre).

En el contexto descrito, la citada sentencia estableció que las autoridades jurisdiccionales, en caso de contar con dos sentencias constitucionales contradictorias, deberán elegir, de acuerdo a las particularidades de cada caso, el entendimiento que tutele de manera más adecuada los derechos fundamentales que llega a ser el estándar más alto (*ibid.*).

Además, este precedente en vigor establece que «…de existir diversos entendimientos jurisprudenciales no antagónicos sino progresivos los mismos deben armonizarse para la resolución más adecuada del caso en atención a los derechos fundamentales obteniéndose vía integración de jurisprudencia el estándar más alto» (*ibid.*).

Lo anotado precedentemente se sostiene en el criterio de *favorabilidad* y no así en el de *temporalidad*, en la aplicación e invocación del precedente en vigor, aspecto que, como se dijo, tiene fundamento en los principios de progresividad y prohibición de regresividad consagrados por el art. 13.I de la CPE. Esta doctrina, sin duda, será esencial para el análisis dinámico de jurisprudencia en cuanto a la acción popular (ver el siguiente capítulo).

Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicargua» (párr. 148).

En síntesis, desde el modelo constitucional boliviano y de acuerdo al constitucionalismo plurinacional intercultural y descolonizador, los principios de progresividad, prohibición de regresividad, así como la interpretación evolutiva tienen una gran trascendencia y compatibilidad con el enfoque intercultural, por lo que no solo las interpretaciones de derechos realizadas en el marco del avance del derecho internacional de los derechos humanos marcan la progresividad de los mismos, sino también los consensos interculturales que emerjan de construcciones plurales de derechos realizadas a partir de pautas interculturales de interpretación que serán explicadas de manera específica más adelante.

6.2.- La interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y el ejercicio del control de convencionalidad desde un enfoque intercultural

El artículo 13.IV de la CPE es otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos en el modelo constitucional boliviano:

> Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

La citada disposición constitucional es una pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que se configura como la fuente constitucional de la interpretación conforme al bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad. Esta pauta constitucional —que consagra la doctrina del control de convencionalidad— «implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones» (García Ramírez y Morales Sánchez, 2013, p. 621). Además, según Bazán (2014), «puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales» (p. 296), para que así se cumplan los compromisios internacionales contraídos por los Estados (Nash Rojas, 2013, pp. 498-509) [411].

Entonces, el control de convencionalidad, desde el SIDH, ha sido concebido

> …como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes de efectuar no solo un control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de

[411] García Belaúnde y Palomino Manchego (2013) señalan que el control de convencionalidad «entraña la aplicación del orden supranacional, aceptado por cada país y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden. Representa, además, congruencia con un propósito innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pero no podría (o no debería) conducir a un activismo desenfrenado. Así las cosas, el control de convencionalidad no dispersa ni atomiza, sino que reúne y sistematiza (aunque algunos consideren que puede darse una fragmentación jurisprudencial). En su propia vertiente, el control de convencionalidad se halla al servicio de la justicia y de la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia, ni de inseguridad general o particular, sino que debe aplicarse con prudencia» (pp. 146-167).

> su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos […] y los estándares desarrollados por la jurisprudencia (*ibid.*).

La doctrina del control de convencionalidad fue desarrollada por la jurisprudencia de la Corte CIDH como una técnica hermenéutica destinada a garantizar la interpretación *conforme* al *corpus jure* internacional de derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad en el marco de los dos fundamentos que la sustenta: El efecto útil de las obligaciones internacionales, las cuales deben ser cumplidas por los Estados de buena fe; y, la prohibición de alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Olano García, 2016, pp. 61-94) [412].

La doctrina del *control de convencionalidad* en la Corte CIDH se remonta al voto aclaratorio del magistrado Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang vs Guatemala quien, de manera textual, señaló:

> No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte IDH solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del Control de Convencionalidad (caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, 2003, voto aclaratorio, párr. 27) [413].

Después del voto razonado del juez García Ramírez, la Corte CIDH desarrolló en su jurisprudencia esta doctrina en el caso Almonacid Arellano vs Chile, de 26 de septiembre de 2006:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican

---

412 Bazán (2014) precisa que, en virtud de la tesis del efecto útil, los instrumentos convencionales no quedan mermados o anulados por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y al fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección a derechos humanos (p. 296).

413 Antes de este voto razonado, la Corte IDH, en la OC 14/94 de 9 de diciembre, ya desarrolló el efecto útil de la convención, que es el fundamento de la doctrina del control de convencionalidad. En esta opinión señaló: «Según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia (…) Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969».

en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006, párr. 124).

En este marco, la Corte invocó el art. 27 de la Convención de Viena y señaló que «según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser acatadas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno» (*ibid.*: párr. 125).

Posteriormente, en el caso Trabajadores cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs Perú, la Corte CIDH moduló la línea jurisprudencial sobre la doctrina del control de convencionalidad, es decir, determinó una nueva regla jurisprudencial al establecer que este control debía realizarse *ex officio*:

> Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* [«en virtud de su oficio»] entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (caso Trabajadores cesados del Congreso vs Perú, 2006, párr. 128).

Es importante establecer, por otra parte, las etapas de esta doctrina en cuanto a los sujetos encargados de ejercer control de convencionalidad en los Estados miembros del SIDH. En este contexto, Bazán (2012) identifica una primera etapa relacionada con el caso Almonacid Arellano vs Chile, en la cual el Poder Judicial debía ejercer control de convencionalidad (p. 12 y ss.).

En una segunda etapa, que se vislumbra desde la jurisprudencia establecida en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, la Corte CIDH hace referencia a los Órganos del Poder Judicial (*ibid.*). La tercera etapa se inaugura a partir del caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, en el cual la Corte CIDH establece que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deberán ejercer control de convencionalidad (*ibid.*). Finalmente, la cuarta etapa se inaugura con el caso Gelman vs Uruguay, en el cual la Corte establece que cualquier autoridad pública —y no solamente el Poder Judicial— deben ejercer control de convencionalidad (*ibid.*) [414].

[414] La Corte CIDH, en el caso Gelman vs Uruguay (2011) estableció: «Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y ór-

En base a lo señalado, siguiendo a Álvarez Ledesma y Cippitani (2013), puede sustentarse la existencia de tres elementos del control de convencionalidad:

> a) se crea la obligación jurídica a los jueces de velar por la vigencia de la Convención inaplicando leyes que, siendo constitucionales, la puedan contravenir; b) el parámetro de control no solo serán las disposiciones convencionales sino también las interpretaciones que de las mismas haya presentado la Corte CIDH en su jurisprudencia; c) el objeto de control es referido como 'las normas internas', las cuales no solo se limitan a las leyes sino que abarcan toda decisión normativa, incluso la Constitución misma (p. 84).

La jurisprudencia citada, tal como lo estableció la SC 0110/2010-R, forma parte del bloque de constitucionalidad por lo que la interpretación *conforme* establecida en el artículo 13.IV de la Constitución debe ser realizada, especialmente por las autoridades judiciales y también las administrativas, en consonancia con los estándares citados.

Además, es importante señalar que la doctrina del control de convencionalidad está directamente vinculada con el cumplimiento de buena fe por parte de los Estados Partes de sus obligaciones internacionales. De acuerdo a lo anotado, la Corte CIDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), estableció que del art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se derivan dos obligaciones internacionales para los Estados: la de *respetar* derechos y la de *garantizarlos*, obligaciones que son interdependientes a los derechos sustantivos consagrados en la Convención (párr. 164) [415].

---

ganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana». Además, agregró: «La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (*supra*, párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial» (párr. 239).

[415] En este caso, la Corte IDH señaló: «El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención».Además, precisó: «La Comisión no señaló de manera expresa la violación del artículo 1.1 de la Convención, pero ello no impide que sea aplicado por esta Corte, debido a que dicho precepto constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos reconocidos por la Convención y porque sería aplicable, de todos modos, en virtud de un principio general

La Corte IDH señaló también que las obligaciones de respeto y garantía a derechos, además son interdependientes a la garantía de prohibición de discriminación[416]. Desde la visión anotada, la obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifieste el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988, párr. 166)[417].

Gros Espiell (2009) define la obligación de *respeto* como aquella atribuida al Estado y a todos sus agentes de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención (p. 64)[418].

Por su parte, la obligación de garantía implica, para los Estados miembros, el deber de asumir todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir a fin de que las personas y colectividades disfruten de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988, párr. 34), para este fin, deben prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier vulneración de derechos consagrados en la Convención (*ibid.*: párrs. 167, 166, 175 y 177).

Al margen de las obligaciones generales de respeto y garantía, la Corte CIDH ha consagrado deberes especiales para los Estados al señalar lo siguiente:

> …de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre (Caso Vélez Loor vs Panamá, 2010, párr. 98).

Entre estas obligaciones especiales, por ejemplo, figuran el deber especial de prevención frente a la violencia estructural contra la mujer (caso Campo Algodonero vs México,

---

de Derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente (párr. 162).

416 En la OC 24/17 (2017) la Corte señaló: «En este sentido, la Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos «sin discriminación alguna». Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es, *per se*, incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, mediante cualquier trato diferente que pueda resultar discriminatorio, es decir, que no persiga finalidades legítimas, sea innecesario y/o desproporcionado, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación» (párr. 63).

417 La Corte CIDH, en la OC-6/83 (1986), desarrolló también la obligación de garantía (párr. 21).

418 En la mima línea de pensamiento, Nash Rojas (2009) afirma que el contenido de la obligación estará definido a partir del derecho o libertad concreto (p. 30).

2009, párrs. 252 y 258) [419]; el deber reforzado de investigación en relación a personas expuestas a un contexto de violencia (caso Cepeda Vargas vs Colombia, 2010, párrs. 100 y 101); el deber especial de la búsqueda de la verdad (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988, párr. 177); y el deber de analizar patrones sistemáticos de violaciones a derechos (caso de la Masacre de la Rochela vs Colombia, 2007, párr. 156).

Asimismo, existen obligaciones especiales como el deber de protección reforzada por condición personal o situación específica en que se encuentre la víctima (caso Campo Algodonero vs México, 2009, párrs. 252 y 256, y caso de la Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 2006, párr. 154). También se genera el deber especial de protección reforzada a niñas, niños y adolescentes (OC-17/02, de 28 de agosto, párr. 56, 57 y 60).

También existe el deber especial de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos (caso Masacre de Pueblo Bello vs Colombia, 2006, párr. 123); o en casos de pueblos indígenas, la obligación especial de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos (caso Comunidad Indígena Xákmok Kádsek vs Paraguay, 2010, párr. 250).

Asimismo, existen las obligaciones de protección eficaz a pueblos indígenas que no se agota con previsiones normativas (caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay, 2005, párr. 63) [420]; y las obligaciones de adoptar medidas de prevención frente a casos de violaciones graves de derechos (caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 1988, párr. 271).

Lo descrito precedentemente evidencia que la doctrina del control de convencionalidad es una herramienta hermenéutica eficaz para logar el cumplimiento de obligaciones generales de respeto y garantía a derechos y también para las obligaciones específicas que se generan por la particular situación de las personas o colectividades. Estos deberes,

---

[419] En este caso, la Corte IDH señaló: «La Corte ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado» (párr. 252). También estableció: «De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y, a la vez, fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención» (párr. 258).

[420] En este caso, la Corte IDH señaló: «En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (*supra*, párr. 51)» (párr. 63).

consistentes con el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizante, tienen fundamento en la pauta contenida en el artículo 13.IV de la CPE.

En coherencia con lo señalado, para cumplir las obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos, en especial las autoridades judiciales —y también las administrativas—, deberán ejercer control de convencionalidad cuando verifiquen que existe una norma convencional o un estándar internacional más favorable. En este marco, el control de convencionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia se ejerce de dos formas: a través de la interpretación conforme que en un caso concreto puede realizar cualquier autoridad jurisdiccional o administrativa mediante el método de aplicación preferente; o, a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta (desarrollada más adelante) [421].

El TCP, desde el modelo constitucional boliviano y a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural, muchas veces recurrió a la técnica del control de convencionalidad, por ejemplo, en la SCP 1905/2013 de 29 de octubre, en cuanto a la figura del *solvens et repete* para concluir que la exigencia de cancelar una suma previa para la tramitación de un mecanismo administrativo de impugnación es contraria al bloque de constitucionalidad, por lo que aplicó directamente los estándares internacionales en cuanto al acceso a la justicia y declaró la inconstitucionalidad de la norma cuya constitucionalidad se cuestionó [422].

También, el TCP ha resaltado la importancia de interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos cuando éstos declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. En este marco, el precedente constitucional citado, al amparo de la jurisprudencia sentada por la Corte CIDH en el caso Trabajadores cesados del congreso vs Perú, estableció que la obligación de compatibilidad se extiende, además, al contraste *de oficio* del derecho con la interpretación que de él realice la Corte CIDH (SCP 0020/2013, FJ III.2, de 4 de enero).

En temas de pueblos indígenas, es importante resaltar que el TCP, en una acción de inconstitucionalidad concreta, ejerció control de convencionalidad y aplicó directamente el art. 1.1 del Convenio 169 y estándares de la Corte CIDH que establecen la autoiden-

[421] También se ejercerá control de convencionalidad en otros procedimientos constitucionales que serán descritos más adelante en el marco del Sistema Plural de Control de Constitucionalidad.

[422] En este caso se demandó la inconstitucionalidad del art. 1.II de la Resolución Regulatoria 01-00012-11 de 17 de octubre que incorporó el art. 54 a la Resolución Regulatoria 01-00005-11 de 10 de junio, emitidas por la Autoridad de Fiscalización y Control Social del Juego. En la referida resolución se condicionó la activación de mecanismos administrativos de impugnación al pago previo de la sanción impuesta. El TCP estableció: «…la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al derecho de acceso a la justicia, también aplicable al ámbito administrativo, ha establecido que cualquier medida que impida o dificulte a hacer uso de los medios de impugnación, constituye una violación al derecho de acceso a la justicia […] Entonces, de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad —de conformidad al entendimiento asumido por la SC110/2010-R— y que, además deben ser observados por los jueces y tribunales de justicia, más aún por el máximo tribunal de justicia constitucional (control de convencionalidad), se llega a la conclusión que la exigencia de cancelar previamente la sanción impuesta para hacer efectivo el derecho a recurrir y el acceso a la justicia, constituyen una violación a dichos derechos; y, en consecuencia, al derecho-garantía del debido proceso» (SCP1905/2013, FJ III.4, de 29 de octubre).

tificación como criterio de identificación de pueblos indígenas. Por ello, declaró inconstitucional el presupuesto «Personalidad jurídica» previsto en los artículos 357 inc. a) y 396.II del DS 29215 de 2 de agosto de 2007, para que en las titulaciones colectivas de tierras no se exija la personería jurídica, sino se aplique el criterio de autoidentificación consagrado en el bloque de constitucionalidad (SCP 0006/2016, FJ III.3, de 14 de enero).

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, al amparo de las pautas constitucionalizadas plasmadas en los arts. 13 y 256 de la CPE, ejerció también control de convencionalidad y garantizó este derecho a las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este marco, la referida sentencia sustentó su fundamentación en la interpetación *pro homine* y en la interpretación *conforme*:

> En virtud a la primera [interpretación *pro homine*], los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión —ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad— y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCP 0487/2014, FJ III.2, de 25 de febrero).

La citada sentencia tiene una gran relevancia porque no solo desarrolla la doctrina del control de convencionalidad, sino que resalta la labor de las autoridades jurisdiccionales en esta tarea:

> …es evidente que al momento de aplicar las leyes, los jueces y tribunales tienen la obligación de analizar la compatibilidad de la disposición legal no solo con la Constitución Política del Estado, sino también, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a efectuar el control de convencionalidad a efectos de determinar si esa disposición legal es compatible o no con los convenios y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de ellas hubiera realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ambos casos, los jueces y tribunales están obligados a interpretar la disposición legal desde y conforme a las normas de la Ley Fundamental y las normas contenidas en Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y, cuando dicha interpretación no es posible, formular, de oficio, la acción de inconstitucionalidad concreta (*ibid.*).

También en este caso, el TCP, siguiendo los estándares de la Corte IDH, estableció que en el ejercicio del control de convencionalidad las autoridades jurisdiccionales deben considerar «…no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (*ibid.*), criterio absolutamente armonioso al entendimiento desarrollado por la SC 0110/2010-R que ya fue invocada en este trabajo.

De la misma forma, en base a los estándares internacionales, el TCP, en la SCP 0487/2014, estableció que no solo las autoridades judiciales, sino que

> …todas las autoridades, pero sobre todo los jueces, están obligados a analizar si las disposiciones legales que aplicarán son compatibles con los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos e, inclusive, con la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ibid.*).

En este contexto, la citada SCP 0487/2014 de 25 de febrero, resalta y vincula los principios de *constitucionalidad* y de *convencionalidad*, los cuales

> …exigen a las autoridades interpretar las normas desde y conforme a la Constitución Política del Estado y a las normas del bloque de constitucionalidad, precautelando el respeto a los derechos fundamentales y garantías constitucionales, las cuales, conforme se ha visto, tienen una posición privilegiada en nuestro sistema constitucional (*ibid.*).

Desde la perspectiva anotada, el TCP concluye:

> Los jueces y tribunales […], en virtud a las características de imparcialidad, independencia y competencia, como elementos de la garantía del juez natural, son quienes deben efectuar un verdadero control de convencionalidad, garantizando el efectivo goce de los derechos y las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad… (*ibid.*).

En cuanto a derechos de las mujeres, el TCP concedió una acción de amparo constitucional en aplicación directa de los arts. 3 y 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante, Convención Belém do Pará); asimismo, en ejercicio del control de convencionalidad, en este caso, aplicó los estándares contenidos en el caso Campo Algodonero vs México (SCP 0033/2013 FJ III.2, de 4 de enero).

En base a la aplicación directa de estos preceptos del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, el TCP concluyó estableciendo que los fiscales deben actuar con la *debida diligencia* en casos de violencia contra la mujer[423]. En este marco, la citada sentencia resalta la obligación internacional asumida por el Estado Plurinacional de Bolivia para atender casos de violencia en razón de género (*ibid.*: FJ III.3.3).

[423] En el caso concreto, se dispuso medidas de protección para la víctima, aspecto relevante toda vez que la misa fue pronunciada antes de la vigencia de la Ley 348 del Sistema de Protección Integral contra la violencia hacia las mujeres.

Posteriormente, el TCP, en ejercicio del control de convencionalidad, aplicó directamente la Convención Belém do Pará e importantes estándares interamericanos en cuanto a violencia en razón de género y desarrolló el deber de la debida diligencia que obliga al Estado a prevenir, investigar con perspectiva de género, sancionar y reparar integralmente daños a víctimas de violencia en razón de género (SCP 0017/2019-S2, FJ III.1, de 13 de marzo).

Por otra parte, el TCP también ejerció control de convencionalidad en cuanto a la *doctrina de reparación integral de daños* asumida por la Corte CIDH. Así, a través de una acción de libertad *conexa* se revocó la decisión de la jueza de garantías y se concedió la tutela por afectarse el derecho de una adolescente a una vida libre de violencia vinculado con el derecho a la educación y se aplicó criterios de reparación material e inmaterial, que a su vez comprende el daño moral, el daño familiar y el daño al proyecto de vida; de la misma forma se establecieron medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición (SCP 0019/2018-S2, FJ III.4, de 28 de febrero).

Es importante precisar también que esta sentencia ejerció también control de convencionalidad en cuanto al *corpus jure internacional* de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y estableció el deber de protección reforzada y con enfoque diferencial (*ibid.*: FJ III.1).

En este análisis dinámico de jurisprudencia, es preciso remarcar que también aplicaron la doctrina del control de convencionalidad las siguientes sentencias constitucionales: SPC 1250/2012 de 20 de septiembre (FJ III.2) [424]; SPC 0770/2012 de 13 de agosto (FJ III.4.1) [425]; SPC 0897/3013 de 20 de junio (FJ III.4) [426]; SPC 0957/2013 de 27 de junio (FJ III.1) [427]; SPC 1617/2013 de 4 de octubre (FJ III.3) [428], entre otras.

---

[424] En esta acción de inconstitucionalidad concreta, la accionante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de desacato tipificado en el art. 162 del Código Penal por ser contrario al derecho a la libertad de expresión, a la igualdad y por brindar un trato discriminatorio en relación a los funcionarios públicos. El TCP, luego del ejercicio de un coherente control de convencionalidad, declaró la inconstitucionalidad de este artículo.

[425] En esta sentencia, luego del ejercicio del control de convencionalidad, el TCP estableció que, en una interpretación del principio de retroactividad de la ley penal armónica con el bloque de constitucionalidad, no es posible sancionar retroactivamente conductas que no estuvieren previamente establecidas en una ley.

[426] En esta sentencia —que resolvió una acción de cumplimiento a través de la cual se denunció el incumplimiento de deberes constitucionales por la paralización de obras de un proyecto habitacional de carácter social por supuestos temas de corrupción— se ejerció control de convencionalidad en relación al derecho a la vivienda. El TCP concedió la tutela para el resguardo de una vivienda digna.

[427] En esta resolución que emergió de una acción de cumplimiento, un representante del pueblo indígena Takana denunció que el Defensor del Pueblo de Riberalta incumplió con el deber de protección a los pueblos indígenas, ya que no presentó oportunamente las acciones constitucionales solicitadas. En este marco, luego de ejercer control de convencionalidad en relación a los derechos de los pueblos indígenas, el TCP concedió la acción de cumplimiento interpuesta.

[428] La referida sentencia ejerció control de convencionalidad para la interpretación armónica con el bloque de constitucionalidad de la excepción de extinción de la acción penal por duración máxima del proceso y su trámite. Se concedió la tutela a la parte accionante.

De la misma forma, existen ejemplos de ejercicio de control de convencionalidad por parte de autoridades de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción agroambiental, por ejemplo, la Sentencia Agroambiental Nacional S1N.°112/2016 de 31 de octubre de 2016 aplicó los estándares internacionales para interpretar la normativa interna en materia agraria y garantizar así el acceso a la tierra para las mujeres indígenas [429].

Así como existen casos en los cuales el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha ejercido control de convencionalidad en coherencia con las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, las cuales son plenamente armónicas con el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, no es menos cierto que también se tiene ejemplos de ejercicio viciado del control de convencionalidad, verbigracia, el caso de la scp 0084/2017 referente a la reelección presidencial.

En este caso, el art. 176 de la Constitución establece que el periodo de mandato de la presidenta o presidente del Estado Plurinacional de Bolivia es de cinco años, pudiendo ser reelecto por una sola vez de manera continua. A pesar de este mandato constitucional, el tcp «inaplicó» la referida disposición constitucional a partir de una viciada y arbitraria aplicación directa y preferente del derecho a ser elegido consagrado en el artículo 23 de la cadh (scp 0084/2017, FJ. III.8, de 28 de noviembre) [430].

Este entendimiento, por un ejercicio viciado del control de convencionalidad, generó una ruptura del orden democrático constitucional y deslegitimó al tcp por no haber cumplido con pautas constitucionalizadas de interpretación.

En este caso, la pregunta de favorabilidad como condición esencial para la aplicación preferente de derechos no se cumplía, toda vez que la favorabilidad tiene fundamento en la igualdad sustantiva, es decir, para supuestos en los cuales se evidencie una situación de asimetría, desventaja o vulnerabilidad.

Entonces, de acuerdo a lo anotado, el análisis de la prohibición de reelección no ameritaba la utilización de un control de convencionalidad, que tiene como presupuesto esencial el principio de favorabilidad, sino más bien, exigía que el TCP, para interpretar una cláusula de la parte orgánica de la Constitución, aplique los criterios hermenéuticos contenidos en el artículo 196.II de la Constitución, disposición que señala: «En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones».

En este contexto, la cláusula democrática sustenta la aplicación de los referidos criterios de interpretación constitucional contenidos en el artículo 196.ii de la Constitución,

---

[429] En este caso, la accionante, luego del proceso de saneamiento de su pequeña propiedad agraria, a través de un proceso contencioso administrativo ante el Tribunal Agroambiental, cuestiona la nulidad de su título ejecutorial que la excluye del acceso a la propiedad agraria por un fraude procesal cometido por su esposo, hecho muy frecuente en el área rural por las raíces patriarcales imperantes. Mediante la citada resolución, el Tribunal Agroambiental ejerció control de convencionalidad y, en el marco de un juzgamiento con perspectiva de género, aseguró el acceso a la propiedad a la accionante.

[430] Un análisis detallado de esta SCP se encuentra en: VICIANO PASTOR, R. y Moreno González; 2018, pp 165-198).

los cuales, tal como se señaló, son los aplicables para una previsión contenida en la parte orgánica y que, por mandato del poder constituyente, estuvo destinada a evitar concentración de poder. En este sentido, es absolutamente contrario al modelo constitucional brindar interpretaciones favorables a una mayor concentración de poder en situaciones que no impliquen asimetrías, desventajas o condiciones de vulnerabilidad para el ejercicio de derechos civiles y políticos.

Entonces, la determinación del TCP de «inaplicar» el art. 176 de la Constitución y aplicar, con preferencia, el art. 23 de la CADH, emerge de un ejercicio viciado del control de convencionalidad por ser contrario a las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos que guían este ejercicio.

Sin embargo, y a pesar de las arbitrarias interpretaciones del máximo contralor de constitucionalidad —como la expuesta en el caso de la reelección presidencial—, debe destacarse que, al ser el principio de convencionalidad una fuente principal para la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos (García Olano, 2016, pp. 61-94) y considerando que se consagra como un puente de constante diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con los jueces de los Estados Parte (*ibid.*), sin duda, la interpretación *conforme* y la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad son herramientas hermenéuticas que tienen sustento en las pautas constitucionalizadas de interpretación y están orientadas, esencialmente, a lograr, en el marco de la progresividad y no regresividad, el cumplimiento eficaz de las obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos asumidas por el Estado Plurinacional de Bolivia [431].

6.3.- El principio de favorabilidad en un contexto de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización

El artículo 256.I de la CPE establece:

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

La disposición constitucional transcrita es una pauta constitucionalizada de interpretación que consagra el principio de favorabilidad en armonía con el de aplicación preferente de derechos cuando éstos sean más favorables.

[431] En coherencia con este razonamiento, Nash (2013) establece los elementos centrales del control de convencionalidad: a. Existe una obligación del Poder Judicial de cumplir con la normativa internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que, por tanto, ha pasado a ser parte del sistema normativo interno; b. Éste es un ejercicio hermenéutico que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional; c. Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas, incompatibles con las obligaciones internacionales, constituyen un ilícito internacional que hace responsable al Estado; d. Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la CIDH (pp. 489-509).

En efecto, el art. 256 de la CPE se encuentra en plena armonía con el art. 29 de la CADH [432], el cual es la fuente convencional de los principios *pro persona, pro libertad, pro actione,* pro natura; principios rectores, entre otros, de la interpretación *conforme* en los términos descritos en el acápite anterior.

En cuanto al principio pro persona, debe señalarse que es una pauta hermenéutica en virtud de la cual los intérpretes de derechos deben brindar las interpretaciones acordes con los estándares más altos en derechos, en el marco de la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, de la evolución de los tiempos y de la manera más favorable y menos restrictiva posible para el pleno goce de derechos.

Pinto (1997), al referirse al contenido del principio pro persona y su fundamento en la favorabilidad, señala:

> Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (p. 45).

El TCP reconoció el principio pro persona en numerosas sentencias, entre ellas, en la SCP 0827/2013 de 11 de junio, en la cual —frente a una práctica judicial arbitraria y uniforme en solicitudes a la cesación de la detención preventiva—, luego de interpretar este instituto a la luz del bloque de constitucionalidad y los estándares vigentes en esta temática, interpretó el art. 239.3 del Código de Procedimiento Penal que, en mérito a la reforma de la Ley 007 estableció la procedencia de la cesación a la detención preventiva cuando la persona esté privada de libertad por un plazo que exceda los 36 meses sin que exista *sentencia*. En este contexto, el TCP estableció que esta disposición

> …debe ser interpretada desde y conforme a las normas constitucionales y del bloque de constitucionalidad, en función a los principios de interpretación de los derechos humanos que se encuentran constitucionalizados. En ese sentido, los principios *pro homine*, arts. 13.IV y 256.I de la CPE y 29.b) de la CADH, y progresividad (art. 13.I de la CPE) exigen que, al aplicar e interpretar los derechos humanos y fundamentales, siempre se acuda a la norma y a la interpretación más amplia, extensiva y favorable y, en consecuencia, respecto a las limitaciones o restricciones en el ejercicio de un determinado derecho, se efectúe una interpretación restrictiva, con la finalidad de afectar lo menos posible a la vigencia y eficacia del derecho

[432] El art. 29 de la CADH señala: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

> fundamental, garantizado de esa manera, el intérprete de la norma, la plena vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a favor de la persona (FJ III.2).

En base a este razonamiento con fundamento en el principio pro persona, esta instancia concluyó que procederá la cesación a la detención preventiva, luego del transcurso de 36 meses sin que exista sentencia judicial condenatoria con cosa juzgada

Además, desde este principio se proyectan también otros principios como el pro libertad, la favorabilidad para grupos de atención prioritaria; o, en el marco del paradigma biocéntrico que fue desarrollado en el segundo capítulo (y que será abordado específicamente para el caso boliviano más adelante), el pro natura[433] o el pro pueblos indígenas, el cual fue utilizado por la jurisprudencia del TCP para una protección reforzada ante la justicia constitucional para pueblos indígenas (SCP 0645/2012, FJ III.5, de 23 de julio).

Además, desde el principio de favorabilidad contenido en el modelo constitucional boliviano, el principio *pro actione* es otra directriz hermenéutica destinada a consolidar una interpretación *conforme.* Desde esta perspectiva, su finalidad en un modelo constitucional con un componente axiológico tal cual ya fue desarrollado; es la flexibilización, en casos concretos, de formas o ritualismos excesivos para lograr la prevalencia de la justicia material, así lo señaló el Tribunal Constitucional en la SC 1044/2003-R de 22 de julio, FJ III.1 en la cual estableció que debe garantizarse «…a toda persona el acceso a los recursos y medios impugnativos, desechando todo rigorismo o formalismo excesivo, que impida obtener un pronunciamiento judicial sobre las pretensiones o agravios invocados».

Esta pauta de interpretación tiene particular relevancia en el marco de un pluralismo jurídico de tipo igualitario. Así, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, FJ III 1.2 estableció que, a partir del postulado de la descolonización, como fin y función del Estado, las autoridades administrativas, jueces y tribunales de justicia deben asumir una interpretación de las normas jurídicas, de los derechos y garantías en el marco de una flexibilización de los requisitos formales y la reconducción procesal de acciones.

La misma sentencia establece que el sistema jurídico iuspositivista, como herencia colonial, se ancla en formalismos que, lejos de resolver conflictos, permite dilatarlos indefinidamente sin obtener justicia cuando, por el contrario, este entendimiento jurisprudencial resalta que

> …la plurinacionalidad y el pluralismo supone pensar y adoptar medidas que permitan dar soluciones integrales, con celeridad, a los conflictos que se presentan, desterrando toda práctica dilatoria que únicamente se demora en cuestiones formales sin tutelar de manera inmediata los derechos y garantías (*ibid.*).

[433] Medici (2017) señala que del principio del derecho internacional de los derechos humanos *pro homine*, deviene el *pro homine in natura* y según las exigencias de las situaciones pro natura, entendiendo esta pauta como la condición necesaria en la que se inserta y desarrolla el *oikos* de lo humano social (pp. 94-124).

En el marco de lo señalado y desde el *pro actione* interpretado interculturalmente a la luz de la plurinacionalidad, el pluralismo y la descolonización, el TCP, en la referida sentencia estableció que

> …a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la exigencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en un obstáculo para un real acceso a la justicia constitucional, cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales (*ibid.*).

De acuerdo a lo anotado, el TCP señaló que la interpretación antes transcrita tiene sustento en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, en la justicia material, el principio *pro actione* y en el principio de no formalismo, los cuales deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuya tradición jurídica no reconoce las formalidades propias del sistema occidental, por lo que deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (*ibid.*).

El TCP aplicó la pauta de interpretación del *pro actione* en las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 0144/2012 de 14 de mayo (FJ III.1), SCP 1662/2012 de 1 de octubre (FJ III.3); SCP 0281/2013 de 13 de marzo (FJ III.1) [434], SCP 0957/2013 de 27 de junio (FJ III.2); SCP 1697/2013 de 10 de octubre (FJ III.2); SCP 1784/2013 de 21 de octubre (FJ III.1); SCP 1745/2013 de 21 de octubre (FJ III.2), SCP 1883/2013 de 29 de octubre (FJ III.1); SCP 1977/2013 de 4 de noviembre (FJ III.2); SCP 2007/2013 de 13 de noviembre (FJ III.1); y, SCP 1414/2013 de 16 de agosto (FJ III.2), entre otras.

Como puede advertirse el principio *pro actione* o de prevalencia de la justicia material, en contextos de pluralismo jurídico de tipo igualitario y de acuerdo al constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador es una herramienta interpretativa esencial para superar ritualismos y formalismos extremos que son y han sido determinantes para que, en base a formalismos y ritualismos extremos, se silencie la voz de los históricamente oprimidos.

---

[434] Esta sentencia señaló: «Ante la eventualidad que el justiciable haga uso al mismo tiempo o en un mismo memorial del recurso de reposición bajo alternativa de alzada en etapa de ejecución de Sentencia, el juzgador, atendiendo el principio de constitucionalidad, el principio *pro actione* y el principio *iuria novit curia*, deberá a efectos de materializar el derecho a impugnar una decisión judicial consagrado en el art. 180.II de la CPE conceder la apelación en el efecto devolutivo y rechazar la reposición, advirtiendo a la parte que en etapa de ejecución de Sentencia, conforme reza el art. 518 del CPC, solo procede la apelación directa, estándole prohibido al juez en un Estado Constitucional de Derecho, defender a ultranza formalidades y ritualidades procesales incluso por encima del sacrificio de derechos fundamentales, como en el caso, el derecho a impugnar una decisión judicial» (FJ III).

Además, cabe agregar que, en el ámbito del derecho procesal constitucional, el *pro actione* es relevante también para la aplicación de la figura de la *reconducción procesal*, la cual, además, se fundamenta en el principio constitucional del *iura novit curia* que hace posible que la justicia constitucional, en vez de denegar la tutela por activación errónea de vía procesal, brinde de oficio el curso procesal correcto a la petición formulada.

La figura de la reconducción procesal tiene el estándar jurisprudencial más alto en la SCP 0778/2014 de 21 de abril [435], pero además, para pueblos indígenas debe ser utilizada por la justicia constitucional en todos los casos, tal cual lo establece la SCP 0645/2012 de 23 de julio, precedente que responde al mandato del artículo 8.1 del Convenio 169 de la OIT que fue desarrollado en el segundo capítulo [436].

Esta figura que, como se señaló, emerge de la aplicación del art. 256 de la Constitución y del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, fue también utilizada por el TCP en las sentencias constitucionales plurinacionales SPC 2271/2012, FJ III.3, de 9 de noviembre [437]; SPC 0210/2013, FJ III.3, de 5 de marzo, entre otras.

En coherencia con lo hasta aquí narrado, es importante señalar que si bien la doctrina desde el enfoque del principio de favorabilidad utiliza los términos *pro actione* así como *iura novit curia*, en el marco de una descolonización del lenguaje, se apela a una denominación que evite *latinismos*, es decir la utilización de términos latinos en el léxico jurídico. En este marco, se propone la utilización de los términos *prevalencia de la justicia material*

---

435 Esta sentencia estableció: «De acuerdo a circunstancias concretas y en aplicación del método de ponderación para cada caso, la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de cualquiera de las acciones de defensa, en mérito a la naturaleza de derechos a ser tutelados, podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional a la acción idónea para el resguardo de los derechos denunciados como vulnerados, labor que tiene la finalidad de consolidar una verdadera materialización del orden constitucional imperante, resguardar el principio de justicia material y asegurar un real acceso a la justicia constitucional, resguardando así la vigencia de valores plurales supremos como ser el 'Vivir Bien' en el marco de los lineamientos propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización» (FJ C6).

436 Esta decisión estableció: «De esta manera, cuando se advierta que de los antecedentes de la demanda de acción de cumplimiento invocada, se pueden extraer los requisitos de contenido para la tramitación de una acción popular, a efectos de la reconducción del proceso, deberá tenerse presente la concurrencia de las siguientes reglas: a) Se evidencie error en la vía procesal elegida, lo cual guarda relación con el rol esencial del juez constitucional que advierte una voluntad implícita del accionante, aunque la misma no haya sido planteada correctamente en la demanda; b) Se cumplan los requisitos inexcusables de la demanda de acción popular, en ese sentido, principalmente se identifiquen a través de los hechos denunciados, derechos o intereses colectivos o difusos y un sujeto de derecho colectivo; c) No se modifiquen el petitorio ni los hechos que sustentan la demanda, por cuanto supondría que el juzgador sustituya al accionante, alterando su naturaleza imparcial; d) Se preserve el derecho a la defensa de la parte demandada, es decir, que la misma haya tenido la oportunidad de contraponerse a la pretensión de la parte demandante; ejerciendo de modo sustancial su derecho de defensa, puesto que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental dejando desprotegido a otro de la misma clase; e) Exista riesgo de irreparabilidad del o los derechos o intereses colectivos o difusos; es decir, la reconducción solo será posible si existe una necesidad apremiante de evitar la ocurrencia de un daño irreparable en los derechos fundamentales involucrados, aspecto que guarda relación con el principio de economía procesal y tutela judicial efectiva. Es preciso establecer que la reconducción de la tramitación de una acción de cumplimiento a una acción popular deberá producirse siempre a favor y nunca en perjuicio de la parte accionante» (FJ III.5).

437 En esta sentencia se reconduce una acción de libertad a una acción de amparo constitucional.

para hacer referencia al principio *pro actione* y *principio del conocimiento del derecho exento de formalismos*, en lo que respecta al principio *iura novit curia*.

7.- La igual jerarquía de derechos, la ruptura del paradigma antropocéntico y las pautas interculturales de interpretación de derechos

El artículo 109.I de la CPE consagra el principio de igual jerarquía de derechos al señalar que «todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección». Desde este enfoque, el artículo 13.III del texto constitucional vigente señala: «La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros».

Los preceptos constitucionales citados para la descripción del modelo constitucional vigente son de gran relevancia, ya que en el marco de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos consagran la igualdad jerárquica de los derechos y la superación del paradigma antropocéntrico para el imperio de un modelo biocéntrico, en el marco de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización [438].

En efecto, desde una lectura de la CPE acorde con los principios de la plurinacionalidad, el pluralismo y la descolonización, el TCP, en la SCP 1122/2017-S1 de 12 de octubre, señaló que:

> …uno de los pilares del modelo constitucional boliviano es la igualdad jerárquica de todos los derechos fundamentales, incluidos, claro está, los derechos económicos, sociales y culturales, así como su directa aplicabilidad y, por ende, su directa justiciabilidad… (FJ III.2).

También, la SCP 0778/2014 de 21 de abril, desarrolló el tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional de Bolivia y su construcción a la luz del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Desde esta perspectiva, identifica a las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) como paradigmas que consagran el principio de igualdad jerárquica de derechos. En este marco, el citado entendimiento jurisprudencial refiere que, en el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, el postulado de la igualdad jerárquica de derechos

> …merced a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, genera una nueva era del constitucionalismo, cuya construcción teórica estructura sus cimientos en el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, superando de esta forma el concepto liberal del Estado Nación para su sustitución por el Estado Plurinacional,

[438] Los artículos 109.I y 13.III fundamentan la inserción de todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales y aquellos con incidencia colectiva en la parte dogmática de la nueva CPE, a diferencia de la Constitución abrogada, en la cual, los derechos económicos sociales y culturales, de acuerdo a la corriente de la teoría generacional de derechos, se encontraban en los regímenes especiales, es decir, en la última parte de la Constitución, después de la parte orgánica, por lo que eran cláusulas programáticas a las cuales no les era aplicable el principio de aplicación directa de derechos.

> el cual, tiene como fin esencial asegurar el Vivir Bien, como valor plural supremo que debe irradiar de contenido todos los actos de la vida social (*ibid.*: FJ C2).

Entonces, este tránsito implica no solo la superación de la concepción individual de derechos, sino, de acuerdo con la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, implica también superar el paradigma antropocéntrico para la vigencia del paradigma biocéntrico, según el cual, para Vivir Bien, los derechos se construyen e interpretan pluralmente, es decir, en armonía, equilibrio, reciprocidad y complementariedad entre la Madre Tierra, las personas, los seres sintientes y las colectividades diversas.

Esta igualdad jerárquica plantea un esquema redimensionado de derechos en el cual se tiene a los derechos subjetivos, que tienen mecanismos de directa justiciabilidad en la acción de amparo constitucional, la acción de libertad y la acción de protección de privacidad [439]; los derechos en una dimensión objetiva [440], que tienen un mecanismo de directa justiciabilidad en la acción de cumplimiento; y, los derechos con incidencia colectiva, entre los que se encuentran los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y que tienen un mecanismo de directa justiciabilidad a través de la acción popular [441].

A partir de lo antes señalado, se puede colegir que los derechos tienen la misma jerarquía, pero se presentan en dimensiones diferentes. Por ejemplo, el debido proceso tiene una dimensión subjetiva o individual y otra colectiva, tal cual precisó el TCP en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero:

> …el derecho-garantía del debido proceso, no solo es predicable de una persona individual, sino que, desde su dimensión colectiva la titularidad puede recaer en determinados sujetos colectivos de derechos, como por ejemplo las naciones y pueblos indígena originario campesinos; supuesto en el cual este derecho-garantía

---

[439] El ámbito de protección de estas acciones de defensa será desarrollado en el siguiente capítulo.

[440] La SCP 0862/2012 de 20 de agosto, estableció que la acción de cumplimiento es un mecanismo de tutela objetiva de derechos fundamentales: «Si bien la acción de cumplimiento posibilita la realización del principio de igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica, además de permitir la efectivización de los deberes fundamentales y la concreción del Estado de Derecho entre otros, no es posible sostener que su objeto sea la tutela de derechos subjetivos, ello contrariaría a su *ratio essendi*, que es sin duda la efectivización de los mandatos constitucionales y de orden legal e implicaría una interpretación que reduciría el contenido constitucional del art. 134.I de la CPE y confundiría la tutela de la acción de cumplimiento con la de amparo constitucional por omisión. Este entendimiento, en sentido de que la acción de cumplimiento no tiene por propósito la tutela de derechos subjetivos, también es compartido por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU-476/97 de 28 de enero 1997 y el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia 2763-2003-AC/TC. Sin embargo, debe aclararse que los derechos fundamentales están desarrollados por la ley, por lo que al cumplirse ésta también es posible que pueda tutelarse derechos pero no en su dimensión subjetiva sino en su dimensión objetiva, es decir, que la acción de cumplimiento puede otorgar la tutela de un derecho en su dimensión objetiva de manera directa o indirecta, pero la tutela que puede conceder a un derecho en su dimensión subjetiva siempre es indirecta, aspecto que permite diferenciar a la acción de cumplimiento del amparo constitucional por omisión» (FJ III.1).

[441] Esta acción, de acuerdo a los objetivos académicos trazados para este trabajo, será desarrollada en el último capítulo.

> adquiere relevancia porque […] deberán tomarse en consideración las propias normas, principios y valores de dichos pueblos a efecto de garantizar los elementos que componen el debido proceso (FJ III.5).

Esta igual jerarquía tiene, además, una consecuencia directa en la justiciabilidad de todos los derechos, es decir que, en el Estado Plurinacional de Bolivia, no solo los derechos civiles y políticos son justiciables, sino también lo son los económicos, sociales y culturales, así como los derechos con incidencia colectiva. Por ejemplo, el derecho a la salud en la teoría generacional de derechos se encontraba enmarcado dentro de los derechos de segunda generación, es decir los económicos sociales y culturales; sin embargo, desde la perspectiva de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que fue desarrollada en el segundo capítulo, se postula su directa justiciabilidad. En este marco, el TCP tiene importante jurisprudencia en cuanto a la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el contexto del modelo constitucional boliviano.

Así, para un análisis jurisprudencial es relevante analizar los alcances de la igual jerarquía de derechos, a partir de la SCP 0802/3013-L de 8 de agosto, la cual aplicó directamente el derecho a la salud para casos de enfermedades crónicas o graves que deterioran paulatinamente el organismo [442]:

> …si con la Constitución Política del Estado abrogada se generó un entendimiento favorable y garantista hacia los derechos de la salud y seguridad social, con la norma fundamental actual es posible tutelar de manera más amplia los derechos económicos, sociales y culturales (FJ III.2).

Este entendimiento jurisprudencial se enmarca, sin duda, en el modelo constitucional vigente, sobre todo a partir de sus rasgos más importantes: la igualdad jerárquica de derechos y su directa justiciabilidad, tal cual lo reconocen los artículos 109.1 y 13.III de CPE [443].

También, a través de la SCP 0122/2015-S1 de 20 de febrero, el TCP aplicó directamente el derecho a la salud en relación a personas que padecen enfermedad renal crónica (FJ III.2). La jurisprudencia citada evidencia la justiciabilidad, es decir la exigibilidad a través de

---

[442] En esta acción de libertad se denunció la vulneración de los derechos a la vida, a la salud y la seguridad social, porque las autoridades demandadas negaron el tratamiento de la enfermedad crónica que padece el accionante, ya que le negaron la afiliación a la Caja Nacional de Salud (CNS), lo que implicó la supresión de su derecho a recibir tratamiento médico gratuito (*ibid.*: FJ. III.2)

[443] Además, la igualdad jerárquica de derechos en la CPE se manifiesta, también, en su técnica normativa, ya que todos los derechos, incluidos los económicos sociales y culturales, se encuentran contenidos en la primera parte de la Constitución, es decir en la parte dogmática; en cambio, la Constitución abrogada de 1994, la cual seguía la doctrina generacional de derechos, consagraba derechos de primera generación y algunos de segunda, como los laborales y sindicales, en la primera parte, es decir en la dogmática. Estos derechos disponían de las tres herramientas clásicas de justiciabilidad: los recursos de hábeas corpus, de amparo constitucional y de hábeas data, los cuales eran mecanismos de tutela subjetiva de derechos. Los derechos económicos, sociales y culturales, por otra parte, se encontraban disciplinados en la última parte de la Constitución abrogada, en los llamados regímenes especiales, toda vez que eran cláusulas programáticas y no así derechos directamente aplicables y con mecanismos de directa justiciabilidad.

mecanismos de control tutelar de este derecho que puede tener una dimensión subjetiva, objetiva o colectiva, en el marco de la superación de la teoría generacional de derechos.

En el esquema constitucional vigente es importante también resaltar que, desde el enfoque de la igualdad jerárquica de derechos, éstos tienen también una *eficacia horizontal*, es decir que son oponibles no solamente al Estado en sus diferentes niveles de organización territorial, sino que también, al amparo del principio de constitucionalidad que fundamenta el Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, también son exigibles a los particulares, así lo estableció el TCP en la SCP 0085/2012 de 16 de abril [444].

Asimismo, en el contexto del esquema de derechos vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, éstos, en el marco de una igualdad jerárquica, tienen un componente plural el cual debe ser considerado a efectos de interpretación y protección acorde con los principios de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización.

Un ejemplo de la interpretación desde el componente plural se plasma en la SCP 0037/2013 de 4 de enero, que interpretó el derecho al acceso a la justicia desde el componente plural:

> En contextos de pluralidad, el derecho de acceso a la justicia con relación a los miembros de pueblos indígena originario campesinos no significa que el Estado traslade su aparato estatal a las comunidades de los pueblos indígena originario campesinos para administrar justicia en sus territorios, sino que se extiende en su contenido y se trasunta a la vez en el derecho de los miembros de los pueblos indígena originario campesinos de acceder a sus instancias propias de resolución, a sus autoridades indígenas, normas y procedimientos para resolver sus controversias y conflictos internos. Por tanto, comporta el deber del Estado Plurinacional de garantizar a toda persona el acceso a una justicia acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios. Al mismo tiempo, contempla que los miembros de pueblos indígena originario campesinos, cuando se encuentren bajo una jurisdicción que no le es propia, se considere y comprenda su condición cultural de diferencia al momento de juzgarlos y sancionarlos (FJ III.5).

Como puede advertirse, este componente plural de los derechos se enmarca en la lógica de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos y también del cons-

[444] Aunque de una manera más restringida, la eficacia horizontal de derechos fue desarrollada por primera vez en la SC 0666/2006-R de 12 de julio, en esta decisión, el Tribunal Constitucional creado por la Constitución de 2004 estableció: «…aquí conviene aclarar que el derecho a la petición es también oponible frente a particulares en dos supuestos, al respecto la SC 1366/2004-R, de 19 de agosto, ha establecido los siguientes: 'a) cuando una institución privada presta un servicio público a la comunidad; y b) cuando se trata de organismos u organizaciones que están investidos de autoridad o realizan funciones de autoridad y, por ende, con capacidad de adoptar decisiones que puedan lesionar derechos fundamentales de la persona […]' ; y en el caso presente, la recurrente y su representado se encuentran en la situación descrita en el inc. b) de los anotados; por ello, corresponde analizar la vigencia o no del derecho a la petición, labor que se efectuará por separado» (FJ III.4). Siguiendo el precedente de la eficacia horizontal de derechos en el estándar más alto contenido en la SCP 0085/2012, el TCP, a través de la SCP 1178/2014, estableció que el derecho de petición en un contexto de eficacia horizontal debe ser atendido por particulares en un plazo de tres días.

titucionalismo plurinacional comunitario e intercultural, por lo que será necesario para su real materialización la aplicación de métodos interculturales como los *diálogos interculturales o interjurisdiccionales*, así como de los peritajes antropológico-culturales en un marco de una visión de transdisciplinariedad que debe caracterizar a una justicia plural y a un sistema plural de control de constitucionalidad.

Al margen de lo afirmado, es importante señalar también que el principio de igualdad jerárquica de derechos, en el marco del paradigma biocéntrico, plantea un profundo cambio a los métodos del derecho. En ese orden, se debe considerar que, al ser todos los derechos jerárquicamente idénticos, en casos concretos pueden entrar en colisión, supuesto en el cual debe aplicarse la *ponderación*, la cual, además, desde el modelo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, podría devenir en una *ponderación intercultural* a efectos de generar un consenso intercultural desde la perspectiva de la construcción plural de derechos.

La ponderación, a decir de Guastini (2007), conlleva una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto, que implicará la prevalencia de uno en relación a otro u otros en un contexto de solución del conflicto válido para cada controversia en particular (p. 637).

Desde una coherente argumentación jurídica, la ponderación es interdependiente con respecto al principio de proporcionalidad. En consecuencia, Vidal (2005) señala que dicho principio «…es un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación…» (p. 44).

En este marco, desde un análisis de derecho comparado, tribunales y cortes constitucionales han desarrollado, para garantizar este principio, el *test de ponderación*, que, tal como anota Vázquez (2018), tiene una aplicación al caso concreto que presente colisión o choque de derechos (pp. 99-100).

También, de acuerdo al citado autor, en caso de colisión de derechos, la ponderación supone no solo restricción de uno frente a otro u otros, sino también el cumplimiento de la obligación de protección a cargo del Estado, por tanto, el objetivo principal del *test de proporcionalidad* como método argumentativo, no solo será el de anular un derecho frente a otro, sino hacer compatible el ejercicio de dos derechos que entran en colisión (*ibid.*: pp. 101-102).

Esta visión de no anular un derecho frente a otro u otros en caso de colisión encuentra fundamento en los principios constitucionales de *indivisibilidad* e *interdependencia* consagrados en el artículo 13.I de la CPE, por lo que indudablemente el modelo constitucional boliviano en actual vigencia —desde una interpretación bajo el principio de unidad constitucional de los artículos 13.I, 14, 109.I, 256 y 410— plantea una ponderación razonable y proporcional en cada caso concreto y en el contexto de la igualdad jerárquica de derechos[445].

[445] Un ejemplo de la labor de ponderación se encuentra en la jurisprudencia de la Corte CIDH, en cuanto a la fertilización *in vitro*. La Corte CIDH, al evidenciar una colisión de derechos, realizó la labor de

El TCP también recurrió a un test de proporcionalidad en las siguientes sentencias: SCP 1294/2006-R de 18 de diciembre (FJ III.1); SPC 2029/2010 de 9 de noviembre (FJ III.4); SPC 0339/2012 de 18 de junio (FJ III.3); SPC 2621/2012 de 16 de abril (FJ III.5.3); SPC 1840/2013 de 25 de octubre (FJ III.1); SPC 1663/2013 de 4 de octubre (FJ III.3), entre otras [446].

Es importante resaltar que estos conflictos de derechos no solo se presentarán entre derechos individuales o subjetivos, sino, también, en el marco del esquema de derechos asumidos por el modelo constitucional boliviano, verbigracia, el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina podría generar conflictos entre derechos colectivos e individuales. En este contexto, deberán realizarse *ponderaciones interculturales* en el escenario de una jerarquía móvil de valores plurales para generar así un consenso intercultural a partir de métodos como el de los diálogos interjurisdiccionales o interculturales, y los peritajes antropológico-culturales, entre otras herramientas que sustenten una argumentación jurídica plural [447].

Estos conflictos que ameritan una *ponderación intercultural* son evidentes, por ejemplo, en las expulsiones de comunidades, en los «chicotazos» y otras medidas asumidas en el ejercicio de la jurisdicción indígena, los cuales, en el marco del modelo constitucional vigente implicarán una *ponderación intercultural* que considere las características de las diversas naciones y pueblos indígenas para que, en cada caso concreto, en el marco de un *diálogo intercultural* o *interjurisdiccional*, se generen consensos interculturales acordes

ponderación para lo cual precisó que la restricción de la fertilización *in vitro* tendría que tener la finalidad de lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorios los derechos a la vida privada y a fundar una familia. En este marco, utilizó un test con los siguientes elementos: 1) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada (en el caso concreto, la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada o familiar y el derecho a la vida); 2) La importancia de la satisfacción del bien contrario; y, 3) Si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. Luego de aplicar el *test de proporcionalidad* en los términos expuestos, la Corte CIDH concluyó afirmando que las parejas que no pudieron acceder a una fecundación *in vitro* por las restricciones estatales sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respeto a los métodos o prácticas que deseaban intentar para la procreación de un hijo biológico. La Corte CIDH señaló, también, que existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, ya que las parejas que contaban con recursos pudieron acceder a estos procedimientos científicos en otros países (*ibid.*: p. 108-109).

446 La doctrina también ha desarrollado profusamente los criterios de proporcionalidad. En este marco, Vázquez propone un *test de proporcionalidad* basado en los siguientes criterios: a) Identificación de los derechos que se encuentran en colisión; b) Peso en abstracto de los derechos a ponderar; c) Objetivos de la restricción de ambos derechos, para lo cual se deberá considerar: i) Criterio de idoneidad/adecuación/causalidad; y, ii) Criterio de necesidad; d) Intensidad de la restricción de ambos derechos (criterio de proporcionalidad en estricto sentido); e) La no anulación de ninguno de los derechos, para o cual se deberá: i) Verificar la no transgresión del núcleo esencial de los derechos en colisión; ii) identificar los mecanismos generales de protección; y, iii) Considerar los mecanismos generales para atenuar los impactos (*ibid.*: p. 112).

447 La argumentación jurídica plural ha sido desarrollada por el «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario» (pp. 12-13). Ver también Attard, 2019, pp. 79-100.

y conformes al bloque de constitucionalidad, el cual tiene un componente axiológico marcado por valores y principios plurales para Vivir Bien [448].

La *ponderación intercultural* referida fue abordada por el TCP en la SCP 0487/2014, entendimiento jurisprudencial que estableció lo siguiente:

> …en muchos casos, los jueces estarán obligados a efectuar una la ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con los derechos individuales que, conforme se ha dicho, a partir de lo previsto en el art. 13.III de la CPE tienen igual jerarquía; ponderación en la que se deberá analizar si la medida adoptada, limitadora de un derecho tiene un fin constitucionalmente legítimo, analizando si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional, los tres principios propios de los juicios de ponderación: idoneidad, necesariedad y proporcionalidad, principios que, empero, deben ser interpretados pluralmente, considerando, se reitera, los principios, valores, normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (FJ III.1.2).

[448] La historia jurisprudencial evidencia muchos casos de expulsiones de comunidades, entre ellas, las primeras fueron resueltas por la Sentencia Constitucional 0295/2003-R de 11 de marzo, en la cual, a pesar de no haber realizado una ponderación intercultural, el Tribunal Constitucional señaló: «El Tribunal considera que es menester encontrar una justa proporción entre la pretensión de los recurrentes de permanecer en la comunidad y la de los miembros de ésta para que los nombrados la abandonen, disponiendo una medida conciliadora, para que los primeros cumplan las reglas de la comunidad de las cuales no pueden substraerse en tanto residan en ella, y los segundos, observando la voluntad, traducida en hechos, de los esposos Ticona-Cruz, les permitan reencauzar su conducta y volver al régimen de vida, sistema de trabajo y convivencia armónica de la comunidad, toda vez que no se puede aprobar la disposición de los demandados de echar a los recurrentes de la comunidad, pero tampoco se puede admitir que éstos permanezcan en ella sin cumplir sus normas» (FJ III.6.). El 2012, mediante la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, cuyos antecedentes fácticos ya fueron descritos en este capítulo, el TCP resolvió otra expulsión y aplicó el paradigma del Vivir Bien como pauta intercultural de interpretación de derechos. También es importante resaltar la DCP 0006/2013 de 4 de junio, que también fue resumida en anteriores acápites. De la misma forma es importante destacar la SCP 2076/2013 de 18 de noviembre, la cual señaló: «…en todo procedimiento sancionador, sea cual fuere su naturaleza y ámbito de aplicación, debe velarse por el respeto al debido proceso en todos sus elementos, lo que en el caso examinado no resulta evidente, puesto que del análisis de los documentos y las actas correspondientes, no se colige que los ahora accionantes hayan tenido en alguna etapa procesal la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa […] como se establece en el art. 190.II de la CPE, la Justicia Indígena Originara Campesina tiene plena libertad para determinar sus normas, su procedimiento y su institucionalidad judicial, pero siempre en el marco del respeto a «la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución»; por consiguiente, el control de constitucionalidad a los actos de la jurisdicción indígena debe respetar dicha libertad, sin reparar demasiado en las formas, las cuales están definidas por procedimientos e instituciones propios de cada pueblo, pero siempre respetando los elementos básicos del debido proceso entre los que se encuentra el derecho a la defensa que se constituye en un límite constitucional insoslayable según lo dispone en el art. 190.I de la Ley Fundamental, cuya inobservancia activa los mecanismos protectivos constitucionales» (FJ III.3). Entre otros varios casos más, el TCP, a través de la SCP 0462/2016-S1 de 25 de abril, abordó una expulsión y también la temática de las sanciones comunitarias. En este caso, brindó protección al accionante y a terceros avencidados en la comunidad en tanto y en cuanto cumplieran sus normas comunitarias. Además, en el marco de una ponderación intercultural postuló la búsqueda de una «convivencia armónica, resguardando los derechos y garantías constitucionales de todos quienes habitan en esa región» (FJ III.7). Ver también las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SPC 0003/2015-S1 de 29 de enero; SPC 0057/2015 de 2 de marzo; SPC 0484/2015-S2 de 7 de mayo; y, SPC 0444/2016-S1 de 25 de abril, entre otras.

En la referida sentencia, el TCP estableció el deber de interpretar pluralmente todo el ordenamiento jurídico, especialmente cuando en un proceso judicial o administrativo intervienen naciones y pueblos indígena originario campesinos. Esta interpretación, en particular, debe considerar sus características, principios, valores y cosmovisión, para poder así dar efectividad a lo previsto por el art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT, al que se ha hecho referencia anteriormente.

La sentencia anotada estableció también el deber de los jueces de ponderar interculturalmente los derechos, en el marco de una *interpretación plural* que suprima interpretaciones monoculturales[449].

En coherencia con lo anotado, corresponde señalar que la *ponderación intercultural*, desde la jurisprudencia del TCP, está vinculada con el *paradigma del Vivir Bien*, que fue la primera pauta de interpretación intercultural desarrollada por el TCP, primero a través de la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, la cual fue parcialmente modulada mediante la SCP 0778/2014 de 21 de abril, línea jurisprudencial que luego fue sistematizada a través de la SCP 0481/2019-S2 de 9 de julio de 2019.

En efecto, la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre desarrolló, por primera vez, el *paradigma del Vivir Bien* que, para efectos de construcción plural de derechos en el marco de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, obliga al intérprete a utilizar un *test ponderativo con enfoque intercultural* apto para el modelo constitucional vigente (FJ IV.5). En consecuencia, las decisiones o interpretaciones en contextos intraculturales deben ser analizadas desde los siguientes elementos:

> Primero, deben interpretarse derechos o asumirse decisiones en un marco de armonía con el orden axiológico plural.
>
> Luego, debe interpretarse el derecho o asumirse la decisión de acuerdo a la cosmovisión de cada nación o pueblo indígena originario campesino y en observancia de las normas y procedimientos propios de las naciones o pueblos indígena originario campesinos.
>
> Finalmente, de acuerdo a este *test intercultural* debe existir proporcionalidad y necesidad estricta, para lo cual, especialmente en caso de sanciones asumidas por la jurisdicción indígena originaria campesina, deberá realizarse una labor de ponderación intercultural que, desde la diversidad cultural, valore la naturaleza de los hechos y la gravedad de la sanción a imponerse, tomando en cuenta la protección reforzada de grupos de atención prioritaria.

[449] Al respecto, ya antes de este precedente constitucional, Albó (2012) señaló: «La JIOC al momento de poner sanciones deberá observar el derecho a la vida, la integridad física y la dignidad de las personas y a los derechos humanos *interpretados culturalmente en concordancia con las normas propias de cada pueblo*» (p. 226).

El referido *test* fue parcialmente modulado por la SCP 0778/2014 de 21 de abril, que simplifica las reglas de los criterios de interpretación intercultural de derechos en los siguientes términos:

> …el paradigma del Vivir Bien, como pauta de interpretación intercultural para la tutela de derechos individuales o colectivos en contextos inter e intra culturales, establece parámetros de carácter general acordes con el nuevo modelo de Estado y, en particular, con el pluralismo y la interculturalidad, para que, en cada caso concreto se asegure una real materialización del Vivir Bien y de sus valores constitutivos como ser la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, entre otros. En ese orden, dichos parámetros a ser analizados en el marco de un diálogo intercultural componen de manera general los siguientes aspectos: i) El análisis de compatibilidad del acto o decision cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblos indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del Vivir Bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales […] (FJ C.7).

La citada sentencia, además, como segundo nivel del test establece:

> […] ii) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesina y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibiliad de dichos actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del Vivir Bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos vigentes en contextos intra e interculturales (FJ C.7).

En esta SPC, que se constituye en un precedende en vigor, el TCP estableció, también, que en el control tutelar de constitucionalidad, los criterios anotados serán aplicados a cada caso concreto para asegurar que los actos u omisiones denunciados como lesivos para una persona o colectividad sean compatibles con el bloque de constitucionalidad.

Asimismo, el paradigma del Vivir Bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, fue sistematizado en la SCP 0481/2019-S2 [450], la cual señaló que en los casos en

[450] En esta acción de amparo constitucional, los accionantes denunciaron la vulneración de sus derechos a la alimentación, a la propiedad privada, a la dignidad, a la defensa, al debido proceso, a la libertad de residencia, permanencia y circulación, al trabajo, a la vida, al agua, al Vivir Bien y a la salud, porque

los cuales se denuncie vulneración de derechos individuales en la JIOC, como emergencia del ejercicio de los derechos colectivos de las NPIOC a la libre determinación y a ejercer sus sistemas jurídicos, ante la existencia de un conflicto entre derechos —colectivos e individuales— será indispensable aplicar el paradigma del Vivir Bien para la ponderación intercultural de derechos (FJ III.2). Para este fin, la referida sentencia sistematiza los siguientes criterios:

> Antes de la aplicación del paradigma del Vivir Bien, y con la finalidad de efectuar una ponderación intercultural de derechos, corresponde identificar:
>
> a.1. Las características de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde emerge la acción de defensa, utilizando para el efecto métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades y su autoridades o ex autoridades (SCP 0722/2018-S4 y SCP 0778/2014);
>
> a.2. La naturaleza del conflicto, así como de las condiciones particulares de las partes intervinientes en el conflicto, ello con la finalidad de identificar las partes en conflicto, flexibilizar las condiciones de acceso a la justicia constitucional, y aplicar normas específicas de protección, en mérito a su pertenencia a grupos de atención prioritaria, aplicando, en su caso un enfoque interseccional, adoptando, además, criterios de interpretación específicos para la protección de dichos grupos, como la interpretación intracultural favorable, según la cual —conforme lo desarrolló la SCP 1422/2012— cuando los actos denunciados como lesivos a derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra e interculturales, corresponde asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión (SPC 0722/2018-S4 y SPC 0778/2014);
>
> a.3. Si las autoridades de la estructura organizacional de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde provienen los antecedentes de la acción tutelar, pueden resolver el conflicto con mayor inmediatez, para que —en su caso— la problemática pase a su conocimiento, en virtud al principio de subsidiariedad, salvo que se trate de una persona perteneciente a un grupo vulnerable o si sus derechos se encuentran en un riesgo inminente o son objeto de una

en una reunión de la comunidad de Chiru K'uchu, sin respetarse a las autoridades originarias, se dictó una resolución en la que se dispuso la devolución de parcelas de tierras, así como la expulsión de los accionantes que debía ser cumplida en un plazo de 90 días, además, se denunció que los demandados quemaron su vivienda y los agredieron por supuestas denuncias de avasallamiento. El TCP sistematizó el paradigma del Vivir Bien y en el caso concreto, revocó la decisión del juez de garantías y denegó la tutela. Asimismo, exhortó a las autoridades de la comunidad a resolver el problema aplicando sus normas, procedimientos propios con especial protección a las personas adultas mayores. Se exhortó también a investigar la quema de la vivienda de los accionantes y se dispuso, de manera provisional, que los accionantes no se acerquen al domicilio y a los terrenos de las accionantes adultas mayores, entre otras medidas.

evidente y grosera lesión que determine la tutela inmediata a través de la justicia constitucional (SCP 0722/2018-S4).

Para la aplicación del paradigma del Vivir Bien y efectuar la ponderación intercultural de derechos, los jueces y tribunales de garantías, así como las Salas Constitucionales y el TCP, sobre la base de la identificación de los hechos, del conflicto y de las partes intervinientes, deben:

b.i. Analizar la compatibilidad del acto, decisión o resolución cuestionada a través de la acción de defensa con las normas y procedimientos propios de la nación y pueblo indígena originario campesino en cuestión; análisis que permitirá analizar si se han adoptado decisiones, resoluciones o realizado actos conformes o ajenos a su sistema jurídico (SCP 0778/2014);

b.ii. Analizar la compatibilidad del acto, decisión o resolución cuestionada a través de la acción de defensa con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesinas, con el objeto de determinar si la decisión, resolución o acto impugnado tienen una finalidad compatible con dichos principios (SCP 0778/2014);

b.iii. Analizar si el acto, medida, resolución, o decisión es adecuada para lograr la finalidad buscada, en el marco de su cosmovisión y sistema jurídico (SCP 0487/2014);

b.iv. Analizar si el acto, medida, resolución o decisión es necesaria o si, en el marco de su sistema jurídico, existía la posibilidad de asumir una decisión menos invasiva a los derechos individuales (SCP 0487/2014); y,

b.v. Analizar la proporcionalidad de la medida (SCP 0487/2014) sobre la base de los siguientes elementos, examinando el contenido de los derechos que se encuentran en conflicto, a partir de nuestra Constitución Política del Estado, las normas del bloque de constitucionalidad y el caso concreto: a. El grado de satisfacción de los derechos colectivos de la nación y pueblo indígena originario campesino con la aplicación de la medida, resolución o decisión, que inclusive puede ser graduada como intensa, moderada o leve; b. El grado de no satisfacción de los derechos individuales en conflicto con la aplicación de la medida, resolución o decisión, que también puede ser graduada como intensa, moderada o leve; y, c. Definir si la importancia de la satisfacción del derecho colectivo, justifica la no satisfacción del derecho individual en conflicto. Efectuado este análisis, se podrá dar prevalencia a uno u otro derecho, atendiendo las circunstancias del caso, todo con la finalidad de materializar, como lo señaló la SCP 0778/2014, el valor del Vivir Bien, que de acuerdo al art. 8.II de la CPE, se alcanza a través de la concreción de los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunida-

des, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales.

Como puede observarse, el paradigma del Vivir Bien es una pauta intercultural de interpretación de derechos y contiene un test de ponderación intercultural coherente con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Este paradigma del Vivir Bien cuestiona una visión basada únicamente en el principio de universalidad de los derechos y, más bien, propicia escenarios de traducción y entendimiento para la construcción plural de derechos desde la voz de los históricamente oprimidos.

Este paradigma del Vivir Bien, por otra parte, conlleva la aplicación de metodologías como los diálogos interculturales que deben ser utilizadas a partir del modelo polifónico de justicia constitucional que será desarrollado en el siguiente capítulo. En cuanto a los diálogos interculturales, es importante invocar la SCP 0790/2012 de 20 de agosto, la cual señaló que el reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de derecho por lo que los mismos deben ser interpretados interculturalmente (FJ III.1), para un real interrelacionamiento con las diferentes identidades culturales, tal cual fue establecido por la SCP 0260/2014 de 12 de febrero (FJ III.1) y también por la DCP 0006/2013 (FJ III.1).

La construcción plural de derechos, las pautas de interpretación intercultural y los diálogos interculturales y peritajes antropológico-culturales con miras a un consenso intercultural para Vivir Bien son esenciales a efectos de materializar el modelo axiológico de constitucion descrito por la SCP 0112/2012 de 27 de abril (FJS III.1.1 y III.1.2.1) y harán posible que los principios ético-morales de la sociedad plural se transversalicen en el marco de la *plurinacionalidad descolonizadora* descrita por la DCP 0006/2013 de 5 junio (FJ III.1).

Como puede observarse, la igualdad jerárquica de derechos, desde la perspetiva de la aplicación directa y la directa justiciabilidad, plantean una visión que rompe los moldes de las contemporáneas doctrinas argumentativas[451], con un horizonte destinado a la construcción plural de derechos a partir de pautas interculturales de interpretación y de acuerdo a métodos plurales como los diálogos interculturales y los peritajes antropológico-culturales, entre otros.

La igual jerarquía de derechos, la ruptura del paradigma antropocéntrico y las pautas interculturales de interpretación de derechos son rasgos esenciales del modelo constitucional boliviano vigente a partir de la CPE de 2009 y uno de los lineamientos esenciales del *constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador.* La materialización de estos criterios es, sin duda, el mayor desafío para un sistema plural de control de constitucionalidad.

[451] Las diferentes doctrinas de argumentación jurídica serán desarrolladas en el siguiente capítulo.

8.- La igualdad material desde los hilos argumentativos del constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural

Además de lo señalado en los acápites precedentes, es importante también destacar otro rasgo esencial del modelo constitucional que se manifiesta a partir de la interpretación desde un componente plural del derecho a la igualdad sustantiva consagrado en el art. 14 de la CPE. Esta construcción plural del derecho a la igualdad como elemento configurador del modelo constitucional boliviano integrará un diálogo recíproco entre la cláusula convencional de igualdad y prohibición de discriminación, y la igualdad desde el enfoque de la descolonización.

Así, en un contexto de diversidad cultural, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, la igualdad material tiene su génesis constitucional en la cláusula de no discriminación consagrada en el segundo parágrafo del art. 14 de la CPE [452], orientada a evitar tratos diferenciados arbitrarios en el marco de los criterios prohibidos de discriminación para que personas o colectivos históricamente discriminados o en situación de vulnerabilidad ejerzan sus derechos en plenitud.

En efecto, la cláusula de no discriminación debe primero ser contextualizada en el marco de la definición de discriminación vigente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al respeto la Corte CIDH en la OC 24/17 de 24 de noviembre de 2017, la definió como

> …toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (párr. 62).

Es importante recalcar que la Corte IDH distinguió los términos «distinción» y «discriminación». Entonces, se entiende que el primer concepto hace referencia a lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo, por el contrario, la discriminación se utilizará para lo inadmisible, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo ni razonable y que redunde en detrimento de los derechos humanos (OC-18/03, 2003, párr. 84).

De acuerdo a lo descrito, la Corte IDH, en la referida opinión consultiva, señaló que:

[452] La cláusula de prohibición de discriminación desde la perspectiva de la igualdad material se encuentra contenida en el artículo 14.II de la CPE: «El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona».

> …el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico… (*ibid.*: párr. 61).

La Corte IDH ha establecido la directa vinculación que existe entre la obligación de respeto y garantía de derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación (OC-18/03, 2003, párr. 88) [453]. Desde esta perspectiva, los Estados miembros del SIDH, en su calidad de garantes de la pluralidad de derechos, deben respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual deben asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad; asimismo, deberán precautelar el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas (OC-24/17, 2017, párr. 100) [454].

Los estándares anotados evidencian la interdependencia del artículo 14.II de la CPE que consagra la cláusula de prohibición de discriminación, con los arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y con el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) [455].

Las disposiciones convencionales descritas contienen los denominados en el derecho internacional de los derechos humanos como «criterios prohibidos de discriminación», también conocidos como «categorías sospechosas», las cuales forman parte del *corpus iure* del derecho internacional [456].

---

[453] La Corte CIDH señaló «El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias» (OC-18/03, 2003, párr. 88).

[454] También la Corte CIDH interrelacionó los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al afirmar que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar *sin discriminación* los derechos contenidos en la Convención, mientras que el art. 24 protege el derecho a la *igual protección de la ley*. Es decir, estableció que el referido artículo prohíbe la discriminación de derecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y su aplicación. En este marco, explicó que si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional incumplirá la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del art. 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención (OC-24/17, 2017, párr. 64).

[455] El art. 2.1 del PIDCP establece que «cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

[456] La Corte CIDH señaló que el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los

Estas categorías son condiciones que, histórica y sistemáticamente, son la causa de situaciones o posiciones de asimetría, desventaja y subordinación en base a tratos diferenciados arbitrarios que limitan, suprimen o restringen el pleno ejercicio de derechos. Así, por ejemplo, entre estas categorías se encuentran los pueblos indígenas, las mujeres, colectivos LGBTI, personas adultas mayores, personas con discapacidad, entre otros grupos, los cuales no son cerrados o limitativos. Tal y como lo señaló la Corte CIDH, estos criterios descritos en el art. 1.1 de la CADH —*inter alia* [entre otros] los del 14.II de la CPE—, constituyen un listado abierto [457], pero además, tienen un carácter general e irradiador (OC-4/84, 1984, párr. 53).

Las referidas cláusulas plasman el tránsito de la igualdad formal a la igualdad material o sustantiva que, además, en un Estado Plurinacional debe tener una interpretación intercultural desde los pilares esenciales de la descolonización, para así deconstruir las estructuras sociales con el fin de superar las asimetrías existentes en relación a los históricamente oprimidos.

En este marco, el TCP contextualizó la garantía de igualdad y prohibición de discriminación al nuevo constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, señalando que la misma no debe ser comprendida solo desde una perspectiva individual, sino también colectiva (SCP 0260/2014, FJ III.2, de 12 de febrero) [458].

---

contenidos mínimos fijados convencionalmente (OC-24/17, 2017, párr. 64).

[457] La Corte CIDH ha establecido que «los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. De este modo, la Corte estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término 'otra condición social' para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable. En tal virtud, al momento de interpretar dicho término, corresponde escoger la alternativa hermenéutica más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, conforme a la aplicación del principio pro persona». En esta misma opinión consultiva señaló que al interpretar la expresión «cualquier otra condición social» del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio del *pro homine* (*ibid.*: párrs. 67 y 70).

[458] En esta sentencia, a través de una acción de inconstitucionalidad abstracta planteada por el Defensor del Pueblo, se cuestionó la constitucionalidad de los siguientes artículos e incisos: art. 20, incs. 1) en la frase «y antecedentes policiales», 2) y 6) en la frase «tener tatuajes, marcas o señales adquiridas en lugares visibles»; art. 26, incs. 2), 4) y 7) concretamente en la frase «y los padres»; y art. 65, inc. 9) en su frase «y sus padres» del Reglamento para la Convocatoria, Selección y Admisión de Postulantes a las Unidades Académicas de Pregrado de la Universidad Policial «Mcal. Antonio José de Sucre»; art. 19.1.1.1, incs. d), e) y g) del Estatuto Orgánico del Sistema Educativo Policial, por ser presuntamente contrarios a los arts. 13.II y V, 14.I.II y IV, 21, 60, 62, 64.II, 66, 91.I y II, 109.II, 115.II, 116.I, 117.I y II y 410 de la CPE; 2.1, 14.1, 2 y 7, 17.1 y 2 y 23.1 y 2 del PIDCP; 3.1 y 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1.1, 8.1 y 2, 11.1 y 2, 17.1 y 2, 19 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, 13. 1, 2 y 3 inc. c) y 15.1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador»; al considerar que las normas demandadas de inconstitucionales vulneran derechos fundamentales al determinar como requisitos para ingresar a la institución de formación policial: ser soltero y no tener descendientes; tener una estatura mínima de 1,70 m para hombres y 1,60 m para mujeres; no tener tatuajes, marcas o señales adquiridas en lugares visibles; el de presentar certificado de antecedentes policiales de los padres y, del propio postulante; y, la vulneración del principio de reserva legal, entendiendo que la afectación de determinados derechos debió ser normada mediante una ley en

En coherencia con lo anotado, el máximo contralor de constitucionalidad estableció que el alcance de la igualdad sustantiva debe romper la matriz epistémica moderna de la cual emerge, que a su vez fue el fundamento de la construcción del Estado-Nación monocultural (*ibid.*: FJ III.2.1). En este escenario, puede afirmarse que desde la proyección del artículo 14.II de la CPE, la descolonización plantea modificar patrones socioculturales basados en prácticas (muchas, consuetudinarias), prejuicios, estereotipos u otros que generen relaciones de subordinación, inferioridad o asimetría que impidan el pleno goce de derechos [459].

En efecto, en el Estado Plurinacional de Bolivia la cláusula de igualdad y no discriminación debe ser aplicada e interpretada desde los postulados de la descolonización. En esta línea, el TCP estableció que el pilar de la descolonización plantea una sociedad justa y armoniosa, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social para consolidar las identidades plurinacionales (DCP 0001/2013, FJ III.2) [460].

La interdependencia de la igualdad material con el principio constitucional de descolonización en el modelo constitucional boliviano, se refleja en el alcance de la doctrina jurisprudencial sentada en la SCP 0260/2014 de 12 de febrero.

En el referido entendimiento jurisprudencial, se resaltó dicho principio como fundador del orden plurinacional. En este marco, se estableció que la construcción de la plurinacionalidad solo podrá hacerse realidad a partir de la modificación de las relaciones de poder y de subordinación que la colonialidad supone. Así, se resaltó que la descolonización tiene la finalidad de atacar la matriz colonial del poder que infravalora lo indígena, es decir, su cultura, sus sistemas económicos, políticos, jurídicos, etc.

Por lo expuesto, el TCP afirma que, en un contexto de plurinacionalidad, la descolonización solo podrá consolidarse en la medida en que los diferentes pueblos, colectividades y personas se encuentren en una relación de equilibrio y armonía, sin discriminación basada en las relaciones coloniales de poder. Por tal razón, para dicho equilibrio, en relación a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, será determinante la reconstitución de sus territorios, sus estructuras, instituciones, formas de vida, saberes y conocimientos (SCP 0260/2014, FJ III.1.2, de 12 de febrero), pues «…solo cuando se consigna esta reconstitución podrá existir un relacionamiento sobre la base de la igualdad» (*ibid.*).

---

su sentido formal. Por consiguiente, corresponde determinar si los extremos denunciados son evidentes a los efectos de ejercer el control de constitucionalidad que le encomienda al TCP, el art. 202.1 de la CPE.

459 En coherencia con la perspectiva del giro decolonial, el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que los Estados tomarán medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Estas medidas, sin duda, deben ser asumidas en el marco de la plurinacionalidad y el pluralismo para un consenso intercultural que materialice una igualdad sustantiva, pero con enfoque intercultural, criterios a partir de los cuales podrá desarrollarse la *despatriarcalización* que no es más que el género descolonizado.

460 Ver también Declaración Constitucional Plurinacional 0006/2013, FJ III.1.

Desde esta condición *sine qua non* para la igualdad en el Estado Plurinacional, tal como ya lo advirtió la SCP 260/2014 de 12 de febrero, el proceso de descolonización no puede ser entendido únicamente como una herramienta para eliminar las relaciones de subordinación respecto a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino debe ser concebido desde una perspectiva más amplia, es decir, como un proceso destinado a la eliminación misma de la jerarquización de las relaciones en todos los ámbitos, por lo que

> …la descolonización como fin del Estado, se presenta en una doble perspectiva: la constitución de una sociedad justa, armoniosa y sin discriminación, eliminando, por tanto, las relaciones de subordinación que encarna la colonialidad del poder en los diferentes ámbitos, entre ellos el jurídico, y por otra, la consolidación de las identidades plurinacionales a través de la reconstitución de los pueblos indígenas, con la finalidad de lograr un verdadero equilibrio e «igualación» en dichas relaciones de poder (SCP 0260/2014, FJ III.1.2, de 12 de febrero).

Por ello, la cláusula de igualdad material desde el enfoque de la descolonización buscará la consagración del Vivir Bien como fin esencial del Estado, tal cual reza el art. 9 de la CPE. En este contexto, desde la jurisprudencia del TCP, Vivir Bien significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad, de manera que se elimine toda desigualdad y mecanismo de dominación (*ibid.*: FJ III.1). Desde esta perspectiva, el máximo contralor de derechos dimensiona este concepto al «Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo» (DCP 0006/2013, FJ III.1, de 5 de junio).

El Vivir Bien desde el alcance comunitario del Estado [461] fue concebido, además, por la jurisprudencia del TCP en una triple dimensión, como un principio, un valor y el fin mismo del Estado (SCP 1023/2013, FJ III.3, de 27 de junio), y se proyecta sobre la base del respeto mutuo y el bienestar común para una vida armoniosa y en plenitud

> …que implica primero saber vivir y luego convivir en armonía y en equilibrio; en armonía con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos, de la vida y de la historia y en equilibrio con toda forma de existencia sin la relación jerárquica, comprendiendo que todo es importante para la vida (*ibid.*).

En este marco, el TCP vinculó la igualdad con el Vivir Bien que, a su vez, en una sociedad plurinacional integra otros valores, como los ético-morales —el *ama quilla, ama llula, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón) y el *suma qamaña* (Vivir Bien)—, entre otros descritos en el art. 8 de la CPE (SCP 0177/2013, FJ III.1.5, de 5 de abril).

---

[461] El carácter comunitario del Estado que es la perspectiva desde la cual debe interpretarse interculturalmente la cláusula de igualdad material, fue abordado en la SCP 0260/2014 de 12 de febrero en el FJ III.I.4. De la misma forma, la SCP 0890/2013 de 20 de junio, señaló que el carácter comunitario del Estado reconoce el pensamiento de los pueblos indígena originario campesinos que se centra en la comunidad antes que en el individuo; comunidad que a su vez es la base del Vivir Bien, un vivir en condiciones de familia, en condiciones de hogar familia, no un Vivir Bien individual, sino un vivir comunitario familiar.

En esta línea de pensamiento, el máximo contralor de constitucionalidad aclaró que «…la armonía consiste en una articulación de diferentes mundos, seres en un mismo espacio y territorio que en sí mismo involucra a todo tipo de comunidades humanas, aunque estos expresen valores culturales opuestos» (SCP 0260/2014, FJ III.1.5, de 12 de febrero).

Sobre esta cuestión, el TCP añade lo siguiente:

> ...el *Suma Qamaña*, el Vivir Bien, supone un vivir completo, una vida fundada en el equilibrio, la armonía, la reciprocidad y la complementariedad, a partir de una ética comunitaria, que significa una relación simétrica entre grupos, entre seres humanos y la naturaleza; supone la construcción de una interrelación de sujetos, de comunidades con diferentes patrones y características culturales y físicas, propias de un Estado Plurinacional, en el que, partiendo de la constatación de evidencias desigualdades económicas y sociales y de identidades que históricamente estuvieron subordinadas, se logre el beneficio de estos grupos, mediante medidas que los coloquen en condiciones de 'igualdad' de acceso a los mismos beneficios de los otros grupos sociales, lo que sin duda implica el fortalecimiento de los valores comunitarios, fundados, principalmente en la solidaridad, en la complementariedad, armonía, equilibrio y equidad… (*ibid.*).

Como puede advertirse, la igualdad, desde la descolonización, dista sustancialmente de la idea liberal de igualdad postulada por Bobbio, Rawls o Dworkin, entre otros, toda vez que, tal y como sostuvo el TCP, la CPE tiene una inspiración anticolonialista que rompe con la herencia del constitucionalismo monocultural (SCP 0487/2014, FJ III.1.1, de 25 de febrero); y también con los postulados de la pluriculturalidad en aras de la construcción de la plurinacionalidad [462].

Para justificar la diferenciación anotada, es importante precisar que Bobbio (1991) afirma que la igualdad genera para el Estado obligaciones que cuando son insatisfechas hacen viable la activación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque critica su técnica de aprobación por una Resolución de Asamblea General (p. 39).Desde un enfoque universal, este autor vincula la igualdad con la justicia y afirma que un trato justo respetará las reglas jurídicas dadas a todos en igualdad de condiciones (Bobbio, 1993, pp. 58-59).

Por su parte, John Rawls (cit. en Rodríguez Zepeda, 2004, pp. 95-114) desde una construcción liberal crítica, postula un igualitarismo radical destinado a la construcción de un Estado de Bienestar basado en una teoría política de la justicia en una sociedad plural, democrática y capitalista que sustenta sus pilares en la justa igualdad de oportunidades y en el principio de diferencia, que, como telón de fondo —tal como afirma Rodríguez Zepeda (*ibid.*)— tuvo una gran relevancia en los debates del multiculturalismo, la política de identidad y diferencia, así como en las diversas teorías de ciudadanía [463].

---

[462] Al respecto, el TCP, en la SPC 0260/2014 de 12 de febrero, señaló que el carácter plurinacional es el cambio más trascendente en el modelo de estado asumido por Bolivia (FJ III.1.1).

[463] Rodríguez Zepeda explica que Rawls concede los beneficios de una distribución absolutamente equitativa solo al conjunto de libertades y derechos que constituyen la ciudadanía democrática, mientras

Dworkin (2010) también tiene una visión liberal de la igualdad y desarrolla el concepto de igualdad sustantiva y de igualdad procesal en una sociedad liberal y diversa en la cual las minorías se encuentran en situación de desventaja, criterio esencial en virtud del cual el autor sustentó la doctrina constitucional de la *revisión judicial* (pp. 113-144).

Lo citado precedentemente es esencial, ya que el TCP resaltó que la comprensión de los derechos, deberes y garantías, en el Estado Plurinacional, no puede realizarse desde la óptica del constitucionalismo liberal, sino, más bien, tiene un horizonte en la pluralidad de fuentes de derecho y de derechos. En esta línea, el máximo contralor del bloque de constitucionalidad apuntó que los derechos, en general, son derechos de colectividades que se ejercen individual, social y/o colectivamente, lo cual no supone la negación de los derechos y garantías individuales, pues el enfoque plurinacional permite concebir a los derechos y garantías, primero como derechos de colectividades, y luego como derechos que se ejercen individual, social y colectivamente (SCP 0487/2014, FJ III.1.1, de 25 de febrero).

El TCP remarcó, también, que los derechos de las colectividades necesariamente implican quebrar «…la centralidad de una cultura sobre las otras y posibilit[ar] diálogos, espacios políticos de querella discursiva para la generación histórica y necesaria de esta comunidad de comunidades de derechos» (*ibid.*).

Entonces, estos diálogos interculturales de derechos, como bien lo refiere la SCP 0487/2014, solo podrán ser materializados en el marco de un pluralismo jurídico, el cual, desde la cláusula de igualdad material, consagrada en el artículo 14.II de la Constitución, asegura un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el marco de los criterios descritos en el segundo capítulo.

Es importante destacar, por otra parte, que la cláusula de igualdad y prohibición de discriminación redimensionada en el marco de los postulados del nuevo constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, en los términos expuestos, le brinda una impronta propia al modelo constitucional boliviano.

Esta cláusula tiene varias aristas en clave plurinacional que se manifiestan en tres pilares específicos: a) la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; b) la protección reforzada a grupos de atención prioritaria y la interpretación intracultural favorable; y c) la igualdad sustantiva y su incidencia en el principio de prevalencia de la justicia material para el acceso a una justicia plural. A continuación, se describen los tres pilares mencionados.

propone un modelo de desigualdad «regulada», «controlada» o «razonable» para la distribución de la riqueza, el ingreso y las posiciones sociales relacionadas con éstos; esto porque determinadas diferencias en la repartición del ingreso y la riqueza pueden ser justificadas, si, tomando como punto de comparación la posición menos aventajada, trabajan a favor de las posiciones peor situadas. Rodríguez Zepeda afirma que la teoría de Rawls es una de las versiones distributivas más radicales formuladas desde el liberalismo y desde el requisito de la inviolabilidad de los derechos y libertades ciudadanas, máxime cuando la pretensión es implementarla en el marco de una sociedad pluralista. También es importante destacar que Kymlicka (1996), realiza un análisis de la igualdad desde una construcción liberal crítica (p. 41).

8.1.- La libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

El TCP estableció que el principio de igualdad y no discriminación, para su efectiva materialización desde una perspectiva colectiva, requiere de una política de reparación, diversidad y justicia social, con el objetivo de buscar el equilibrio, la equidad y la armonía, que se constituyen en el contenido material de la igualdad a partir del carácter plurinacional y comunitario del Estado Plurinacional (SCP 0260/2014, FJ III.2.2, de 12 de febrero).

En este contexto, el contenido material de la igualdad y prohibición de discriminación, en el marco de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas que demuestran la histórica discriminación y supresión de derechos, debe consolidar —en un contexto de pluralismo jurídico de tipo igualitario— la vigencia plena de la garantía de *libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos* contenida en los artículos 2, 30.4, 30.5 y 30.8 de la CPE [464].

La garantía de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, desde la vigencia de la cláusula de igualdad material y no discriminación, será el fundamento para el pleno ejercicio de todos los derechos colectivos y también individuales y, además, será esencial para consolidar la construcción colectiva del Estado para Vivir Bien. Asimismo, esta garantía será esencial para lograr los procesos de restitución, reconstitución e igualación propugnados por el modelo constitucional vigente.

El TCP estableció que, para lograr la consolidación de dichos procesos —es decir, la «restitución», «igualación» y «reconstitución»— deberá resguardarse el principio de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en un contexto de interculturalidad, a fin de garantizar así los principios de complementariedad, solidaridad y respeto mutuo entre las culturas ancestrales y el pueblo de Bolivia, en general, ya que, según este entendimiento, solo así se garantizará la materialización del fin esencial del Estado Plurinacional: el Vivir Bien (SCP 0778/2014, FJ C.2, de 12 de febrero).

Anaya (2005) señaló que la libre determinación como derecho de los pueblos indígenas, tiene un carácter reparador, pues se reconoce la negación histórica de ese derecho y la necesidad de remediar esa omisión para que los pueblos indígenas formen parte del Estado, al igual que otros sectores, en términos justos y mutuamente acordados después de años de exclusión y aislamiento (pp. 45-74).

En este marco, el citado autor, otrora relator de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, resaltó la importancia de la libre-determinación como derecho para la superación de desventajas sistémicas en aras de lograr una igualdad real de los pueblos indígenas en relación a sectores dominantes y hegemónicos (*ibid.*).

Al respecto, el TCP, en el marco del *corpus iure* internacional de derechos de los pueblos indígenas y de las características del modelo constitucional vigente, estableció que la

[464] En el *corpus iure* de derecho internacional de los pueblos indígenas, la cláusula de libre determinación está consagrada tanto en el art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el primer artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. También está consagrada en los artículos 34, 35, 40 y 46.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en los artículos III, XXII y XXIII de la Declaración Americana sobre derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT (arts. 6, 7, 8, 9.1 y 15).

cláusula de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinas se configura como un principio rector del modelo de Estado y del régimen constitucional y como un valor plural supremo:

> …las decisiones que puedan ser asumidas por las naciones y pueblos indígena originario campesinos encuentran fundamento en el derecho a su autonomía, el cual, de acuerdo a su cosmovisión y valores propios, garantiza que estos colectivos determinen su proyecto colectivo de vida, su forma de organización política, social, institucional, económica, así como sus formas propias de gestión comunal, aspectos que además encuentran sustento en los elementos fundantes del Estado Plurinacional de Bolivia, es decir la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización (DCP 0006/2013, FJ III.6, de 5 de junio) [465].

Asimismo, el TCP señaló que

> …del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos reconocido en la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales, se desprende y fundamenta el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígena originario campesino, de sus instituciones propias y sus procedimientos, por ende, el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, a través de sus procedimientos e instituciones propias y bajo sus sistemas normativos. En cuyo contexto, los pueblos indígena originario campesinos en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con sus normas, procedimientos e instituciones, los que en el marco del Estado Plurinacional, son reconocidos con igual valor jurídico, de tal forma cuentan también con la facultad de hacer cumplir sus resoluciones y hacer valer sus decisiones frente a los demás órganos e instituciones estatales, entre ellos, las autoridades de otras jurisdicciones (SCP 0037/2013 de 4 de enero, FJ III.4).

En virtud a lo señalado, es evidente que una de las grandes manifestaciones de la cláusula de libre determinación es el goce sin discriminación y en igualdad material de derechos colectivos de titularidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en el art. 30 de la CPE, los cuales, tal y como resaltó la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, son un catálogo abierto y no limitativo ni cerrado (FJ IV.2) [466].

---

[465] En esta misma línea, el TCP, en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, señaló que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a partir de su libre determinación, tienen derecho a que el Estado reconozca su institucionalidad (FJ III.2).

[466] La titularidad colectiva de derechos a los pueblos indígenas fue consagrada también por el artículo 3.1 del Convenio 169 de la OIT. De la misma forma, en el marco del principio de progresividad de derechos, debe señalarse que la Corte CIDH, en el caso Sarayacu vs Ecuador, no solo abarcó la titularidad de derechos colectivos sino también consagró la tutela específica de estos derechos al señalar en el párrafo 231 lo siguiente: «En anteriores oportunidades, en casos relativos a comunidades o pueblos indígenas y tribales el Tribunal ha declarado violaciones en perjuicio de los integrantes o miembros de las comunidades y pueblos indígenas o tribales. Sin embargo, la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos de Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indí-

En síntesis, el principio de igualdad, desde el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia y a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, no persigue una igualdad material de las personas concebidas desde criterios de homogeneidad, sino, por el contrario, busca una igualdad material de las personas en el marco de sus diversas culturas y condiciones de desventaja y también de acuerdo a una igualdad material desde la prevalencia de la cláusula de libre determinación, a partir de la cual deben concretizarse procesos de restitución, reconstitución e igualación en los términos expuestos en este acápite.

8.2.- La protección reforzada a grupos de atención prioritaria: La interpretación intracultural favorable

Desde la cláusula de igualdad y prohibición de discriminación, redimensionada a una plurinacionalidad descolonizadora, el TCP estableció una protección reforzada para grupos de atención prioritaria en contextos *inter* e *intra* culturales:

> …en circunstancias en las cuales los actos denunciados como lesivos a derechos de mujeres o la minoridad en contextos intra e inter-culturales, el control plural de constitucionalidad, deberá asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada a la luz de una pauta específica de interpretación: la interpretación intra-cultural favorable, progresiva y extensiva para estos sectores, a cuyo efecto, se establece la vigencia del paradigma de la favorabilidad para las mujeres y minoridad, al cual debe armonizarse la cosmovisión de todo pueblo y nación indígena originario campesino (SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, FJ IV.6) [467].

En esta línea de pensamiento constitucional, el máximo contralor constitucionalidad aplicó la interpretación intra cultural favorable en el marco de los criterios del paradigma del Vivir Bien, que tal como se señaló, es una pauta intercultural de interpretación de derechos que a su vez contiene el test de ponderación intercultural. Así por ejemplo, a partir de esta interpretación intra cultural favorable protegió a una mujer indígena y

genas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva» (2012, párr. 231). También Yrigoyen Fajardo (2006) desarrolla la importancia de la titularidad colectiva de derechos.

[467] En este caso, una mujer indígena fue expulsada con su familia de su comunidad por resolución del sindicato campesino, porque se atribuyó un robo a su hijo, en este contexto, el TCP estableció que todas las jurisdicciones, incluida la jurisdicción indígena originaria, deben asegurar la materialización de valores plurales supremos, entre los cuales se encuentran la igualdad, solidaridad y la inclusión, más aún en el caso de las mujeres y los menores de edad por las condiciones de «vulnerabilidad material» en las que se encuentran. El Tribunal señaló que cualquier decisión de la jurisdicción indígena originario campesina que plasme medios o fines contrarios a los valores plurales supremos de igualdad, inclusión, solidaridad u otros, y que afecte a estos sectores de protección prioritaria deberán ser restituidos por el control plural de constitucionalidad, en aplicación del paradigma de favorabilidad para las mujeres y minoridad, en los términos precedentemente expuestos.

adulta mayor, que al haber enviudado, sus tierras fueron asignadas a sus cuñados varones por decisión de la comunidad (SCP 0323/2014, FJS III.3, III.4 y III.6, de 9 de febrero) [468].

El TCP, en la referida sentencia, para analizar la problemática, aplicó el paradigma del vivir y en el marco del precedente en vigor contenido en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, realizó una interpretación intracultural favorable y armónica con los estándares internacionales vigentes para la protección de mujeres y personas adultas mayores, por lo que generó a través de su interpretación un consenso intercultural basado en la protección reforzada a grupos de atención prioritaria, confirmando la decisión del juez de garantías que concedió la tutela (SCP 0323/2014, FJS III.3, III.4 y III.6, de 9 de febrero).

Sin embargo, si bien esta sentencia aplica los criterios de protección reforzada en contextos intraculturales, empero, la misma no realiza un diálogo intercultural que, tal como se señaló, es la herramienta que en el marco del pluralismo jurídico de tipo igualitario debe generar consensos interculturales, especialmente con la finalidad de materializar un real equilibrio y armonía para Vivir Bien. En este escenario, la consolidación de diálogos interjurisdiccionales es un desafío para el TCP para enmarcarse en un verdadero modelo polifónico de justicia constitucional y consagrar así los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Es el orden de ideas expresadas, también es importante señalar que las personas adultas mayores y su protección en contextos intraculturales fueron abordadas por la jurisprudencia constitucional plurinacional, así, a través de la SCP 0246/2015-S1 de 26 de febrero que se pronunció en virtud a una acción de libertad, se analizó la sanción de *azotes* aplicados por decisión de la jurisdicción indígena a una persona adulta mayor, aunque la sentencia no aplicó expresamente el paradigma del Vivir Bien ni los métodos basados en los diálogos inter-jurisdiccionales, implícitamente aplicó *la interpretación intracultural favorable al confirmar la decisión del Juez de Garantías* y conceder la tutela.

Por otra parte, el TCP, también a través de la SCP 0484/2015-S2 de 7 de mayo, aplicó implícitamente la interpretación intracultural favorable, ya que en este caso, autoridades indígenas sancionaron con la expulsión de la comunidad a una persona adulta-mayor debido a su inasistencia a asambleas comunitarias, en este caso, el máximo contralor de constitucionalidad, argumentó que esta decisión no era armónica con los valores supremos, por lo que fue desproporcionada y no respondió a una estricta necesidad comunitaria (FJ .III.4) [469].

---

[468] En este caso, las autoridades originarias del ayllu Chahuara del municipio de Huari, en el marco de una creencia de raíces profundamente patriarcales, al ser la víctima viuda y mujer, la obligaron a firmar una cesión de sus tierras a los hermanos varones de su difunto marido.

[469] En este caso, de manera textual se estableció: «…se evidencia una manifiesta e irracional desproporcionalidad, por cuanto la sanción de expulsión obvió que la persona infligida es un individuo que actualmente cuenta con la edad de 76 años, momento en la vida de cualquier individuo, en la que las capacidades físicas y mentales —es de suponer—, se encuentran limitadas tal como ocurre en el caso en concreto, que de la lectura de la evaluación psicológica que se efectuó al ahora accionante conforme se indicó en la Conclusión II.12, arrojó como resultados —entre otros—: angustia, llanto, sentimiento de inutilidad, sentimiento de desesperanza e impotencia, deterioro de su coordinación viso motora, deterioro en la habilidad de resiliencia e inteligencia emocional; informe que concluyó que aquel,

Continuando con un análisis dinámico de jurisprudencia, es importante señalar que la SCP 0481/2019-S2 de 9 de julio, estableció que en el marco del proceso de especificación de los derechos humanos, no es suficiente el principio de igualdad formal, sino más bien debe consagrarse la igualdad material, según la cual, se deben otorgar a las personas o grupos que históricamente estuvieron en una situación de vulnerabilidad, las condiciones, medios o herramientas para que puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad (FJ III.3).

La referida sentencia constitucional plurinacional, que se configura como una sentencia sistematizadora de línea jurisprudencial, refiere que, si bien los pueblos indígenas merecen una protección reforzada debido a la discriminación histórica que han sufrido, no es menos evidente que al interior de las NPIOC, existen grupos que se encuentran con mayores niveles de subordinación, ello debido a la influencia occidental y colonial vinculada a la construcción de un modelo hegemónico de dominación, construido a partir del hombre adulto y sin discapacidad, que situó en la periferia a las mujeres, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y personas con discapacidad, en relación a las cuales se han ejercido relaciones dobles de dominación (*ibid.*). En base a este razonamiento, estableció que «…es obligación del Estado y de los pueblos indígenas, adoptar medidas para garantizar los derechos y las necesidades de ancianos, mujeres, niños y jóvenes y personas con discapacidad» (*ibid.*).

Es importante también resaltar que, en el marco de un constitucionalismo dialógico latinoamericano, el enfoque de interseccionalidad o de discriminaciones múltiples[470], es armonioso con la interpretación intracultural favorable descrita. En ese orden, cualquier conflicto que se presente deberá considerar las múltiples situaciones de asimetría en las cuales puede encontrarse una persona o grupos de atención prioritaria, por ejemplo, los casos de mujeres indígenas adultas mayores. En ese sentido, desde este enfoque de interseccionalidad, los miembros de pueblos indígenas víctimas de causas múltiples de discriminación merecerán una protección más reforzada aún por parte de las autoridades

presenta depresión con problemas psicosomáticos; además de ello, tampoco se reflexionó, que el ahora accionante vivía de su predio y que a partir de los años noventa él fue parte de la Comunidad; sumando a aquello la falta cometida por José Lino Mamata de inasistencia a las asambleas general y ordinaria, no encuentra proporcionalidad y equilibrio en la sanción de expulsión impuesta, extremo que se hace aún más evidente por cuanto la falta es sobredimensionada en relación al hecho que la provocó, en ese entender, es posible concluir que la decisión asumida se tornó en desproporcional y exagerada, lo que no es posible permitir en un Estado social y democrático de derecho, en el que más bien vienen implementadas políticas tendientes a la protección de los adultos mayores considerados como un grupo vulnerable dentro de la sociedad (…) la decisión de expulsión en relación al hecho que la generó no resulta estrictamente necesaria, pudiendo haberla resuelto a través de la imposición de otro tipo de sanción y no optar por la pena mayor, ello en relación al tipo de falta cometida por José Lino Mamata, relacionada a la inasistencia a las asambleas generales y ordinarias. En base a todo lo expuesto, se tiene que la decisión de la expulsión del impetrante de tutela, no es proporcional ni responde a una estricta necesidad comunitaria, por tanto, aquella no cumple con los postulados del test del paradigma del Vivir Bien» (SCP 0484/2015-S2, FJ III.4, de 26 de febrero).

[470] La Corte CIDH (2010), en el caso Inés Fernández vs México, referente a violencia sexual contra la mujer indígena, aplicó el enfoque de interseccionalidad, es decir identificó a partir de su condición de mujer indígena, las causas múltiples de discriminación que limitaron y suprimieron el ejercicio pleno de derechos (párrs. 107, 200 y 223).

de la jurisdicción indígena originaria campesina, de las autoridades públicas en general y del control de constitucionalidad.

Como podrá advertirse, la interpretación intracultural favorable, la cual es armónica con la protección reforzada y con el enfoque de interseccionalidad, debe ser aplicada en el marco de herramientas como los diálogos interculturales o interjurisdiccionales. Por esta razón, la SCP 0790/2012 de 20 de agosto, estableció que el reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues tal como refiere este entendimiento, no existe una sola fuente de derecho y de los derechos; de donde se concluye que éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto (FJ III.1).

Los estándares jurisprudenciales citados se encuentran en armonía con el principio de favorabilidad a grupos de atención prioritaria desarrollados tanto por el SIDH como por el SUDH [471]; asimismo, responden a los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 15.II, 61.1, 67, 68 y de la Constitución, entre los más importantes [472]. Por tanto, esta interpretación intracultural favorable es otra manifestación de la igualdad sustantiva en clave plurinacional.

8.3.- La igualad sustantiva en clave de plurinacionalidad y su incidencia en el principio de prevalencia de la justicia material para el acceso a una justicia plural

La cláusula de igualdad material redimensionada a los principios de plurinacionalidad, pluralismo y descolonización tiene una incidencia directa en los criterios para el acceso a la justicia y el tratamiento de ritualismos o formalismos contrarios al fin esencial del estado: el Vivir Bien, es decir en armonía, equilibrio, complementariedad y solidaridad.

En este contexto, el TCP desarrolló el acceso a la justicia desde una interpretación intercultural, al establecer:

> En contextos de pluralidad, el derecho de acceso a la justicia con relación a los miembros de pueblos indígenas originario campesinos no significa que el Estado

[471] Por ejemplo, la Corte CIDH, en la OC-17/02 de 28 de agosto, sistematizó todas las garantías y principios de protección reforzada a la niñez y adolescencia.

[472] El artículo 15.II de la Constitución establece que todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad, en este marco, en el tercer párrafo se establece: «El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como privado». Por su parte, el art. 61.1 establece que se prohibe y sanciona todas las formas de discriminación contra la mujer. El art. 67 establece que todas las personas adultas mayores tienen derecho a una vida digna, con calidad y calidez humana, en este marco, el art. 68 de la norma constitucional, determina que el Estado adoptará política públicas para la protección, atención, recreación, descanso y ocupación social de las personas adultas mayores, de acuerdo con sus capacidades y posibilidades, en este marco, prescribe la prohibición y sanción de toda forma de maltrato, abandono, violencia y discriminación a personas adultas mayores.

> traslade su aparato estatal a las comunidades de los pueblos indígena originario campesinos para administrar justicia en sus territorios, sino que se extiende en su contenido y se trasunta a la vez en el derecho de los miembros de todos los pueblos indígena originario campesinos de acceder a sus instancias propias de resolución, a sus autoridades indígenas, normas y procedimientos para resolver sus controversias y conflictos internos. Por tanto, comporta, el deber del Estado Plurinacional de garantizar a toda persona el acceso a una justicia acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios. Al mismo tiempo, contempla que los miembros de pueblos indígenas originario campesinos cuando se encuentren bajo una jurisdicción que no le es propia, se considere y comprenda su condición cultural de diferencia al momento de juzgarlos y sancionarlos (SC 0037/2013, FJ III.5, de 4 de enero) [473].

Este alcance del acceso a la justicia desde una visión intercultural también se aplica en mérito al principio de interculturalidad y de complementariedad a la administración de justicia ordinaria o agroambiental aún cuando las partes procesales no sean miembros de pueblos indígenas, esto es así porque tal como ya se señaló, el pluralismo jurídico conlleva un sistema plural de fuentes jurídicas de las cuales las normas, principios y valores de las naciones y pueblos indígenas son fuente directa de derecho y deben dialogar y complementarse con las demás normas, principios y valores en aras a la construcción de una plurinacionalidad intercultural en los términos descritos en el segundo capítulo de este trabajo.

Desde la perspectiva anotada, la cláusula de igualdad material, en coherencia con un acceso a la justicia desde una visión intercultural se manifiesta también en flexibilizaciones procesales que deben ser realizadas por todas las autoridades jurisdiccionales para la prevalencia de la justicia material y, por ende, de la igualdad material postulada por el modelo constitucional boliviano.

Por otra parte, el TCP estableció que las autoridades jurisdiccionales no pueden «defender a ultranza formalidades y ritualidades procesales incluso por encima del sacrificio de derechos fundamentales» (SCP 0281/2013, FJ III.1, de 13 de marzo) [474].

---

[473] La Corte CIDH también desarrolló estándares importantes en cuanto al acceso a la justicia de pueblos indígenas. Así, en el caso Tiu Tojín vs Guatemala (2008), la Corte estableció que los Estados deben brindar una protección especial a los pueblos indígenas y que tienen el deber de asegurar que las personas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados «facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin», de la misma forma, la Corte estableció que los Estados deben evitar esfuerzos desmedidos y desproporcionales para el acceso a la justicia (párrs. 99 y 100). La Corte CIDH (2012), en el caso del Pueblo Indígena Kichua de Sarayaku vs Ecuador estableció también que «es indispensable que los Estados otorguen una protecciónefectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como susituación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres» (párr. 264). También en el caso Pueblos Kaliña y Lokomo vs Surinam (2015), la Corte estableció que los Estados tienen el deber de asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros mediios eficaces para tal fin (párr. 251).

[474] Para un análisis dinámico de la línea jurisprudencial, debe señalarse que el principio *pro actione* o de prevalencia de la justicia material, ya fue desarrollado por el Tribunal Constitucional creado por la

El precedente citado evidencia la importancia de la flexibilización de presupuestos procesales o de ritualismos extremos basados en una igualdad formal que no necesariamente responderá a los postulados de la igualdad material contextualizada a los principios que sustentan el modelo constitucional boliviano.

Asimismo, la cláusula de igualdad material contextualizada al modelo vigente, en una perspectiva acorde a un acceso a la justicia con enfoque intercultural postula también, desde la prevalencia de la justicia material, una visión antiformalista del derecho, en virtud de la cual, las autoridades judiciales, en todas sus instancias, deben acercarse lo más posible a la realidad y valorarla en el contexto del principio de verdad material:

> …el principio de verdad material impele a las autoridades judiciales a generar decisiones orientadas a resolver las problemáticas guiados por el valor justicia, lo que no implica que las decisiones de los órganos jurisdiccionales estén investidas de subjetividad, es decir, el sujeto que interpreta y valora los hechos y el derecho claramente es el juez y le corresponde en primera instancia valorar qué pruebas están sometidas a la valoración legal y cuales a la sana crítica y en su caso por las particularidades del caso concreto en virtud al principio de verdad material y el valor justicia apartarse de la tasación legal para resolver conforme la sana crítica efectuando la debida fundamentación de los motivos que le impulsan apartarse de la prueba tasada… (SCP 1631/2013 FJ III.2.2, de 4 de octubre).

Del mismo modo, el TCP sostuvo que la justicia material es la finalidad del sistema plural de justicia, en aras de resguardar la prevalencia del derecho sustantivo en relación al derecho adjetivo (SCP 0144/2012 FJ III.1, de 14 de mayo), lo que quiere decir que debe prevalecer la verdad y justicia material en relación a las formas procesales que obstaculicen un acceso a la justicia con enfoque intercultural.

Además, el TCP estableció que el principio de prevalencia de verdad material consagrado en la Constitución debe ser aplicado a todos los ámbitos del derecho y, por ende, debe impregnar la función de impartir justicia, por lo que no es posible admitir la exigencia de extremos ritualismos o formalismos (SCP 1662/2012 FJ III.3, de 1 de octubre).

Las líneas jurisprudenciales citadas deben, además, ser invocadas y aplicadas desde el estándar más alto del principio de prevalencia de la verdad y justicia material con un enfoque intercultural consagrado en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero. En efecto, en este entendimiento jurisprudencial se ha establecido que en el Estado Plurinacional todas las autoridades administrativas, jueces y tribunales de justicia deberán flexibilizar requisitos formales y realizar reconducciones procesales (FJ III.1.2).

Constitución de 1994; así, por ejemplo, en la SCP 1044/2003-R de 22 de julio se señaló que este principio «tiende a garantizar a toda persona el acceso a los recursos y medios impugnativos, desechando todo rigorismo o formalismo excesivo, que impida obtener un pronunciamiento judicial sobre las pretensiones a agravios invocados» (FJ III.1). Como puede advertirse ya desde el modelo constitucional abrogado, el principio de prevalencia de la justicia material tuvo gran relevancia, adquiriendo una connotación central en el marco de los principios de plurinacionalidad, pluralismo y descolonización.

Además, la referida sentencia constitucional calificó al sistema jurídico iuspositivista como una herencia colonial, por su excesivo formalismo incapaz de resolver conflictos y garantizar efectivamente derechos. Con el propósito de generar escenarios propicios para evitar dilaciones indebidas contrarias al valor justicia, en *contrario sensu,* la indicada sentencia establece que

> …la plurinacionalidad y el pluralismo supone pensar y adoptar medidas que permitan dar soluciones integrales, con celeridad, a los conflictos que se presentan, desterrando toda práctica dilatoria que únicamente se demora en cuestiones formales sin tutelar de manera inmediata los derechos y garantías (SCP 0487/2014 FJ III.1.2, de 25 de febrero).

Por otra parte, la referida sentencia constitucional estableció que

> …a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la exigencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en obstáculos para un real acceso a la justicia constitucional, cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales (SCP 0487/2014 FJ III.1.2, de 25 de febrero).

La indicada sentencia afirma que el entendimiento antes transcrito tiene fundamento en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, de justicia material y de no formalismo, los cuales, según este razonamiento, deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya tradición jurídica no reconoce las formalidades propias del sistema occidental y, por lo que, en este ámbito, deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (*ibid.*).

Desde el objetivo académico planteado en este trabajo de investigación, para la acción popular, cobra particular importancia las flexibilizaciones procesales que, a partir de la perspectiva del pluralismo y la descolonización fueron expuestas en este acápite, por lo que, en el siguiente acápite, estos criterios serán abordados para el análisis dinámico de jurisprudencia constitucional. Al margen de ello, la prevalencia de la justicia material desde un enfoque intercultural no solo es una manifestación de la cláusula de igualdad, sino también es un rasgo esencial del modelo constitucional vigente forjado desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

9.- La justicia plural desde el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador

El monismo jurídico, en sociedades homogeneizadas, consolidó la idea de una sola cultura, un solo idioma, una sola religión y un solo sistema normativo; en cambio, el

pluralismo jurídico de tipo igualitario postula la coexistencia de un sistema plural de fuentes jurídicas, pero, además, de un sistema plural de sistemas jurídicos. En este marco, la CPE, a partir de la cláusula de libre determinación consagrada en los artículos 2 y 30.4, estableció un *sistema plural de justicia* que constituye un rasgo esencial del modelo constitucional boliviano.

En efecto, en el art. 178 (primer parág.), la CPE establece:

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

Desde la fuerza irradiadora de estos principios, el art. 179 (primer parág.) de la CPE consagra el principio de unidad jurisdiccional basado en el ejercicio de una justicia plural que contempla, en un plano de igualdad jerárquica [475], a las jurisdicciones ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas [476].

El TCP, a través de la SCP 0300/2012 de 18 de junio, desarrolló los alcances del principio de unidad jurisdiccional reconocido en el art. 179 de la Constitución resaltando que, en el marco del modelo constitucional vigente, todas las jurisdicciones tienen como denominador común el respeto a los derechos fundamentales, a las garantías constitucionales y a la obediencia a la CPE:

> …encontrando la unidad en la interpretación final que efectúe el Tribunal Constitucional Plurinacional tanto de los derechos y garantías como de las propias normas constitucionales, pues, por el carácter vinculante de sus resoluciones, todos los jueces y autoridades, deben aplicar la interpretación efectuada por éste órgano (SCP 0300/2010, FJ III.1, de 18 de junio).

El ejercicio, en igualdad jerárquica, de las jurisdicciones descritas, desde los alcances de la cláusula de libre determinación y la cláusula de igualdad material, enmarcadas en los principios de plurinacionalidad, pluralismo y descolonización, conlleva la vigencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario que asegura la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, la vigencia de un sistema plural de fuentes jurídicas en un contexto de intercultural plurinacional y el sometimiento del mismo a un máximo contralor del respeto a derechos en contextos de plurinacionalidad, como es el caso del TCP.

En el orden de ideas expresado, debe resaltarse que el sistema plural de justicia no solo postula una diversidad de sistemas jurídicos en un contexto en el cual la jurisdicción

---

[475] El artículo 179.II de la Constitución señala que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía.

[476] El artículo 179.I de la Constitución señala que la jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; asimismo, establece que la jurisdicción agroambiental se ejerce por el tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades y las jurisdicciones especializadas estarán reguladas por ley.

indígena originario campesina es parte del Órgano Judicial[477], sino, tal como afirma Walsh (2009), postula también una *interculturalización jurídica* que, en condiciones de igualdad entre los diferentes sistemas jurídicos, permita el interrelacionamiento y la articulación entre éstos (pp. 24-25). Esto supone, según el TCP, la vigencia de un pluralismo descolonizador que plantea la convivencia igualitaria de varios sistemas jurídicos, políticos, económicos y culturales orientados a una nueva institucionalidad capaz de despojarse de toda forma de monismo y homogeneidad cultural, jurídica, económica y política (DCP 0006/2013 FJ III.1, de 5 de junio).

En el contexto del pluralismo jurídico de tipo igualitario, el art. 30.II.14 de la Constitución reconoce el derecho colectivo de las naciones y pueblos indígenas al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. Así, las naciones y pueblos indígenas tienen derecho a crear su propio derecho y a aplicarlo a través de sus autoridades. De acuerdo a lo anotado, es importante precisar que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen facultad legislativa y, por tanto, sus normas y procedimientos que pueden ser orales o escritos son fuente formal del Derecho boliviano (Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurincacional de Bolivia, 2017, pp. 34-35)[478].

Es importante destacar que las normas y procedimientos que son fuente directa de derecho en el contexto de un sistema plural de justicia, no pueden ser identificadas como *usos y costumbres*, ya que como bien anota Yrigoyen Fajardo (1999), esta denominación tiene una raíz colonial que conlleva a una subordinación jerárquica de las normas y procedimientos de los pueblos indígenas (p. 6), por lo que, evidentemente, dicho término debe ser descartado por un modelo que postula el pluralismo jurídico de tipo igualitario.

Además, de acuerdo a un pluralismo jurídico de tipo igualitario desde el cual debe ser enfocado el sistema plural de justicia, es importante resaltar que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a partir de la cláusula de libre determinación, pueden realizar construcciones normativas y procedimentales propias que se complementen dialógicamente con otras fuentes normativas internas o internacionales; esto es lo que se denomina interlegalidad (Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurincacional de Bolivia, 2017, pp. 35-36).

---

[477] Gladstone (2016) anota que la justicia comunitaria surge en Bolivia a partir de un proyecto encabezado por el Ministerio de Justicia, en 1995, bajo el título de «Proyecto de Reforma Judicial», que fue el resultado de un acuerdo entre el gobierno de Bolivia y la Asociación Internacional de Fomento (AIF). En este marco, el autor agrega que esta justicia comunitaria «…traía al imaginario social una representación de la colonialidad neoliberal trabajada en la academia y por medio de las normas de un modelo de justicia hasta entonces vigente» (p. 129).

[478] Es importante también señalar que, según Stavenhagen (1990), otrora relator de la ONU para los derechos de los pueblos indígenas, forman parte del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas: a) normas de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de los derechos y obligaciones de los miembros; d) distribución de los recursos naturales; e) transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos o faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción; g) manejo y control de la forma de solución de conflictos; y h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena (p. 31).

El citado protocolo, como un ejemplo de *interlegalidad*, hace referencia a la SCP 2114/2013 de 21 de noviembre, pronunciada por el TCP en una acción de amparo constitucional en la cual el accionante denunció haber sido obligado a renunciar a su cargo de concejal titular del Concejo Municipal del Gobierno Autónomo Municipal Indígena de Chuquihuta. En este marco, el máximo contralor de constitucionalidad denegó la tutela porque las autoridades cumplieron los acuerdos suscritos de acuerdo a la democracia comunitaria y al derecho de los pueblos indígena originario campesinos a ejercer sus propios sistemas jurídicos [479].

[479] El Tribunal Constitucional señaló: «…a la luz de los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo (art. 1 de la CPE) y democracia plural (art. 11 de la CPE), esta Sala considera que el ejercicio de la democracia comunitaria como una manifestación del derecho al ejercicio de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, debe ser reconocido plenamente, aún adopte, para su 'legalidad' las formas de la institucionalidad occidental; pues, de lo contrario, se estaría subordinando el ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas y el derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, a una legalidad occidental, al margen de la plurinacionalidad, del pluralismo político y jurídico que son la base de nuestro Estado. Efectivamente, debe señalarse que la democracia comunitaria ha logrado persistir y sobrevivir pese a la existencia de leyes que establecían formas y mecanismos de elección provenientes de la democracia representativa. Así, en los lugares donde se practica la democracia comunitaria, pero paralelamente se rigen por una ley propia del sistema occidental, como en el caso de los municipios mayoritariamente indígenas, existe una verdadera interlegalidad, respecto a la elección, permanencia y revocatoria de las autoridades representativas; por cuanto previamente fueron elegidas por acuerdos y consensos, de conformidad a la democracia comunitaria y, posteriormente, mediante sufragio; es decir, bajo las reglas de las democracia representativa, 'legalizando' así, sus formas de elección y participación. Esta 'legalización' del ejercicio de la democracia comunitaria se explica a partir de los niveles de subordinación de los sistemas jurídicos y políticos de los pueblos indígenas originario campesinos, y la necesidad de dar legalidad a sus actuaciones, que se ha dado históricamente en Bolivia, conforme lo demuestran las investigaciones realizadas sobre la legitimidad y la legalidad de las autoridades originarias; sin embargo, conforme se ha señalado en el Fundamento III.1, actualmente la democracia comunitaria, como una forma de manifestación de la autodeterminación, y como un derecho reconocido tanto en la Constitución Política del Estado y las normas del bloque de constitucionalidad tiene reconocimiento pleno en nuestro sistema constitucional y, en ese ámbito, la interlegalidad que antes estaba marcada por la asimetría, hoy en día, de acuerdo a nuestra Constitución Política del Estado, debe orientarse por el principio de igualdad jerárquica de sistemas jurídicos (art. 179 de la CPE), pues éste no solo se predica en el ámbito jurisdiccional, sino en todos los ámbitos donde las naciones y pueblos indígena originario campesinos se rijan por sus normas propias, procedimientos, instituciones y autoridades» (SCP 2114/2013, FJ III.3, de 21 de noviembre). En cuanto al análisis del caso concreto, la referida sentencia señaló: «…la democracia comunitaria se plantea desde el ejercicio y pensamiento de las comunidades, y, como se señaló en el Fundamento Jurídico III.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, históricamente ha logrado persistir y sobrevivir, combinando normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas con los correspondientes de la democracia representativa. De ahí que esta Sala considere que los acuerdos y consensos alcanzados como ejercicio de la democracia comunitaria deben ser respetados; pues es esta democracia la que da fundamento, sustento y legitimidad a la representación política 'formal', que finalmente ejercen los elegidos. En ese ámbito, no resulta coherente que aquellas autoridades que fueron elegidas a través de la lógica comunitaria, luego pretendan ampararse en la lógica y el sistema occidental, desconociendo los propios valores y principios de la comunidad, así como sus normas, procedimientos e instituciones, los acuerdos y compromisos asumidos con anterioridad; aclarándose, empero, conforme se ha señalado en el Fundamento Jurídico III.1 del presente fallo, que en caso de lesionarse derechos y garantías constitucionales, es posible que el afectado, presente las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado ante la justicia constitucional, que, en el marco del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, deberá efectuar una interpretación intercultural de los derechos y garantías. Bajo las consideraciones efectuadas precedentemente, es evidente que los acuerdos asumidos al interior de las comunidades deben ser respetados por

Este mismo criterio fue también asumido por la DCP 0030/2014 de 28 de mayo que emergió de un proceso de consulta de autoridades de naciones y pueblos indígena originario campesinos en relación a la aplicación de sus normas. En este caso, el TCP declaró la aplicabilidad de la decisión comunal de cambio y destitución del alcalde municipal de la Nación Uru Chipaya en respeto a sus normas y procedimientos y a los mecanismos propios de su democracia comunitaria (FJ IV.2).

Es importante resaltar que en esta declaración constitucional se recurrió al método del peritaje antropológico-cultural, sin embargo, no se aplicaron los diálogos interjurisdiccionales; empero, éstos fueron abordados, aunque solamente a través de una exhortación.

Ahora bien, una vez descrito el preámbulo de la justicia plural en el Estado Plurinacional, corresponde centrar la argumentación en la jurisdicción indígena originaria campesina, cuyo ejercicio, tal como lo establece el artículo 30.II.14 de la CPE, es un derecho colectivo [480]. Desde esta perspectiva, el art. 190 (primer parág.) de la CPE establece: «Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios».

Esta prescripción constitucional, acorde con el pluralismo jurídico de tipo igualitario, debe ser interpretada armónicamente con el mandato contenido en el artículo 191.II de la CPE:

> La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos; 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional; 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Los ámbitos de competencia *personal*, *material y territorial*, contenidos en la Constitución fueron también desarrollados por la jurisprudencia del TCP. En este orden, en cuanto al primer ámbito, es decir el *personal*, el estándar jurisprudencial más alto se encuentra contenido en la SCP 0026/2013 de 15 de enero, la cual brindó una interpretación extensiva al art. 191.1 de la Constitución y estableció que se someten a la jurisdicción indígena originaria campesina no solamente los miembros de una nación o pueblo in-

sus miembros y las autoridades elegidas, y si no se respetan, es lógico que a través de sus procedimientos e instituciones, se solicite a dicha autoridad que cumpla con los compromisos asumidos, aclarándose, empero, que bajo ninguna circunstancia se puede hacer uso de la violencia o ejercer vías de hecho, fuera de la institucionalidad propia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos» (FJ III.3).

[480] Dicho artículo establece que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho «al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión».

dígena originario campesino, sino también aquellos que, aun cuando no pertenezcan a ella, se sometan a la misma:

> …considerando que el derecho colectivo a administrar su justicia está relacionado a la construcción de su identidad social, es lógico aceptar que es posible el juzgamiento de personas que no necesariamente pertenezcan a la nación o pueblo indígena originario campesina pero que voluntariamente de manera expresa o tácitamente se sometan a dicha jurisdicción por ejemplo al decidir ocupar sus territorios ancestrales… (*ibid*: FJ III.2) [481].

El estándar jurisprudencial más alto en cuanto al ámbito de vigencia *material* se encuentra contenido en la SCP 0037/2013 de 4 de enero, la cual interpreta *conforme* al bloque de constitucionalidad la no consensuada Ley N.° 073 de Deslinde Jurisdiccional, de 29 de diciembre de 2010 que, en una aplicación literal, resulta ser contraria a los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad.

---

[481] Leonardo Tamburini (2012), en relación al art. 5 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, cuestiona el art. 5 en sus parágrafos III y IV que establecen limitaciones al alcance personal de la jurisdicción indígenas porque prohíbe la aplicación de sanciones respecto de grupos humanos, como las mujeres, niñez y adolescencia, discapacitados y ancianos, quienes, según el autor, «no tienen tratamiento diferenciado tal como lo establecen las muy actuales convenciones de derechos humanos. Sin pretender afirmar que las indígenas son sociedades 'ideales' las políticas de discriminación positiva cobran sentido en otro tipo de ordenamientos y en otras circunstancias» (pp. 257-260). Este criterio también fue asumido por la DCP 0006/2013 de 5 de junio, que emergió de un procedimiento constitucional de consulta de autoridades indígenas en relación a la aplicación de sus normas. En este caso el TCP estableció que «resulta extensible la jurisdicción indígena originario campesina y válidas las decisiones que de ellas emanen respecto a los supuestos de afectación por quienes no son miembros del pueblo indígena originario campesino, pero sus actos se han realizado en su territorio y se ha afectado a las personas y bienes de la comunidad por parte de 'terceros', 'externos' o personas no indígenas. En el caso concreto, de acuerdo con lo señalado en la audiencia pública por las autoridades indígenas consultantes, la medida de expulsión fue adoptada contra José Oscar Bellota Cornejo, a quien no lo consideran comunario, conforme se ha señalado en la audiencia de contacto directo con las autoridades de Zongo, quienes señalaron: 'adquirió tierras en la citada comunidad (…) antes se decía ser comunitario (…) ingresó con engaños a tomar las tierras (…) pero luego se fue desligando de la comunidad'» (FJ III.4.4). También este criterio fue reiterado por la SCP 0874/2014 de 12 de mayo, pronunciada en un conflicto de competencias. En este caso se dirimió la competencia a favor de la jurisdicción indígena originaria campesina en relación a una decisión emergente de un tercero que se sometió tácitamente a esta jurisdicción al realizar en territorio indígena actividades mineras (FJ III.4.4). También, este criterio fue asumido por la SCP 0764/2014 de 15 de abril. Dicho entendimiento jurisprudencial señaló: «…para una plurinacionalidad con complementariedad, armonía social y respecto, el primer elemento esencial para el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina, es la existencia de un vínculo personal, el cual debe ser interpretado de la manera más extensiva y progresiva posible a favor de un goce y ejercicio pleno del derecho a la libre determinación; en ese orden, este primer presupuesto, se tiene por cumplido en aquellos casos en los cuales exista un lazo cultural, ideomático, religioso, de cosmovisión o de otra índole entre los miembros de una nación y pueblo indígena originario campesino; o cuando a través de la auto-identificación o cualquier otra declaración de voluntad, una o más personas generen un vínculo de pertenencia con una nación o pueblo indígena originario campesino. El postulado expuesto constituye precedente jurisprudencial vinculante» (FJ III.3.1). De la misma forma, la SCP1225/2013 de 1 de agosto siguió una interpretación amplia en cuanto al ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina (FJ III.2.3). Es importante invocar también la SCP 0698/2013 de 3 de junio, la cual también asumió el estándar jurisprudencial ahora desarrollado (FJ III.5).

En efecto, el artículo 191.II.2 de la CPE establece que los ámbitos de competencia serán desarrollados por una Ley de Deslinde Jurisdiccional, la cual, fue aprobada por Ley 073 de 29 de diciembre de 2010 denominada. Esta norma, en su art. 10 (primer parág.), desarrolla el ámbito de vigencia material: «La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación».

Sin embargo, de manera restrictiva y contraria a los postulados constitucionales, la segunda parte de esta disposición limita el ámbito de ejercicio de esta jurisdicción en los siguientes términos:

> II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originario campesina no alcanza a las siguientes materias: a. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos por terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b. En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario; c. Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; d. Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

Como puede advertirse, el listado de materias descrito en el artículo 10 (segundo parág.) de la Ley de Deslinde Jurisdiccional es contrario al pluralismo jurídico de tipo igualitario y, en consecuencia, a los postulados de la plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. En consecuencia, mediante una ley infraconstitucional se restringe el ejercicio de la jurisdicción indígena y, por ende, la aplicación eficaz de la cláusula de libre determinación consagradas en los arts. 2 y 30.4 de la Constitución a hechos de bagatela desde la concepción occidental y se remite el conocimiento de la mayoría de hechos controvertidos a la jurisdicción ordinaria, lo que atenta flagrantemente al principio constitucional de igualdad jerárquica de jurisdicciones.

Además, la utilización de criterios por materias, como la civil, penal, tributaria, etc., para restringir el ámbito de competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina es contraria a los postulados de la *descolonización* ya que esta taxonomía responde a criterios epistemológico-jurídicos occidentales, los cuales fueron cuestionados y *deconstruidos* por la filosofía intercultural, tal como se señaló en el primer capítulo de este trabajo. Esta taxonomía también es contraria a los postulados de los nuevos constitucionalismos

dialógicos latinoamericanos como se retrató en el segundo capítulo y, por consiguiente, contraria a los fundamentos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador diseñado por la CPE.

Por los fundamentos antes expuestos, la SCP 0037/2013 de 4 de enero, contiene el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a los alcances del ámbito de vigencia *material* de la jurisdicción indígena originaria campesina. En este espectro, el citado precedente en vigor, brindó una interpretación de la Ley de Deslinde Jurisdiccional *conforme* al bloque de constitucionalidad. Al amparo del principio de libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos, esta disposición estableció que esta jurisdicción

> …en confluencia con el ámbito personal y territorial tiene competencia para conocer y resolver los hechos y asuntos que siempre han resuelto y que considere atinentes, independientemente sean considerados leves o graves, penales o civiles por el derecho estatal (FJ III.6).

El TCP sostuvo, además, que «…es importante evitar una reducción externa de los asuntos que pueden conocer porque se ingresa en un quiebre de los postulados constitucionales y los previstos en el bloque de constitucionalidad» (*ibid.*).

Por tanto, a partir de este postulado, el ámbito de competencia *material* contenido en el artículo 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, debe ser interpretado no de forma literal, ni restrictiva, sino, por el contrario, extensiva y lo más favorable al ejercicio pleno de la cláusula de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinas establecida en los artículos 2 y 30.4 de la CPE.

En efecto, para esta interpretación extensiva, el TCP, además de sustentar su razonamiento en los principios rectores del modelo constitucional boliviano, justifica su decisión en el *corpus iure* de derecho internacional de los pueblos indígenas y al amparo de éste señala que

> …debe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena (*ibid.*).

En base a este análisis, el TCP afirma que

> …es importante dejar como pauta interpretativa que en virtud del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos y su autonomía, el contenido de lo previsto en el art. 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe encontrar compatibilidad con la Constitución Política del Estado entendida en su unidad, vale decir, bajo sus principios fundantes de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización entre otros y el bloque de constitucionalidad…» (*ibid.*).

Puede colegirse, por lo tanto, que, a pesar de la mutilación legislativa contenida en el artículo 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, para establecer en cada caso el ámbito

de competencia *material* de la jurisdicción indígena originaria campesina, debe bridársele a esta disposición un alcance extensivo y acorde con el estándar jurisprudencial más alto transcrito precedentemente: solo así se podrá garantizar la vigencia de un *pluralismo jurídico de tipo igualitario.*

Asimismo, en cuanto al ámbito de vigencia *material* la SCP 0764/2014 de 15 de abril, señaló que, en el marco de los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, todos los actos, hechos y conflictos que históricamente y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes, son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina; por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (SCP 0764/2014 FJ III.3.2, de 15 de abril).

También es importante señalar que el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al ámbito de vigencia *territorial* se encuentra en la SCP 0037/2013 de 4 de enero, la cual establece que

> …esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, esto importa tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio (FJ III.6).

Es importante precisar, adicionalmente, que el constituyente, para la definición del ámbito de competencia territorial, *adoptó la doctrina del resultado final* en virtud de la cual, independientemente del lugar donde se hubiera iniciado el hecho, si el resultado —es decir, los efectos del mismo— se producen dentro de la jurisdicción indígena originaria campesina, será ésta la que tendrá competencia para resolverlo («Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario», 2016, p. 67).

En el contexto de todo lo señalado, la SCP 0037/2013 de 4 de enero, concluyó afirmando que

> …la jurisdicción indígena tiene competencia respecto de los hechos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígena originario campesinos, lo que supone que la jurisdicción indígena y su derecho son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo indígena originario que se trate; por tanto, la eficacia de dichos decisiones es de alcance nacional (FJ III.6).

Por lo señalado, el máximo contralor de derechos precisó:

> …cuando confluyen estos tres ámbitos: personal, material y territorial, corresponde a la jurisdicción indígena resolver el conflicto o controversia, bajo sus normas y procedimientos propios, al mismo tiempo corresponde el deber de abstenerse o

> de realizar actos de intromisión en su ejercicio, así como el deber de respetar sus decisiones y resoluciones, y en todo caso realizar actos de coordinación y colaboración para que la misma sea ejecutada y cumplida… (*ibid.*).

Debe además precisarse, que a partir del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina se genera la garantía de *prohibición de doble sanción.* De acuerdo al «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces en el marco del pluralismo jurídico igualitario», aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), esta garantía puede entrar en conflicto cuando se acude a la autoridad judicial, no obstante que el caso fue anteriormente resuelto por la jurisdicción indígena originario campesina, situación en la cual corresponde a la autoridad jurisdiccional ordinaria o agroambiental se aparte del conocimiento del caso y realice la labor de coordinación y cooperación (pp. 175-176).

Además, es importante precisar que esta garantía puede conflictuarse en casos en los cuales la jurisdicción indígena originario campesina inicia el proceso correspondiente a pesar de que el caso fue dilucidado en la jurisdicción ordinaria, supuesto en el cual corresponderá al accionante solicitar a las autoridades indígena originario campesinas la extinción de la causa («Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario», 2016, p. 176).

Finalmente, esta garantía se conflictuará cuando en la jurisdicción indígena originario campesina se inicien dos procesos o se sancione dos veces por el mismo hecho, supuesto en el cual, la garantía de prohibición de doble sanción deberá ser tutelada en la vía constitucional (*ibid.*).

El TCP, a través de la SCP 1139/2015-S1 de 6 de noviembre, que fue pronunciada en una acción de amparo constitucional mediante la cual el accionante denunció la vulneración de la garantía de prohibición de doble juzgamiento debido a que fue notificado por miembros del Consejo Amawtico de Justicia «Jach'a Kamachinak Apnaqueri Amawt'anaka» del Ayllu Indígena Originario Campesino Paxiamaya–Suyo Los Andes-Pucarani (*sic*) del departamento de La Paz, por los mismos hechos que ya fueron conocidos por las instancias de la jurisdicción ordinaria en materia penal, donde se decretó su sobreseimiento, ordenando el archivo de obrados. El TCP concedió la tutela por la prohibición de doble juzgamiento que se genera en un caso anterior cuando existe identidad de objeto, sujetos y causa (FJ III.6).

Asimismo, es importante resaltar la labor de coordinación y cooperación que debe realizarse en el marco del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina. En este sentido, el artículo 192.II de la Constitución establece que «para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado».

Al respecto, la Ley de Deslinde Jurisdiccional desarrolla —aunque no de una manera limitativa— los mecanismos de coordinación y cooperación que deben ser aplicados en el Estado Plurinacional. En este marco, el artículo 13.I señala que

> …la jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurí-

> dico, concertarán medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto a los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria.

Además, el mismo art. 13 (segundo parágrafo) establece que «la coordinación entre todas las jurisdicciones podrá realizarse de forma oral o escrita, respetando sus particularidades.

Consistentemente con lo señalado, el art. 14 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional regula —aunque no como un catálogo cerrado—, los siguientes mecanismos de coordinación:

> a. El establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas; b. El establecimiento de espacios de diálogo u otras formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones; c. El establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos; y, d. Otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger.

Sin duda, los diálogos, en el marco del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, así como en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, son las herramientas destinadas a consolidar un real pluralismo jurídico de tipo igualitario. Lamentablemente, más allá de la previsión normativa descrita, esta herramienta no es utilizada en el ámbito de la justicia plural ni tampoco en los procedimientos constitucionales que, tal como se verá en el siguiente capítulo, deben tener un enfoque intercultural.

En cuanto a los mecanismos de *cooperación*, el art. 15 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional establece: «La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y demás jurisdicciones legalmente reconocidas, tienen el deber de cooperarse mutuamente, para el cumplimiento y realización de sus fines y objetivos».

En este contexto, el art. 17 de la citada norma establece que el incumplimiento al deber de coordinación y cooperacíon será sancionado como falta disciplinaria grave en la jurisdicción ordinaria y agroambiental; y en el caso de la jurisdicción indígena originario campesina, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios.

El relacionamiento interjurisdiccional, en el contexto de la coordinación y cooperación establecidos tanto en la Constitución como en la Ley de Deslinde Jurisdiccional, puede presentarse a nivel micro, entre las y los jueces que tienen su asiento en provincia y las autoridades indígena originario campesinas; nivel en el que existe mayor interrelación entre sistemas y donde las autoridades deben extremar esfuerzos para encontrar soluciones a los conflictos que se presenten exentos de toda rigidez propia del principio de legalidad y amparados, más bien, en los principios y valores plurales contenidos en el bloque de constitucionalidad y en el marco de una interpretación intercultural, buscando de manera creativa soluciones a los conflictos que se les presentan, inclusive bajo prácticas simétricas de interlegalidad, dando origen a un nuevo relacionamiento jurisdiccional horizontal (Tribunal Supremo de Justicia, 2017, pp. 56-57).

El referido protocolo establece, también, que el relacionamiento interjurisdiccional tiene un nivel macro que permite que el diálogo se instaure a nivel de las máximas autoridades de las diferentes jurisdicciones, generando instructivos, circulares o diseñando lineamientos generales para la coordinación y cooperación con la jurisdicción indígena originario campesina (*ibid.*).

Tal como se ampliará en el siguiente capítulo, también se pueden generar medidas de cooperación y mecanismos de coordinación interjurisdiccional en la aplicación de la *doctrina de la reparación de daños* desde el paradigma del Vivir Bien, lo que implica que las autoridades que ejerzan control de constitucionalidad, para restituir el equilibrio, la armonía, la complementariedad y la solidaridad, podrán establecer medidas de rehabilitación, de satisfacción y garantías de no repetición destinadas a fortalecer diálogos y canales de cooperación y coordinación interjurisdiccional.

Como puede evidenciarse, la justicia plural, que consagra la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones ordinaria, agroambiental e indígena originario campesina, con todas las características enunciadas en este acápite, es un rasgo esencial del modelo constitucional boliviano, en cuyo contexto, la labor de las autoridades de las diversas jurisdicciones tienen un rol preponderante para la materialización de un pluralismo jurídico de tipo igualitario enmarcado en una plurinacionalidad intercultural que asegure el Vivir Bien como fin esencial del Estado. En este marco, serán estas autoridades y también las autoridades que ejerzan control de constitucionalidad —tal como se verá en el siguiente capítulo—, las que fortalezcan el modelo y generen verdaderos canales de diálogos interculturales e interjurisdiccionales [482], en torno a los mecanismos de coordinación y cooperación contenidos en la Constitución y en la Ley de Deslinde Jurisdiccional y de acuerdo a nuevas herramientas de derecho, como los peritajes antropológico-culturales, entre otros [483].

---

[482] Es importante analizar los lineamientos para la cooperación interjurisdiccional brindados en el «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario», aprobado por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ). En este instrumento se estableció que, para viabilizar los mecanismos de cooperación, es fundamental que las autoridades de las diferentes jurisdicciones, en las reuniones de coordinación y cooperación suscriban un documento general de cooperación, reconociendo de manera amplia la voluntad de cooperación igualitaria entre ambas jurisdicciones, sobre la base de los principios de pluralismo jurídico igualitario e interculturalidad que han sido descritos. Según el citado protocolo, este documento de cooperación deberá ser renovado anualmente, en mérito al cambio de autoridades en la jurisdicción indígena originario campesina y será la base para solicitar la cooperación interjurisdiccional. Este protocolo también postula la generación de reuniones de coordinación y cooperación cuando sean las autoridades de la jurisdicción ordinaria o agroambiental las que requieran de la cooperación de la jurisdicción indígena originario campesina («Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario», 2016, pp. 114-115).

[483] Al respecto, Gladstone (2016) señala: «La jurisdicción originaria campesina, ya citada, también presenta elementos propios y distintos de concepción de la justicia. Presentará las bases, en las cuales esos pueblos ejercen sus funciones jurisdiccionales, abriendo un diálogo que atraviesa esas bases, incluso, epistemológicas y jurídicas tradicionales para el acceso a la justicia» (p. 130). Agrega el autor: «El escenario de actuación de esa jurisdicción es el más diverso posible pues variará, conforme los procedimientos, normas y vivencias de los pueblos que estarán sometidos a ella, consistiendo en la aplicación del pluralismo jurídico en esencia. La intención no es fragmentar los variados pueblos y comunidades que componen el Estado boliviano, sino garantizar que los mecanismos de justicia funcionen respetando las subjetividades específicas de las distintas naciones» (*ibid.*).

10.- Conclusiones

En este capítulo se desarrollaron las características más importantes del modelo constitucional boliviano y se sistematizaron los lineamientos esenciales del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, aspectos relevantes para entender un paradigma alterno a una visión constitucional históricamente monocultural que, desde la homogeneidad y la discriminación, invisibilizó la diversidad cultural y desconoció los derechos de los históricamente oprimidos.

Desde esta perspectiva, para «mirar con dos ojos» las teorías de pensamiento constitucional, es esencial reparar en las corrientes de pensamiento latinoamericanas. Particularmente, este capítulo propone reflexionar desde la construcción paradigmática de un modelo constitucional emergente a raíz de un histórico proceso constituyente en cuyo epicentro estuvieron las voces de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

Desde la voz de los históricamente oprimidos en el ahora Estado Plurinacional de Bolivia, el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador postula nuevos enfoques esenciales para la plena eficacia, tanto de derechos de las personas como de las colectividades, en especial de los pueblos indígenas que claman urgentes e inmediatos procesos de restitución territorial, reconstitución de sus sistemas propios de gobierno y mecanismos de igualación.

Asimismo, los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador vigente a partir de la CPE de 2009, redimensiona los alcances de la doctrina del bloque de constitucionalidad y también del control de convencionalidad, para que, a partir de un enfoque intercultural, se generen, a través de métodos plurales de derecho —como los diálogos interjurisdiccionales— espacios de consenso intercultural fundamentados en construcciones plurales de derechos e interpretaciones interculturales, destinadas a armonizar los principios de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización con los avances del derecho internacional de los derechos humanos.

Esta *otra* versión del constitucionalismo es esencial para entender cláusulas constitucionales tan importantes como la de igualdad material y prohibición de discriminación, la cual, tal como se analizó, tiene un enfoque distinto en un Estado Plurinacional que debe impulsar procesos de restitución, reconstitución e igualación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, pero también de igualdad material en el marco del respeto a la diversidad cultural de los miembros de estas colectividades y de todas las personas y colectivos que integran el Estado Plurinacional.

La teoría que sostiene el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador propone, además, una consagración del principio de igualdad jerárquica de derechos y la ruptura del paradigma antropocéntrico para la vigencia de un paradigma biocéntrico basado en las diversas cosmovisiones de las Naciones y Pueblos Indígena originario campesinos. Este rasgo es esencial para propugnar una ruptura profunda con el constitucionalismo monocultural, en el cual, verbigracia, no puede concebirse a la Madre Tierra como titular de derechos, sino, por el contrario, se entiende al medio ambiente como objeto de protección a partir de un paradigma antropocéntrico que desconoce las

diversas cosmovisiones, especialmente de los pueblos indígenas, quienes, ancestralmente, mantienen un vínculo especial con su territorio.

Asimismo, el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador plantea la ruptura del principio monocultural de unidad jurisdiccional y postula la igualdad jerárquica de jurisdicciones. Para ello, la CPE consagra la igualdad jerárquica entre la jurisdicción ordinaria, agroambiental y la indígena originaria campesina, principio de igualdad que debe fortalecerse mediante mecanismos eficaces de cooperación y coordinación interjurisdiccionales.

Todo lo expuesto hasta aquí evidencia, en suma, la vigencia —por lo menos en el diseño—, de un modelo constitucional paradigmático que, además, ha sido reforzado con importantes precedentes constitucionales y doctrina jurisprudencial emanada del TCP. Sin embargo, a pesar del sustento teórico que respalda al modelo vigente y al constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, y en desconocimiento de los rasgos propios de un modelo polifónico de justicia constitucional (descrito en el siguiente capítulo), el propio TCP, en particular en las acciones populares, desconoce sus precedentes, así como los alcances de este constitucionalismo y nuevamente aplica lógicas propias de un pensamiento constitucional monocultural, tal como se demostrará en el capítulo VIII.

CAPÍTULO V: EL SISTEMA PLURAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: SU CAUCE EN LOS MODELOS POLIFÓNICOS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1.- Resumen

En este capítulo, de manera resumida, se describirán los modelos tradicionales de justicia constitucional en su evolución tanto en el tiempo como en el espacio. Se abordarán, por lo tanto, los albores y el desarrollo progresivo del modelo jurisdiccional europeo de control de constitucionalidad, del modelo jurisdiccional difuso, desde sus raíces en Estados Unidos de Norteamérica, y las diferentes formas de modelos que se fueron generando tanto en Europa como en Latinoamérica.

Luego de esta breve remembranza, se tratará el caso latinoamericano en el marco de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. Así, a partir de la propuesta de la nueva CPE de 2009, se desarrollarán los lineamientos esenciales del modelo polifónico de justicia constitucional para su materialización en el marco de un activismo judicial enmarcado en pautas constitucionalizadas de interpretación, para la construcción plural de derechos desde enfoques interculturales que consideren las voces de los históricamente oprimidos, en base a métodos dialógicos y plurales de derecho.

Desde estos lineamientos que caracterizan al modelo polifónico de justicia constitucional, se abordará el sistema plural de control de constitucionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional en el marco del diseño constitucional boliviano y se identificarán los problemas que impiden la materialización de este modelo, entre ellos, la falta de composición plural del TCP y de los vocales de las Salas Constitucionales, así como la falta de independencia en los procesos de elección de magistradas y magistrados del TCP; en el juicio de responsabilidades de estas altas autoridades y en la falta de independencia financiera.

2.- El andamiaje previo de los modelos de justicia constitucional

El profesor Martínez Dalmau (2018) afirma que «el nuevo constitucionalismo latinoamericano no ha sido una construcción de los académicos, sino un fenómeno fáctico que ha transformado la vida constitucional de la región» (pp. 281-289). En este contexto, el autor agrega: «No cabe ninguna duda de que las nuevas Constituciones surgen de proyectos populares de transformación que con anterioridad habían tenido poca o ninguna cabida en el constitucionalismo tradicional latino» (*ibid.*).

El nuevo constitucionalismo dialógico latinoamericano, cuyos pilares fueron considerados en el segundo capítulo, vislumbra nuevos horizontes para el desarrollo de un modelo polifónico de justicia constitucional, desde el cual, a partir de los métodos dialógicos del derecho, de un Tribunal Constitucional con composición plural y con procedimientos constitucionales interculturales y restaurativos, se desarrollen pautas interculturales de interpretación de derechos que consagren una construcción plural de derechos fundada en las voces de los históricamente oprimidos.

En efecto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, con todos los pilares ya descritos en este trabajo, podría contextualizarse contemporáneamente en un esquema dialógico [484]. Por lo que el modelo polifónico de justicia constitucional buscará la construcción plural de derechos, no necesariamente desde una lógica vertical de control de constitucionalidad, sino, más bien, desde nuevas dinámicas dialógicas orientadas a la construcción plural de derechos.

Ahora bien, antes de abordar, de manera específica, las características del modelo polifónico de justicia constitucional, corresponde realizar una remembranza en cuanto a la justicia constitucional y a los modelos de control de constitucionalidad desarrollados a lo largo de la historia constitucional [485], para luego, especialmente desde los avances y características propias del constitucionalismo boliviano que fueron abordados en el tercer y cuarto capítulos de este trabajo, fundamentar de mejor manera el modelo polifónico de justicia constitucional desde el diseño constitucional del TCP y del sistema plural de control de constitucionalidad.

Se debe precisar, en primer lugar, que existe una directa relación entre historia y Constitución [486] que, desde la perspectiva norteamericana o europea, explica el nacimiento de la justicia constitucional en los albores del constitucionalismo moderno [487]. La finalidad

---

[484] En este sentido, Paúl Córdova Vinueza (2018) señala que, dentro del constitucionalismo contemporáneo existen varias categorías, entre ellas el constitucionalismo democrático, el popular, el dialógico y el progresista (p. 5).

[485] Fernández Rodríguez (2002) hace referencia a los dos tradicionales sistemas de justicia constitucional: el difuso o norteamericano y el europeo o concentrado. Según este autor, esta división y denominación pareciera tener su origen en Carl Schmitt (p. 32).

[486] Zagrebelsky (2005) afirma que la historia constitucional «…es cambio, es contingencia política, es acumulación de experiencia del pasado en el presente, es realidad social, es relación entre pasado y futuro, es movimiento de sujetos a priori indefinibles, es imprevisibilidad de problemas y espontaneidad de soluciones» (p. 36).

[487] García de Enterría (2001) vincula a la justicia constitucional con la Constitución como norma suprema

de la justicia constitucional es el resguardo de la Constitución, concebida como norma jurídica (Aragón Reyes, 2000, p. 86) que configura y ordena los poderes del Estado y establece límites del ejercicio del poder y el respeto a derechos y libertades (García de Enterría, 1981, p. 49). La Constitución se considera, también, como la fuente primigenia del Derecho, con eficacia inmediata y directa, tal como la concibe Zagrebelsky (2000, p. 79), así como garantizada —en términos de Guastini—, es decir, no solo con una previsión de rigidez en su procedimiento de reforma, sino con la consagración de mecanismos destinados a controlar la conformidad de las leyes con su contenido material (Guastini, 2001, p. 194); y con la aspiración de resguardo pleno de las llamadas por Häberle *cláusulas de la eternidad*, que contienen determinados valores supremos últimos e inalterables para una sociedad democrática (Häberle, 2018, pp. 247-273) [488].

En efecto, para el resguardo de la Constitución, la justicia constitucional, en el marco de la progresividad, vio surgir y expandirse a los sistemas de justicia constitucional encomendados, por ejemplo, en el contexto europeo a Cortes o Tribunales Constitucionales que, según Cappelletti (2007), se formaron en este continente después de la Segunda Guerra Mundial con la finalidad esencial de controlar la conformidad de las leyes y actos de los poderes públicos con la Constitución (p. 399).

Flores Flores Juberías y Torres Pérez (2001) identifican cuatro olas de los sistemas de justicia constitucional: la primera etapa, iniciada en Estados Unidos, a partir del emblemático caso Marbury vs Madison, resuelto por el juez Marshall, que concluiría con la aprobación de la Constitución de Querétaro (1917) (pp. 38-49). La segunda ola de justicia constitucional se sitúa en la Europa de entreguerras, que vio nacer al sistema austriaco de justicia constitucional diseñado por Hans Kelsen, el cual fue consagrado por primera vez en la Constitución austriaca de 1920 y complementado en su reforma de 1929 [489]. En el marco de este diseño, Kelsen (2011), al referiste a la justicia constitucional, la identifica con «…la garantía jurisdiccional de la Constitución» (p. 10), destinada a resguardar «… el ejercicio regular de las funciones estatales» (*ibid.*). En este contexto, las Constituciones de Checoslovaquia y España de la primera mitad del siglo xx, se enmarcan también en lo que Flores Juberías y Torres Pérez (2001), llaman la segunda ola de la justicia constitucional (pp. 38-49).

La tercera ola de la justicia constitucional se desarrolló después de la Segunda Guerra Mundial, escenario en el cual, los sistemas de justicia constitucional fueron entendidos, tal como afirma Aragón Reyes (1988), como «un control jurisdiccional de la constitucio-

en un contexto propio del régimen constitucional moderno, con un punto de estudio importante: la Constitución norteamericana de 1787 (p. 19).

[488] Häberle (2018), en cuanto a las denominadas por él como *cláusulas de la eternidad*, cita, como ejemplo, el art. 79.III de la Constitución alemana y también invoca al art. 28 de la Constitución Federal de la Argentina (pp. 247-273).

[489] El profesor García de Enterría (1981) identifica como el primer puntal del sistema de justicia constitucional europea la Constitución de Weimar (1919), la cual diseñó un Tribunal al cual le eran encomendados conflictos entre los poderes constitucionales y entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal (p. 56).

nalidad de los actos del poder» (p. 113) [490]. Dichos modelos germinan y evolucionan en el Estado Constitucional, fundamento esencial de las democracias contemporáneas con un poder público limitado por la Constitución (Groppi, 2002, p. 70).

Asimismo, a decir de Flores Juberías y Torres Pérez (2001), la cuarta ola de la justicia constitucional germina en la última parte del siglo xx en algunos países de América Latina, pero sobre todo en Europa oriental (pp. 38-49). Frente a esta visión, el desarrollo de este capítulo podría sustentar una quinta ola de justicia constitucional enmarcada en el modelo polifónico de justicia constitucional en el marco de los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, especialmente consagrados en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Más allá de una rígida clasificación de olas de justicia constitucional o de sistemas de justicia constitucional, las cuales, por cierto, son profundamente cuestionadas por el profesor Pegoraro [491], es importante afirmar que en cuanto a su estructura, fines y alcances, las diversas manifestaciones de la justicia constitucional han progresado en el avance de los tiempos y de acuerdo a diversos contextos sociopolíticos [492]. En esta perspectiva, tal como explica Ferrajoli (2002), dicha progresividad está asociada a varios tipos de crisis, como la de legalidad (p. 15) [493]; la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho al ejercicio de derechos económicos sociales y culturales (*ibid.*) [494]; y la crisis del Estado nacional (*ibid.*) [495].

Estos cambios, para algunos, generan una cultura constitucional de la sociedad de los iguales (Cruz Villalón, 2000, p. 28), que conlleva un ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, el resguardo de los derechos fundamentales, la resolución de los conflictos interorgánicos y otras materias residuales en un marco de distinción estricta de la justicia constitucional y la jurisdicción constitucional [496], en cambio, en otros contextos,

---

490 Por su parte, Almagro Nosete (1980) afirma que la justicia constitucional, en sentido propio y restringido, integra el ejercicio. Jurisdiccional tanto formal como materialmente de funciones delimitadas por la Constitución (p. 9).

491 Pegoraro (2015) cuestiona la clasificación de modelos. En su argumentación afirma que, en realidad, el poder de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para seleccionar los casos a través del *writ of certiorari* frustra el fundamento del sistema difuso, por lo que la Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es o que no es. Desde esta visión, Pegoraro afirma que no es coherente clasificar los modelos, considerando la errónea percepción sobre un sistema difuso (p. 131).

492 Tusseau (2011) afirma que los diferentes sistemas de justicia constitucional conocidos en derecho comparado son fruto de la evolución e hibridación de los modelos primigenios estadounidense y austriaco o kelseniano (p. 23).

493 Al respecto, este autor señala que se presenta la crisis de legalidad por el valor vinculante de las reglas que no siempre responderán a un orden realmente garantista (Ferrajoli, 2002, p. 15).

494 En cuanto a este aspecto, Ferrajoli hace referencia textual a la crisis de la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State y las desigualdades sociales de los Estados (*ibid.*).

495 Según Ferrajoli (*ibid.*), la crisis del Estado Nacional es plausible en temas de soberanía, en la variación del sistema de fuentes y, por consiguiente, tal como lo señala en autor, en un debilitamiento del constitucionalismo.

496 Balaguer (2001) señala que «el desarrollo de las constituciones normativas ha hecho necesario distinguir actualmente entre el concepto de justicia constitucional y el de jurisdicción constitucional. En

más bien se postula una cultura constitucional basada en la diferencia y el reconocimiento de la diversidad, como sucede con el constitucionalismo dialógico latinoamericano que, desde el giro decolonial y el pluralismo jurídico de tipo igualitario, postula una nueva mirada al constitucionalismo [497].

Esta *otra* mirada del constitucionalismo, en particular desde el contexto de la diversidad cultural en Latinoamérica, si bien asume algunos criterios de los sistemas de justicia constitucional europeos para la defensa de sus constituciones; empero, para una real materialización de la Constitución, postula la superación de rasgos esenciales propios de un monoculturalismo con especial mirada en la plurinacionalidad, el pluralismo y la interculturalidad en aras de una transformación constitucional desde los históricamente oprimidos, como es el caso de los pueblos indígenas, cuyas reivindicaciones podrán ser materializadas, entre otros mecanismos, a través de un modelo polifónico de justicia constitucional. Antes de describir este modelo, corresponde realizar, brevemente, una recapitulación sobre los históricos modelos conocidos en derecho comparado, aunque, siguiendo a Pegoraro (2015), sin un encasillamiento vendado y rígido.

2.1.- El modelo difuso norteamericano

La Constitución de los EEUU de 1787 (art. 6, II) reza:

> Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

El activismo judicial enmarcado en los principios de Supremacía Constitucional [498] y de Independencia Judicial, consagrados en el art. 6 de la Constitución de EEUU [499], moldearon los pilares del sistema difuso norteamericano, denominado también concreto

---

el primero se comprende la actividad de todos los órganos jurisdiccionales sin excepción, a los que alcanza la competencia para aplicar la Constitución, y el segundo hace referencia estricta al Tribunal Constitucional» (pp. 52-53). En este escenario de diferenciación, es pertinente invocar a Favoreu (1994), para quien, «...un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un Tribunal Supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales» (p. 13).

[497] En cuanto al constitucionalismo, Aragón Reyes (2000) precisa que éste requiere de instrumentos jurídicos destinados a garantizar la eficacia de la Constitución, objetivo que se materializará a través del control judicial, ya sea mediante la aplicación de las normas constitucionales por los tribunales ordinarios o mediante la creación de tribunales constitucionales especializados (p. 118).

[498] Tourzh (1998) afirma que uno de los grandes logros del constitucionalismo americano del siglo XVIII fue el reconocimiento del principio de supremacía constitucional, a partir del cual la Constitución, como norma suprema, es invalidante de cualquier ley emergente de los poderes del legislador (p. 47).

[499] Al respecto, Ahumada Ruiz (2005) señala que la receta americana para «el gobierno de las leyes y no de los hombres» consagraba en su Constitución escrita la organización del gobierno y el reparto del poder, el cual, para ser limitado, necesitaba un potenciamiento de la independencia judicial (p. 29).

o incidental porque, tal como sostiene Astudillo Reyes (2004), inicialmente se presentó como un mecanismo de defensa de la Constitución desde un carácter concreto, ya que los jueces estaban facultados para inaplicar la norma que se creía contraria a la Constitución en el marco de un litigio específico (pp. 1-2) [500] Es por ello que, en este modelo, la vía incidental se resguarda la compatibilidad de la ley con la constitución, los derechos y libertades de las personas y también los conflictos entre poderes, pero siempre a la luz del caso concreto. Ésta es la razón por la cual, en este sistema no existen los mecanismos constitucionales del amparo constitucional o de hábeas corpus. Desde esta perspectiva, tal como anota Almagro Nosete (1980), «los efectos de la sentencia carecen de generalidad, pues se limitan a la desaplicación de la ley nula por inconstitucional al caso concreto» (pp. 10-11) [501].

En efecto, si bien, tal como apunta Mora-Donatto (2002, p. 39), la Constitución Federal de los EEUU de 1787 no regula de manera expresa este sistema, a partir de una interpretación constitucional integradora, el juez Marshall, jurisprudencialmente, en el emblemático caso Marbury vs Madison, pronunciado en 1803, sentó los pilares esenciales de este modelo y, tal como sostiene González Rivas (2001), brindó una nota característica del papel de los jueces americanos en el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley (pp. 48-49).

En una breve remembranza del caso, cabe apuntar que, en 1800, Thomas Jefferson, de tendencia republicana, ganó las elecciones presidenciales, por lo que la sucesión de John Adams, de línea federalista, era inminente. El Congreso, en el mes de febrero de 1801 —antes de que concluya su mandato—, aprobó dos leyes para la creación de cargos judiciales de rango menor. En este escenario, el presidente saliente de EEUU, antes de finalizar su mandato, el 2 de marzo de 1801, nombró, en el marco de sus facultades, a varias autoridades judiciales, entre ellos a William Marbury como juez de paz en el distrito de Columbia, decisión que fue ratificada por el Senado, motivo por el cual se expidió la respectiva credencial que acreditaba la calidad de juez de paz de Marbury, la cual no fue entregada a su destinatario y, por ende, no se llevó a cabo su posesión (Fernández Segado, 2003, pp. 245-246).

Una vez asumida la presidencia, Jefferson ordenó a su secretario de Estado, Madison, que la credencial no sea entregada a Marbury y a otros jueces designados por su antecesor. En base a esta omisión de entrega de credenciales, Marbury recurrió, en súplica, ante la Suprema Corte para que se expida un *mandamiento de comparecencia* (*writ of mandamus*) destinado conminar a Madison a la extensión de la credencial respectiva (*ibid.*).

---

[500] Al respecto, Gonzáles-Trevijano Sánchez (2000) señala: «…los jueces y tribunales norteamericanos enjuician la constitucionalidad de las leyes al hilo de cualquier proceso que se les suscite...» (p. 17).

[501] En esta misma cuestión, García Maynez (1977) sostiene que «la misión del control constitucional de las leyes está encomendada a la totalidad de los órganos judiciales ordinarios que solo pueden atacarla a través de cuestiones incidentales en torno a un proceso principal y en la que los efectos de la posible declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, y en consecuencia de su nulidad, no se producen más que ínter partes» (pp. 19-20).

Marshall, en ese momento Chief of Justice de la Suprema Corte de EEUU, sostuvo que las facultades del Congreso, que es un poder derivado, están limitadas por la Constitución, por lo que las leyes deben someterse a ésta. Así, los jueces, en caso de verificar una incompatibilidad de la ley con la Constitución, en el marco del principio de independencia judicial, tenían la obligación de Consagrar la Constitución frente a cualquier intento del Congreso de transgredirla (*ibid.*).

El razonamiento anotado, según Cappelletti (1980), resulta tan simple y tan sólido a la vez (p. 61), que llevó a la consagración del principio que, según Almagro Nosete (1980), es esencial para las constituciones escritas, es decir, aquel en virtud del cual, la ley que sea contraria a la Constitución es nula, por lo que los jueces tienen el deber de inaplicarla al caso concreto (p. 8).

La interpretación jurisprudencial realizada por Marshall tiene sustento en la doctrina generada por Hamilton, Madison y Jay en *El Federalista*, texto en el cual, de manera contundente, se plantea: «...donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a la primera» (Hamilton, Madison y Jay, 2010, p. 332).

Hamilton desarrolló la doctrina de un poder original y otro derivado; el primero, subordina los actos de las autoridades a la Constitución, que emerge de un poder original. Por tanto, cuando la ley, que emerge de un poder derivado, es contraria a la Constitución, los jueces tienen el deber de inaplicarla y someterse a la Constitución:

> No hay proposición que se apoye en principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no solo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben (*ibid.*).

La argumentación descrita estuvo ligada al principio de independencia judicial, como pilar esencial para sustentar la inaplicación de una ley contraria a la Constitución. Este principio, en el contexto norteamericano, fue especialmente elogiado por Tocqueville (2002), quien de manera expresa señaló:

> Cuando, después de examinarse en detalle la organización del Tribunal Supremo, se consideran en su conjunto las atribuciones que le han sido concedidas, se descubre fácilmente que en ningún pueblo ha sido creado nunca un poder judicial tan inmenso (p. 152).

En base a los criterios anotados, se construyó el sistema difuso americano de control de constitucionalidad, en el cual, según García de Enterría (1981), los jueces tienen facultad de inaplicar las leyes cuando las consideran contrarias a la Constitución (pp.

56-57). Por su parte, López Ulla (1999) señala que, en este modelo, «cualquier juez es titular del poder verificador de la compatibilidad con la Constitución de las normas a aplicar» (p. 36). En esta misma línea, González-Trevijano (2000) afirma que este modelo se caracteriza porque la supervisión judicial de las leyes no se asigna a ningún órgano en específico, sino a la totalidad de los jueces (pp. 33-34).

Ahondando en este modelo, es importante recordar las lecciones del profesor García de Enterría (1981) quien, con meridiana claridad, explica uno de sus componentes esenciales: el *stare decisis*, en virtud del cual, los tribunales inferiores están vinculados a la jurisprudencia de la Corte Suprema (pp. 56-57). Desde este horizonte, el juez Robert H. Jackson, afirmó: «No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra». Sin duda, esta «última palabra» es el fundamento del *stare decisis.*

Por su parte, De Otto (1995) sostiene que el principio del *stare decisis* opera de manera vertical y horizontal. Así, de acuerdo al criterio vertical de vinculación al precedente, los jueces inferiores no pueden apartarse del criterio de la Corte Suprema de Justicia de EEUU (p. 291). Por su parte, la *vinculatoriedad* horizontal del precedente, obliga a los tribunales a someterse a sus propias decisiones anteriores, aunque este concepto, según el autor, no es aplicable al Tribunal Supremo de EEUU, el cual puede cambiar de entendimientos (*ibid.*).

A la luz del *stare decisis*, es importante señalar que desde la Ley Judicial de 1891 y su complementaria de 1925, el Tribunal Supremo de EEUU asumió un poder discrecional de selección de casos para que sean sometidos a control de constitucionalidad, a través de la figura del *certiorari*, que tal y como expresa Fernández Rodríguez (2002), en su significado literal, puede ser entendido como «quedar una decisión judicial más cierta y segura» (pp. 25-26).

En 1988, el Congreso de EEUU incrementó el poder de la Suprema Corte de Justicia, ya que esta instancia tiene la facultad de seleccionar casos de manera arbitraria y en el marco de lo que sus miembros consideren como un problema jurídico de importancia general o gran interés público.

Este gran margen de discrecionalidad está en manos de los ocho miembros asociados (*associate justices*) y un juez presidente (*Chief of Justice*), todos nombrados con carácter vitalicio a propuesta del Poder Ejecutivo y con la aprobación del Senado. En este marco, los jueces de esta Corte solo pueden ser destituidos a través del procedimiento del *impeachment*.

Por ello, el activismo judicial en el control de constitucionalidad depende de la visión *progresista* o *conservadora* de sus miembros. En este escenario, el *Chief of Justice* Charles Evans Hughes, resaltó la célebre frase: «Vivimos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es», la cual, sin duda es muy ilustrativa para entender el alcance de la *judicial review* en el marco del *writ of certiorari*, que será concedido con cuatro votos favorables de los nueve miembros de este alto tribunal [502], ya que en caso de

[502] Las partes en un proceso judicial piden a la Corte que un caso sea revisado a través del mecanismo conocido como *petition for a writ of certiorari.*

no existir consenso, sin necesidad de motivación, el *writ* será denegado, lo que implica que no pueda activarse una nueva *petition for a writ of certiorari.*

El rol de la Suprema Corte de EEUU, en un espectro *progresista* o *conservador*, puede ser advertido en varios casos emblemáticos. Entre ellos, debe ser citado el icónico fallo pronunciado en el caso *Brown vs Board of education* (Brown contra la Junta de educación), en el cual, por unanimidad y bajo la fuerte influencia del juez progresista Earl Warren, se declaró la incompatibilidad con la Constitución de las escuelas segregadas por criterios de raza, porque el criterio de «separados pero iguales» era contrario a los postulados de la Constitución:

> Las instalaciones educativas separadas son inherentemente desiguales. Por lo tanto, sostenemos que los demandantes y otros en situación similar en cuyo nombre se han interpuesto las acciones, han sido, en razón de la segregación que es objeto de la demanda, privados de la igual protección de las leyes garantizada por la Decimocuarta Enmienda [503].

El razonamiento analizado dio inicio a la doctrina de la acción positiva o discriminación a la inversa. Si bien, tal como se señaló, a partir de las leyes anotadas la Corte Suprema de EEUU adquirió un gran poder a partir de la discrecionalidad del *cerciorari* y emitió decisiones muy progresistas como en el caso *Brown vs Board of Education,* no es menos cierto que existieron también momentos de tensión de poderes, por ejemplo, en la década de 1930, en la cual se develó una pugna manifiesta entre el presidente Roosevelt y esta máxima instancia de control de constitucionalidad de la ley, tensión que en un marco de profundas transformaciones sociales, en un escenario mundial de conflicto bélico y de profunda crisis económica, ocasionó el muy recordado *court packing plan* de 1937, que revirtió la oposición de la Suprema Corte de EEUU a la legislación social de corte roosveltiana (Beltrán de Felipe y González García, 2005, p. 64).

Asimismo, en el andamiaje de visiones conservadores y progresistas de la Suprema Corte de EEUU es importante destacar el caso *Roe vs Wade*, de 22 de enero de 1973, en el cual esta instancia de control de constitucionalidad de la ley abordó la temática de la despenalización del aborto.

Jane Roe, una mujer soltera que pretendió interrumpir su embarazo, activó la *petition for a writ of certiorari,* que fue concedida porque la ley de Texas que tipificaba el aborto como delito, salvo casos de riesgo para la vida de la mujer, era contraria a la Constitución, que consagraba el derecho constitucional a la privacidad, el cual, desde la interpretación de la Suprema Corte «es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo» [504].

---

[503] Ver Supreme Court of the United States. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954), Argued December 9, 1952 Reargued December 8, 1953, Decided May 17 (cit. en Dworkin, 2010, pp. 113-144).

[504] Ver Supreme Court of the United States. 410 U.S. 113 Roe v. Wade, Argued: December 13, 1971, Decided: January 22, 1973 (*ibid.*).

También en el marco de la *certiorari*, la Suprema Corte de EEUU, para el ejercicio del control de constitucionalidad de la ley, abordó temas de gran relevancia como el respeto a los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo en el marco de los derechos fundamentales, que mereció un pronunciamiento a través del caso *Boumediene vs Bush,* en el cual, en una perspectiva progresista, determinó que las personas acusadas de terrorismo y privadas de libertad en Guantánamo tenían derecho a un debido proceso ante tribunales ordinarios [505].

En el marco de sus Constituciones y especificidades constitucionales, otros Estados asumen rasgos propios del modelo difuso de control de constitucionalidad. Es el caso de Argentina, país en el cual el control de constitucionalidad de la ley está encomendado a los tribunales locales y federales a través de la aplicación directa de la Constitución en relación a leyes, tratados internacionales sin jerarquía constitucional, decretos, reglamentos, actos administrativos y sentencias. También, por vía concreta, tal como lo establece el art. 43 de la Constitución, tienen legitimación activa para plantear amparo constitucional toda persona que considere la afectación de sus derechos, el Defensor del Pueblo y las asociaciones registradas de acuerdo a norma (Vallefín, 2005, p. 24).

Lo anotado precedentemente evidencia que, si bien el modelo difuso nació en EEUU, no es menos cierto que su difusión a otros contextos, como el caso argentino, tenga sus particularidades, entre ellas su extensión también al control tutelar. En este sentido, salvo EEUU, contemporáneamente no existe un modelo que solamente ejerza control de constitucionalidad de la ley vinculado al caso concreto, ya que la mayoría tiene competencias residuales para resguardar el principio de supremacía constitucional (Lozano Miralles y Saccomanno, 2007, p. 27).

2.2.- El modelo jurisdiccional concentrado europeo

El modelo europeo de control de constitucionalidad germina a partir de la propuesta formulada por Hans Kelsen basada en dos jurisdicciones separadas, la de constitucionalidad y la de legalidad (Aragón Reyes, 1997, p. 12), en este marco, la especialidad de esta jurisdicción excluía a los jueces ordinarios de la competencia para el conocimiento de leyes con cuestionamiento de constitucionalidad (González, 2000, p. 32), competencia asignada a tribunales especializados que tomaban la forma de un *legislador negativo* en el marco del ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes del legislador positivo, es decir de los órganos legislativos.

Este modelo ha tenido una progresividad en el tiempo y también en el espacio, ya que tal como se verá más adelante, Latinoamérica ha diseñado modelos de control de constitucionalidad con rasgos propios, aunque en el marco de tribunales o cortes constitucionales, por lo que, para contextualizar estos avances, sin duda será esencial abordar este modelo desde sus raíces, es decir, desde la Constitución de Austria de 1920 y el aporte de Kelsen.

[505] Ver Supreme Court of the United States. 06-1195 U.S. Boumediene *et al.* v. Bush *et al.*, Argued: December 5, 2007, Decided: June 12, 2008.

Al respecto, Favoreu (1994) señala que este modelo europeo no hubiera existido sin Kelsen y sin su proyecto de Constitución austriaca de 1920 que a través del que fuera —en ese momento— un nuevo tipo de justicia constitucional, fue una propuesta alterna y diferente al modelo americano (pp. 15-16).

Kelsen (1995) argumentó el modelo en base al siguiente razonamiento:

> La posibilidad de que una ley expedida por el órgano legislativo sea anulada por otro órgano constituye una notable restricción al poder del primero. Esta posibilidad significa que, al lado del legislador positivo, existe un legislador negativo, un órgano que puede integrarse de acuerdo con un principio totalmente diferente del que sirve de base a la elección del Parlamento por el pueblo. En esta hipótesis casi resulta inevitable un conflicto entre los dos legisladores, el positivo y el negativo. La pugna puede aminorarse, si se establece que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser electos por el Parlamento (p. 318).

Desde esta perspectiva, Fernández Rodríguez (2002) afirma:

> El control de constitucionalidad es una exigencia en el sistema diseñado por Kelsen para garantizar el principio de jerarquía normativa y la coherencia del ordenamiento. Entre las diversas medidas que se pueden adoptar para asegurar la regularidad de las funciones estatales, la anulación del acto inconstitucional representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución; por lo que este control de constitucionalidad tendría que centralizarse en torno a un órgano específico; en consecuencia, ser confiado a todos los jueces resultaría inviable al no existir la regla del precedente en los sistemas romano-germánicos, lo que haría inasumibles los riesgos de contradicción en la jurisprudencia. De este modo, y esquematizando la postura kelseniana, podemos hablar de un control concentrado llevado a cabo por una jurisdicción específica, control que es abstracto, ejercido por vía de acción, con efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad y que, en cuanto a la autoridad de cosa juzgada en las decisiones, presenta carácter absoluto. ... (p. 20).

El modelo de justicia constitucional propuesto por Kelsen se materializó por primera vez en la Constitución de Austria de 1920. Esta Constitución consagró a un Tribunal Constitucional como el máximo contralor de la Constitución, con roles jurisdiccionales de legislador negativo, con la especialidad en control de constitucionalidad de la ley y con un reconocimiento de legitimación activa a la Asamblea Federal, al Consejo Nacional, a las Asambleas Regionales en materias de su competencia territorial y al gobierno federal. Posteriormente, en 1929, la Constitución contempló la cuestión de inconstitucionalidad como procedimiento de control de constitucionalidad vinculado a casos judiciales en curso.

Por el contenido del art. 147 en sus numerales 1 y 2, se establece que este Tribunal Constitucional estaba compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y otros 12 miembros con seis suplentes. Podían ser designados magistrados, tanto jueces como funcionarios públicos y también académicos. Para su nombramiento por el Presidente de la República,

seis miembros y tres suplentes eran propuestos por el gobierno federal; tres miembros por el Consejo Nacional y tres miembros y un suplente por el Consejo Federal.

La Constitución de Checoslovaquia de 1920 también asumió un modelo jurisdiccional concentrado de control de constitucionalidad de la ley con la creación de un Tribunal Constitucional. En este marco, el art. 1 de la Ley Introductoria a la Carta Constitucional de la República Checa brindó a esta instancia roles de legislador negativo en el ejercicio del control de constitucionalidad, también consagró roles de control previo de constitucionalidad en cuanto a las disposiciones legislativas internas de la Comisión Permanente del Parlamento.

La Constitución de España de 1931 encomendó al Tribunal de Garantías Constitucionales roles de control de constitucionalidad de leyes y también competencias residuales. En efecto, el art. 100 de esa Constitución disciplinó la facultad de responder a las consultas formuladas por los tribunales de justicia en casos de duda sobre la constitucionalidad de una ley. En este marco, el art. 121 de la Constitución reguló procedimientos constitucionales como el recurso de inconstitucionalidad, el recurso de amparo de garantías individuales, los conflictos de competencias entre el Estado y las regiones autónomas y los de estas entre sí.

Los antecedentes históricos identificados dieron origen al llamado sistema europeo de control de constitucionalidad, el cual, es definido por Cruz Villalón (1987) como un proceso autónomo de constitucionalidad ante un órgano jurisdiccional único y dotado de especialidad, a impulso de un órgano constitucional o fracción del mismo, bien de un juez o tribunal en el decurso de un proceso pendiente o de manera abstracta, con decisiones de efectos inmediatos y generales que, en caso de incompatibilidad con la norma suprema, invalidan una norma general (p. 35).

En base a lo señalado, es importante diferenciar el modelo europeo de control de constitucionalidad en su progresividad. En este marco, su primera etapa se remonta a las Constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920 y a la española de 1931; mientras que la segunda etapa empieza en Europa después de la Segunda Guerra Mundial. Como era de esperar, este modelo, durante el sangriento escenario de esta guerra, fue suprimido.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, y después de la formación de la Organización de las Naciones Unidas, se concilió la necesidad de implementar órganos jurisdiccionales concentrados de control de constitucionalidad para evitar abusos de poder y con competencia para el conocimiento de leyes cuya constitucionalidad se cuestionaba y pretendían ser aplicadas en procesos judiciales. También se incrementaron competencias a otros ámbitos de control de constitucionalidad, aspecto que marcó un punto de progresividad en relación al modelo primigenio kelseniano (Fernández Rodríguez, 2002, p. 64).

En el marco de esta progresividad, según Cruz Villalón (1987), una primera gran característica de este modelo de postguerra fue el proceso autónomo de constitucionalidad, en virtud del cual, el examen de constitucionalidad de una norma no es un incidente que devenía del curso de un proceso judicial ordinario, sino que emergía de un proceso específico destinado a verificar la compatibilidad o incompatibilidad de la norma con la

Constitución, característica que, desde la doctrina alemana, fue referida como control abstracto o control inmediato (pp. 37-38) [506].

Asimismo, en el marco de esta progresividad, una segunda característica de este modelo es su rasgo de *especialidad* y *exclusividad* para declarar inconstitucional a una norma contraria con la Constitución.

De la misma forma, desde el constitucionalismo de postguerra, el modelo europeo de control de constitucionalidad identificado como concentrado, que tal como se dijo se encuentra en manos de un órgano específico de control de constitucionalidad, emite, en el marco de este proceso autónomo, decisiones con efectos *erga omnes* en caso de que la norma sea contraria a la Constitución (*ibid.*) [507], y, también con valor *ex nunc*, es decir, con un efecto a futuro [508]. Sin embargo, tal como bien resalta Aragón Reyes (1997), una de las grandes diferencias con el modelo de raíz kelseniana diseñado en la década de los años veinte, es que en este nuevo escenario, ya no se sustenta en una jurisdicción de legalidad y otra de constitucionalidad estrictamente separadas, sino que, en este contexto, ambas aplican la Constitución; empero, desde este modelo, solo la Corte o Tribunal Constitucional pueden expulsar la norma del ordenamiento jurídico con los efectos antes anotados (pp. 13-14).

Desde la perspectiva señalada, las autoridades judiciales no pueden inaplicar la ley por una incompatibilidad constitucional, por cuanto, en este supuesto, en el marco de la progresividad de este modelo, se diseña la *cuestión de inconstitucionalidad*, en virtud de la cual, si bien se rompe el principio de sumisión de los jueces a la ley, tal como anota Aragón Reyes (*ibid.*), la supremacía constitucional a través de su declaratoria de inconstitucionalidad está encomendada exclusivamente al órgano concentrado de control de constitucionalidad (pp. 13-14) [509].

---

[506] Al respecto, Almagro Nosete (1980), señala que este modelo concentrado, «Significa que, con carácter principal, se puede plantear un proceso que verse exclusivamente o cuyo objeto sea únicamente, la anulación con efectos generales de una ley inconstitucional. ...» (pp. 10-11).

[507] Caamaño Domínguez (2004) afirma lo siguiente: «Con carácter general los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional pueden agruparse en torno a tres grandes categorías: cosa juzgada, vinculación de los poderes públicos, y plenos efectos frente a todos...». En este marco, el autor además señala lo siguiente: «Por eficacia general o *erga omnes* parece que debe entenderse, en consecuencia, algo más concreto: la especial eficacia que producen las sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de un acto o disposición. La sentencia mediante la cual el Tribunal Constitucional declara la nulidad de una disposición de carácter general viene a llenar el espacio que ésta ocupaba y tiene —en ciertos aspectos— la misma eficacia que tenía aquella; esta sentencia tiene un efecto análogo, aunque de signo contrario, al de la legislación» (pp. 22-24).

[508] Al respecto, García de Enterría (1981) señala: «...la naturaleza constitutiva de las Sentencias del Tribunal Constitucional y su valor *ex nunc* y no retroactivo, solo pro futuro...» (pp. 56-57).

[509] Asimismo, Almagro Nosete (1980) señala lo siguiente: «Vía de excepción y jurisdicción difusa. Es típico de la jurisdicción difusa la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad como una excepción o defensa, opuesta a quien pretenda la aplicación de una ley inconstitucional. Por las razones de acercamiento que ya hemos señalado que se producen entre los sistemas de jurisdicción difusa y jurisdicción concentrada, se admite, también, en estos últimos, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, con ocasión de un litigo concreto (por vía de excepción) aunque la resolución de la cuestión se eleva al Tribunal Constitucional…» (p. 30).

En el escenario descrito, Serra Cristóbal (1999) afirma:

> …mientras un control de constitucionalidad *ad casum* en manos de la judicatura dejaba abierta la posibilidad de dispersar entre varios órganos judiciales la legitimidad constitucional de una ley y generaba interpretaciones diversas de los casos constitucionales, el sistema de control concentrado, con sede en un Tribunal Constitucional, resolvía de un modo unívoco y con efectos *erga omnes*, las cuestiones de constitucionalidad que se planteasen (p. 38).

Cabe señalar, además, que estos modelos de postguerra referentes al control de constitucionalidad en Europa, no solo tienen roles de control normativo de constitucionalidad, sino también se contemplan otras competencias como las de protección a derechos y los conflictos competenciales entre órganos de poder (Caamaño, 2000, p. 17).

De acuerdo a lo anotado, Favoreu (1994) sostiene que el desarrollo de la justicia constitucional fue el acontecimiento más destacado en Europa después de la segunda mitad del siglo xx; en este contexto, precisa, que las Constituciones europeas de postguerra asumen modelos concentrados de control de constitucionalidad encomendados a Cortes o Tribunales Constitucionales (p. 13).

Por su parte, Cappelleti (1986) afirma lo siguiente:

> …parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante, pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su nuevo sistema de gobierno (p. 16).

Favoreu (1994) afirma también que la justicia constitucional a la cabeza de un Tribunal Constitucional fue desarrollada, aunque con características propias, en Asia, África y en Latinoamérica (p. 13). Según este autor, en todos estos contextos, incluido el continente europeo, el control de constitucionalidad de la ley asume un rol protagónico: «…no hay justicia constitucional y, por tanto, no hay Tribunal Constitucional sin la atribución central que es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir, la sumisión de la voluntad del Parlamento al respeto de la regla de Derecho, ya se trate de una regla formal o de fondo» (*ibid.*: p. 35) [510].

En un análisis de derecho comparado puede afirmarse que, en el contexto contemporáneo, la mayoría de los países europeos adoptan el sistema concentrado de control de constitucionalidad encomendado a un órgano especializado e independiente con roles de justicia constitucional. Una de las primeras instituciones en crearse bajo estos moldes fue la Corte Constitucional de Italia, comprendida en la Constitución de 1947 y que inició con el ejercicio de sus competencias en 1956.

[510] En este punto, es importante desarrollar la definición formal de la ley. Al respecto, De Otto (1995) señala que «desde la Revolución francesa el término ley en su acepción técnica se reserva a las normas dictadas con arreglo a un determinado procedimiento por el órgano de representación popular…» (pp. 102-103).

La Corte Constitucional de Italia, tal como afirma Celotto (2005), resuelve conflictos de constitucionalidad de leyes y actos con fuerza de ley que estén vigentes tanto en el Estado como en las regiones. En este contexto, el texto constitucional disciplina el Recurso de Inconstitucionalidad y también contempla la Cuestión de Inconstitucionalidad para casos en los cuales una decisión pretenda aplicar una ley cuya constitucionalidad se cuestiona y que, además, podrá ser promovida por la autoridad judicial que conoce el litigio (p. 43) [511].

Asimismo, es importante resaltar que la Corte Constitucional de Italia tiene otros roles de control de constitucionalidad. Entre ellos, conoce y resuelve los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y entre éste y las regiones, así como los conflictos interregionales que puedan suscitarse; en este caso, este mecanismo será promovido por el órgano que pudiere ser afectado con la controversia competencial (*ibid.*).

También, a través del control de constitucionalidad, la Corte Constitucional italiana tiene competencias para conocer y resolver acusaciones promovidas contra el presidente de la República. De la misma forma, en el marco del mandato contenido en el art. 45 de la Constitución, verifica la compatibilidad con la Constitución de referéndums abrogatorios (ibid).

Alemania también asume un modelo concentrado de control de constitucionalidad, ya que encomienda esta labor a un órgano específico: el Bundesverfassungsgericht. En efecto, el Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe nació a la vida jurídica en 1951 y, en el marco del avance de los tiempos, cuenta con varios roles; entre ellos, conoce y resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad en casos en los cuales se cuestiona la compatibilidad del derecho federal o estatal con la Constitución.

Para este mecanismo tienen legitimación activa el gobierno federal, el gobierno de un Länd o un tercio de los miembros del Bundestag. Este tribunal especializado también conoce y resuelve la Cuestión de Inconstitucionalidad denominada *Richterklage*, en casos en los cuales, en el decurso de un proceso judicial, se pretenda aplicar una ley cuya constitucionalidad sea cuestionada.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Federal Alemán conoce conflictos entre órganos constitucionales que puedan suscitarse entre los órganos federales con los *länds.* Para este fin, tendrán legitimación activa el Bundestag, el Bundesrat, el gobierno federal y las fracciones del Bundestag o Bundesrat.

Es importante destacar también que este tribunal tiene un brazo específico de control de derechos fundamentales, a través del Recurso de Amparo Constitucional, denominado *Verfassungbeschwerde.* Esta herramienta de control tutelar de derechos, en Alemania, puede ser interpuesta contra el poder público por cualquier persona que considere la afectación de sus derechos, contenidos en los arts. 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Constitución.

[511] Romboli (2011) explica esta vía incidental en los siguientes términos: «…la denominada vía incidental que reconoce a cada juez la facultad-deber de remitir al examen del juez constitucional la resolución de una duda de constitucionalidad relativa a la ley específica de la cual debe hacer aplicación en el ámbito de su juicio» (p. 52).

Una particularidad del control de constitucionalidad en Alemania, es que el Tribunal Constitucional Federal tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos que pudieran afectar el régimen democrático y las garantías y libertades de las personas al poner en riesgo al Estado Constitucional de Derecho [512].

Es importante señalar, también, que, en Alemania, el Tribunal Constitucional Federal conoce el Impeachment Presidencial, a través del cual, el Bundestag o el Bundesrat podrán acusar al presidente federal en caso de violación de la Constitución o del orden legal vigente, por lo que esta instancia, en caso de determinar una violación del régimen constitucional imperante, tiene la atribución de separarlo del cargo.

España, por su parte, durante el periodo de postguerra [513], también asume un modelo jurisdiccional concentrado en manos del Tribunal Constitucional creado por la Constitución española de 1978 y cuyas atribuciones se desarrollan en los arts. 159 al 165 del texto constitucional. También dichas atribuciones son desarrolladas por la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre.

Esta máxima instancia de control de constitucionalidad en España está compuesta por 12 magistrados y magistradas, con competencias en control normativo de constitucionalidad, control competencial y control tutelar de constitucionalidad. En efecto, este tribunal conoce y resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad, el cual tiene la finalidad de verificar la compatibilidad constitucional de una ley y de toda disposición de carácter general con la Constitución.

Para el citado procedimiento constitucional, tienen legitimación activa la fracción del cuerpo legislativo que perdió la votación de la ley; también el Ejecutivo, de manera directa o a través de uno de sus ministerios o secretarías, el presidente en el ejercicio de un poder arbitral y el defensor del pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las asambleas de las mismas, así como un juez en un acto de aplicación. Las decisiones que se emiten a través de este procedimiento constitucional tienen efecto *erga omnes* [514].

---

512 En una revisión histórica de esta atribución, debe resaltarse que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en 1951, declaró la inconstitucionalidad del Partido Socialista del Reich (SRP). Esta misma decisión fue asumida en 1965 en relación al Partido Comunista de Alemania (KPD). En 2013, en cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad del Partido Nacional Demócrata de Alemania (NDP), estableció la inviabilidad de dicha solicitud ya que el procedimiento es para declarar su inconstitucionalidad y no así su constitucionalidad.

513 Como ya se señaló precedentemente, en España, en la primera etapa de desarrollo de este modelo, se instauró el Tribunal Constitucional de Garantías Constitucionales de la Segunda República, a la luz de la Constitución de 1931.

514 Al respecto, Fernández Rodríguez (2002) señala: «...la sedimentación de la idea de supremacía de la Constitución, en un sentido no solo formal sino también material, como base para eliminar la ley contraria a ella, determinó que la sanción debía ser la de la nulidad de pleno derecho, esto es, la de entender que la norma inconstitucional no ha existido nunca, y, por ello, se dota a esta sanción de una eficacia retroactiva. Esta evolución también provocó que, en países como Alemania, Austria, Italia o España, al lado del control abstracto, apareciese un control concreto de normas reenviadas por los tribunales ordinarios, lo que supone un cierto grado de difusión a través de la incidentalidad del acceso» (p. 31).

De la misma forma, este tribunal conoce y resuelve la Cuestión de Inconstitucionalidad, regulada por el artículo 163 de la Constitución, procedimiento a través del cual conoce las normas que en un proceso judicial cuya constitucionalidad se cuestiona, en casos en los cuales el fallo dependa de esta disposición. En este proceso, tal como anota Corzo Sosa (1998), «…los sujetos responsables para plantear la cuestión son los órganos judiciales» (p. 23) [515].

A su vez, el Tribunal Constitucional de España conoce y resuelve conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o conflictos de éstas entre sí. Este mecanismo puede ser promovido por los ejecutivos de cada una de las comunidades autónomas y el nivel central, en relación a normas sin rango de ley que generen conflictos competenciales. También, a través de este procedimiento se resuelven conflictos negativos de competencia, en casos en los que ningún órgano requerido asuma el ejercicio de una competencia. De la misma forma se resuelve ante normas con rango de ley que sean contrarias a la autonomía local. Además, esta instancia tiene roles de verificación de compatibilidad con la Constitución de Tratados internacionales firmados por el Estado español.

De la misma forma, este tribunal tiene roles de control tutelar de constitucionalidad a través del amparo constitucional contra decisiones de una autoridad, juez o tribunal, para la protección de derechos contenidos en el art. 53.2 de la Constitución. En este marco, el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) español establece que el amparo constitucional procederá contra:

> Las decisiones o actos sin valor de Ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.

Por su parte, desde la progresividad del modelo de justicia europea, es importante hacer mención a Portugal, país que asume luego de la Revolución de los Claveles y en el marco de la democracia consolidada en 1982, un modelo mixto o híbrido. En este marco, el Tribunal Constitucional, creado en 1982 por la primera ley de reforma de la Constitución de 1976, tiene competencias tanto de control previo como de control posterior de constitucionalidad; asimismo, los tribunales ordinarios, en el decurso de procesos judiciales, deben aplicar la Constitución con preferencia a la ley.

El control posterior de constitucionalidad tiene fundamento en los artículos 207, 227 y siguientes, así como 288.1 de la Constitución; así como en los arts. 62 y siguientes de la Ley Orgánica. El control previo de constitucionalidad, de acuerdo a los arts. 278 y 279 y 57 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se aplica a tratados y

[515] En relación a este procedimiento constitucional, Caamaño (2004) señala lo siguiente: «En puridad, con la denominada autocuestión o cuestión interna, la LOTC no viene sino a abrir otro nuevo cauce de control de constitucionalidad de las leyes que, en cierta medida, suple las lagunas de un sistema que desconoce de un recurso de amparo directo frente a leyes» (pp. 23-24).

acuerdos internacionales, leyes, decretos-leyes y decretos legislativos regionales, así como a decretos reglamentarios regionales de reglamentación de leyes generales de la República. No existe un procedimiento constitucional para la garantía de los derechos y libertades ni tampoco uno específico para las controversias competenciales.

La justicia constitucional, bajo la égida del modelo concentrado, fue también asumida por otros países europeos, con roles de control normativo abstracto y concreto, tutelar y competencial (conflictos de competencia) [516].

Esta ola de reformas constitucionales europeas en la década de los noventa irradió también las reformas de Latinoamérica, que generaron modelos preminentemente concentrados de control de constitucionalidad y también modelos mixtos, tal como se verá en los siguientes acápites.

2.3.- El modelo francés previo y no jurisdiccional de control de constitucionalidad

En una óptica propia de derecho comparado, debe señalarse el caso *sui generis* de Francia, en cuanto al control de constitucionalidad. En este marco, es importante precisar que ya Sieyès (1990), a finales del siglo XVIII, señaló: «Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada (…) si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código» (p. 420).

A pesar de esta inicial propuesta de control jurisdiccional de constitucionalidad, hasta 2008 fue un sistema no jurisdiccional y únicamente de control previo de constitucionalidad vía abstracta en cuanto a proyectos de leyes, control encomendado al Consejo Constitucional (Conseil Constitutionnel), que esencialmente era un órgano político de control de constitucionalidad que asumía *decisiones*, equiparables a las sentencias en el ámbito del control jurisdiccional de constitucionalidad (Pegoraro, 2011, p. 111).

De acuerdo a López Ulla (1999), el ideal revolucionario francés vinculaba directamente a la Asamblea Legislativa con la universalidad de los ciudadanos y, por tanto, dicho credo convirtió al Parlamento en un poder anterior a la propia Constitución, lo que, desde la óptica del autor, explica la animadversión del constitucionalismo francés a cualquier tipo de control de la actividad legislativa (p. 49). En este contexto y, de acuerdo a De Otto (1995), «el legislador crea las normas y los jueces se limitan a aplicarlas, pues ni pueden enjuiciar su labor ni pueden por si mismos crear normas nuevas» (p. 285).

Este modelo específico responde también al dogma del imperio de la ley en Francia. En este marco, de acuerdo a González Rivas (2001), las leyes son la expresión de la voluntad general, por lo que, en mérito a este dogma, se libera prácticamente al Legislativo de la atadura a la Constitución y del principio de supremacía constitucional, ya que se traslada la concepción absolutista de las leyes —según la cual todo derecho emana de

[516] Por ejemplo, Croacia (Constitución de 1991); Bulgaria (Constitución de 1991); Estonia (Constitución de 1992); Andorra (Constitución de 1993); Polonia (Constitución 1993); Moldavia (Constitución de 1994); Bosnia-Gerzegovina (Constitución de 1995); Albania (Constitución de 1998);entre otros países.

la voluntad del monarca— a la república, en la que la fuente única es la voluntad de la mayoría en la Asamblea Nacional (p. 19) [517].

Esta forma de control de constitucionalidad tan peculiar sufrió una importante reforma el año 2008, la cual fue implementada en marzo de 2010, momento a partir del cual el Consejo Constitucional asumió el conocimiento de la cuestión previa de inconstitucionalidad.

En efecto, en un proceso judicial pendiente, en casos en los cuales una disposición legislativa que pretende aplicarse afecte los derechos y libertades de las personas, podrá activarse esta cuestión previa de inconstitucionalidad, en virtud de la cual el Consejo de Estado, que es un órgano consultor del Poder Ejecutivo y la máxima instancia administrativa de este poder; o el Tribunal de Casación, que es la máxima instancia de justicia ordinaria, a instancia de partes y solo si estiman pertinente, remitirán la norma a efectos de control de constitucionalidad al Consejo Constitucional, para que éste, en caso de verificar su incompatibilidad con el bloque de constitucionalidad, declare su inconstitucionalidad y expulse la norma del ordenamiento jurídico.

2.4.- Los modelos latinoamericanos

Así como el modelo jurisdiccional europeo de control concentrado de constitucionalidad se expandió en la mayoría de los países de este continente, su influencia también confluyó en Latinoamérica, aunque con variaciones propias que se intentarán retratar en este acápite.

En un análisis cronológico, se iniciará la reflexión con Chile. En este caso, Nogueira Alcalá (2004) señala lo siguiente:

> El sistema de control de constitucionalidad existente en Chile con un control abstracto y que responde a la lógica del interés objetivo del Estado concretado por el Tribunal Constitucional, con un control esencialmente preventivo, con un sistema de control concreto que protege intereses subjetivos a través de un control concentrado con efectos inter partes en manos de la Corte Suprema de Justicia… (p. 100).

Para la tutela de derechos fundamentales, el art. 20 de la Constitución y los artículos 1 y 5 del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales contienen el recurso de protección, el cual puede ser activado por cualquier persona que sufra la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos y garantías.

[517] En cuanto al imperio de la ley, Favoreu (1994) señala: «En el sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue, de hecho, de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios y no precisa de un tratamiento específico: a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional…» (pp. 15-16).

También, de acuerdo al criterio cronológico utilizado, es importante mencionar a El Salvador, país que, en la reforma constitucional de 1983, asume un modelo mixto de control de constitucionalidad a través de la creación de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia.

Esta sala tiene competencia para conocer el proceso de inconstitucionalidad contra leyes, decretos, reglamentos y toda disposición de carácter general que sea contraria a la Constitución. Tienen legitimación activa para este mecanismo cualquier ciudadano, personalmente o por medio de un representante, la Fiscalía General de la República, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

También en El Salvador se tiene la inaplicabilidad que, en el decurso de un proceso judicial, procede de oficio por la autoridad judicial o a petición de partes, ante disposiciones de carácter general que se las considere contrarias a la Constitución, para que sea la Sala Constitucional la que ejerza control de constitucionalidad.

La Sala Constitucional, de acuerdo a los arts. 174 y 247 de la Constitución, tiene también competencia para conocer el proceso de amparo, dirigido a resguardar los derechos contenidos en el art. 247 de la Constitución.

En Guatemala, la Constitución de 1985 asume un modelo preeminentemente concentrado de control de constitucionalidad, encomendado a la Corte de Constitucionalidad, la cual tiene roles de control normativo de constitucionalidad vía abstracta y a través de la cuestión de constitucionalidad.

En vía abstracta, la Constitución disciplina el recurso de inconstitucionalidad para efectos de verificar la compatibilidad constitucional de toda norma de carácter general con la Constitución. Tienen legitimación activa para la presentación de este mecanismo la Junta Directiva del Colegio de Abogados, a través de su presidente, el Ministerio Público, a través de procurador general de la Nación, el procurador de derechos humanos y cualquier persona con el auxilio de tres abogados activos.

Se tiene también la cuestión de inconstitucionalidad, que emerge en casos en los cuales se cuestiona, en el decurso de un proceso judicial, la constitucionalidad de una norma de carácter general. En estos supuestos, la Corte de Constitucionalidad actúa como una segunda instancia.

El amparo, como mecanismo de defensa de derechos fundamentales, está regulado en el art. 265 de la Constitución y es conocido por las autoridades judiciales de primera instancia, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema de Justicia. La Corte de Constitucionalidad conoce este mecanismo en única instancia y como tribunal extraordinario, en los amparos interpuestos en contra del Congreso de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Presidente y el Vicepresidente de la República; asimismo conoce, en apelación, todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia constitucional, tal como lo establece el art. 272.b y c de la Constitución.

El control de derechos fundamentales es realizado por las autoridades judiciales, a través de proceso de amparo constitucional que procede contra todo acto amenazante

o consumado que pueda vulnerar o afecte derechos fundamentales de las personas o colectividades, tal como establece el art. 265 de la Constitución.

Toda persona que considere que sus derechos están amenazados o afectados puede recurrir a este mecanismo de control tutelar. De la misma forma, el Ministerio Público y el procurador de los Derechos Humanos tienen legitimación para interponer amparo a efecto de proteger los intereses que les han sido encomendados, pues así lo establece el art. 25 de la Ley de Amparo, exhibición personal y de constitucionalidad.

Brasil asume un modelo híbrido de control de constitucionalidad incluido en la Constitución de 1988. Al respecto, Nogueira Alcalá (2004) señala: «El sistema brasileño […] combina un sistema subjetivo concreto y objetivo abstracto de control de constitucionalidad que puede ser ejercido en forma amplia, centrado más en la ley que en los derechos fundamentales…» (p. 84).

En el contexto señalado, el Supremo Tribunal Federal resuelve la acción directa de inconstitucionalidad. Para este procedimiento constitucional, están legitimados activamente el presidente de la República, la mesa del Senado federal, la mesa de la Cámara de Diputados, la mesa de la Asamblea Legislativa de los Estados o del Distrito Federal, el gobernador de un Estado o del Distrito Federal, el procurador general de la República, el Consejo Federal de la orden de los abogados de Brasil, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

También conoce y resuelve la cuestión de inconstitucionalidad en virtud de la cual, el Poder Judicial federal y los poderes judiciales de los Estados miembros pueden elevar cuestiones de constitucionalidad al Supremo Tribunal Federal. Asimismo, en el marco de un proceso, este mecanismo puede presentarse ante el Poder Judicial federal o poderes judiciales de cada Estado miembro.

En un caso concreto, tanto el Poder Judicial federal como los poderes judiciales de los Estados miembros ejercen control tutelar de constitucionalidad a través del mandamiento de seguridad o amparo, previsto en el art. 5.LXIX y LXX de la Constitución, que es un mecanismo constitucional para la protección de derechos fundamentales. Éste es un mecanismo de control tutelar de derechos, siempre y cuando éstos no estén amparados por el hábeas data o la protección de los intereses de los miembros de un partido político nacional, organización sindical o asociación legalmente constituida, por estar éstos protegidos por el mandato de seguridad colectivo.

Si el mandato de seguridad o amparo se activa en contra de una autoridad federal, conoce y resuelve el mismo un juez también federal. Por su parte, el Supremo Tribunal Federal conoce y resuelve los procesos de mandato de seguridad en contra de actos del presidente de la República, de las mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, del Tribunal de Cuentas de la Unión, del Procurador General de la República y del propio Supremo Tribunal Federal.

De la misma forma, el Superior Tribunal de Justicia conoce el proceso y resolución de las demandas en contra de ministros de Estado, comandantes de la Marina,

del Ejército, y de la Fuerza Aérea. Además, el mandato de seguridad pedido en contra de autoridades estatales y municipales es de la competencia de los órganos judiciales de cada Estado-miembro de la Federación, en función de su correspondiente demarcación, circunscripción o distritos.

El Supremo Tribunal Federal también conoce y resuelve los conflictos entre órganos constitucionales que se susciten entre la unión y los Estados, la unión y el Distrito Federal o entre todos, tal como lo establece el art. 102 de la Constitución.

Costa Rica asume un modelo mixto de control de constitucionalidad, ya que, a partir de la Reforma Constitucional de 1989 se crea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Esta instancia es competente para conocer la acción de inconstitucionalidad para la verificación de la compatibilidad constitucional de leyes, decretos ejecutivos y normas de cualquier naturaleza, así como actos sujetos al derecho público con la Constitución. Para este mecanismo, cuentan con legitimación activa el defensor del pueblo, el fiscal general o un mínimo de diez diputados.

Esta sala especializada es también competente para conocer la consulta de inconstitucionalidad; en el marco de un proceso judicial, la autoridad judicial consulta a la Sala Constitucional sobre la constitucionalidad de una norma general que pretende aplicarse al caso concreto.

Esta sala también conoce conflictos de competencias entre los poderes del Estado y el Tribunal Supremo de Elecciones o entre aquellos y la Contraloría General de la República, las entidades descentralizadas, municipalidades y otras personas de derecho público.

La tutela de derechos fundamentales se realiza a través del recurso de amparo, tal como reza el art. 48 de la Constitución, el cual procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz de los servidores y órganos políticos, que hayan vulnerado o generen una amenaza de afectación de cualquier derecho protegido por la Constitución o por Tratados Internacionales. Este mecanismo de tutela procede también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas, tal como lo establece el art. 29 de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

La Constitución de Colombia de 1991, cuyo proceso constituyente previo fue abordado en el segundo capítulo de este trabajo, crea la Corte Constitucional como máxima instancia de interpretación y control de constitucionalidad en el país. Esta Corte tiene roles de control normativo de constitucionalidad, a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta, orientada a verificar la compatibilidad o incompatibilidad de una ley, decreto con fuerza de ley, decreto legislativo o tratado internacional con la Constitución; asimismo, también se activa esta vía contra vicios en el procedimiento de reforma a la Constitución. Cualquier ciudadano puede recurrir a esta vía, ya que la legitimación activa es amplia.

Para el ejercicio del control normativo de constitucionalidad, la Constitución prevé la excepción de inconstitucionalidad para que, a petición de parte o de oficio, por parte de la autoridad judicial, sea la Corte Constitucional la encargada de ejercer el control

de constitucionalidad en casos en los cuales, en la tramitación de un proceso, los jueces que duden sobre la constitucionalidad de una norma, remitan la misma ante la máxima instancia de control de constitucionalidad.

La acción de tutela, por otra parte, es un mecanismo de control tutelar de constitucionalidad que puede ser activado por toda persona, por sí misma o a través de un mandato específico cuando ésta considere que sus derechos han sido vulnerados. Esta acción será conocida por todos los jueces, de conformidad a lo establecido por el art. 86 de la Constitución. El fallo que emitan las autoridades judiciales que conozcan este mecanismo podrá ser impugnado ante el superior jerárquico y, en algunos casos, según un criterio discrecional, tal como prevén los arts. 86 y 241.9, la Corte Constitucional podrá revisar las sentencias emitidas por estos tribunales y sus decisiones adquirirán calidad de cosa juzgada constitucional.

Venezuela asume, en la Constitución de 1999, un modelo mixto de control de constitucionalidad con la creación de la Sala Constitucional en el marco de la estructura del Tribunal Supremo de Justicia. En este contexto, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de esta sala especializada, conoce y resuelve *la acción popular de inconstitucionalidad* contra leyes o actos de efectos generales; también conoce y resuelve la acción popular de inconstitucionalidad por omisiones legislativas o de otros órganos del poder público. Asimismo, esta instancia conoce las solicitudes de control previo de constitucionalidad en relación a tratados internacionales; el control de los decretos que declaran un estado de excepción; y el recurso de colisión entre leyes. También, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala Constitucional, resuelve las controversias sobre el reparto de competencias constitucionales.

Por su parte, los tribunales de la República resuelven la acción de amparo constitucional y la acción de amparo a la libertad o seguridad. Estos mecanismos de control tutelar de constitucionalidad son conocidos y resueltos por los tribunales del Poder Judicial. En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia emitirá, en vía de revisión, decisión final, tal como lo señala el art. 336.10 de la Constitución.

Por su parte, Perú, por mandato de la Constitución de 1993, encomienda el cuidado de la Constitución al Tribunal Constitucional y también roles de control de constitucionalidad al Poder Judicial. Al respecto, Eto Cruz (2012) afirma lo siguiente: «En nuestro país, el deber de aplicar la Constitución y de preferir, en la resolución de cualquier caso, ésta a una norma de rango legal o infra-legal le corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino *prima facie*, al Poder Judicial» (p. 210).

El Tribunal Constitucional del Perú tiene competencia para conocer la acción de inconstitucionalidad, a través de la cual se cuestiona la constitucionalidad de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia y tratados internacionales. Tienen legitimación activa en este mecanismo procesal constitucional el presidente de la República, el fiscal de la nación, el fiscal del pueblo, el 25% del número legal de congresistas, un mínimo de cinco mil ciudadanos que respalden la acción, los presidentes de la región y los colegios profesionales, en materia de su especialidad.

Esta instancia también conoce conflictos de competencias entre el Poder Ejecutivo y los poderes regionales o municipales. En este caso, tienen legitimación activa para iniciar este proceso constitucional, los órganos públicos afectados.

La acción de amparo constitucional es resuelta por los órganos del Poder Judicial. Debe precisarse que este mecanismo tutela derechos consagrados en la Constitución, salvo los derechos a la libertad individual o los derechos constitucionales conexos a ésta por ser éstos tutelables a través de la acción de hábeas corpus, del mismo modo que sucede con los derechos sobre información, protegidos a través de la acción de hábeas data.

La autoridad judicial civil del lugar donde se afectó el derecho es competente para el conocimiento de la acción de amparo constitucional. Además, debe señalarse que, en caso de ser interpuesta la demanda contra una resolución judicial, esta será conocida por la sala civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, tal como establece el art. 51 del Código Procesal Constitucional. En este marco, de acuerdo al art. 202.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en última instancia, conocerá las resoluciones denegatorias de tutela.

Por otra parte, de acuerdo al modelo de control de constitucionalidad vigente en México y su fundamento en la Reforma Constitucional de 1994, el control de constitucionalidad de la ley se resuelve vía abstracta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación conformada por 11 miembros, tal como prescribe el art. 105 de la Constitución. Para este proceso constitucional tienen legitimación activa el Poder Ejecutivo, a través de la Procuraduría General de la República, la tercera parte del Órgano Legislativo que aprobó la ley, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en caso de leyes en la materia, y las dirigencias nacionales de los partidos políticos en materia electoral.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el marco de un modelo mixto, conoce y resuelve las acciones de inconstitucionalidad en denuncias referentes a incompatibilidad de una norma de carácter general con la Constitución, tal como determina el artículo 105.II de la Constitución mexicana, donde se consagran las acciones de inconstitucionalidad. A través de este procedimiento, este alto tribunal puede también ejercer control de convencionalidad en cuanto a tratados internacionales y reformas constitucionales.

El Poder Judicial Federal, así como todos los órganos del Poder Judicial, tienen control en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales y a partir de la Reforma Constitucional de 2011, en el marco de los estándares generados en el caso Cabrera García vs México (Corte IDH, 2010, párr. 255), todas las autoridades tanto federales como locales, ejercen control de convencionalidad [518].

[518] En este caso, la Corte CIDH, de manera textual, señaló: «Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

El amparo constitucional tiene su primer antecedente en el Proyecto de Constitución de 1840 para el Estado de Yucatán y el gran aporte de su proyectista, Manuel Crescencio Renjón, y su reconocimiento en la Constitución del Estado de Yucatán, de 31 de marzo de 1841. Fix-Zamudio (1993) afirma que, en el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el acta de reforma de 18 de mayo de 1847, el cual asume este nombre por las modificaciones que introdujo a la Constitución Federal de 1824, cuya vigencia había sido restablecida (pp. 26-27).

El referido autor afirma también que este acta de reformas se inspiró en el proyecto redactado por el distinguido jurista y político mexicano Mariano Otero, considerado el segundo padre del amparo, ya que en el art. 25 del documento constitucional se implantó la llamada *fórmula Otero*, en virtud de la cual, la sentencia que otorgue la protección a derechos no debe tener efectos generales o *erga omnes*, por lo que en casos en los cuales se establece la inconstitucionalidad de la ley, ésta debe ser inaplicada en beneficio de la parte peticionante (*ibid.*). En el marco de esta moción, el Congreso Constituyente de 1856-1857, en la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, consagró los pilares esenciales del amparo constitucional, con rasgos asumidos por muchos países latinoamericanos, entre ellos Bolivia en la Constitución de 1967.

En efecto, la Constitución de 1857, en su art. 101, prescribía lo siguiente: «Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: 1. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales». En este marco, Burgoa Orihuela (1994) afirma lo siguiente:

> El control constitucional ejercido mediante el amparo dentro del sistema concebido por Rejón (Manuel Crescencio) en el proyecto de Constitución yucateca de 1840, operaba sobre dos de los principios que caracterizan a nuestra actual institución, a saber, el de iniciativa a instancia de la parte agraviada y el de relatividad de las decisiones respectivas, según hemos dicho, ese control, además, era de carácter jurisdiccional (p. 118).

El citado autor señala también que la Constitución de 1857 supera el sistema de control de constitucionalidad por órgano político y jurisdiccional que estableció el acta de reformas de 1847 y consolidó a través del juicio de amparo constitucional un medio eficaz de protección de la Constitución para que la misma no contenga un valor simplemente declarativo (*ibid.*).

En el marco de lo anotado, es importante destacar que el amparo tiene características propias en México; así, una de sus variaciones muy particulares es el *amparo contra leyes* que opera ante un acto de aplicación de la ley que vulnere derechos fundamentales. Pero además, el amparo tiene un alcance propio de control tutelar, es decir, opera en casos en los cuales un juez o tribunal afecta derechos de las personas [519].

correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana» (párr. 225).

[519] Al respecto, Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor (2006) señalan lo siguiente: «El derecho de amparo, en

En coherencia con este modelo mixto de control de constitucionalidad, la Corte Suprema de la Nación conoce también conflictos competenciales interorgánicos entre el nivel federal y las autoridades territoriales, así como entre éstas últimas. También decide acerca de la constitucionalidad de preguntas realizadas en consultas populares. Este procedimiento se activa a solicitud del presidente de la República, el 33% de los integrantes del Senado o de la Cámara de Diputados federales o el 2% de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores.

Nicaragua, a través de la Constitución de 1995, asume un sistema mixto de control de constitucionalidad con la creación de una Sala Constitucional, aunque el recurso de inconstitucionalidad es conocido y resuelto por el pleno de la Corte Suprema de Justicia, instancia que verifica la compatibilidad con la Constitución de leyes, decretos, reglamentos, y tratados internacionales, tal y como lo establece el art. 20 de la ley de amparo. Cualquier ciudadano tiene legitimación activa para iniciar este proceso constitucional y puede hacerlo en el plazo de 60 días desde la fecha en la cual entró en vigencia jurídica la norma cuestionada.

En Nicaragua son los tribunales ordinarios los encargados de conocer y resolver el amparo constitucional para la protección efectiva de derechos, tal como determinan los arts. 45 y 188 de la Constitución. En este marco, cabe aclarar que este recurso es resuelto por el Tribunal de apelaciones o sala para lo civil en primera instancia y será la Corte Suprema de Justicia la competente para la resolución definitiva de este proceso, de acuerdo al art. 164.3 de la Constitución y al art. 25 de la Ley de Amparo.

Honduras, en el marco de la Constitución de 2000 y la Ley sobre Justicia Constitucional de 2004, encomienda el cuidado de la Constitución a una Sala Constitucional que forma parte de la Corte Suprema de Justicia. Esta sala tiene roles de control normativo de constitucionalidad a través del recurso de inconstitucionalidad que procede para el control de constitucionalidad de toda ley que pueda ser contraria a la Constitución en el fondo o en la forma y que procede en el marco de una denuncia presentada por el titular de un interés directo, personal y legítimo.

La Sala Constitucional tiene también competencia para conocer los conflictos de competencias entre los poderes del Estado —el Tribunal Nacional de Elecciones, entre éstos—, proceso que se tramita vía abstracta. Todo órgano que se considere afectado tiene legitimación activa para recurrir a este mecanismo.

Las autoridades judiciales tienen competencia para *inaplicar*, en el decurso de un proceso judicial, toda ley contraria a la Constitución; aspecto que caracteriza al caso de Honduras como un sistema mixto de control de constitucionalidad.

Las autoridades judiciales también ejercen control tutelar de constitucionalidad a través del recurso de amparo, el cual tiene la finalidad de proteger los derechos o garantías consagrados en la Constitución, en cumplimiento del art. 183 de la Constitución. La

su concepción histórica contemporánea, como garantía constitucional para la protección de los derechos fundamentales nació en México en el siglo XIX y ha tenido una expansión significativa durante el siglo XX» (p. XIX).

Sala Constitucional conoce los recursos de amparo contra el presidente de la República o los secretarios de Estado, las Cortes de Apelaciones, el Tribunal Superior de Cuentas, la Procuraduría General de la República y el Tribunal Supremo Electoral, entre otros.

Las cortes de apelaciones conocen y resuelven los recursos de amparo contra jueces de letras departamentales o seccionales, jueces de sentencia, jueces de ejecución y jueces de paz, también en los casos de jurisdicción preventiva, servidores departamentales o seccionales del orden político, administrativo o militar. Y los juzgados de letras conocen el amparo constitucional contra autoridades judiciales de menor jerarquía.

Uruguay, de acuerdo a la Constitución reformada de 2004, asume también un sistema mixto de control de constitucionalidad. En este marco, la Corte Suprema de Justicia ejerce roles de control normativo de constitucionalidad a través del recurso de inconstitucionalidad. También resuelve la acción por lesión en caso de peticiones por afectación a la autonomía municipal o departamental. La acción de amparo es conocida por los tribunales de primera instancia.

Ecuador consagró, en su Constitución de 2008, la Corte Constitucional, como última y máximo garante del texto constitucional aprobado en el marco de un proceso constituyente. Esta Constitución encomienda a la Corte Constitucional el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad en contra de enmiendas y reformas constitucionales, de resoluciones legislativas que aprueban tratados internacionales, leyes, decretos leyes de urgencia económico y toda norma o actos administrativos con carácter general.

La Corte Constitucional del Ecuador conoce también las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la presidenta o el presidente de la República en el proceso de formación legislativa y también ejerce control de constitucionalidad en cuanto a proyectos de convocatorias a referendo para reformas, enmiendas y cambios constitucionales. También ejerce control de constitucionalidad en cuanto a los decretos que declaren estado de excepción, en relación a tratados internacionales, convocatorias a consultas populares; así como ejerce control de estatutos autonómicos, de sus reformas y de procesos que pretendan aplicar disposiciones inconstitucionales [520].

La Constitución de 2008 reconoce también la acción de protección, el hábeas corpus, el hábeas data, la acción de acceso a la información pública, la acción por incumplimiento de informes y sentencias de organismos internacionales de derechos humanos y la acción extraordinaria de protección contra sentencias y autos definitivos de organismos jurisdiccionales. También, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus arts. 65 y 66, consagró a la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.

Como puede advertirse, los modelos americanos posteriores a la década de los noventa plasman una progresividad y características y rasgos propios en relación al modelo europeo jurisdiccional de control de constitucionalidad. Sin embargo, en el marco de los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos, debe abordarse

[520] Estos mandatos están desarrollados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

el modelo polifónico de justicia constitucional, el cual responde al giro decolonial, al pluralismo jurídico de tipo igualitario y a la generación de consensos interculturales para la construcción plural de derechos a partir de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas.

En este orden, en el siguiente acápite se desarrollarán los elementos más importantes que caracterizarían la propuesta de modelos polifónicos de justicia constitucional, para luego analizar este modelo a la luz del Sistema Plural de Control de Constitucionalidad planteado por la Constitución boliviana de 2009.

3.- El modelo polifónico de justicia constitucional para los tejidos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos

Recuérdese que en el primer capítulo de este trabajo se describieron las etapas del constitucionalismo hasta la postmodernidad; en el segundo capítulo se desarrollaron los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos; posteriormente, en el tercer capítulo se narró la historia del constitucionalismo boliviano desde la voz silenciada de los pueblos indígenas; y, por último, en el cuarto capítulo se describieron los rasgos más importantes de la CPE de 2009. En base a todo lo señalado, para tejer los coloridos hilos argumentativos de un modelo polifónico de justicia constitucional —y luego de haberse relatado en la primera parte de este capítulo los avances de los modelos de justicia constitucional en Europa y en Latinoamérica hasta las llamadas reformas de los años noventa—, corresponde ahora definir los alcances y perspectivas de este modelo polifónico de justicia constitucional, en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

En efecto, el modelo polifónico de justicia constitucional ahora propuesto sustenta su ingeniería constitucional en los hilos narrativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. En este marco, en el segundo capítulo de este trabajo, se afirmó que esta nueva visión del constitucionalismo desde el sur, debía tejerse en el marco de seis hilos argumentativos esenciales: i) El giro decolonial y la reivindicación de derechos desde los históricamente oprimidos, como es el caso de los pueblos indígenas; ii) un pluralismo epistémico en un contexto de diversas fuentes filosóficas; iii) procesos constituyentes plurales; iv) vigencia de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, en el marco de una interculturalidad crítica plurinacional destinada a redimensionar el modelo racional normativista; v) la vigencia de un paradigma biocéntrico que supere la construcción antropocéntrica de derechos; y, vi) la construcción plural de derechos a través de interpretaciones interculturales que escuchen la voz de los históricamente oprimidos.

En este orden, estos hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos deben ser tejidos desde un modelo polifónico de justicia constitucional, que responda a las características del modelo constitucional boliviano y supere las graves exclusiones narradas que caracterizaron al constitucionalismo en el pasado. Por tanto, este modelo, desde esta propuesta académica, estará sustentado en cuatro pilares fundamentales: a) Un amplio activismo de las y los jueces en el marco de mandatos expresos

emergentes de procesos constituyentes plurales; b) Una argumentación jurídica plural destinada a consolidar construcciones plurales de derechos; c) La utilización de métodos plurales de derecho que generen, desde la voz de los históricamente oprimidos, diálogos interculturales e interjurisdiccionales para la materialización de la Constitución y la restitución del equilibrio y armonía en un contexto de diversidad y pluralismo epistémico.

Según estos antecedentes, en los siguientes acápites se desarrollarán los cuatro grandes pilares propuestos para este modelo de justicia constitucional.

3.1.- El activismo de las y los jueces en el marco de mandatos expresos emergentes de procesos constituyentes plurales

El modelo polifónico de justicia constitucional para tejer los hilos argumentativos de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos plantea una visión de construcción plural de derechos en el marco de un activismo judicial que parte desde los jueces ordinarios, así como de las autoridades indígenas y que, en el marco del principio de justiciabilidad de derechos, puede concluir en una corte o un tribunal constitucional [521].

En este marco, las autoridades judiciales e indígenas que ejercen esta jurisdicción, como primeros garantes de derechos y en última instancia las cortes o tribunales constitucionales, en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos consagradas por procesos constituyentes plurales, deberán materializar una Constitución democrática a partir de la construcción plural de derechos, formulación que se enmarca en un modelo argumentativo y dialógico plural, diseñado por mandato expreso del legítimo poder constituyente [522].

---

[521] El debate de la argumentación jurídica y el ejercicio del control de constitucionalidad no solo se presenta en Latinoamérica, sino también en Europa. Por ejemplo, Guastini (2000) brinda dos concepciones de Constitución que a su vez generan dos visiones de los roles de los jueces: «...la primera concepción induce a pensar que las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las Cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y que éstos son los únicos intérpretes «autorizados» de la Constitución. En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional —a diferencia de las leyes ordinarias— no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes. La segunda concepción, por el contrario, sugiere que la Constitución es —como cualquier otra ley— susceptible de interpretación y aplicación por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas. En general, esta concepción se dirige a favorecer, por un lado, la interpretación conforme a la legislación ordinaria: las leyes son interpretadas de modo que su contenido normativo se haga coherente con la Constitución (previamente interpretada)» (pp. 78-79). El problema planteado conlleva el análisis, en teoría constitucional, de la *judicial review*. En este sentido, Dorado Porras (1997), de manera textual señala lo siguiente: «... el debate sobre la *judicial review* puede describirse desde dos criterios diferentes. Por un lado, tenemos el criterio técnico-jurídico, referido a la interpretación de la Constitución, y dentro del que pueden situarse dos posturas básicas. En primer lugar, la de aquellos que piensan que es posible extraer un significado unívoco de la Constitución, y en segundo lugar, la de quienes piensan que la determinación de ese significado unívoco es imposible. Por otro lado, tenemos el criterio ideológico-político, referido a la forma de desempeño de la función judicial, y en el que también pueden distinguirse dos posturas. En primer lugar, la de quienes defienden una actitud activista por parte de los jueces y, en segundo lugar, los que critican esa actitud activista y defienden una actitud más comedida, una actitud de autorrestricción judicial» (pp. 127-129).

[522] Por ejemplo, tal como se señaló en el capítulo anterior, la Constitución democrática de Bolivia que entró en vigencia el año 2009 emergió de un proceso constituyente plural. En este marco, la Consti-

En el escenario descrito, desde el constitucionalismo plurinacional intercultural y descolonizante, debe regir una Constitución dialógica para la construcción plural de derechos. En este escenario, el activismo judicial, esta destinado a reducir la brecha entre la Constitución formal y material [523], pero siempre sujeto a las pautas constitucionalizadas de interpretación establecidas por procesos constituyentes plurales, para evitar así mutaciones o sustituciones constitucionales contrarias al orden democrático [524].

En el sentido expresado, la Constitución democrática de 2009, consagra pautas de interpretación, verbigracia en el artículo 109.I que consagra el principio de aplicación directa de derechos, criterio interpretativo que es el fundamento constitucional del modelo argumentativo vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, tal cual se desarrolló en el cuarto capítulo de este trabajo.

En base a este mandato constitucional que vincula a todas las autoridades judiciales y administrativas, el artículo 410 de la Constitución que consagra el bloque de constitucionalidad, es otra pauta constitucionalizada de interpretación, ya que los derechos que deben tener una aplicación directa, deben ser interpretados no solo en el marco del texto constitucional, sino de acuerdo al bloque de constitucionalidad.

A su vez, los derechos que, desde el concepto del bloque de constitucionalidad, deben ser aplicados directamente por las autoridades judiciales y administrativas, deben también enmarcarse en el principio de progresividad, que es otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos contenida en el artículo 13.I de la Constitución.

De la misma forma, el principio de favorabilidad y el método de aplicación preferente contenidos en los artículos 256 y 13.IV de la Constitución, se configuran como pautas de interpretación de derechos que, asimismo, son interdependientes con el artículo 14.II de la Constitución, el cual consagra el principio de igualdad material y la prohibición de discriminación, tal cual se fundamentó en el cuarto capítulo de este trabajo.

---

tución democrática establece pautas específicas de interpretación de derecho que deben ser utilizadas por las autoridades judiciales y por el Tribunal Constitucional Plurinacional y que son coherentes con el modelo polifónico de justicia, entre ellas los arts. 109.I (aplicación directa de derechos), 410 (bloque de constitucionalidad); 8 (principios interculturales); 13.I (principio de Progresividad); 13.IV (Interpretación conforme); 14.II (igualdad material y prohibición de discriminación); 256 (principio de favorabilidad y aplicación preferente).

523 En cuanto a la Constitución formal y material, Soberanes Fernández (2012) señala: «Por una parte encontramos un conjunto de normas jurídicas e instituciones que, aunque con ciertos bemoles, logran satisfacer los niveles de exigencia internacionales en materia de derechos humanos y, por el otro, un panorama marcado por la inseguridad pública y la violencia, en el que prima la desigualdad social y la discriminación en el ejercicio de los derechos…» (p. 49).

524 El término mutación o sustitución constitucional fue utilizado por Córdova (2018) en la entrevista realizada al profesor Roberto Gargarella, para hacer referencia a rupturas democráticas de las reglas especiales de reforma a la Constitución (pp. 197-212). En este marco, Carbonell (2000) señala lo siguiente: «...una función esencial de la reforma constitucional es asegurar, sobre todo a través de la creación de procedimientos agravados o muy agravados de modificación (función garantista), que existen espacios dentro del Estado que están fuera del alcance ordinario del poder político. De lo que se trata es de crear bienes constitucionales que no queden al arbitrio de alguna mayoría política contingente…» (p. 367).

En este marco y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, el modelo polifónico —y, por ende, dialógico— de justicia constitucional persigue una cultura de la Constitución *horizontal* y *dialógica*.

Según lo que antecede, este modelo polifónico de justicia constitucional cuestiona profundamente un sistema monocultural y positivista basado, exclusivamente, en las reglas jurídicas y en el sacrosanto principio de legalidad [525] y, más bien, tal como se desarrolló en el segundo capítulo, postula una profunda reingeniería del modelo racional-normativista para la eficacia plena de derechos con enfoque intercultural, acordes con un pluralismo jurídico de tipo igualitario basado en prácticas simétricas de interlegalidad [526]; cambio que será posible en un escenario de vigencia del modelo argumentativo y dialógico plural.

El modelo polifónico de justicia constitucional, para una construcción plural de derechos desde las y los jueces y, en última instancia, por parte de las cortes o tribunales constitucionales, cuestiona también toda forma de dominación normativa intergenérica e intragénerica propia del patriarcado y, más bien, propicia un sistema jurídico desjerarquizado y despatriarcalizado [527].

---

525 Es importante resaltar que las posturas críticas al positivismo recalcitrante no solo surgen en Latinoamérica, puesto que también existen voces de reivindicación en la otra parte del continente, es decir, en Europa. Un ejemplo de ello es la postura de Ferrajoli (2002) quien, desde un enfoque garantista, propone tres fundamentos esenciales para sustentar la crisis del derecho. En primer lugar, sustenta la crisis de legalidad, «es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder» (p. 15). Además, destaca, como segundo elemento de esta crisis, la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del Welfare State, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva de la crisis del Estado social (p. 16). Finalmente, el autor refiere que el tercer aspecto de la crisis del derecho versa sobre la crisis del Estado nacional y que «se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo» (*ibid.*: p. 17-18).

526 Estas prácticas simétricas de interlegalidad fueron propuestas en el «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario» (2017), aprobado por el Tribunal Supremo de justicia del Estado Plurinacional de Bolivia. En este protocolo, se desarrollan criterios de relacionamiento interjurisdiccional que involucran a los jueces ordinarios y agroambientales, a las autoridades de las naciones indígena originaria campesinas y al Tribunal Constitucional Plurinacional, criterios que son plenamente aplicables desde los lineamientos de un modelo polifónico de justicia constitucional, que como ya se dijo, no solo contempla a las cortes o tribunales constitucionales, sino también a los jueces en vía ordinaria y, en el caso boliviano, a las autoridades de las naciones y pueblos indígena originaria campesinas (pp. 56-57).

527 Al respecto, debe señalarse que el patriarcado está incrustado en las raíces mismas del modelo racional normativista tan bien explicado por Wolkmer (2003, pp. 19-21) y que fue descrito con detalle en el segundo capítulo de este trabajo. Lagarde (2012) señala, por su parte, que el patriarcado implica formas de dominación intergenérica e intragenérica y afirma que el patriarcado incluye la dominación de unos hombres sobre otros y de unas mujeres sobre otras mujeres, por lo que la dominación patriarcal, desde la perspectiva de esta autora, está basada en las condiciones de sexo-género, edad y otras condiciones de poder (pp. 17-38). En este orden de ideas, Lagarde sostiene: «Los hombres adultos y poderosos dominan a las mujeres y a otros hombres con menor poder en las relaciones y las prácticas sociales, en las instituciones y en las diversas esferas de la vida social, la economía, la política y la cultura. Desde luego, las relaciones patriarcales de género son al mismo tiempo, un principio estructural de la organización delas clases, las castas y de todos los estamentos sociales de los sistemas étnicos, raciales y nacionales, así como de las relaciones entre países y regiones en la globalización» (*ibid.*).

Como puede advertirse, el modelo polifónico de justicia constitucional enmarcado en una perspectiva de profunda deconstrucción de las estructuras sociales de opresión, postula, sobre todo, una visión sentipensante del derecho. En este marco, Córdova (2018) realiza la siguiente reflexión:

> …frente al universo argumentativo de una sociedad —sentimientos e intereses de los comunes—, los operadores del Poder Judicial y de la Corte Constitucional deben propiciar que sus discursos conviertan ese universo en razones e ideas que se debaten de forma intercultural y sostenida en el tiempo para marcar el rumbo de las agendas de provisión constitucional de los intereses públicos (pp. 17-18).

Desde esta perspectiva, el autor agrega que «la deliberación entre los ciudadanos y las judicaturas supone recuperar la esfera pública del aparato jurisdiccional para entrelazar su pertenencia al debate y escrutinio social» (*ibid.*). En este sentido, esta deliberación sentipensante del derecho, solo será posible mediante métodos plurales del derecho como los diálogos interculturales o interjurisdiccionales que serán descritos de manera específica más adelante y que harán posible que la tan aludida construcción plural de derechos considere a los históricamente oprimidos, entre ellos a los pueblos indígenas.

El modelo polifónico de justicia constitucional destinado a la construcción plural de derechos en el marco de un activismo judicial enmarcado a pautas constitucionalizadas de interpretación emergentes de procesos constituyente plurales, desde el ideal del giro decolonial, pretende superar la *colonialidad de las sentencias* (Chivi, 2012, pp. 312-320), en un contexto en el cual, tal como afirma Anaya (2005), el derecho, en las esferas nacionales e internacionales, fue usado como un instrumento para que la colonización avance a través del sometimiento de los pueblos indígenas a los poderes coloniales (pp. 20-21). Al respecto, Córdova (2018) señala:

> El Derecho y los derechos no pueden extinguirse en la opinión de una élite 'especializada' constructora de sus grandes significaciones porque, así, éstas corren el riesgo de convertirse en los supuestos grandes consensos generalizados de un Estado y su ordenamiento jurídico (p. 26).

En consecuencia, se puede afirmar que no se superará la colonialidad de las sentencias y las reglas de un sistema jurídico opresor sin un activismo judicial con límites de contención establecido por constituciones democráticas que emanen de procesos constituyentes plurales y que brinden pautas constitucionalizadas de interpretación, para que, desde una perspectiva polifónica, se construyan, pluralmente, derechos desde las diversas voces de los históricamente oprimidos.

Entonces, los criterios hasta ahora vertidos podrían tener un punto de coincidencia con el postulado de la *sociedad abierta de los intérpretes constitucionales* (Häberle, 2002, pp. 177-198) [528]. En coherencia con esta perspectiva, se vienen aplicando cada vez con

[528] Häberle (2018) expone también su tesis de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales en un diálogo con el profesor Ferreira (pp. 247-273).

más frecuencia, mecanismos dialógicos importantes en el derecho comparado como son los *amigos del tribunal*, tan frecuentemente utilizados por tribunales internacionales de tutela de derechos, como es el caso de la Corte CIDH.

Es importante destacar que esta *sociedad abierta de intérpretes constitucionales* tiene un rostro diferente desde los planteamientos del giro decolonial, puesto que no solo postula la participación ciudadana, sino que, para una construcción plural de derechos, reivindica a los históricamente oprimidos, como es el caso de los pueblos indígenas con el propósito de que, en el marco de procesos dialógicos, las autoridades judiciales y, en última instancia, las cortes o tribunales constitucionales, a la luz de Constituciones con valor normativo [529], realicen construcciones plurales de derechos a partir de métodos plurales e interpretaciones interculturales.

Estos cambios en la vida constitucional de la región sitúan a las autoridades judiciales —no solo de las cortes o tribunales constitucionales, sino también de justicia ordinaria y de justicia indígena— en el epicentro de los modelos constitucionales latinoamericanos enmarcados en las corrientes de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Estos roles de los jueces y el redimensionamiento del paradigma racional normativista descritos por Wolkmer (2003, pp. 19-21), analizados ahora desde los modelos polifónicos de justicia constitucional, generan también profundas reflexiones a la luz de la cláusula democrática y del tradicional principio de legalidad.

Por otra parte, Gascón Abellán y García Figueroa (2005) afirman que

> …el principio de legalidad en relación con el juez, que tradicionalmente se había interpretado como vinculación del juez a Derecho pero sobre todo a la ley, ha pasado a entenderse como vinculación del juez a los derechos y principios constitucionales pero no a la ley, lo que resulta polémico desde el punto de vista del principio democrático (p. 28).

A pesar de las evidentes dificultades identificadas por los autores antes referidos, éstos señalan que

> …el reconocimiento constitucional de derechos se efectúa por lo general en términos amplios e imprecisos, por lo que son frecuentes las dudas sobre el alcance

[529] En este punto es importante revisar los conceptos de Constitución para su redimensionamiento según un modelo polifónico de justicia constitucional. Para este fin, debe recordarse a importantes autores, entre ellos, García de Enterría (1981), quien afirma que «la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y Derechos Fundamentales...» (p. 49). De acuerdo a lo señalado, la Constitución, en su acepción postmoderna, no puede tener un valor únicamente político, sino un verdadero valor jurídico. En este sentido, Aragón Reyes (2000) afirma que «la Constitución es, ante todo, norma jurídica» (p. 86). Carbonell (1999) afirma lo siguiente: «...como una parte del ordenamiento jurídico estatal; es decir, el concepto de Constitución normativa debe partir de una visión intrasistémica, dejando a un lado las visiones constitucionales historicistas o sociológicas» (p. 149). Por su parte, Zagrebelsky (2000) señaló: «La Constitución es fuente del Derecho: más aún, es la máxima entre las fuentes del Derecho. Eso significa que debe reconocérsele eficacia inmediata y directa, en conformidad con los fines que se propone» (p. 79).

> y contenido de los derechos en los distintos supuestos en los que pueden tener incidencia. A quién corresponde decidir cuál sea ese alcance o contenido es justamente la cuestión polémica. Cabría sostener que el principio democrático exige atribuir este fundamental papel al legislador; pero es también evidente que el propio carácter supra mayoritario o supra legal de los derechos hace que al final sean los jueces (constitucionales u ordinarios) quienes, por cuanto llamados a hacer valer la Constitución, terminan ejerciendo esa función (*ibid.*: p. 27).

Lo cierto es que, tal como afirma Córdova (2018), «los jueces no tienen la 'última palabra' institucional y tampoco pueden ser la única palabra en la determinación de las mayores definiciones constitucionales» (p. 5) [530]. Por eso, los modelos polifónicos de justicia constitucional, si bien se estructuran en el marco de un amplio activismo judicial, empero, consagran a las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos como un importante muro de contención para evitar decisiones arbitrarias que incluso puedan significar modificaciones constitucionales contrarias al orden democrático; pero, además, postula métodos plurales y dialógicos como una nueva forma de control a las decisiones judiciales en aras a una construcción plural de derechos [531].

De la misma forma, estos modelos polifónicos de justicia constitucional propugnan una composición plural y democrática de las altas cortes y juicios de responsabilidades imparciales e independientes con estricto escrutinio ciudadano, para contrarrestar así lo que Talavera (2008) califica como el «enorme poder» asignado a los jueces y tribunales como consecuencia de estos roles interpretativos (p. 208).

En coherencia con lo anotado, debe señalarse que en el otro extremo del péndulo, frente a la idea de este «enorme poder» y desde el enfoque de un derecho de *liberación* impulsadas por las diversas teorías críticas del derecho, el modelo polifónico de justicia constitucional para una construcción plural de derechos a partir de las voces de los históricamente oprimidos, postula la reivindicación de la idea del *carácter contramayoritario* con fuente en procesos constituyentes democráticos como rasgo fundamental de los

---

[530] Este autor señala lo siguiente: «La 'última palabra' institucional no puede reducirse a la voz de los operadores judiciales porque, a mi juicio, en ella se construye y deconstruye las capacidades de utilizar y entender uno o varios derechos, y, esa tarea debe ser el resultado de una interpretación que se forja en el debate colectivo entre los jueces, las Cortes y la ciudadanía. De allí que cuando los administradores de justicia resuelven cuál es la solución jurídica que prefieren en materia de derechos u sus garantías, la cuestión contenciosa de un derecho pasa a depender directamente más de *quien* decide, y menos de otros criterios más inclusivos, vivenciales y actualizados sobre las dificultades por las que atraviesa ese derecho al momento de su comprensión para ejercerlo por parte de un grupo humano» (pp. 20-21).

[531] En esta línea de pensamiento, Córdova (2018) afirma que «al incluir voces distintas desde la sociedad que puedan contrastar, diferir o diferenciar los contenidos esgrimidos por los tribunales y Cortes, los jueces no tienen la última palabra, ni pueden ser la única palabra que se apropie del cierre del sistema constitucional y su política» (p. 27).

órganos judiciales en sociedades plurales y diversas [532], en un contexto de nuevos tipos de control social hacia los jueces [533].

Desde esta perspectiva, a través del carácter contra mayoritario del Órgano Judicial, serán posibles construcciones plurales de derechos desde las voces de los históricamente oprimidos, especialmente por el enfoque reforzado que esta visión brinda para la eficaz protección de personas o grupos con representación minoritaria en Órganos Legislativos y en circunstancias de particular vulnerabilidad o desventaja y también de personas o colectivos que puedan sufrir tratos discriminatorios por criterios prohibidos de discriminación, como, por ejemplo, la orientación sexual [534].

Por lo afirmado, con la finalidad de argumentar el carácter contra mayoritario de los órganos judiciales, ya Alexy (2003) había advertido que «los derechos fundamentales son […] profundamente antidemocráticos porque desconfían del proceso democrático» (p. 38), razonamiento plenamente coherente frente a mayorías con poder democrático para suprimirlos o limitarlos.

---

532 La idea contra mayoritaria del Órgano Judicial ha generado varios y profusos análisis académicos. Desde el lente latinoamericano, es importante señalar la visión de Vásquez (2018), quien plantea la temática en los siguientes términos: «Los poderes Ejecutivo y Legislativo son electos a través del voto, el Poder Judicial no; entonces, ¿por qué el Poder Judicial puede anular decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo que fueron elegidos popularmente? ¿Esto no supondría un conflicto con la democracia?». En ese marco, el autor argumenta lo siguiente: «El principal error en los presupuestos de esta disputa está en hacer inmediatamente simétricos aspectos como: elección y democracia, elección y mayoría, elección y representatividad. Desde la ciencia política, y desde hace mucho tiempo, se han analizado las diversas intermediaciones que se tejen entre cada uno de esos conceptos que esta discusión presenta como simétricos, y se tiene claridad que no necesariamente lo son. Es decir, habrá gobiernos electos que efectivamente sean mayoritarios, pero habrá quienes, por los intereses que representa, por el programa político que enarbolan, por los grupos a los que efectivamente benefician o por alejarse de las preferencias de quienes los votaron, claramente serán minoritarios, pese a que hayan sido electos. Es aquí, cuando las decisiones políticas de los poderes electos se presentan como abiertamente minoritarias, cuando cobra más sentido el control jurisdiccional y la obligación de presentar razones públicas respecto a la decisión tomada» (p. 48). El autor señala que los mayores cuestionamientos se encuentran en la ampliación por parte de las cortes de los llamados derechos económicos sociales y culturales «que por medio de sentencias que, identificando el núcleo esencial de un derecho y aplicando los principios de progresividad y de máximo uso de recursos disponibles, dicten directrices claras que obliguen al Poder Legislativo a emitir leyes, al Poder Ejecutivo a realizar políticas públicas, ya ambos a establecer presupuestos para realizar derechos». Por esta razón, el autor aborda la temática específica de test argumentativo, en especial el test del contenido esencial del derecho, la progresividad, la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles» (*ibid.*).

533 Gargarella (2018), en el marco de estas nuevas Constituciones, reflexiona opciones para impulsar nuevos tipos de control social hacia los jueces que realizan interpretación constitucional (pp. 197-212).

534 Al respecto, Córdova (2018) señala: «Cuando el Derecho y los derechos surgen de interpretaciones excluyentes o, dejaron de considerar el sentir de los sectores en conflicto, estamos haciendo una teoría de la justicia que preserva un orden establecido discriminador que olvida a las minorías y no consagra los supremos valores de la norma, máxime cuando ella es interpretada desde prácticas dialógicas, que pueden sustantivar el debate, se pueden recuperar los verdaderos cimientos institucionales de la justicia deliberativa» (pp. 26-27). Por su parte, Hernández Valle (2005) señala lo siguiente: «La democracia moderna pretende asegurar no solo el gobierno de las mayorías, sino también el respeto de las minorías y a los derechos fundamentales de los ciudadanos» (p. 47).

Desde este cuestionamiento a la propia democracia, el carácter contra mayoritario del Órgano Judicial, en una perspectiva polifónica de justicia constitucional que incorpore mecanismos o herramientas dialógicas entre las autoridades judiciales y los históricamente oprimidos, es particularmente importante en la región latinoamericana caracterizada por sistemas extremadamente *hiperpresidencialistas*[535].

Gargarella (2018), en una alusión al *embate del presidencialismo*, destaca lo siguiente:

> Creo que el panorama se ha sombreado mucho y algunas de las esperanzas que iluminaron el constitucionalismo latinoamericano a fin del siglo XX y comienzos del siglo XXI se disiparon de los modos más tristes en muchos casos. No es que el itinerario del constitucionalismo latinoamericano sea un reguero de malas noticias, pero mucho malo ha pasado, sobre todo a partir de regímenes que se han empeñado en concentrar autoridad, con lo cual han profundizado lo que ya es un rasgo muy negativo y nefasto en la historia del constitucionalismo latinoamericano (pp. 197-212).

Desde esta perspectiva, Gargarella afirma lo siguiente: «Quienes queremos la democratización del poder público, queremos la desconcentración de la autoridad y no la concentración de la autoridad» (*ibid.*). La concentración de autoridad a la cual hace referencia Gargarella incide, sin duda, en los órganos judiciales: «Muchos de los males del Poder Judicial tienen que ver con el modo en que éste ha quedado a merced de la potencia del Poder Ejecutivo que cuenta con un poder de amenaza extraordinaria en relación con las demás ramas de gobierno» (*ibid.*).

En este sentido, tal como bien anota Häberle (2018), los sistemas presidenciales precisan de un fuerte Órgano Judicial, Corte o Tribunal Constitucional (pp. 247-273), especialmente para evitar concentraciones arbitrarias de poder[536], que pudieran ser legitimadas por decisiones jurisdiccionales arbitrarias[537].

---

[535] Algunos autores, como Córdova (2018), postulan revisar el modelo híper presidencialista en la región y a partir de ello, discutir el rol de los operadores de justicia (p. 11).

[536] Estos intentos de concentración de poder no son solo parte de la realidad hiperpresidencialista latinoamericana, sino, también, la de sistemas parlamentarios como es el caso de Alemania, país en el cual, según Häberle (2018), imperó la democracia del canciller Konrad Adenauer, pero, además, donde hubo intentos de concentración de poder por parte de los cancilleres H. Kohl y G. Schröeder (pp. 247-273). En estos casos, afirma el autor que, lamentablemente, el Tribunal Constitucional Federal no se opuso a este abuso, ya que, en realidad, estos dos últimos cancilleres tenían la confianza de la mayoría de sus respectivos partidos políticos, pero pretendían «por la fuerza» un nuevo mandato del pueblo alemán. Estos intentos de concentración de poder consentidos por los órganos que ejercen control de constitucionalidad tienen mayor frecuencia en Latinoamérica. Un primer antecedente puede identificarse en Costa Rica, país en el cual la Sala Constitucional dio curso a la reelección presidencial mediante decisión de 2 de julio de 2007. En Nicaragua, la Sala Constitucional también convalidó una reelección presidencial mediante Resolución 504 de 19 de octubre de 2009. Por su parte, Honduras, también dio curso a una reelección presidencial mediante decisión de 22 de noviembre de 2015. En el Estado Plurinacional de Bolivia, el TCP interpretó la Constitución democrática de 2009 y, a través de la SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, en el marco de un viciado control de convencionalidad, dio curso a la reelección presidencial.

[537] Estas decisiones arbitrarias pueden advertirse en los vicios argumentativos contenidos en la SCP

Al respecto —y en cuanto a reelecciones presidenciales refrendadas por cortes o tribunales constitucionales— no se puede sostener, en estos casos, un activismo judicial enmarcado en modelos polifónicos de justicia constitucional —objeto de este trabajo—; este tipo de interpretaciones, por el contrario, emergen de *vicios argumentativos* en el ejercicio del control de constitucionalidad que no siguen ni respetan las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, tal y como sucedió en la SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, emanada del TCP.

El activismo judicial postulado por el modelo polifónico de justicia constitucional tiene la finalidad de expandir derechos y, más bien, limitar toda concentración de poder. En cambio, en temas de ejercicio de poder y en escenarios con alta tendencia *hiperpresidencialista*, es, más bien, pertinente la apreciación de Ely (1997), quien sostiene que «de la justicia constitucional no cabe esperar lo que el poder político no esté dispuesto a conceder» (p. 101), por lo que en esta temática —es decir, en decisiones que avalen reelecciones presidenciales u otros intentos de concentración o ejercicio ilimitado o arbitrario del poder— no pueden realizarse interpretaciones contrarias a los frenos y limitaciones establecidas en las Constituciones dotadas de supremacía constitucional [538].

Lo expuesto, desde la cláusula democrática y en el marco de un activismo judicial coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional, implica una clara autorrestricción para las cortes o tribunales constitucionales que deberán circunscribirse a los mandatos y prohibiciones expresas de la Constitución, cuando éstas contemplen límites a la reelección presidencial o de autoridades de los órganos de poder o al ejercicio de funciones que puedan significar afectar la cláusula democrática y la garantía de prohi-

0084/2017. En este marco, los profesores Viciano Pastor y Moreno González (2018) realizan un análisis crítico de las decisiones tomadas por varios tribunales supremos o constitucionales de Latinoamérica, entre ellos el TCP, que permitieron la reelección presidencial a pesar de las prohibiciones constitucionales expresas. Estas decisiones, según los autores, implican una confusión doctrinal y una errónea interpretación de categorías teóricas inadecuadas, en el marco, además, de la asunción hipertrofiada de funciones impropias a la naturaleza y fines de la justicia constitucional (pp. 165-198). La referida sentencia constitucional plurinacional, que también fue analizada en el capítulo anterior, carece de razonabilidad por no cumplir con las pautas de interpretación contenidas en la Constitución y por emerger de un viciado ejercicio del control de constitucionalidad, tal cual ya se argumentó.

[538] En relación al principio de supremacía constitucional, Hamilton, Madison y Jay (2010) señalaban: «Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios» (p. 332). García de Enterría (1981) señaló lo siguiente: «La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió» (pp. 50-51). Esta fórmula también tiene su plena vigencia en un constitucionalismo de postguerra y también tiene relevancia en el marco de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos. En este sentido López Ulla (1999) señala: «...hoy todas las definiciones, que no son pocas, parten de la idea de la supremacía, de su carácter de norma primera, rango que no solo le viene por la importancia de lo que en ella se contiene, sino principalmente por el respeto que a ella deben el resto de las normas jurídicas del Estado» (p. 22).

bición de concentración o ejercicio arbitrario de poder. En estos casos, no puede existir ningún margen interpretativo, para evitar así lo que Schmitt (1998) llamó *politización de la justicia* (p. 57) [539].

La autorrestricción que imposibilite interpretar más allá del mandato constitucional asuntos vinculados al ejercicio del poder que puedan implicar concentraciones excesivas de poder contrarias a la cláusula democrática, es un mecanismo inherente al modelo polifónico de justicia constitucional, para evitar así mutaciones constitucionales antidemocráticas en escenarios hiperpresidencialistas [540].

En cambio, la consagración de un activismo judicial tiene la finalidad de expandir derechos en el marco de pautas constitucionalizadas establecidas en la propia Constitución y de acuerdo a métodos plurales de derecho, como los diálogos interjurisdiccionales o interculturales, las veedurías ciudadanas, las audiencias públicas, los amigos del tribunal y los peritajes antropológico-culturales, entre otros; siempre, tal y como ya se dijo, en coherencia con la cláusula democrática y la garantía de prohibición de concentración o ejercicio arbitrario del poder [541].

Por los motivos antes expuestos, el modelo polifónico de justicia constitucional, para fortalecer el carácter contra mayoritario del Órgano Judicial —y, en especial, del control de constitucionalidad— y con la finalidad de reducir los intentos de concentración de poder en sistemas *hiperpresidencialistas* como los latinoamericanos, propone —en la línea de un activismo consecuente con los procesos constituyentes plurales— centrar la mirada en el respeto a las pautas constitucionalizadas de interpretación, la vigencia de la garantía de independencia judicial, la transparencia y acceso a la información pública,

---

[539] Al respecto, Schmitt (1998) señala: «Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso no es ya justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería una judicialización de la política sino una politización de la Justicia» (p. 57).

[540] Groppi (2002) señala lo siguiente: «…la clásica pregunta, presente desde el inicio de la experiencia estadounidense de la justicia constitucional, hace casi doscientos años: ¿cómo pueden, sobre la base de qué legitimación, nueve jueces deshacer lo que los representantes del pueblo, democráticamente electos han decidido?» (p. 484). En base a esta idea, se advierte la importancia de la autorrestricción planteada. En el marco del análisis realizado, Blanco Valdés (2000) advierte que el activismo judicial discutido en la doctrina plantea un problema de gran relevancia: «…el dilucidar hasta qué punto es legítimo el control de un órgano que encarna *tout court* la soberanía popular por parte de otros que o gozan solo de una legitimación democrática indirecta e interpuesta (los tribunales constitucionales), o no tienen más que la mediata que se deriva de su facultad de aplicar jurisdiccionalmente las leyes (los tribunales de justicia)» (p. 18). Esta temática también fue abordada por Häberle (2004), quien realiza una reflexión sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y su rol sobresaliente en el proceso político (pp. 10-11).

[541] Cappelleti (1986), por su parte, afirma lo siguiente: «Si es cierto, como creo, que los estudios comparativos han demostrado ampliamente que después de la Segunda Guerra Mundial la revisión judicial ha sido en muchos países un instrumento para reforzar nuestras libertades fundamentales, entonces su legitimidad democrática también se ha confirmado. Porque todo lo que pueda reforzar la libertad de los ciudadanos, también reforzará con toda seguridad a la democracia» (p. 46).

las composiciones plurales de los altos tribunales y los procesos de responsabilidades ante instancias plurales, imparciales e independientes de los órganos de poder constituidos.

En efecto, en un modelo polifónico de justicia constitucional, el carácter contra mayoritario del Órgano Judicial, sin duda encuentra su pilar fundamental en una garantía esencial: la independencia judicial, que tiene una dimensión institucional y otra funcionaria. En este marco, la independencia institucional asegura la relación que debe existir entre el Órgano Judicial y los demás órganos y esferas de poder; a su vez, la independencia funcionaria resguarda el ejercicio de la función judicial al sometimiento exclusivo de un marco constitucional y normativo imperante [542].

En el contexto de las dos dimensiones antes señaladas, la independencia judicial fue desarrollada ampliamente, especialmente por la jurisprudencia de la Corte CIDH, la cual genera efectos vinculantes para todos los Estados del Sistema Interamericano de Protección de Derechos, porque éstos deben cumplir sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos en el marco del principio de la *pacta sunt servanda*, es decir, de buena fe.

En este escenario, la Corte CIDH, en el marco de la prohibición de concentración de poder, en el emblemático caso Tribunal Constitucional vs Perú (2008), señaló que uno de los objetivos primordiales de la separación de poderes es la independencia judicial (párr. 33) [543]. Desde esta perspectiva, la Corte CIDH defendió la importancia de brindar garantías reforzadas para el ejercicio de la función judicial a fin de lograr mínimos esenciales de independencia judicial (Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2005, párr. 67) [544], y evitar que el sistema judicial y sus integrantes sean sometidos a indebidas restricciones en el ejercicio de sus funciones [545].

En base a lo antes anotado, la Corte CIDH ha establecido tres condiciones esenciales para la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento (Caso Tribunal Constitucional vs Perú, 2001, párr. 75), la inamovilidad en el cargo (*ibid.*: párr. 75) y la garantía contra presiones externas (*ibid.*: párr. 75).

La Corte CIDH, en el caso Reverón Trujillo vs Venezuela (2019), resaltó la importancia de establecer procedimientos especiales para el nombramiento de las autoridades judicia-

---

542 Ver Fundación Construir, 2020, p. 81.

543 La garantía de independencia judicial fue también abordada por la Corte CIDH en otros casos como Caso Apitz Barbera y otros (2008, párr. 55), Caso Reverón Trujillo vs Venezuela (párr. 67). Estos estándares son analizados en el informe citado en la nota anterior. En este documento, se establece que «el principio de separación de poderes es la exigencia de la seguridad personal de las y los ciudadanos frente a la actividad del Estado» (p. 81).

544 Este criterio fue también asumido por la Corte CIDH en el caso Palamara Iribarne vs Chile (2005, párr. 145).

545 Reiterando la jurisprudencia sentada en el caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, la Corte CIDH, en Chocron Chocron vs Venezuela (2011) establece que «el objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación» (párr. 97). Este criterio fue también asumido en el caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela (2008, párr. 67).

les. En este sentido, aclaró que para que se satisfaga la garantía de independencia judicial, se deben implementar mecanismos adecuados y eficientes de ingreso, bajo parámetros básicos de objetividad y razonabilidad, que minimicen al máximo la discrecionalidad en la selección de servidores judiciales (párr. 74).

En cuanto a la garantía de inamovilidad, en el caso Chocron Chocron vs Venezuela (2011), en armonía con las reglas decimoprimera y decimosegunda de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre independencia judicial, la Corte estableció que debe garantizarse la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el periodo para el que hayan sido nombrados o elegidos (párr. 99) [546].

De la misma forma, la Corte CIDH, a la luz del estándar generado por el Comité de Derechos Humanos, ha establecido que los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y de acuerdo a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley. En este contexto, la Corte ha agregado que las autoridades a cargo de los procesos de destitución de autoridades judiciales deben conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa (caso Tribunal Constitucional vs Perú, 2001, párr. 74) [547]. En este orden, la Corte remarcó que la libre remoción de jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias (caso Chocrón Chocrón vs Venezuela, 2011, párr. 99) [548].

En lo referente a la garantía contra presiones externas, la Corte CIDH ha estructurado sus estándares a la luz de la segunda regla de los Principios Básicos sobre Independencia Judicial. En esta línea, en el caso Chocrón Chocrón vs Venezuela (2011) ha señalado que las autoridades judiciales, para resolver los casos planteados, deberán basarse en los hechos en consonancia con el derecho «sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo» (párr. 100).

Desde esta visión, en el marco de los Principios Básicos relativos a la independencia judicial, una condición *sine qua non* para garantizar la independencia judicial y evitar así intromisiones directas o indirectas, es la independencia administrativa y financiera, presupuesto esencial para los modelos polifónicos de justicia constitucional [549].

---

[546] Estos principios fueron adoptados por las Naciones Unidas en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

[547] Este entendimiento fue asumido también en el caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, 2008, párr. 44, y también en el caso Reverón Trujillo vs Venezuela, 2009, párr. 78.

[548] Los estándares de la garantía de independencia judicial y de prohibición arbitraria de desvinculación son aplicables a jueces provisorios, así lo ha establecido la Corte CIDH en el caso Chocrón Chocrón vs Venezuela (párr. 105).

[549] La regla séptima de los Principios Básicos relativos a la Independencia Judicial establece: «Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus

La Corte CIDH (2013) ha resaltado, por otra parte, la importancia de establecer un marco normativo que contemple un porcentaje mínimo de presupuesto a ser asignado al Órgano Judicial, previsión que disminuirá los riesgos de afectación a la independencia institucional y evitará grados intolerables de sujeción a los órganos Ejecutivo y Legislativo u otros órganos del poder público (párr. 50). Lamentablemente, muchos países en Latinoamérica, entre ellos el Estado Plurinacional de Bolivia, no cumplen con este estándar[550].

Asimismo, la cuarta regla de los Principios Básicos de Independencia Judicial ha consagrado la prohibición de intromisiones indebidas o injustificadas en procesos judiciales[551]. Para este efecto, será esencial asegurar los otros componentes de la garantía de independencia judicial, es decir, un adecuado proceso de nombramiento de autoridades judiciales y la inamovilidad de servidores públicos, salvo que su destitución emerja de un debido proceso reforzado.

Es importante señalar también que, desde el SUDH, el Comité de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente: «Toda situación en que las funciones y competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente» (Observación General 32, 2007, párr. 19).

En este contexto, el Comité ha concluido afirmando lo siguiente:

> Es necesario proteger a los jueces contra los conflictos de intereses y la intimidación. Para salvaguardar su independencia, la ley debe garantizar la condición jurídica de los jueces, incluida su permanencia en el cargo por los periodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, condiciones de servicio, pensiones y una edad de jubilación adecuadas (*ibid.*).

A partir de los tres componentes de la garantía de independencia judicial anotados, es decir, la vigencia de adecuados procesos de nombramiento de servidores judiciales; la inamovilidad del cargo; y, la garantía contra presiones externas, la Corte CIDH ha resaltado la vigencia de un debido proceso reforzado para autoridades judiciales, especialmente, porque éstas asumen decisiones en el ejercicio de sus funciones que pueden afectar derechos de las personas (caso Chocron Chocron vs Venezuela, 2011, párr. 142), e incluso la propia estabilidad democrática y la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho.

En el contexto descrito, la Corte CIDH ha destacado el rol de los órganos o instancias disciplinarias encargadas del procesamiento de autoridades judiciales, estableciendo su deber de cumplir con parámetros esenciales de un *debido proceso reforzado* (caso Tribunal Constitucional vs Perú, 2001, párr. 141).

---

funciones».

[550] El caso boliviano será analizado de manera específica cuando se desarrolle el Sistema plural de Control de Constitucionalidad vigente a partir de la Constitución de 2009.

[551] Este criterio fue también asumido por la Corte CIDH (caso Chcron Chocron vs Venezuela, 2011, párr. 100).

En este mismo orden, el caso Baena vs Panamá (2001) consagró los límites de la discrecionalidad disciplinaria al señalar lo siguiente: «…en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos» (párr. 141) [552]. El tribunal concluyó afirmando: «…es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados» (*ibid.*).

También, en el marco de un debido proceso reforzado para autoridades judiciales que deben desarrollar sus funciones en la línea de la estabilidad laboral, la Corte CIDH ha destacado el deber de motivación de las decisiones que puedan afectar la estabilidad de autoridades judiciales personas (caso Chocrón Chocrón vs Venezuela, 2011, párr. 118). Es así que el régimen disciplinario, antes de desvincular a una autoridad judicial, debe analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción (*ibid.*: párr. 120) [553].

En efecto, la jurisprudencia de la Corte CIDH ha sentado la interdependencia que existe entre la garantía de inamovilidad de los jueces y la garantía contra presiones externas. Así, en el caso Reverón Trujillo vs Venezuela (2009) ha establecido que en situaciones en las cuales las autoridades judiciales no tienen la seguridad de permanencia durante un periodo determinado, serán vulnerables a presiones de diferentes sectores, principalmente de quienes tienen la facultad de decidir sobre destituciones o ascensos en el Poder Judicial (párr. 117).

En un contexto muy propio de la realidad latinoamericana, la Corte CIDH estableció que, para asegurar una independencia judicial, los nombramientos provisorios no pueden prolongarse de manera indefinida [554]. De la misma forma, estableció que los Estados deben garantizar condiciones generales de igualdad en las funciones públicas. En este sentido, en el caso Apitz vs Venezuela (2008) señaló que el respeto y garantía de este derecho se cumple cuando «los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspen-

---

552 Este entendimiento fue también asumido en Chocron Chocrón vs Venezuela, 2011, párr. 115.

553 En este caso, la Corte, de manera expresa, señaló: «…la exigencia de motivación sería aún mayor, ya que el control disciplinario tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público y, por ende, correspondería analizar la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción» (párr. 120). Asimismo, señaló que «en el ámbito disciplinario es imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad para justificar que un juez no permanezca en el cargo» (*ibid.*). Finalmente, concluyó con el siguiente razonamiento: «En suma, todo juez provisional o temporal en Venezuela, sometido a un proceso para dejar sin efecto su nombramiento por razones no disciplinarias, debe tener claridad respecto al contenido de las 'observaciones' planteadas sobre su persona y cargo, de manera que, de ser el caso, pueda controvertirlas» (*ibid.*: párr. 122).

554 Este entendimiento fue asumido en Reverón Trujillo vs Venezuela, 2019, párr. 118 y en el caso Chocrón Chocrón vs Venezuela, 2011, en el cual la Corte CIDH señaló lo siguiente: «…De otra parte, el Tribunal ha precisado que para que el Poder Judicial cumpla con la función de garantizar la mayor idoneidad de sus integrantes, los nombramientos en provisionalidad no pueden prolongarse de manera indefinida, de tal forma que se conviertan en nombramientos permanentes. Ello es una nueva razón que explica que la provisionalidad sea admisible como excepción y no como regla general y que deba tener una duración limitada en el tiempo, en orden a ser compatible con el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad» (párr. 122).

sión y destitución sean razonables y objetivos» (párr. 121) y cuando las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de este derecho (*ibid.*).

En esta línea, en el caso Chocrón Chocrón vs Venezuela (2011) estableció que el acceso en condiciones de igualdad será una garantía insuficiente, si ésta no está acompañada de una efectiva protección a la permanencia en la función judicial (párr. 135).

Por ello, evidentemente, un modelo polifónico de justicia constitucional tendrá vigencia en tanto y en cuanto se cumplan los estándares de independencia judicial antes descritos. En ese sentido, cuando no existen las condiciones para una real independencia judicial, a título de activismo judicial, más bien se generan decisiones arbitrarias que, incluso, pueden mutar la Constitución y poner en riesgo la vigencia de un Estado Democrático y respetuoso de derechos.

Asimismo, el modelo polifónico de justicia constitucional que se propone en este trabajo debe enmarcarse no solo en los lineamientos descritos en cuanto a independencia judicial, sino también en parámetros de máxima transparencia de los órganos judiciales y de acceso a la información pública, máxime cuando, desde el giro decolonial, se postula la construcción plural de derechos a partir de las voces de los históricamente oprimidos, en relación a quienes no puede ponerse barreras para el ejercicio de este derecho.

En este contexto, tal como da cuenta el *Informe. Estado de Situación de la Justicia en Bolivia 2019* (Fundación Construir, 2020), el derecho de acceso a la información puede ser definido como el derecho por medio del cual los gobernados pueden conocer, solicitar y supervisar las acciones de los gobernantes, debiendo ser la información de dominio público, salvo razones justificadas para reservarla (pp. 11-112).

La transparencia es otro elemento esencial a ser abordado en este trabajo. La Carta Democrática Interamericana, en su art. 4, de manera expresa señala que son elementos esenciales de la democracia, «la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y prensa». Este instrumento resalta la importancia de la promoción y fomento de diversas formas de participación ciudadanas, una de ellas, sin duda, es la participación en la justicia a través de los modelos polifónicos ahora propuestos.

También, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su art. 10, consagra la obligación de los Estados de adopción de medidas necesarias para incrementar la transparencia en la administración pública.

Por su parte, el art. 13.1 de este instrumento, establece lineamientos esenciales para la participación de la sociedad destinados a garantizar un escenario de transparencia. En este sentido, dicho instrumento establece que

> …cada Estado Parte adoptará las medidas adecuadas para fomentar la […] participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que ésta representa.

La transparencia, además, tiene una interdependencia con el acceso a la información. En este sentido, es importante destacar que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), mediante la Resolución de 3 de junio de 2006, instó a los Estados a respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que sean pertinentes para asegurar una plena eficacia de este derecho.

Es evidente que la transparencia guarda directa relación con la libertad de expresión, como «un derecho de libertad frente al poder y, por otro, es una garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático» (Fundación Construir, 2020, pp. 124-125).

En este marco, el libre ejercicio de la libertad de expresión es la condición esencial para la formación de una opinión pública libre, elemento fundamental para el funcionamiento adecuado de sociedades libres y democráticas (*ibid.*).

En este escenario, es pertinente citar la Declaración de Cancún, que en su disposición tercera establece: «Los niveles de credibilidad y confianza en la justicia están relacionados en gran medida con las políticas de educación judicial, la difusión de las resoluciones judiciales, las relaciones con los medios de comunicación y el acceso a la información pública».

De la misma forma, en este marco de transparencia, acceso a la información y libertad de expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre las relaciones entre los Poderes Judiciales y los Medios de Comunicación, para asegurar una real independencia judicial, consagran como directrices esenciales, la legitimidad social y comunicación, transparencia, mejora de la comunicación judicial, igualdad de trato a los medios de comunicación, acceso a la información y protección de los derechos a las personas. Sin duda, estos lineamientos son fundamentales para un modelo polifónico de justicia constitucional.

Finalmente, el escenario propicio para los modelos polifónicos de justicia constitucional —especialmente, en contextos de *hiperpresidencialismo*, de graves deficiencias en cuanto a independencia judicial y de transparencia, acceso a la información pública y libertad de expresión— debe caracterizarse por composiciones plurales de los altos tribunales. Estas composiciones implican que las formas de selección de altas autoridades judiciales sean mixtas, debiendo evitarse una fuente única de elección [555].

Además, considerando que en el marco de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos uno de los elementos esenciales es el pluralismo jurídico de tipo igualitario en escenarios de plurinacionalidad, será esencial también que los pueblos indígenas, a través de sus normas y procedimientos y en el marco de mecanismos de democracia comunitaria, elijan a sus miembros, para garantizar así una composición plural de estas instancias, de tal manera que puedan realizar construcciones plurales de derechos que superen el paradigma racional normativista [556].

[555] Este tema será abordado de manera específica en el análisis del caso boliviano en cuanto a la elección popular de altas autoridades del órgano judicial.

[556] La composición plural bajo criterios de plurinacionalidad, será analizada de manera específica cuando

3.2.- Argumentación jurídica plural en aras de construcciones plurales de derechos

En este acápite, como uno de los ejes esenciales postulados por el modelo polifónico de justicia constitucional, se abordará la construcción plural de derechos desde la perspectiva del giro decolonial y en un contexto de pluralismo jurídico de tipo igualitario, de plurinacionalidad y de interculturalidad propios de un Estado Constitucional Plurinacional Comunitario de derecho, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia. Sin embargo, antes del desarrollo teórico de este tópico, será importante, aunque de manera resumida, narrar la evolución de la interpretación y argumentación jurídica desde la teoría liberal, para luego —y a la luz de los modelos polifónicos de justicia constitucional— abordar con mayor precisión la construcción plural de derechos en un escenario de argumentación jurídica plural e interpretación intercultural de derechos.

Prima facie, será importante realizar una remembranza del rol histórico de las autoridades judiciales. Así, la narrativa debe iniciarse a partir de la descripción del rol de las autoridades judiciales en el escenario del Estado legislativo de derecho que, a su vez, conllevará la vigencia del positivismo jurídico en sus enfoques metodológico, ideológico y teórico.

En este escenario, Pérez Jaraba abordó el positivismo jurídico desde un enfoque metodológico, ideológico y teórico (pp. 2 y ss.). El referido autor afirmó que, desde el primer criterio, una regla es derecho positivo aun cuando no sea justa, porque no existe una conexión entre el derecho y la moral. Por su parte, desde el enfoque ideológico, la regla jurídica positivizada es vinculante en su contenido y, por tanto, debe ser cumplida por todos. Finalmente, desde el enfoque teórico, las reglas jurídicas positivizadas emergen del monopolio normativo del Estado que las consagra como fuente directa de derecho (*ibid.*). En ese marco, ese monismo de fuentes jurídicas tiene la finalidad de lograr la unidad y plenitud de un único sistema normativo [557].

Zagrebelsky (1999) afirma que el positivismo jurídico materializa los conceptos de Estado de derecho, del principio de legalidad y de ley como fuente directa de derecho, lo que genera la concentración de la producción jurídica únicamente en la instancia legislativa. A partir de esta visión, el autor afirma que se concibe la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley en aras de consagrar la voluntad del legislador (p. 33), la cual prevalecía en un contexto de monoculturalismo propio del Estado-Nación.

Asimismo, en este escenario del Estado legislativo de derecho, la Constitución carecía de un real valor normativo, ya que el positivismo jurídico propició la vigencia del principio del imperio de la ley como parámetro de validez del derecho sin importar el grado de justicia o injusticia de su contenido, por lo que, tal como afirma Ferrajoli (2001), las

se aborde los alcances de Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

[557] Talavera (2008) afirma que la unidad postulada por el positivismo jurídico consagra al derecho positivo y, por ende, a la ley como única y exclusiva fuente directa de derecho. El principio de plenitud postula la idea de que todos los problemas jurídicos que se planteen deben ser resueltos a partir de las reglas postivas, en ese marco, propone mecanismos como el de la analogía. Asimismo, el principio de coherencia pretende brindar armonía de las normas positivas en el marco de un único sistema jurídico (párr. 27).

normas jurídicas valían esencialmente por haber sido puestas por autoridad con competencia normativa (pp. 31-46).

Por lo afirmado, el positivismo jurídico y el principio del imperio de la ley vigentes en los Estados legislativos de derecho conllevaron el valor político o nominal de la Constitución, por esta razón, anota Talavera (2008), «las constituciones terminaron siendo meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y el alcance que la ley les diera…» (p.17).

El juez, por tanto, tenía un rol de simple aplicador y repetidor de la sacrosanta ley y, por ende, su labor de interpretación y argumentación jurídica estaba limitada y circunscrita a la ley. En este marco, surgieron las llamadas corrientes negativas de interpretación judicial, cuya primera raíz histórica puede retrotraerse al pensamiento aristotélico, ya que dicho filósofo postuló una visión *legicentrista* del derecho que reducía a su mínima expresión la labor de interpretación judicial, aspecto que se refleja en la siguiente afirmación: «La ley es quien mejor manda» (Aristóteles, 1934, p. 160).

La tesis negativa de interpretación judicial que surgió en el Estado legislativo de derecho, tuvo un momento histórico identificable en la Europa del siglo XVIII, en el cual surgen tendencias filosófico-jurídicas que, desde los ideales revolucionarios, plantearon la reducción de la labor del juez a la aplicación de la ley. Es así que un importante portavoz de este momento histórico es Montesquieu (1984), quien, desde su teoría de división de poderes, sostuvo que: «Los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma» (pp. 104-110).

Esta restricción tenía razones de orden histórico, político e ideológico que se explicaban por una desconfianza hacia los jueces, especialmente por su dependencia histórica hacia la monarquía, por lo que, para resguardar los ideales revolucionarios y superar resabios del *ancien régime*, proclamaron el absolutismo de la ley que, desde la argumentación de Rousseau (1983 [1762]), emergía de la voluntad general (p. 48) [558], en el marco de un riguroso esquema de separación de poderes [559].

Así, desde los ideales revolucionarios, se expidió el Decreto Orgánico de agosto de 1970, que encomendó a la Asamblea Legislativa la facultad exclusiva de interpretar la

[558] En *El Contrato Social* (1983 [1762]), Rousseau desarrolló su argumentación sobre la voluntad general como rasgo esencial de la ley. En esta línea de pensamiento, afirmó: «…cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo» (p. 48). Desde este enfoque, el autor sustentó la interpretación auténtica al afirmar que «el autor de la Ley sabe mejor que nadie cómo debe ser ejecutada e interpretada» (*ibid.*).

[559] Montesquieu (1984), en su teoría de la separación de poderes, afirmó: «No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si no está separado del Poder Legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor» (pp. 104-105). Así, Montesquieu mutiló la labor interpretativa del juez y consagró la supremacía del Poder Legislativo, el cual, desde su análisis, es legítimamente elegido «para hacer leyes y para fiscalizar la fiel ejecución de las que existan; esto es lo que le incumbe, lo que hace muy bien; y no hay quien lo haga mejor» (*ibid.*, pp. 105-106).

ley y, por ende, proscribió cualquier tipo de interpretación judicial. En este escenario, se implementó el *référé législatif* en sus facetas facultativa y obligatoria.

El *référé legislatif*, en su alcance facultativo, era un mecanismo de coordinación interorgánica, en virtud del cual los jueces estaban facultados a consultar al Poder Legislativo sobre las dudas de legalidad en cuanto a problemas jurídicos que les eran planteados para que, así, el intérprete auténtico desarrolle la correspondiente interpretación, la cual estaba vetada al juez. Por su parte, el *référé*, en su faceta obligatoria, era activado en todos casos en los cuales las sentencias judiciales generaban conflictos por vacíos en la ley.

Al margen del referido instituto jurídico, esta supremacía del legislador se manifestó, en Francia, en la creación del Tribunal de Casación el cual, en tiempos revolucionarios y como corolario de un absolutismo legal y la omnipotencia del Poder Legislativo, fue una prolongación de este poder asumiendo la función de dejar sin efecto —vía nulidad—, las decisiones judiciales que vulneraban el tenor literal de la ley.

En la Europa del siglo XIX, en 1803, Francia inaugura el proceso de codificación con la aprobación del Código Napoleónico que *positivizó* las reglas jurídicas en el ámbito civil. En este escenario, surgió el cuestionamiento al dogma de la infalibilidad del legislador y emergió la llamada *Escuela de la exégesis*, la cual postuló la ley como fuente directa de derecho, por lo que la interpretación judicial debía limitarse a su aplicación literal. Es precisamente en este entorno donde nace lo que Prieto Sanchís (2003) denominó como *mito del legalismo* (p. 72), postura que, si bien superó la idea del intérprete auténtico, brindó un mínimo de margen interpretativo al juez, destinado a la averiguación de la voluntad del legislador (Goldschmidt, 1983, pp. 269-270).

La Escuela Exegética practicó el *método exegético*, el cual, en palabras de Vernengo (1996), «consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida» (pp. 239-240). Desde esta perspectiva, la metodología en la aplicación del derecho fue la del positivismo teórico a través del razonamiento judicial lógico-deductivo, que se manifiesta en el silogismo jurídico cuyo objetivo es subsumir los hechos a la ley [560].

En este orden, Bonnecase (1944) afirma que «un texto no vale nada por sí mismo, sino únicamente por la intención del Legislador que se considera traducida por aquél» (p. 36). Esta escuela alcanzó su cénit entre los años de 1830 a 1880 y entró en decadencia a finales del siglo XIX por la influencia de otras escuelas que serán descritas en los siguientes párrafos, así como por sucesos importantes que, desde el ámbito jurídico, cuestionaron esta postura. Por ejemplo, la desvinculación en 1837 del Tribunal de Casación Francés

[560] Uno de los máximos expositores del método del silogismo jurídico es Beccaria (1822) quien, además, justifica su aplicación en el ámbito penal. Este autor señala: «En lodo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones» (pp. 15-16).

respecto del Poder Legislativo y su consagración como instancia jurisdiccional bajo la denominación de Corte de Casación, con independencia e imparcialidad, aspectos que propugnaron mayores alcances a la interpretación judicial y, por ende, a la argumentación jurídica.

En este marco absolutamente restringido de la interpretación judicial, emergieron otras escuelas, entre ellas la Escuela Histórica del Derecho, cuyo máximo exponente fue Von Savigny. Este autor, que dejó huella en la referida escuela, para reconstruir el contenido de una ley sostuvo la existencia una vinculación esencial entre los enunciados normativos y un determinado sistema jurídico con un significado articulado. Desde esta perspectiva, Savigny (1994) sostuvo dos interpretaciones: la primera, referente a la interpretación basada en cuatro métodos específicos —el gramatical, el lógico, el histórico y el sistémico—; la segunda, por otra parte, orientada a problemas jurídicos vinculados a ley defectuosa, propone tres mecanismos específicos: el análisis del conjunto de la legislación, la indagación sobre los motivos de la ley y la valoración del resultado obtenido con la labor hermenéutica (pp. 12-14). A partir de estos criterios, Savigny planteó la noción de «la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a partir de ley» (*ibid.*).

La Escuela de la Libre Investigación científica, representada por François Gèny (De Villamor Morgan-Evans, 2000) sostenía que la ley no era suficiente para resolver todos los diversos problemas que planteaban los casos concretos, por lo que el juez, a través de la interpretación, debía buscar la voluntad del legislador y también acudir, si era necesario para este efecto, a otras fuentes secundarias como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina (p. 40 y ss).

Desde esta perspectiva, el citado autor señaló lo siguiente: «Frecuentemente, el legislador no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos» (*ibid.*: p. 203). En esta línea, según esta escuela, en el supuesto de no encontrarse una solución adecuada al caso a pesar de utilizarse los criterios antes anotados, el juez debía aplicar la investigación libre y crear así derecho en aras de la justicia. En esta línea, sostuvo que en la investigación libre: «…se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva…» (*ibid.*), por lo que la investigación científica «…no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar» (*ibid.*).

En el siglo xx surge la tendencia del positivismo normativista, cuyas dos versiones más importantes tienen sus exponentes en Kelsen y en Hart. Para Kelsen la interpretación de la norma es una tarea que condiciona su aplicación, por lo que el sentido que sea asignado a dicha norma se convertirá en derecho positivo en el acto de aplicación judicial, lo que implica, desde el enfoque kelseniano, la idea del carácter parcialmente reglado de la actividad judicial (Umprimny-Yepes y Rodríguez Villabona, 2008, p. 157).

Kelsen (2011 [1934]) afirma, por su parte, que en casos de indeterminación normativa debe establecerse primero el significado lingüístico de la norma; si no se encuentra una solución, deberá indagarse sobre la voluntad del legislador o la expresión que éste escogiera, ya que, según esta línea de pensamiento, el derecho por aplicar es un marco

que contempla varias posibilidades de interpretación, por lo que todo acto será conforme a derecho si se asigna un sentido posible, pero infranqueable con respecto de su marco de gramaticalidad [561].

Asimismo, Kelsen afirma que la interpretación de una ley no conlleva a una única y correcta asignación de sentido, sino que puede generar varias opciones, pero una sola de estas hipótesis interpretativas se convertirá en derecho positivo en el momento de su aplicación, a través de la decisión judicial (*ibid.*) [562].

Esta decisión judicial, de acuerdo al referido autor, no debe exceder el marco ofrecido por la norma general, por lo que la interpretación judicial debe aplicar un método destinado a completar correctamente el marco establecido (*ibid.*) [563]. Kelsen concluye afirmando que «la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las diversas posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra» (*ibid.*: p. 354).

Para Huerta (2004), el concepto e interpretación normativa desarrollado por Kelsen implica, por un lado, un proceso de conocimiento a través del cual el órgano aplicador determina las diversas alternativas ofrecidas por la norma superior; y, por otro, un acto de voluntad mediante el cual el órgano elige entre las diversas posibilidades que la norma ofrece; en este contexto, la autora concluye afirmando que interpretar sería, por tanto, un acto de conocimiento y voluntad (pp. 187-146).

Por su parte, Hart (1963) cuestiona las tendencias formalistas y se refiere a la existencia de casos difíciles que no podrán ser resueltos solo con el alcance lingüístico de las normas (pp. 160-161). En virtud a una textura abierta de las normas, Hart postula un margen judicial de interpretación para la resolución de estos tipos de casos que puede concluir en resultados razonables y no arbitrarios como consecuencia de una elección interpreta-

[561] Kelsen señala: «En todos estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible» (*ibid.*: pp. 351-355).

[562] Kelsen, de manera textual, afirma lo siguiente: «Si por 'interpretación' se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica solo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal» (*ibid.*).

[563] El autor, de manera textual, señala: «Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es una de las normas individuales —y no la norma individual— que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general (…). La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido» (*ibid.*, 351-355).

tiva realizada con un margen de discrecionalidad enmarcado en una «zona marginal» y materializada en cada caso concreto (pp. 160-161).

Asimismo, en la mitad del siglo xx emergen las llamadas tendencias tópicas argumentativas que postulan un activismo judicial interpretativo y argumentativo destinadas a superar las visiones restrictivas de la interpretación judicial descritas en los párrafos anteriores. Como principales expositores de estas tendencias pueden citarse a Chaïm Perelman —quien desarrolla su trabajo sobre la argumentación y la retórica—, Theodor Viehweg —que aborda la temática de la tópica y la jurisprudencia—, Luis Recasen Siches —quien plantea una teoría acerca de la lógica de lo razonable—; y, Neil MacCormick y Robert Alexy, cuyos trabajos abordan la doctrina estándar de argumentación jurídica.

En 1953, Theodor Viehweg publicó una de sus obras más famosas, *Tópica y Jurisprudencia*, que pretendió reivindicar la tópica y retórica griega, remontándose a las voces de Aristóteles y Cicerón como referentes del arte del argumento, para justificar su aplicación al razonamiento jurídico. El objeto de la tópica es analizar el pensamiento problémico para la búsqueda de premisas provisionales o tópicos como hilos conductores del pensamiento racional, a fin de que éstos deriven en una conclusión. Esta técnica se diferencia del método lógico-deductivo, caracterizado por partir de un pensamiento demostrativo bajo la construcción de premisas o axiomas que, desde la perspectiva formal del pensamiento, concatenan razonamientos deductivos.

Es importante señalar, también, que la concepción tópica parte del caso concreto para luego contextualizarlo en el sistema. En esta línea, Viehweg reivindica la jurisprudencia expresada en el aforismo «que sea lo justo aquí y ahora». A través de la tópica y retórica —que plantean un pensamiento problémico—, la jurisprudencia abordará casos concretos en los cuales el razonamiento judicial, por su complejidad, no se reduzca al pensamiento lógico-formal.

Esta línea de pensamiento es cuestionada en la doctrina, debido a su imprecisión en el desarrollo de ideas (Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, pp. 87-88). En este sentido, Prieto Sanchís (1987) la califica como una «teoría de la adivinanza» (p. 63). Alexy (1989) también formula profundos cuestionamientos a esta teoría por una incoherencia entre la dogmática jurídica y la valoración del precedente. «Junto a la falta de importancia de la ley, de la dogmática y del precedente, es ante todo problemática la orientación de la tópica hacia la estructura superficial de los argumentos estándar» (pp. 54-55). Sin embargo, a pesar de las diversas críticas, Atienza (2016) resalta que esta teoría amplía los horizontes para la investigación y el debate porque, entre otros aspectos importantes, tiene una perspectiva en la justicia (p. 43).

Por su parte, Perelman en *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica* (1958) y, posteriormente, en *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), reivindica la retórica griega para su aplicación en el razonamiento jurídico, con miras a lograr el convencimiento en el interlocutor, a través de la lógica formal precedida por una argumentación jurídica plausible, aceptable, verosímil, que nace de un consenso en el marco de la retórica.

Para Perelman (1979), la interpretación no persigue una deducción conclusiva a partir de principios irrebatibles sino, más bien, tiene la finalidad de persuadir al interlocutor para que se adhiera a un argumento basado en un discurso retórico (pp. 35-36).

Gascón Abellán y García Figueroa (2005) identifican tres elementos de este enfoque argumentativo: el orador, el discurso y el auditorio, del cual, a través de la retórica, se busca la adhesión al argumento (p. 97). Perelman, además, identifica varios tipos de auditorio, entre los cuales están el universal, el particular, el constituido por un único oyente y una persona que se oye a sí misma. Para él, el auditorio universal está formado por todos los seres de razón. Así, tal como anota Atienza (2016), este auditorio requerirá una argumentación convincente que será válida para todo ser de razón y no así una argumentación persuasiva, de validez particular (p. 50).

Gascón Abellán y García Figueroa (2005) afirman que «la argumentación tiende a aproximarse más bien a una negociación de intereses en juego en la que el participante debe hacer uso de técnicas que le permitan conseguir el mejor resultado posible» (pp. 87-88).

Desde esta perspectiva, los citados autores señalan que «los abogados serían quienes asumirían con más claridad esta perspectiva estratégica» (*ibid.*). Por su parte, Atienza (2016) cuestiona algunas ambigüedades de esta teoría, como la noción de auditorio universal, pero también afirma que, si bien el razonamiento lógico deductivo es insuficiente, empero, esto no significa su invalidez (p. 43).

Recansen Siches (1997) cuestionó profundamente la aplicación del método lógico deductivo en el razonamiento judicial postulando su teoría del «logos de lo razonable» que plantea sustituir la lógica formal por la lógica material en aras de consolidar un pensamiento más humano coherente según cada caso, pues todos son diferentes y no pueden ser vistos, exclusivamente, desde la generalización, al ser el derecho una obra inconclusa. Gascón Abellán y García Figueroa (2005) señalan que existe «un cierto escepticismo de corte realista frente a la posibilidad de un análisis racional de los procesos de decisión jurídica» (pp. 87-88).

Por su parte, Atienza (2016) sostiene que la obra de Recasens Siches, en cuanto a su misterioso y oscuro «logos de lo razonable», no presenta una articulación definida que permita siquiera intentar su cuestionamiento; en este marco, sostiene que dicha articulación es la primera condición que una teoría argumentativa debiera cumplir (p. 28). En este marco, Alexy (1989) refiere que el criterio universal para la racionalidad y objetividad de la argumentación está condicionado a ese auditorio universal (p. 234).

Otra tendencia antiformalista importante es la que postula Stephen E. Toulmin en *The Uses of Argument* (1958), donde identifica una desvinculación entre el pensamiento lógico y la práctica. En este sentido, Toulmin advierte las dificultades de la lógica formal deductiva de incidir en una razón práctica por su aplicación evidente en la matemática pura, por tanto, el autor postula el desarrollo de una lógica operativa o aplicada a partir de la jurisprudencia (cit. en Atienza, 2016, p. 82).

Toulmin sostiene que la argumentación es la técnica para presentar las razones a favor de una pretensión, por lo que debe seguir una estructura coherente de los argumentos y la fuerza de los argumentos, para sustentar así una tesis valedera o correcta (*ibid.*). Esta idea, no obstante, no está condicionada con el paso necesario de una conclusión a otra, como sucede a través de la lógica deductiva, sino que la fuerza de los argumentos puede ser desvirtuada por lo que Perelman denomina «condiciones de refutación» (cit. en Atienza, 2016, p. 82).

Atienza (*ibid.*, p. 100) sostiene que Toulmin asume una postura más radical en cuanto a la lógica formal y un alcance más amplio con respecto a las anteriores tendencias, ya que pretende su expansión a la argumentación, en general, y no solo al ámbito del derecho. Atienza (*ibid.*) anota, también, que ésta es una teoría de la argumentación que cuenta con criterios importantes para el ejercicio práctico de la argumentación jurídica, aunque, también desde el análisis de este autor, existen muchas ambigüedades e imprecisiones.

Estas corrientes argumentativas antiformalistas que cuestionan el método jurídico lógico-deductivo, si bien no están lo suficientemente estructuradas, tal cual anota Atienza (*ibid.*), cimientan el camino a la consensuada *teoría estándar de argumentación jurídica*, cuyas voces más notables se evidencian en Neil MacCormick y Robert Alexy.

Al respecto, Atienza (1997) sistematiza de manera clara esta teoría, primero desde los elementos esenciales de la obra de MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), la cual considera integradora porque, a partir los problemas jurídicos que puedan presentarse en el ámbito normativo y fáctico, abarca ámbitos tanto descriptivos como normativos que incluyen presupuestos formales como materiales, deductivos como no deductivos, así como un análisis desde la universalidad y la coherencia (p. 35).

De acuerdo al planteamiento de MacCormick, en los denominados «casos fáciles», esta teoría plantea la aplicación del método lógico-deductivo que, como se dijo precedentemente, tiene la finalidad de subsumir los hechos al derecho positivo (*ibid.*) [564]. Por el contrario, en los casos difíciles, no es posible la aplicación del método lógico-deductivo por la naturaleza de los problemas que se presentan (*ibid.*).

En los casos difíciles se presentan cuatro problemas específicos, a partir de los cuales debe desplegarse la labor judicial de argumentación jurídica: problemas de interpretación, problemas de relevancia, problemas de prueba y problemas de calificación jurídica del hecho (*ibid.*).

Además, estos problemas podrían presentarse —desde esta óptica argumentativa— a nivel de la premisa normativa, que requiere argumentación normativa, o de la premisa fáctica, según la cual el juez deberá realizar una labor de argumentación a nivel de los hechos y la actividad probatoria (*ibid.*).

Este despliegue argumentativo, además, deberá cumplir con el requisito de la universalidad, es decir, que la premisa normativa o fáctica elaborada por la autoridad judicial

[564] Atienza aclara que, para MacCormick, la lógica tiene dos dimensiones claras: una técnica, es decir la que corresponde al sentido mismo del método lógico-deductivo, y otra en sentido amplio, que se equipara con lo justo (*ibid.*: p. 107).

a partir de sus roles argumentativos tendrá que formularse en términos de una norma general, de principios abstractos o de condiciones generales para que sean así aplicables a situaciones o casos futuros que presenten los mismos problemas jurídicos (*ibid.*).

El despliegue argumentativo en la premisa normativa y fáctica en casos difíciles es denominado, por MacCormick, «justificación de primer nivel», que coincidirá con el criterio de «justificación interna» desarrollado por Atienza y abordado en los siguientes acápites (*ibid.*). Pero, además, se plantea una justificación externa que brindará a la premisa normativa o fáctica una coherencia con el sistema jurídico no solo vigente en el ámbito interno, sino también en el sistema jurídico internacional (*ibid.*).

En el escenario descrito, MacCormick establece que el despliegue argumentativo debe tener sentido con el mundo en el marco de los principios de universaliad, coherencia y consistencia, los cuales a su vez tienen la finalidad de concretar valores como la justicia, el sentido común, el bien común o la conveniencia pública (*ibid.*).

Atienza (1997) resalta los aportes realizados por MacCormick a la teoría de la argumentación, por lo que, considerando que son aceptados por la mayoría de teóricos del derecho, contempla su postura en la denominada «doctrina estándar de argumentación»; empero, critica algunos aspectos desarrollados por MacCormick, entre otros, su enfoque centralizado en los tribunales superiores lo que hace que se descuide la argumentación a nivel de la premisa fáctica (p. 143). El citado autor también califica de conservadora la postura de MacCormick porque pareciera que sugiere una labor argumentativa extensiva a la literalidad de la ley, solo de manera excepcional (*ibid.*).

Por su parte, Alexy desarrolla elementos importantes para la ingeniería de lo que Atienza denomina «doctrina estándar de argumentación jurídica» (*ibid.*). Así, desde la perspectiva de la metodología jurídica, incluye el argumento a contrario, la analogía y la reducción al absurdo; estos criterios aportarán a la argumentación jurídica en el ámbito de las premisas tanto normativas como fácticas, porque, de acuerdo a Alexy, son un esquema válido para cumplir con el principio de universalidad, el cual tal como ya se anotó, es también invocado por MacCormick (*ibid.*, pp. 144-145) [565].

Alexy desarrolla también los límites del discurso jurídico (*ibid.*). En este orden, precisa que, a pesar de seguirse las reglas de argumentación, no existe un resultado único y válido, sino que puede arribarse a varias conclusiones contradictorias pero racionales. Por tanto, las convicciones previas de las autoridades judiciales incidirán en la respuesta judicial argumentativa, la cual no podrá emerger de un consenso o de una respuesta única (*ibid.*). Por esta razón, la pretensión de corrección, es decir la justificación externa para dar coherencia con el sistema, es también limitada porque todo dependerá de los participantes del discurso y sus convicciones normativas; a pesar de estas limitaciones, las mismas no socaban los pilares de la argumentación jurídica porque existen límites infranqueables (*ibid.*).

El valor práctico a una teoría de argumentación jurídica, desde la perspectiva de Alexy, solo será posible en el marco de una teoría del Estado y del derecho, para que

[565] Estos argumentos también fueron desarrolados en Talavera, 2018, pp. 261-262.

así exista un puente de conexión entre la teoría y el sistema jurídico como sistema de procedimientos y como sistema de normas, los cuales no solo se manifiestan en reglas, sino también en principios que son verdaderos mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados en el marco de la labor de ponderación, en virtud de la cual la aplicación ponderada de principios en cada caso será el fundamento para las decisiones judiciales (*ibid.*).

A partir de esta labor ponderativa, Alexy desarrolla una importante visión en cuanto al precedente y el rol de las autoridades judiciales, en este marco, establece lo siguiente:

> Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino solo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951. Los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación (*ibid.*, p. 38).

Asimismo, a partir de un razonable despliegue ponderativo, Alexy brinda la posibilidad de un marco razonable para el apartamiento de precedente, pero siempre y cuando el juez desarrolle una coherente carga argumentativa (*ibid.*, p. 143).

Según Huerta (2004), para Alexy la interpretación no es otra cosa sino argumentación, ya que la fundamentación es un proceso que ocurre mediante dos etapas: 1) La tarea psíquica de descubrimiento del significado de la norma; y, 2) La tarea argumentativa de justificación (pp. 187-200).

La primera se refiere al proceso antes descrito como reconstrucción sintáctica y determinación semántica del significado de la norma; entonces, desde el punto de vista material es posible afirmar, como hace Alexy, que la interpretación se identifica con la argumentación (*ibid.*). Formalmente, sin embargo, y dado que la interpretación determina el significado de un enunciado normativo, el resultado es la norma misma establecida mediante el procedimiento previsto en la Ley, el cual se integra al enunciado normativo como su significado, en virtud de lo cual, más que como simple interpretación podría considerarse como creación o recreación normativa (*ibid.*).

En virtud a todo lo señalado, Atienza (2016) sistematiza una *doctrina estándar de argumentación jurídica*, a partir de tres componentes esenciales e interrelacionados. El primer componente es de tipo formal y está vinculado con la justificación interna o de primer orden asociada al método del silogismo jurídico en el marco de la subsunción legal[566].

[566] En el marco del silogismo jurídico, la premisa mayor está constituida por la norma genérica, la premisa menor por el juicio que declara realizado el supuesto de dicha norma y la conclusión por la que se imputa a los sujetos implicados en el caso, las consecuencias de derecho (García Maynez, 1977, p. 321). Por otra parte, la subsunción debe ser entendida como «el enlace lógico de una situación particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética contenida en la ley […] El hecho concreto determinado y específico configurado por el juez pasa a confundirse con la categoría genérica, abstracta e hipotética prevista por el legislador» (Couture, 1997, p. 285).

El segundo componente es de tipo material y se refiere a la justificación externa o de segundo orden que adquiere gran relevancia en los casos difíciles ya que se desplegarán argumentos basados en *buenas razones*, que pueden ser sustantivas, autoritativas, factuales interpretativas y críticas, para derivar en una conclusión que implique una interpretación de la base normativa, lo cual plantea un problema jurídico-interpretativo [567].

El tercer componente es el pragmático o dialéctico, que vincula a la argumentación con la justificación en cuanto aceptabilidad por parte de los destinatarios (Atienza, 1997, pp. 37-38) [568]. En este caso, el argumento es dialéctico porque contrapone los argumentos de los diversos actores en un contexto de determinadas circunstancias fácticas que deben ser motivadas y fundamentadas por el intérprete (*ibid.*: p. 50).

En base a lo señalado, puede afirmarse que el argumento judicial estará internamente justificado si existe coherencia y correspondencia estricta entre las premisas normativa y fáctica, y la parte decisoria. En consecuencia, se tendrá una justificación de carácter formal [569]. Del mismo modo, el argumento judicial estará externamente justificado cuando se cumplan los presupuestos de una corrección material en los casos difíciles que conlleven una verdadera labor argumentativa del juez [570].

En el ámbito de la justificación material o sustantiva, la argumentación puede ser desarrollada en cuanto a la premisa normativa y a la premisa fáctica. Se deberá realizar una argumentación sustantiva, a nivel de premisa normativa, cuando se identifiquen problemas jurídicos de relevancia o de interpretación [571].

---

567 Entre las razones sustantivas, Atienza (1997) señala que éstas, a su vez, pueden ser razones finales, como la promoción de la armonía familiar, o razones de corrección, como la obligación de restituir por enriquecimiento injusto (pp. 45-48).

568 Gascón Abellán y García Figueroa (2005) vinculan este tercer elemento con la prohibición de emisión de decisiones arbitrarias: «…pues si las y los jueces ya no cumplen una labor mecánica de aplicación de la ley al caso concreto, ya no son 'boca que pronuncia las palabras de la ley', sino que sus decisiones están enmarcadas en normas-principios, deben acreditar la racionalidad de sus decisiones, pues ahí reside su principal fuente de legitimidad; deben acreditar, por tanto que sus decisiones no se constituyen en un ejercicio arbitrario de poder» (p. 46).

569 Esta premisa también ha sido desarrollada por Wróblewski, 2003, pp. 24-25.

570 A este respecto, puede señalarse que las autoridades judiciales podrán cumplir con una justificación interna y, por ende, su resultado argumentativo será coherente desde una perspectiva formal, pero eso no necesariamente implica que el argumento esté externamente o materialmente justificado (Gascón Abellán y García Figueroa, 2005, pp. 29-39). Según Lorenzetti (2006), los casos difíciles son aquellos en los que se detectan dificultades en la determinación de la norma aplicable, en su interpretación (elemento normativo), en el fáctico (prueba de los hechos) o en la deducción (calificación) (pp. 193-194).

571 Se producen problemas de relevancia cuando existen dudas en relación a la norma aplicable al caso. Por otro lado, existen problemas de interpretación cuando se generan dudas sobre el alcance de la norma para su aplicación al caso concreto (Serrudo Santelices, 2017, pp. 26-27). Durán Ribera (2011) afirmó que la labor interpretativa no se reduce a los supuestos en los que el texto de la norma es oscuro, ambiguo o contradictorio, sino también en normas aparentemente claras. El autor invoca, como ejemplo, el razonamiento establecido en la Declaración Constitucional DC 0003/2005 como una muestra de interpretación de normas aparentemente claras. La citada declaración estableció el alcance de la norma contenida en el art. 118.5 de la CPE abrogada (una norma aparentemente clara), a efectos de determinar los roles, atribuciones y alcances de participación del Ministerio Público y de la Sala Penal de la Corte Suprema en los juicios de responsabilidad contra los altos dignatarios de Estado (p. 53-54).

En el ámbito de la premisa fáctica, la autoridad jurisdiccional puede determinar los hechos y la temática probatoria desde la transdisciplinariedad y desde los principios esenciales, como el de verdad o justicia en el marco de la identificación de problemas de prueba y de calificación [572].

Al respecto, en este trabajo se sostiene que esta justificación externa está muy vinculada a una justificación sustantiva de la argumentación, la cual, en los Estados contemporáneos estará directamente vinculada con el respeto de derechos y el cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado en el marco tanto del SIDH y el SUDH, así como de los principios de progresividad y favorabilidad del derecho internacional de los derechos humanos, los cuales fueron tratados en el anterior capítulo.

En coherencia con lo señalado, es importante precisar que, desde esta Constitución del pluralismo, muchos tribunales en Latinoamérica y también la Corte CIDH, realizan argumentaciones jurídicas de acuerdo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad [573], en virtud de los cuales la decisión debe estar sustentada en justificaciones razonables, proporcionales y objetivas que no implicarán discriminaciones o tratos diferenciados arbitrarios.

En este marco Treacy (2011) afirma que

> …con sus limitaciones, el principio de razonabilidad y proporcionalidad permite hallar un límite a cierto tipo de argumentaciones que, sobre la base de que las personas son desiguales en alguna característica, intentan, por esa sola razón, justificar diferencias de trato entre ellas. El análisis de mera razonabilidad —una de las formas que puede asumir el análisis de razonabilidad— parece estar vinculado a este concepto de igualdad formal, al menos en cuanto a que, debido a la deferencia al criterio del legislador, muchas veces llevaba a justificar la distinción efectuada (pp. 181-216) [574].

Por su parte, Vázquez (2018) hace referencia a la sentencia 989/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la cual establece que un completo control de

---

572 El principio de verdad material fue reconocido por el TCP en las SCP 1662/2012 y 0028/2015, entre otras. Los problemas de prueba se presentan cuando existen dudas sobre la existencia o inexistencia de un hecho. Los problemas de calificación se presentan en casos en los cuales surjan dudas sobre la adaptación de un hecho a una norma determinada.

573 Lamparello (2006) afirma que la razonabilidad sin método puede derivar de un abuso discrecional y tener como consecuencia una sentencia muy poco razonable (p. 177). Por su parte, Camino (2005) resalta la importancia de la utilización de test, como el de razonabilidad o proporcionalidad para evitar así decisiones discrecionales (p. 439).

574 Para Roca y Ahumada (2013), el test de razonabilidad o proporcionalidad nos permite resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia, sin necesidad de generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados y, por ende, sin necesidad de prejuzgar su mayor o menor legitimidad, ni producir prohibiciones absolutas (p. 3). Bazán y Madrid (1991) afirman que la razonabilidad es el instrumento legal que apela a la prudencia judicial y evita la discrecionalidad en los casos en análisis (p. 180). Por su parte, Gardbaum (2014) afirma que la razonabilidad permite construir una cultura de la justificación pública y una lógica deliberativa que supone un análisis de razonabilidad y proporcionalidad por medio de argumentos que deben ser públicos; es, al mismo tiempo, la mejor manera de intentar compatibilizar el Poder Judicial con una idea democrática (p. 180).

razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial, recuperando siempre el principio de máxima eficacia de esos derechos (p. 135). Este autor, además, vincula la razonabilidad a la justicia material (*ibid.*).

Por tanto, puede colegirse que el principio de razonabilidad está directamente vinculado con el de proporcionalidad. En este contexto, debe señalarse que el principio de razonabilidad se origina en el derecho anglosajón, con un gran desarrollo en cuanto a «lo razonable» en Estados Unidos, cuyo objeto fue generar algunas reglas de certidumbre en cuanto a la discrecionalidad interpretativa que tienen los jueces en el derecho anglosajón [575] y también en el derecho europeo continental, y con un gran impulso del Tribunal Constitucional Federal Alemán difundido, especialmente, a partir del trabajo académico de Robert Alexy, exponente máximo del test de proporcionalidad.

Asimismo, es importante señalar que estos criterios materiales de corrección a decisiones judiciales en el marco de un modelo argumentativo, deben introducir el concepto de Constitución como cultura, inicialmente propuesto por Häberle (2002), para quien el Estado constitucional propugna un «concepto abierto de cultura» que plantea una interdependencia necesaria entre derecho constitucional y cultural, en el marco de una sociedad abierta que contiene una diversidad de actores, por lo cual la Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas, ya que también la Constitución tiene eficacia para los ciudadanos.

En el contexto expuesto, Häberle (*ibid.*, pp. 177-198) señala que la Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y fundamento de sus nuevas esperanzas [576].

Häberle (2002) afirma también que las constituciones vivas son obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta, por lo que éste es un instrumento de expresión y mediación cultural, un cuadro para la reproducción, recepción y alma-

[575] Vázquez (2018) precisa que en EEUU la razonabilidad se desarrolló a la luz del análisis y control de las leyes federales y estatales por parte de los jueces, pero posteriormente, específicamente desde la décimocuarta enmienda (1868) adquirió gran relevancia a raíz de lo que fue conocido como el «debido proceso legal o sustantivo» (p. 22), por lo que se postuló que no es suficiente el cumplimiento de procedimientos para afectar un derecho, sino que se requiere también el análisis de criterios de razonabilidad y justicia (*ibid.*). Es importante señalar también que la Suprema Corte de EEUU utiliza un test riguroso o estricto de razonabilidad y uno leve llamado también «test de mera razonabilidad (*ibid.*).

[576] El autor explica su tesis de la Constitución como cultura desde un primer elemento histórico. Relata el contexto de la Constitución de Weimar y afirma que existieron varias corrientes o escuelas, una de ellas desarrollada por Lassalle y Jellinec, quienes postularon una visión formal de la Constitución. Empero, Häberle señala que por su contenido material y por las funciones que cumple, la Constitución es «mucho más». Este autor afirma que, en la Constitución del pluralismo, en la sociedad abierta, existen diversas visiones, máxime cuando el proceso público, de manera más evidente, integra cada vez más a sindicatos, particulares, iglesia o medios de comunicación, entre otros, por lo que será necesario una comprensión mixta de la Constitución, considerando especialmente que la Constitución establece los procedimientos para el debate de controversias, por ejemplo, a nivel del Parlamento, organiza las competencias y las instituciones y cumple un rol esencial para la eficacia en la protección de derechos fundamentales frente al Estado y a particulares. En este marco, la Constitución es un proceso público, es también cultura (*ibid.*, pp. 177-189).

cenamiento de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias «culturales» transmitidas, aspectos que denotan el carácter cultural de la Constitución (pp. 177-198).

En el marco de lo descrito, el citado autor afirma que la constitución del pluralismo que caracteriza al Estado Constitucional incide directamente en la labor del jurista y afirma que los cuatro métodos tradicionales —es decir, el textual, el histórico, el sistemático y el finalista—, canonizados por Savigny y hoy complementados por el método del derecho comparado, están abiertos y en construcción en el marco de cánones de justicia y de acuerdo a las dinámicas de una sociedad abierta (*ibid.*).

Esta Constitución del pluralismo en una sociedad abierta y plural propuesta por Häberle, debe ser redimensionada en el contexto de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, que especialmente ponen en crisis los tradicionales dogmas de la unidad, plenitud y coherencia de un único ordenamiento jurídico en el marco de la diversidad cultural y de procesos supraestateles de protección de derechos, por lo que el juez tiene un amplio rol interpretativo en aras de una construcción plural de derechos. Así, tal como señaló el TCP, debe apostarse por Constituciones plurales, garantizadas y normativas, con un amplio catálogo de principios, valores, derechos y garantías fundamentales, con pautas específicas de interpretación que hagan posible un peso decisivo de la parte axiológico-dogmática de la Constitución, no solo en su aplicación directa, sino también en su función de limitante al poder público (SCP 0487/2014, FJ III.2, de 25 de febrero).

Precisamente esa construcción plural de derechos se genera de manera óptima en un modelo polifónico de justicia constitucional que, además, se articula con la voz de los históricamente oprimidos, en un escenario de pluralismo jurídico igualitario y de métodos plurales de derecho, pero, además, en el marco de una perspectiva intercultural que introduce elementos culturales acordes a la diversidad y la complementariedad y con sustento en un plexo axiológico que consagra principios y valores concebidos no desde la universalidad, sino desde la especificidad cultural a efectos de la construcción de una plurinacionalidad intercultural.

Entonces, las teorías de la argumentación jurídica descritas tienen, sin duda, una construcción liberal basada en una teoría epistémica monocultural y hegemónica, que si bien en su avance y progresividad ha reconocido un cada vez más amplio activismo judicial especialmente en los *casos difíciles*, se centra en una *razonabilidad* y *proporcionalidad* sustentada en una lógica jurídica que desconoce absolutamente los métodos plurales del derecho que darán lugar a la construcción plural de derechos a partir de las voces directas de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas, por lo que sin duda las teorías de argumentación descritas no son suficientes para Estados plurinacionales que conllevan un pluralismo jurídico de tipo igualitario, como es el caso del Estado Plurinacional de Bolivia.

Por tanto es, sin duda, esencial desarrollar una argumentación jurídica plural, que si bien contempla las premisas normativa y fáctica, como sugiere la doctrina estándar de argumentación, en ambas deberá considerar la diversidad cultural a través de métodos y mecanismos plurales de derechos, como los diálogos interjurisdiccionales (abordados en

el siguiente acápite) y que consolidarán una pluralidad epistemológica que supere visiones monoculturales y hegemónicas [577].

Asimismo, el modelo polifónico de justicia constitucional, cuya finalidad principal es la construcción plural de derechos, tiene un primer elemento de análisis: el acceso a la justicia desde una perspectiva plural, es decir, que los órganos de justicia, en el marco de la igualdad jerárquica de jurisdicciones, deben conocer y resolver las controversias en el ámbito de la diversidad cultural, las diferentes cosmovisiones, principios, valores y diferentes circunstancias y realidades que existen en un Estado Plurinacional [578], máxime cuando éstos son garantes de los derechos para su ejercicio pleno [579], derechos que, en el contexto de la plurinacionalidad, deben ser concebidos «como prácticas de diálogo entre culturas» (Rojas, 2010, pp. 118-130), en el marco de un proceso de traducción y entendimiento de valores plurales que emergen de las diversas cosmovisiones [580] y en aras de una resignificación constante de contenido para cada caso (*ibid.*).

---

577 Al respecto, es ilustrativa la visión de Córdova (2018): «Pensar el Derecho y los derechos como un proceso de creación múltiple donde se debate el interés general conduce a revertir aquéllos como formas de interacción democrática de la sociedad y los jueces que, con sus intervenciones, pueden identificar la 'autorrepresentación publicística de intereses privilegiados' en el andamiaje judicial. Así las cosas, las judicaturas pueden promover una argumentación racional de opiniones que podrían presentarse en la discusión judicial para coincidir o discrepar, teniendo la consideración que el Derecho reproduce o mantiene relaciones simbólicas de dominación a través de estas instancias (in)comunicativas» (p. 26).

578 El TCP, en la SCP 0037/2013 de 4 de enero, desarrolló el componente plural del derecho al acceso a la justicia. Al amparo de la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico de tipo igualitario y la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, estableció lo siguiente: «… en efecto, bajo este dimensionamiento el derecho de acceso a la justicia, por el carácter dinámico de los derechos, adquiere un nuevo componente: la pluralidad, en la medida que su contenido también debe guardar correspondencia con el titular de su ejercicio, pues además de implicar el derecho de acceder a la jurisdicción, de obtener una resolución fundamentada en tiempo razonable que resuelva la cuestión o conflicto jurídico suscitados y que esta resolución sea ejecutada y cumplida. En contextos de pluralidad, el derecho de acceso a la justicia con relación a los miembros de pueblos indígenas originario campesinos no significa que el Estado traslade su aparato estatal a las comunidades de los pueblos indígena originario campesinos para administrar justicia en sus territorios, sino que se extiende en su contenido y se trasunta a la vez en el derecho de los miembros de los pueblos indígena originario campesinos de acceder a sus instancias propias de resolución, a sus autoridades indígenas, normas y procedimientos para resolver sus controversias y conflictos internos. Por tanto, comporta el deber del Estado Plurinacional de garantizar a toda persona el acceso a una justicia acorde con su cosmovisión, su cultura, sus normas y procedimientos propios. Al mismo tiempo, contempla que los miembros de pueblos indígenas originario campesinos cuando se encuentren bajo una jurisdicción que no le es propia, se considere y comprenda su condición cultural de diferencia al momento de juzgarlos y sancionarlos» (FJ III.5).

579 El TCP, en la SCP 0112/2012 de 27 de abril, estableció que el Órgano Judicial, incluido el control de constitucionalidad, es el garante primario de los derechos (FJ III.1.1).

580 El TCP, en la SCP 0260/2014 de 12 de febrero, a partir de la visión de los valores plurales que sustentan el Estado Plurinacional y comunitario, estableció una triple dimensión al *Suma Qamaña* o Vivir Bien: como principio, valor y fin. En este marco, la referida sentencia estableció que, en su dimensión de principio, este concepto debe ser entendido como base, fundamento del ordenamiento jurídico, de los actos públicos y privados, comunitarios e individuales; en su dimensión de valor, como orientación, como objetivo a cumplir en la realización de dichas actividades; y, como finalidad, debe ser comprendido como el fin último proyectado por el Estado para la buena convivencia de toda la población (FJ III.1.3). Este criterio fue también asumido por las SCP 0177/2013 de 22 de febrero, 1035/2013 de 27 de junio, 1023/2013 de 27 de junio y 0041/2014 de 3 de enero, entre otras. También la DCP

Esta argumentación jurídica plural, esencial en un modelo polifónico de justicia constitucional, supone, tal como lo estableció la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, redimensionar el sistema jurídico iuspositivista, a partir de la experiencia y prácticas de los sistemas jurídicos indígenas (FJ III.1.2). En este orden, la argumentación jurídica plural, a nivel de premisa normativa debe considerar el sistema plural de fuentes jurídicas que conlleva el pluralismo jurídico de tipo igualitario, es decir, la armonía dialógica entre leyes positivas con normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Un claro ejemplo de una argumentación jurídica plural que, en el marco de la premisa normativa redimensionó una construcción positiva del derecho a la dignidad y desarrolló este derecho desde un enfoque intercultural para su tutela a través de la acción de libertad, fue la SCP 2007/2013 de 13 de noviembre [581].

Esta argumentación jurídica plural, a la luz de un modelo polifónico de justicia constitucional, obliga a las autoridades, en un contexto de pluralismo jurídico igualitario, a considerar las prácticas, los principios y los valores de las naciones y pueblos indígena originario campesinos cuando se les vaya a aplicar el derecho de fuente occidental [582], especialmente a efectos de argumentación a nivel de la premisa fáctica.

El TCP, en la SCP 1235/2017-S1, de 28 de diciembre, brindó un alcance acorde al bloque de constitucionalidad y al pluralismo jurídico de tipo igualitario al art. 391 del Código de Procedimiento Penal (CPP) y estableció que, en todas las causas penales seguidas

---

0006/2013 de 5 de junio, desarrolló la visión del Vivir Bien en los siguientes términos: «El Vivir Bien (*Sumaj Kamaña*, *Sumaj Kausay*, *Yaiko Kavi Päve*), es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo» (FJ. III.1). Por lo señalado, el horizonte del Vivir Bien es la propuesta más contundente del Estado Plurinacional, opuesto a las lógicas del «desarrollo» propias del Estado Nación moderno capitalista, que ha subsumido el Estado al «subdesarrollo». En consecuencia, el Vivir Bien, como un horizonte propio de la cosmovisión de las naciones y pueblos indígena originario campesino, comunidades interculturales y afrobolivianas, se orienta a la reconstitución y continuidad de las prácticas propias de la diversidad de «naciones» con alcance general, es decir en las políticas, normas y decisiones del Estado Plurinacional» (*ibid.*).

581 En esta decisión, el TCP, luego de requerir un peritaje antropológico-cultural, desarrolló el derecho a la dignidad humana con enfoque intercultural y estableció que este derecho puede ser tutelado a través de la acción de libertad (FJ III.3).

582 En este sentido, la SCP 0487/2014, de 25 de febrero, estableció lo siguiente: «Esta Sala considera que toda interpretación de las normas jurídicas, cuando en un proceso judicial o administrativo intervienen naciones y pueblos indígena originario campesinos, debe ser efectuada de manera plural, considerando sus características, sus principios, valores, su cosmovisión, dando efectividad a lo previsto por el art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT, al que se ha hecho referencia anteriormente. Efectivamente, debe considerarse que nuestro Estado Plurinacional se construye a partir de la diversidad existente, para la construcción de una sociedad justa y armoniosa, sin discriminación y explotación, siendo la interculturalidad, la forma en que deben desarrollarse la relaciones entre las diferentes identidades nacionales, bajo el fundamento del pluralismo igualitario» (FJ III.1.2).

en contra de miembros de un pueblo indígena, antes de la imputación y de cualquier otro acto debe requerirse un peritaje antropológico-cultural para poder así brindar interpretaciones interculturales de derechos (FJ IV.5) [583].

Asimismo, es importante precisar también que, en el marco de una interculturalidad plurinacional, las normas, procedimientos, valores, principios y cosmovisiones diversas de los pueblos indígenas, incidirán en la argumentación jurídica. Éste es el caso, por ejemplo, de la SCP 0110/2012 de 27 de abril que, en materia penal, estableció los plazos para que los jueces resuelvan solicitudes de cesación de la detención preventiva, con el fundamento de los principios de celeridad procesal con interdependencia del principio ético-moral de raigambre andina referente al *ama quilla* (FJ III.3).

Otro ejemplo importante a citar en cuanto a una construcción plural de derechos en el marco de un diálogo con el derecho internacional de los derechos humanos, es la SCP 2114/2013 de 21 de noviembre, a través de la cual, desde el modelo constitucional vigente y también al amparo del *corpus iure internacional de derechos de los pueblos indígenas*, consagró el ejercicio de la *democracia comunitaria*, en virtud de la cual, las autoridades designadas a través de las normas, procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. También pueden ser cesadas de sus funciones a través de sus mecanismos de democracia comunitaria, decisión que debe ser plenamente respetada tanto por el Órgano Electoral Plurinacional (OEP), todos los órganos de poder en sus diferentes niveles de organización territorial del Estado y también por el control de constitucionalidad (FJ III.3) [584].

Como puede verse, ésta es una construcción plural del derecho a la democracia comunitaria, que difiere sustancialmente de la visión universal al ejercicio de derechos políticos en contextos de democracia liberal, sin embargo, esta visión distinta es plenamente armónica con el derecho internacional de los derechos humanos [585].

---

583 Esta decisión estableció lo siguiente: «De acuerdo a la base pluralista y principista de la Constitución Política del Estado, se incluyeron una serie de disposiciones que aseguren su reconocimiento, como es el caso del art. 391 del CPP en lo que respecta a la diversidad cultural, el cual dispone que: 'Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales: 1) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y, 2) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate» (FJ IV.5).

584 A través de esta acción de amparo constitucional, el accionante alega lesionados sus derechos de petición, al trabajo y al ejercicio de la función pública, así como a no ser obligados a hacer lo que la CPE y las leyes no manden, por cuanto fue obligado, bajo presión y amenazas, a firmar una carta de renuncia al cargo de concejal titular que venía ejerciendo, y no obstante las reiteradas solicitudes para que se deje sin efecto la renuncia forzada, el Concejo del Gobierno Autónomo Municipal Indígena de Chuquihuta rechazó dicha pretensión.

585 El resguardo a la democracia comunitaria también fue ejercido por el TCP, a través de la DCP 0030/2014 de 28 de mayo, la cual fue referida en el capítulo anterior.

Es importante también señalar que esta argumentación jurídica plural deberá asumir interpretaciones interculturales de los derechos y garantías cuando se denuncie su lesión en los supuestos en los que las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejerzan sus sistemas de justicia (SCP 0487/2014 de 25 de febrero, FJ III.1.2).

Hay que destacar, de igual forma, el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia del TCP el *paradigma del Vivir Bien*, que es la primera pauta intercultural de interpretación de derechos desarrollada para una argumentación jurídica a fin de generar una construcción dialógica y plural de derechos en el marco de valores y métodos plurales del derecho [586].

Esta argumentación jurídica demanda la construcción plural de derechos, la cual aspira a superar el absolutismo de una visión exclusiva de universalidad de los derechos [587], a través —siguiendo a Panikkar (1990)— de procesos de traducción y entendimiento intercultural (p. 21) que pueden generar consensos interculturales armónicos con la evolución y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo a lo señalado, tal como afirmó el TCP en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero,

> …la interpretación plural de los derechos supone, entonces, que el carácter universal de los derechos humanos previsto en el art. 13 de la CPE, deba ser contextualizado en determinado ámbito, tomando en cuenta las particularidades de la nación y pueblo indígena originario campesino correspondiente, a efecto de no imponer una sola visión e interpretación occidental de los derechos (FJ III.1).

De acuerdo a lo precisado, es evidente que desde una perspectiva del modelo polifónico de justicia constitucional la interpretación plural del derecho armonice en un marco dialógico, el derecho positivo que incluye el desarrollo de derechos bajo el principio de universalidad, con normas procedimientos, valores y cosmovisiones de pueblos indígenas en un marco del consenso intercultural generado a través de métodos plurales del derecho, para hacer así prevalecer un Estado Constitucional Plurinacional y Comunitario de Derecho, por lo que sin duda, desde este modelo polifónico de justicia constitucional la doctrina estándar de argumentación jurídica es insuficiente e incluso resultaría sesgada [588].

---

586 El paradigma del Vivir Bien, como pauta intercultural de interpretación de derechos, fue ampliamente expuesto en el capítulo anterior, en el cual se desarrollaron los rasgos esenciales del modelo constitucional vigente.

587 El principio de universalidad de los derechos y su cuestionamiento desde los nuevos constitucionalismos latinoamericanos fueron expuestos en el segundo capítulo.

588 El modelo polifónico de justicia constitucional se enmarca plenamente en los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador descrito en el cuarto capítulo de este trabajo. Desde esta perspectiva, la doctrina estándar de argumentación jurídica resulta absolutamente insuficiente, especialmente por la mirada *occidental* y hegemónica de la razón y la razonabilidad de las sentencias. En este sentido, cabe recordar que la SCP 0487/2014, de 25 de febrero, establece que, a través de una argumentación jurídica plural, se realizarán ponderaciones interculturales, criterio que supera el concepto de razonabilidad y proporcionalidad de decisiones judiciales propio de la doctrina estándar de argumentación jurídica (FJ III.1).

También en el marco del canal dialógico que la argumentación jurídica plural despliega en relación al derecho internacional de los derechos humanos, el modelo polifónico de justicia constitucional debe postular, además, la aplicación de un enfoque de protección reforzada e interseccional esencial para un pleno y eficaz ejercicio de derechos construidos pluralmente en contextos de diversidad cultural.

El derecho internacional de los derechos humanos postula el análisis de problemas jurídicos planteados a partir de enfoques diferenciados para casos de poblaciones o grupos vulnerables. Por ejemplo, el enfoque generacional para niñas, niños y adolescentes y para personas adultas mayores; el enfoque de género para mujeres, poblaciones LGBTI y toda persona que sufra violencia en razón de género; y el enfoque intercultural para pueblos indígenas y sus miembros.

Asimismo, el enfoque interseccional plantea identificar casos en los cuales concurran, en relación a población vulnerable, varios criterios prohibidos de discriminación o categorías sospechosas a partir de las cuales se generen múltiples discriminaciones que confluyan y coloquen a la persona o colectividad en una situación de mayor vulnerabilidad, desventaja o asimetría [589].

Desde este enfoque interseccional, el TCP, en la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, en atención a la matriz patriarcal imperante y al amparo del principio de despatriarcalización, estableció la protección reforzada que debe brindarse a la mujer (FJ IV.6), criterio que es plenamente armónico con el art. 44 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y con el art. VII.1 de la Declaración Americana de Derechos sobre los Pueblos Indígenas. De la misma forma, el TCP asumió el enfoque interseccional brindado por la Corte CIDH, a través de la SCP 0010/2018-S2 de 28 de febrero (FJ III.2).

Asimismo, debe señalarse que la argumentación jurídica plural, en el marco de la construcción plural de derechos planteada por un modelo polifónico de justicia constitucional, tiene la finalidad de generar una prevalencia de la justicia material, entendida en clave intercultural y desde la voz y realidad de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas. Para este fin, a partir de este modelo de justicia constitucional, de acuerdo al principio de descolonización, se propone flexibilizar todo ritualismo extremo, por esta razón, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, establece que las autoridades —se sobreentiende que también aquellas que ejercen control de constitucionalidad— deben flexibilizar requisitos formales y también hacer uso de la figura de la reconducción procesal en el marco de la prevalencia de la justicia material (FJ III.3).

En coherencia con lo expresado, la citada sentencia señala:

> Se ha señalado que el sistema jurídico ius positivista, como herencia colonial, se ancla en formalismos que, lejos de resolver los conflictos, permite dilatarlos indefinidamente sin obtener justicia, así, en contrapartida, la plurinacionalidad y el pluralismo supone pensar y adoptar medidas que permitan dar soluciones inte-

[589] En el caso boliviano, las categorías sospechosas o los criterios prohibidos de discriminación están consagradas en el artículo 14.II de la Constitución.

> grales, con celeridad, a los conflictos que se presentan, desterrando toda práctica dilatoria que únicamente se demora en cuestiones formales sin tutelar de manera inmediata los derechos y garantías (FJ III.1.2).

De acuerdo a estas reflexiones, se señala también que

> …a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la existencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en un obstáculo para un real acceso a la justicia constitucional cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales. Lo señalado encuentra sustento, además, en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, justicia material, principio *pro actione* y el principio de no formalismo; los cuales deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya tradición jurídica no reconoce las formalidades propias del sistema occidental y, en ese ámbito, deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (FJ III.1.2) [590].

Desde esta perspectiva, el modelo polifónico de justicia constitucional, en contra del principio dispositivo o actuación de los órganos de justicia *a pedido de parte*, postula la idea de las *reconducciones procesales*, las cuales, desde una perspectiva de justicia material y acceso a la justicia con enfoque intercultural —y en el marco del principio *iura novit curia*, en casos en los cuales se equivoque la vía procesal para la tutela o protección de derechos— en vez de denegar la petición por cuestiones formales, deben imprimir, de oficio, el trámite procesal pertinente.

Es importante destacar, además, que el TCP recurrió a la figura de la reconducción procesal en las SPC 0645/2012, 2271/2012, 210/2013, 897/2013, 0778/2014, 0487/2014, entre otras.

Por ello, el modelo polifónico de justicia constitucional es interdependiente con respecto del principio de aplicación directa de derechos fundamentales, que en la Constitución boliviana se encuentra consagrado en el art. 109.I de la Constitución; el cual, desde los fundamentos de la plurinacionalidad y el pluralismo jurídico de tipo igualitario, consagra un *modelo argumentativo.*

En efecto, mediante la SCP 0121/2012 de 2 de mayo, el TCP estableció que el principio de aplicación directa de derechos consagrado en el art. 109.I de la Constitución —que,

[590] El TCP ha flexibilizado presupuestos procesales en muchos casos, entre ellos en las las SSCC 0957/2013, 1697/2013, 1784/2013, 1745/2013, 1883/2013, 1977/2013, 2007/2013 y1414/2013.

además, caracteriza el valor normativo de la misma— implica la superación de la visión formalista propia del iuspositivismo, al establecer que

…la premisa en virtud de la cual se debe asegurar la eficacia máxima de los derechos fundamentales, exige en términos de teoría del derecho, la superación de una concepción positivista y formalista del sistema jurídico, e implica la adopción de postulados jurídicos enmarcados en cánones constitucionales no solamente destinados a limitar el poder, sino fundamentalmente direccionados a consagrar y consolidar la vigencia material de los derechos fundamentales (FJ III.1).

Desde la perspectiva anotada, la referida sentencia afirmó lo siguiente:

> …el principio de aplicación directa y eficaz de los derechos fundamentales constituye un postulado que consolida el valor normativo de la Constitución, por el cual, los derechos fundamentales tienen una efectividad plena más allá de un reconocimiento legislativo o de formalismos extremos que puedan obstaculizar su plena vigencia, aspecto que caracteriza la 'última generación del Constitucionalismo', en el cual, el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico se consagra y alcanza su esplendor a través del principio de aplicación directa de los derechos fundamentales, el cual se materializa a través del nuevo rol de las autoridades jurisdiccionales en su labor de interpretación constitucional acompañada de una coherente teoría de argumentación jurídica (*ibid.*) [591].

El modelo argumentativo que a su vez confluye en el modelo polifónico de justicia constitucional, no está limitado al Tribunal Consitucional Plurinacional, sino a todas las autoridades del *Sistema Plural de Control de Constitucionalidad,* entre ellos los jueces ordinarios y las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas, en aras de una argumentación jurídica plural destinada a la construcción plural de derechos en el marco del valor axiológico de la Constitución [592].

Además, la argumentación jurídica coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional implica la utilización de métodos plurales de derecho que generen una incidencia real en la construcción plural de derechos de los directamente oprimidos, es decir, los pueblos indígenas. Por esta razón, en el siguiente acápite se abordarán los métodos plurales de derechos desde el enfoque del modelo polifónico de justicia constitucional, como otro de sus rasgos esenciales.

---

[591] Este principio también fue desarrollado por la SCP 0112/2012 de 27 de abril (FJ III.1.1).

[592] Al respecto, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en la SCP 0112/2012 de 27 de abril, señaló lo siguiente: «Los principios ético-morales, antes de ser incorporados a la Constitución, tenían valor únicamente para el Derecho Indígena, es decir, eran estimados como valiosos por la cultura y el Derecho de las naciones y pueblos indígena originario, campesinos. Después de efectuada su incorporación en el texto constitucional tienen valor de derecho, es decir se convierten en normas y, por tanto, comparten la eficacia jurídica de la propia Constitución, es decir, tienen carácter normativo, lo que implica que no son meras declaraciones retóricas, por lo mismo, imponen a todos, esto es, al poder público y los particulares en la convivencia social, con mayor razón a todos los jueces de la pluralidad de jurisdicciones, la obligación de observarlos, desarrollarlos y aplicarlos en su labor decisoria cotidiana» (FJ III.1.2.1).

3.3.- Métodos plurales de derecho que generen diálogos interculturales e interjurisdiccionales

La argumentación jurídica plural y las pautas interculturales de interpretación descritas en el acápite anterior deben estar guiadas, en un contexto de pluralismo jurídico de tipo igualitario, por métodos interculturales y plurales de derecho que —desde el horizonte de la interculturalidad que, en el caso boliviano, es el *Suma Qamaña* y a partir del modelo polifónico de justicia constitucional— permitan materializar el modelo constitucional vigente desde la voz de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

En un contexto de pluralismo jurídico de tipo igualitario y desde la implementación de los procesos de *restitución, reconstitución e igualación* que deben ser realizados en un Estado Plurinacional en el cual, tal como sucedió en Bolivia, existió una histórica situación de discriminación y exclusión de pueblos indígenas, el modelo polifónico de justicia constitucional tiene la finalidad de realizar *ponderaciones interculturales* cuando existan conflictos entre derechos individuales y colectivos o entre derechos colectivos. Para este fin, deberán aplicar los principios y valores plurales, en el marco del rasgo axiológico del modelo vigente que fue descrito en el capítulo cuarto de este trabajo.

Lo expuesto implica que las autoridades judiciales, en especial en el ejercicio del control de constitucionalidad, deben sustituir no solo la concepción iuspositivista del derecho, sino también sus métodos, entre ellos el del método de la subsunción en base al silogismo jurídico que ya fue expuesto, el cual no puede ser aplicado en este escenario de diversidad cultural y de potenciamiento de derechos desde construcciones plurales, por lo cual la ponderación intercultural, sin duda, obliga a las autoridades judiciales a enmarcarse en una polifonía de métodos del derecho, para que así los derechos se construyan pluralmente y mediante métodos plurales y dialógicos.

El TCP, en la SCP 0790/2012 de 20 de agosto estableció lo siguiente:

> ...el reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico hace posible un diálogo intercultural entre derechos, pues ya no existe una sola fuente de Derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y poroso de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto (FJ III.1).

Desde esta misma perspectiva, la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, consagró la necesidad de generar diálogos como mecanismos dialógicos del derecho (FJ III.2). Estos métodos dialógicos, de acuerdo al modelo polifónico de justicia constitucional, deben ser utilizados —especialmente por el TCP en el caso boliviano—, en el marco de una justicia de proximidad y de una manera tal que se elimine toda práctica y lenguaje colonizador. Así lo estableció la SCP 0790/2012 de 20 de agosto, la cual, de manera textual, determina lo siguiente:

> …la construcción de la institucionalidad plurinacional parte del desmontaje de las lógicas de colonialidad, desmistificando la idea de que impartir justicia es solamente una «potestad»; sino por el contrario, asumirla como un servicio al pueblo, concebida como facultad/obligación, pues fruto de la colonialidad antes construida, se ha estructurado una «administración de justicia» extremadamente formal, cuasi sacramental, reproductora de prácticas judiciales desde la Colonia y el periodo republicano, fundadas en la señorialidad de esta actividad bajo la concepción de «potestad» antes que de «servicio», sustentado por todo un aparato normativo, doctrinal e institucional (FJ II.1).

El TCP también destacó la importancia de la ponderación intercultural como escenario propicio para la aplicación de métodos plurales y dialógicos de derecho [593], por lo que, en este escenario, el modelo polifónico de justicia constitucional propone la aplicación de diálogos interculturales para la construcción plural de derechos que consideren a los históricamente oprimidos.

Al respecto, Córdova (2018) justifica estos métodos en los siguientes términos:

> Cuando el Derecho y los derechos surgen de interpretaciones excluyentes o dejaron de considerar el sentir de los sectores en conflicto, estamos haciendo una teoría de la justicia que preserva un orden establecido discriminador, que olvida a las minorías y no consagra los supremos valores de la Norma (pp. 26-27).

En este orden, el autor señala que para evitar este tipo de teoría de la justicia, debe utilizarse prácticas interpretativas dialógicas, destinadas a sustantivar el debate y recuperar los verdaderos cimientos institucionales de la justicia deliberativa (*ibid.*) [594].

Por su parte, Gargarella (2018) refiere que, en este escenario dialógico, el Órgano Judicial deberá sustituir la práctica judicial de toma de decisiones inconsultas y exentas

[593] Esta ponderación intercultural fue el fundamento para la fundamentación de la figura jurídica de la reconducción procesal. En este marco, el TCP señaló: «…en el contexto señalado, de acuerdo a circunstancias concretas y en aplicación del método de ponderación para cada caso, la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de cualquiera de las acciones de defensa, en mérito a la naturaleza de derechos a ser tutelados, podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional a la acción idónea para el resguardo de los derechos denunciados como vulnerados, labor que tiene la finalidad de consolidar una verdadera materialización del orden constitucional imperante, resguardar el principio de justicia material y asegurar un real acceso a la justicia constitucional, resguardando así la vigencia de valores plurales supremos como ser el 'Vivir Bien' en el marco de los lineamientos propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, postulado que se configura como un razonamiento, conocimiento o saber de carácter esencial para el presente fallo constitucional» (SCP 0778/2014, de 21 de abril, FJ C.6).

[594] Además, el autor realiza la siguiente reflexión: «Pensar el Derecho y los derechos como un proceso de creación múltiple donde se debate el interés general conduce a revertir aquéllos como formas de interacción democrática de la sociedad y los jueces que, con sus intervenciones, pueden identificar la 'autorrepresentación publicística de intereses privilegiados' en el andamiaje judicial. Sí las cosas, las judicaturas pueden promover una argumentación racional de opiniones que podrían presentarse en la discusión judicial para coincidir o discrepar, teniendo la consideración que el Derecho reproduce o mantiene relaciones simbólicas de dominación a través de estas instancia (in)comunicativas» (*ibid.*: p. 26)

de la participación popular que en muchos casos favorecen a las élites políticas, económicas o religiosas del momento, por decisiones emergentes de discusiones plurales desde la polifonía de los diversos actores sociales (p. 197-212). Asimismo, el autor resalta la importancia de una composición plural de los órganos judiciales para evitar respuestas judiciales desde la mirada exclusiva de las élites socioeconómicas dominantes (*ibid.*).

Esta polifonía de métodos del derecho —los diálogos interculturales e interjurisdiccionales, los peritajes antropológico-culturales, las pautas interculturales de interpretación de derechos, los amigos del tribunal y las audiencias públicas, entre otros— están orientados a plasmar la voz de los históricamente oprimidos (ideal máximo del giro decolonial) y justifican la nomenclatura utilizada: *modelos polifónicos,* es decir, varias voces para la construcción plural de derechos, las cuales, desde miradas y realidades diversas, no pueden ser traducidas ni entendidas a partir de un constitucionalismo monocultural basado en un órgano de control de constitucionalidad que resuelva y construya verticalmente derechos desde los *escritorios* de un órgano centralizado.

Entonces, por lo afirmado, estos métodos plurales caracterizan un derecho sentí-pensante en los términos descritos en el primer capítulo de este trabajo, en aras además de una construcción plural basada también en un pluralismo epistémico acorde con un pluralismo jurídico de tipo igualitario.

Lamentablemente, en especial en la acción popular, tal como se evidenciará en el siguiente capítulo, el TCP boliviano, si bien desarrolló en su doctrina jurisprudencial los métodos plurales de derecho, no los aplica especialmente para el resguardo de derechos transindividuales vinculados a los pueblos indígenas o para los derechos de la Madre Tierra, al grado que en 12 años de vigencia de la Constitución de 2009, no desarrolló ningún diálogo interjurisdiccional directo; herramienta que plantea que no sean los históricamente oprimidos —es decir, los pueblos indígenas— quienes acudan al TCP con sede en Sucre, sino que sea esta instancia la que, en un marco dialógico, llegue a la comunidad para poder así aplicar la metodología antes propuesta.

Un antecedente importante de análisis está registrado en la DCP 0006/2013, que emergió de la primera consulta de autoridades de naciones y pueblos indígena originario campesinos en relación a la aplicación de sus normas[595]. En este caso fue la comunidad de Zongo (La Paz) la que acudió a las instalaciones del TCP, en Sucre. Sin embargo, si bien ésta fue una forma de diálogo interjurisdiccional, éste se desarrolló bajo el formato de una audiencia pública que no terminó de romper el esquema formalista y ritualista de las audiencias que son propias de un modelo positivista de derecho.

Debe resaltarse, por otra parte, que el planteamiento del modelo polifónico de justicia constitucional no consiste únicamente en la aplicación exclusiva de las audiencias públicas, las cuales, si bien son importantes para una construcción plural de derechos por ser también métodos dialógicos de construcción de derechos, no son suficientes. Por ello, en armonía con un pluralismo jurídico de tipo igualitario, es esencial desarrollar los diálogos

[595] Este mecanismo está regulado en el art. 202 de la CPE y será expuesto con mayor precisión en el siguiente capítulo de tesis.

interjurisdiccionales e interculturales destinados a generar una relación horizontal con los históricamente oprimidos, a efectos de propiciar construcciones plurales de derechos.

En efecto, el modelo polifónico de justicia constitucional pretende fortalecer los diálogos interculturales e interjurisdiccionales, que son herramientas dialógicas directas entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, y con los pueblos indígenas. Por tanto, deberá ser el TCP la instancia que genere un escenario dialógico desde la vivencia propia y la cosmovisión de la nación o pueblo indígena originario campesino, lo que significa un desmontaje de las lógicas de colonialidad, en términos de la doctrina jurisprudencial sentada en la SCP 0790/2012 de 20 de agosto.

Lamentablemente, en el Estado Plurinacional de Bolivia, en estos 12 años de vigencia de la Constitución, a pesar de que el diseño constitucional del TCP se enmarca, plenamente, en los planteamientos de un modelo polifónico de justicia constitucional, como se señaló, estos diálogos interculturales e interjurisdiccionales no fueron desarrollados por esta instancia.

El único mecanismo dialógico frecuentemente utilizado por el TCP es el de los peritajes antropológico-culturales [596], los cuales son esenciales para una construcción plural de derechos, aunque plantean una voz mediada con los pueblos indígenas, por lo que estas herramientas deben ser utilizadas de manera conjunta y complementaria a los diálogos interculturales e interjurisdiccionales con los pueblos indígenas.

Estos mecanismos dialógicos, en el marco de un modelo polifónico de justicia constitucional, tienen además la finalidad de superar la concepción binaria propia de la construcción liberal de derecho que puede traducirse en una concesión o denegatoria de tutela, o en declarar probada o improbada una demanda. En cambio, el modelo polifónico de justicia constitucional, a través de los mecanismos dialógicos señalados pretende superar esta lógica de ganadores y perdedores para sustituirla por una perspectiva orientada a la restitución del equilibrio y armonía en un contexto de diversidad y pluralismo jurídico epistemológico.

Este equilibrio, que se debe generar a partir de los métodos dialógicos propios del modelo polifónico de justicia constitucional, está interrelacionado, además, con la aplicación de la doctrina de reparación integral de daños desarrollada por la Corte CIDH, la cual fue asumida, por primera vez, por el TCP en la SCP 0019/2018-S2 [597].

---

[596] El TCP, según su estructura orgánica, dispone de una instancia denominada Secretaría Técnica, de la cual depende la Unidad de Descolonización, que es la encargada de realizar los peritajes antropológico-culturales.

[597] En cuanto a la doctrina de reparación integral de daños asumida por la Corte Interamericana de derechos humanos frente a vulneración de derechos, el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero, ejerció control de convencionalidad y desarrolló como estándar jurisprudencial y por ende precedente en vigor esta doctrina. En este marco, estableció que para la reparación integral de daños existen cinco criterios de análisis: 1) La restitución, que asegura que la víctima sea puesta en una situación idéntica a la que se encontraba antes de la vulneración a sus derechos; 2) La indemnización, que consigna el daño material analizado en términos de daño emergente y lucro cesante; y en daño inmaterial, que a su vez puede comprender al daño moral, al daño familiar, o al daño al proyecto de vida entre otros; 3) La rehabilitación que tiene la finalidad de brindar una atención ade-

Además, la utilización de estos métodos dialógicos debe comprender también un enfoque intercultural y un enfoque diferenciado que escuche, a través de modalidades plurales y dialógicas, las voces de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas, las mujeres, y los colectivos LGBTI, entre otros.

Por lo expuesto, es evidente que no existirá equilibrio si no se aplican mecanismos de reparación integral de derechos cuando se vulneren derechos interpretados interculturalmente. Por tal razón, el modelo polifónico de justicia constitucional, buscará, a través de los diálogos interculturales e interjurisdiccionales y de los demás métodos de construcción plural de derechos, la restitución del equilibrio en el marco de la vigencia de una reparación integral de daños con enfoque intercultural.

4.- El Sistema Plural de Control de Constitucionalidad boliviano: ¿Un modelo polifónico de justicia constitucional?

El TCP, al amparo del modelo constitucional vigente, desarrolló el concepto del *Sistema Plural de Control de Constitucionalidad*[598], el cual incluye un rasgo de control de constitucionalidad concentrado porque la CPE consagra, como último y máximo guardián de la Constitución y del bloque de constitucionalidad al TCP. Pero, además de este carácter concentrado, este sistema tiene rasgos muy específicos que deben ser desarrollados desde mecanismos dialógicos del ejercicio de la justicia constitucional, en la línea de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Ahora bien, con la finalidad de proponer una reflexión académica en cuanto al sistema plural de control de constitucionalidad boliviano, con carácter previo, se propone una remembranza de los sistemas de control de constitucionalidad que fueron implementados a lo largo de la historia republicana. Desde esta perspectiva, debe resaltarse que la primera Constitución de Bolivia (1826) asumió un control político de constitucionalidad en la Cámara de Senadores[599]; posteriormente, la Constitución de 1834 encomendó al Consejo de Estado el control de la Constitución[600]. Luego, la Constitución de 1834 estableció que el Consejo Nacional era el órgano encargado del control de constitucionalidad[601].

---

cuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones a derechos; 4) La satisfacción que tiene la finalidad de generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos humanos; y 5) Las garantías de no repetición, que fundamentalmente están dirigidas a mitigar los daños colectivos y evitar que nuevos actos u omisiones lesivas en otros casos se presenten (Fj. III.4).

598 Entre las más importantes se tiene la SCP 0300/2012 de 18 de junio; la DCP 0006/2013 de 5 de junio y 0778/2014 de 21 de abril, entre otras.

599 Esta Constitución fue sancionada el 6 de noviembre de 1826, durante la presidencia del Mariscal de Zepita, José Andrés de Santa Cruz Calahumana.

600 Esta Constitución fue sancionada el 16 de octubre de 1834 y Promulgada el 20 de octubre de ese año, durante la presidencia del Mariscal de Zepita José Andrés de Santa Cruz Calahumana. El artículo 100 de esta Constitución, en su tercer numeral, entre las atribuciones del Consejo de Estado, establece las siguientes: «Velar sobre la observancia de la Constitución, e informar documentadamente al Cuerpo Legislativo sobre las infracciones de ella».

601 Esta Constitución fue sancionada el 11 de junio de 1843 y promulgada el 17 de junio de 1843, durante

Más tarde, la Constitución de 1871 mantuvo, en manos del Poder Legislativo, el sistema político de control de constitucionalidad [602].

La Constitución de 1878, por su parte, modificó el sistema político de control de constitucionalidad adoptando sistema difuso encomendado a la Corte Suprema de Justicia [603]. Este modelo fue mantenido en las constituciones de 1880 [604]y de 1938. Esta última inauguró la era del constitucionalismo social en Bolivia y mantuvo el control de constitucionalidad de la ley en la Corte Suprema de Justicia [605]. La Constitución de 1938 estableció también, como herramienta de defensa de la garantía de competencia el Recurso Directo de Nulidad, pero como un procedimiento de justicia ordinaria [606].

---

la presidencia del Mariscal de Ingavi, José Ballivián Segurola. El art. 61 señala: «Habrá un consejo nacional, compuesto de dos senadores, dos representantes, los ministros de Estado, dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, un general de Ejército, un eclesiástico de dignidad, y un jefe de alguna de las oficinas de hacienda». Por otra parte, el art. 63 determina: «El Presidente de la República nombrará a los demás individuos del consejo nacional, los cuales durarán en sus funciones, por cuatro años, pudiendo ser reelegidos, con derecho de renuncia». Por su parte, el art. 64 señala: «El Presidente de la República que haya concluido su periodo constitucional será individuo nato del consejo». De la misma forma, el art. 66 señala: «Son atribuciones del Consejo: '[…] 1. Velar sobre la observancia de la Constitución, dando al Poder Ejecutivo los informes convenientes en los Casos de infracción». Finalmente, el art. 78 prescribe: «El dictamen del consejo nacional es puramente consultivo, salvo los casos especiales requiere que el Poder Ejecutivo proceda con su acuerdo».

602 Esta Constitución fue sancionada el 9 de octubre de 1871 y promulgada el 18 de octubre del mismo año, durante la presidencia del general Agustín Morales Hernández. Dicha Constitución, en su art. 45, numeral 4 establece: «Averiguar las infracciones de la Constitución por medio de comisiones que ejerzan la policía judicial, para que en su caso se haga efectiva en juicio la responsabilidad de los infractores».

603 Esta Constitución fue sancionada el 14 de febrero de 1878 y promulgada un día después, durante la presidencia del general Hilarión Daza Groselle. Fue redactada por A.M Quijarro, I.R. Gutiérrez, Isaac Tamay y Ricardo Bustamante, y aprobada por la Asamblea Constituyente. Esta Constitución, en el artículo 111 numeral 2 señala: «Son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes: […] Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones».

604 Esta Constitución fue sancionada el 17 de octubre de 1880 y promulgada el 28 de octubre de 1880, durante la presidencia del general Narciso Campero Leyes. En su art. 111 numeral 2, esta norma dispone: «Son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes: […] Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones».

605 Esta Constitución fue sancionada el 28 de octubre de 1938 y promulgada el 31 de octubre del mismo año, durante la presidencia del teniente coronel Germán Busch Becerra. En su artículo 143, numeral 5, esta norma señala: «Son atribuciones de la Corte Suprema, a más de las que señalan las leyes: […] Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones». Cabe indicar que la era del constitucionalismo social fue desarrollada en el tercer capítulo de este trabajo.

606 Esta Constitución, en el art. 140, numeral 3 dispone: «Corresponde a la justicia ordinaria: […] Resolver los recursos directos de nulidad que se deduzcan en resguardo del art. 27 de la Constitución, contra todo acto o resolución de autoridad pública que no fuese judicial. Estos recursos serán sustanciados y resueltos por los tribunales y jueces que tengan por ley la facultad de juzgar en primera instancia al funcionario que se hubiese excedido en sus facultades». El art. 27 establecía que son nulos los actos de los que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley.

Asimismo, debe resaltarse que la Constitución social de 1938 incorporó, por primera vez, una herramienta esencial de control tutelar: el hábeas corpus. El art. 8 de esta Constitución, de manera expresa señaló:

> Toda persona que creyere estar indebidamente detenida, procesada o presa, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior del Distrito o ante el Juez de partido, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales.

En cuanto al procedimiento, este artículo constitucional estableció: «La autoridad judicial decretará inmediatamente que el individuo sea conducido a su presencia y su decreto será obedecido, sin observación ni excusa, por los encargados de las cárceles o lugares de detención» [607].

Posteriormente, la Constitución de 1961 [608] mantuvo el control difuso de constitucionalidad de la ley en manos de la Corte Suprema de Justicia [609] y consagró también el recurso de hábeas corpus incluido en la Constitución de 1938. Además, incorporó al control de constitucionalidad el conflicto de competencias interorgánicas y el juicio contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras cuando se afecten derechos civiles [610]. De la misma forma, mantuvo el recurso directo de nulidad como mecanismo de control de legalidad de justicia ordinaria [611].

La Constitución de 1967 marcó un hito importante en el control de constitucionalidad [612], ya que, si bien mantuvo el control de constitucionalidad de la ley como com-

---

607 Este artículo además estableció: Además, este artículo octavo estableció: «Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial decretará la libertad, hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas». De la misma forma estableció que «La decisión que se pronuncie dará lugar al recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia, recurso que no suspenderá la ejecución del fallo». Finalmente establece que: «Los funcionarios públicos o personas particulares que resistan a las decisiones judiciales, en los casos previstos por este artículo, serán reos de atentado contra las garantías constitucionales, en cualquier tiempo, y no les servirá de excusa el haber cumplido órdenes superiores».

608 Esta Constitución fue sancionada por el Congreso Nacional extraordinario y promulgada el 4 de agosto de 1961, durante la presidencia de Víctor Paz Estenssoro.

609 El art. 124.2 señala que son atribuciones de la Corte Suprema las siguientes: Conocer en única instancia de los asuntos de puro derecho, cuya decision dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.

610 El art. 124.8 señaló que son atribuciones de la Corte Suprema las siguientes: dirimir las competencias que se susciten entre las municipalidades y entre éstas y las autoridades públicas. El numeral noveno de esta disposición estableció que era atribución de la Corte Suprema de Justicia conocer, en única instancia, de los juicios contra las resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras cuando tales resoluciones afectaren a uno o más derechos civiles concretos y siempre que dichos juicios no afecten las atribuciones privativas de las Cámaras.

611 El art. 121.2 señala que corresponde a la justicia ordinaria: «Resolver los recursos directos de nulidad que se deduzcan en resguardo del artículo 29 de la Constitución, contra todo acto o resolución de autoridad pública que no fuese judicial. Estos recursos serán sustanciados y resueltos por los tribunales y jueces que tengan por ley, facultad de juzgar en primera instancia al funcionario que se hubiera excedido en sus facultades».

612 Esta Constitución fue promulgada el 2 de febrero de 1967, durante la presidencia del Gral. de Fuerza,

petencia de la Corte Suprema de Justicia [613], estableció también que el recurso directo de nulidad —en resguardo de la garantía de competencia— era un mecanismo de justicia ordinaria [614] y consagró el recurso de hábeas corpus [615]. También incorporó el recurso de amparo constitucional [616], como una herramienta de control tutelar de constitucionalidad. En este marco, debe destacarse que el art. 19 estableció:

> Fuera del recurso de «hábeas corpus», a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes [617].

René Barrientos Ortuño.

613 Esta atribución está establecida en el art. 127 de la Constitución de 1967.

614 Esta prescripción está contenida en el art. 122.2 de esta Constitución.

615 El art. 18 de la Constitución de 1967 establece: «Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él, ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales». Además, esta disposición estableció: «En los lugares donde no hubiere Juez de Partido la demanda podrá interponerse ante un Juez Instructor. La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia. Con dicha orden se practicará citación personal o por cédula en la oficina de la autoridad demandada, orden que será obedecida sin observación ni excusa, tanto por aquella cuanto por los encargados de las cárceles o lugares de detención sin que éstos una vez citados, puedan desobedecer arguyendo orden superior. En ningún caso podrá suspenderse la audiencia. Instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia en la misma audiencia ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente». De la misma forma, este artículo dictaminó: «El fallo deberá ejecutarse en el acto. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio, ante la Corte Suprema de Justicia en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo. Si el demandado después de asistir a la audiencia la abandona antes de escuchar la sentencia, ésta será notificada válidamente en estrados. Si no concurriere, la audiencia se llevará a efecto en su rebeldía y, oída la exposición del actor o su representante, se dictará sentencia. Los funcionarios públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales, en los casos previstos por este artículo, serán remitidos, por orden de la autoridad que conoció del 'hábeas corpus', ante el Juez en lo penal para su juzgamiento como reos de atentado contra las garantías constitucionales. La autoridad judicial que no procediere conforme a lo dispuesto por este artículo quedará sujeta a la sanción del artículo 127, inciso 12, de esta Constitución».

616 Según Urioste (2009), el recurso de amparo constitucional en Bolivia fue proyectado por el conocido profesor boliviano de Derecho Constitucional, Ciro Félix Trigo (pp. 67-108).

617 Esta disposición constitucional estableció también lo siguiente: «El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándoselo en forma sumarísima. El Ministerio Público podrá también interponer de oficio este recurso cuando no lo hiciere o no pudiere hacerlo la persona afectada». En cuanto al procedimiento, la referida disposición determinó: «La autoridad o la persona demandada será citada en la forma prevista por el artículo anterior a objeto de que preste información y presente, en su caso, los actuados concernientes al hecho denunciado, en el plazo máximo de 48 horas. La resolución final se pronunciará en audiencia pública inmediatamente de recibida la información del denunciado, y, a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente. La autoridad judicial examinará la competencia del funcionario o los actos del particular y, encontrando cierta y efectiva la denuncia, concederá el amparo solicitado siempre que no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados, elevando de oficio su resolución ante la Corte Suprema de Justicia

En el marco del reconocimiento de un control tutelar de constitucionalidad a través de los recursos de hábeas corpus y de amparo constitucional y desde la perspectiva de un sistema difuso de control de constitucionalidad, el Código de Procedimiento Civil —ahora abrogado—, fue el que reguló el procedimiento que debía seguirse para la defensa de derechos a través de estas vías [618]. Esta normativa, además, reguló el procedimiento del proceso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de la ley [619].

La Ley de Organización Judicial N.° 1455 de 18 de febrero, reguló el procedimiento del control difuso de constitucionalidad, el conflicto de competencias y el juicio contra resoluciones del Poder Legislativo o de cualquiera de sus Cámaras que atente contra derechos civiles [620]. Asimismo, en el marco de un sistema difuso de control de constitucionalidad, reguló las atribuciones de la Sala Plena de las Cortes Superiores de Distrito para conocer y resolver recursos directos de nulidad [621].

La referida ley estableció que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia tenía competencia para conocer, en revisión, los recursos de amparo constitucional [622]. En primera instancia, los recursos de amparo constitucional eran conocidos por las Cortes Superiores de Distrito, en una de sus salas, por sorteo [623].

---

para su revisión, en el plazo de 24 horas». Finalmente, esta norma dispuso: «Las determinaciones previas de la autoridad judicial y la decisión final que conceda el amparo serán ejecutadas inmediatamente y sin observación, aplicándose, en caso de resistencia, lo dispuesto en el artículo anterior».

618 Los arts. 758 al 761 regularon el procedimiento del hábeas corpus. Los arts. 726 al 767 regularon el procedimiento del amparo constitucional. El recurso directo de nulidad estaba regulado en los arts. 768 al 774. El proceso contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras que afecten derechos fundamentales se reguló en los arts. 782 y 783. También, esta normativa reguló el recurso contra tributos ilegales en los arts. 784 al 786.

619 El art. 754 del abrogado Código de Procedimiento Civil estableció que toda persona que se creyere agraviada por los efectos de una ley, decreto o cualquier género de resolución, podía acudir ante la Corte Suprema de Justica demandando se declara la inaplicabilidad de aquellas disposiciones por inconstitucionales y se restauren sus derechos. Esta petición podría realizarse sobre toda la norma o solo en relación a disposiciones específicas.

620 El art. 55.6 de esta ley estableció que era competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena conocer, en única instancia, los asuntos de puro derecho de cuya decisión dependa la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y cualquier género de resoluciones.

El numeral 7 estableció que era competencia de esta instancia conocer y resolver todos los procesos relativos al control de constitucionalidad establecidos en la CPE para los que fuere competente. Por su parte, el numeral 11 estableció también, como competencia de la Corte Suprema de Justicia, conocer, en única instancia, de los juicios contra las resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afectaren a uno o más derechos concretos, sean civiles o políticos y cualesquiera que sean las personas interesadas. De la misma forma, el numeral 19 estableció que era competencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena resolver los recursos directos de nulidad que se deduzcan contra los actos o resoluciones dictadas por los ministros de Estado y por todo funcionario cuyo juzgamiento le corresponde conocer.

621 El art. 103.9 de esta ley establece que es atribución de la Sala Plena de las Cortes Superiores de Distrito conocer los recursos directos de nulidad que se interpusieren contra actos o resoluciones dictadas por las municipalidades, prefecturas y subprefecturas.

622 El art. 58.4 estableció que era atribución de la Sala Civil conocer, en revisión, los fallos pronunciados por las autoridades inferiores en el marco de los recursos de amparo constitucional planteados contra resoluciones en materias civil-comercial, de familia y del menor.

623 Esta atribución se encuentra regulada en el art. 125 de la Ley de Organización Judicial.

De la misma forma, en un contexto difuso de control de constitucionalidad se disciplinó la figura del amparo administrativo, el cual era conocido en primera instancia por la Sala en materias del trabajo y seguridad social de las Cortes Superiores de Distrito [624].

También, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tenía la competencia de conocer en revisión los recursos de hábeas corpus [625]. En primera instancia, los recursos de hábeas corpus eran conocidos por las Cortes Superiores de Distrito [626], pero también podían ser resueltos por los Juzgados de Partido en materia penal [627].

En el marco de un modelo de Estado Pluricultural y multiétnico, el sistema difuso de control de constitucionalidad en Bolivia fue sustituido por la Constitución de 1994 [628], que implementó un sistema preminentemente concentrado encomendado al Tribunal Constitucional, compuesto por cinco magistrados titulares y cinco suplentes, designados por el Congreso Nacional por dos tercios de votos de sus miembros presentes, por un periodo de diez años improrrogables [629].

La Constitución de 1994 que, tal como se señaló, implementó un sistema preminentemente concentrado de control de constitucionalidad, mantuvo procedimientos constitucionales formalistas propios de un molde eurocéntrico de control de constitucionalidad. Estos procedimientos, en el marco del cambio de sistema de control de constitucionalidad, fueron disciplinados en la Ley N.° 1836 del Tribunal Constitucional [630].

En el marco de este modelo preeminentemente concentrado de control de constitucionalidad, el art. 120 de esta Constitución estableció los siguientes procedimientos constitucionales: el recurso abstracto de inconstitucionalidad; el recurso concreto de inconstitucionalidad; los conflictos de competencias y controversias entre los poderes

---

624 El art. 107 de la Ley de Organización Judicial estableció, como competencia para esta instancia, conocer de los recursos de amparo constitucional contra los actos de autoridades en materias social, de minería y administrativa.

625 El art. 59.7 de esta ley estableció que era atribución de la Sala Penal, conocer en revisión, las resoluciones pronunciadas por los tribunales inferiores en los recursos de hábeas corpus, así como las pronunciadas dentro de los recursos de amparo constitucional contra autoridades en materia penal.

626 Así lo estableció el art. 103.12 de la Ley 1455 que determina, como atribución de la Sala Plena de las Cortes Superiores de Distrito, conocer los recursos de hábeas corpus y amparos establecidos por la CPE.

627 Así lo estableció el artículo 136.4 de la Ley del Órgano Judicial que establece, como atribución expresa de los jueces de partido en materia penal, conocer los recursos de hábeas corpus en la forma señalada por la CPE y leyes en vigencia.

628 Esta Constitución fue aprobada durante la presidencia de Gonzalo Sánchez de Lozada, por el Congreso Constituyente, el 12 de agosto de 1994.

629 El artículo 119.I de esta Constitución estableció: «El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido solo a la Constitución. Tiene su sede en la ciudad de Sucre». La forma de designación está regulada en el art. 14 de la Ley 1836.

630 En armonía con la Constitución, el art. I de la Ley 1836 estableció que el Tribunal Constitucional era independiente y estaba sometido solo a la Constitución y la Ley. El numeral segundo de esta disposición estableció que eran fines del Tribunal Constitucional garantizar la primacía de la Constitución, el respeto y vigencia de los derechos y garantías fundamentales de las personas, así como la constitucionalidad de las convenciones y tratados.

públicos, la Corte Nacional Electoral (CNE), los departamentos y los municipios; y las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales.

También, la referida disposición constitucional contempló a los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución; los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o una de sus Cámaras, cuando tales resoluciones afecten a uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas; los recursos directos de nulidad interpuestos en resguardo del art. 31 de la Constitución y las consultas del presidente de la República, el presidente del Honorable Congreso Nacional y el presidente de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones, o de leyes, decretos o resoluciones aplicables a un caso concreto.

Asimismo, dicha disposición constitucional consignó la constitucionalidad de tratados o convenios con gobiernos extranjeros u organismos internacionales; las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución; y la revisión de los recursos de amparo constitucional y hábeas corpus [631]. El hábeas data fue posteriormente introducido por la Constitución de 2004 [632].

Como puede advertirse, muchos de estos mecanismos ya estaban reconocidos por las anteriores Constituciones pero en el marco de un sistema difuso de control de constitucionalidad o como mecanismos de justicia ordinaria, como es el caso del recurso directo de nulidad. Sin embargo, con la asunción de un modelo preeminentemente concentrado de constitucionalidad se consagran como procedimientos constitucionales [633]. Empero, a pesar de la vigencia de un modelo de Estado pluricultural y multiétnico, tal como lo estableció el art. 1 de la Constitución de 1994, no se implementaron, ni el diseño constitucional ni en la jurisprudencia, mecanismos o criterios dialógicos para la construcción

---

631 Todos estos procedimientos fueron considerados en el art. 7 de la Ley 1836 del Tribunal Constitucional.

632 La Constitución de 1994 fue reformada por la Constitución de 2004, durante la presidencia de Carlos Mesa. Esta reforma introdujo, en el artículo 23, el hábeas data. El tenor de esta disposición estableció: I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos, de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de hábeas data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya; II. Si el Tribunal o Juez competente declara procedente el recurso ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado; III. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo; IV. El recurso de hábeas data no procederá para levantar el secreto en materia de prensa; V. El recurso de hábeas data se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el artículo 19 de esta Constitución.

633 Se utiliza el término «preminentemente concentrado» porque aún cuando se crea el Tribunal Constitucional, existían procedimientos constitucionales con efectos propios de un sistema difuso de control de constitucionalidad de la ley, como es el caso del recurso contra tributos, el cual, de acuerdo a la Ley 1836 en caso de incompatibilidad se declaraba la inaplicabilidad de la norma y no se le brindaba el efecto *erga omnes*.

plural de derechos, por lo que se puede colegir que este sistema no estuvo vinculado a un modelo polifónico de justicia constitucional.

La Constitución de 2009, luego de un proceso constituyente plural, diseñó un modelo de control de constitucionalidad que debe ser analizado desde los principios de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización —principios que fueron descritos en el anterior capítulo—, por lo que, desde este horizonte puede señalarse que los métodos dialógicos que conllevan estos principios se enmarcan en el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad (por lo menos, en su diseño constitucional) así como en el modelo polifónico de justicia constitucional. Por ello, tal como intentará argumentarse, los lineamientos propios de este modelo conllevan una perspectiva procesal constitucional sustancialmente diferente al modelo preminentemente concentrado asumido por la Constitución boliviana de 2004 y a los modelos jurisdiccionales concentrados, difusos y mixtos descritos en la primera parte de este capítulo.

Lamentablemente, en el caso boliviano, el grave problema, después de la vigencia de la Constitución de 2009, fue y sigue siendo la *brecha de implementación*, es decir, la distancia que se genera entre el modelo teórico-constitucional y la implementación de la reforma constitucional [634], lo que implica que, si bien el modelo polifónico de justicia constitucional tiene pleno respaldo y sustento en la Constitución democrática de 2009, sin embargo, a través de legislación infraconstitucional y de argumentaciones e interpretaciones viciadas, sesgadas y contrarias al modelo constitucional, éste no se ha podido materializar. Esto, además, ha generado la afectación y desconocimiento a los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, los cuales, si bien han tenido un importante desarrolló en doctrina jurisprudencial —tal como se ha evidenciado en el capítulo anterior— no han llegado a efectivizarse plenamente en la razón jurídica de la mayoría de las decisiones que emanan del TCP [635].

En esta línea, lo primero que debe señalarse es el alcance del *Sistema Plural de Control de Constitucionalidad*, al cual se encomienda la materialización de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, en el marco de la confluencia de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, de un modo consistente con los avances del derecho internacional de los derechos humanos.

Prima facie, debe señalarse que en la base del sistema se encuentran todas las autoridades judiciales, entre ellas las y los jueces de primera instancia, las y los vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, las y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; así como las y los jueces agroambientales y los magistrados del Tribunal Agroambiental [636]. De la misma forma, en la base del sistema están todas y todos los servidores

[634] El término «brecha de implementación» fue acuñado por Rodolfo Stavenhagen (2007, pp. 183-194).

[635] La correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor y la diferencia con la razón jurídica de la decisión y con la doctrina jurisprudencial serán analizadas, de manera específica, en el siguiente capítulo.

[636] En efecto, todas las autoridades judiciales están en la base del Sistema Plural de Control de Constitucionalidad y, por ende, son los primeros garantes de los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad, por lo cual deben materializarlos de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación

públicos; también, en el marco de la igualdad jerárquica de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades se encuentran en la base del sistema [637], así como los particulares, en coherencia con la doctrina de la eficacia horizontal de derechos [638].

En un nivel intermedio del Sistema Plural de Control de Constitucionalidad, se tiene a los vocales de las Salas Constitucionales en los departamentos y las y los jueces y tribunales de garantías en las provincias. Todas estas autoridades tienen competencia para resolver las cinco acciones de defensa, es decir, la acción de libertad, la acción de amparo constitucional, la acción de protección de privacidad, la acción de cumplimiento y la acción popular. Y, finalmente, el TCP, en el marco de este sistema, se encuentra en el último nivel al ser el máximo garante de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, para no exceder el objeto de este trabajo de investigación, el análisis se centrará en el TCP y también en los vocales de las Salas Constitucionales, así como en los jueces y tribunales en provincias que actúan como tribunales de garantía, por tener estos competencia para conocer acciones populares.

Debe establecerse que, en cuanto al TCP, la SCP 0778/2014 de 21 de abril, determinó que el Estado Plurinacional adoptó un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionalidad en los siguientes términos:

> …el Estado Plurinacional de Bolivia adopta un sistema jurisdiccional concentrado y plural de control de constitucionalidad, en manos del Tribunal Constitucional Plurinacional, instancia que ejerce sus roles propios del control plural de constitucionalidad a partir de la posesión de sus Magistradas y Magistrados con composición plural (FJ C.4).

Desde esta perspectiva, en esta sentencia, se estableció también que

> …al existir una instancia imparcial, independiente y especializada en justicia plural constitucional, se colige que en el Estado Plurinacional de Bolivia, impera un sistema jurisdiccional plural y concentrado de control de constitucionallidad, instancia a la cual la la función constituyente encomendó tanto el cuidado del bloque de constitucionalidad como el resguardo a los derechos fundamentales, en su faceta de derechos individuales o derechos con incidencia colectiva (*ibid.*) [639].

---

de derechos descritas en el capítulo cuarto. El grave problema de un activismo judicial acorde con las pautas constitucionalizadas de interpretación es la falta de independencia judicial existente en el Estado Plurinacional de Bolivia, ya que estas autoridades se encuentran en situación de transitoriedad, de acuerdo a lo establecido por la Ley 212 de 23 de diciembre de 2011 y, además, el 80% de las y los jueces en el país no son de carrera judicial (Fundación Construir, 2020, pp. 91-92).

637 En este punto, es importante señalar que las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinas son las primeras garantes de los derechos, los cuales se interpretan bajo pautas interculturales de interpretación y no desde la lógica exclusiva del principio de universalidad de derechos. En este marco, ya se desarrollaron las SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, 0778/2014 de 21 de abril y 0481/2019-S2 de 9 de julio.

638 La doctrina de la eficacia horizontal de derechos fue establecida en la SCP 0085/2012, FJ III.1, de 16 de abril.

639 Este criterio fue inicialmente establecido por la SCP 2143/2012, FJ III.1, de 8 de noviembre, aunque la

Desde el enfoque citado, la DCP 0006/2013 de 5 de junio, que también abordó el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad, estableció que el Tribunal Constitucional Plurinacional es

> …una institución encargada de ejercer el control sobre todas las jurisdicciones y, en general, sobre todos los órganos del poder público, a partir del diálogo intercultural que se entable en este órgano, que tiene la representación de los dos sistemas de justicia, el ordinario y el indígena originario campesino (FJ III.2).

Como puede evidenciarse, la doctrina jurisprudencial del TCP ha consagrado la idea del Sistema Plural de Control de Constitucionalidad a la luz de un máximo y último guardián de la Constitución democrática. El TCP se ampara en principios de imparcialidad, independencia, composición plural y especialización en justicia plural constitucional, aspecto que le brinda el rasgo concentrado y jurisdiccional, pero que, a su vez, amplía su espectro competencial a procedimientos constitucionales interculturales enmarcados en construcciones plurales de derechos bajo enfoques interculturales y mecanismos dialógicos de derecho, lo que implica que este sistema no deba ser analizado, únicamente, desde el tradicional molde eurocéntrico del control jurisdiccional concentrado de constitucionalidad, sino, más bien, señala que su desarrollo debe ser pensado desde los lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional.

En efecto, uno de los elementos esenciales que es oportuno reflexionar en este espacio —no solo para analizar el sistema plural de control de constitucionalidad, sino también para identificar las graves deficiencias argumentativas e interpretativas de derechos en la acción popular (tarea que será realizada en el siguiente capítulo)—, es la *composición plural* del TCP, rasgo que confiere *esencia vital* al modelo polifónico de justicia constitucional. En esta línea, la Constitución, en el art. 197.I, establece: «El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino» [640].

Por su parte, el art. 198 de la Constitución señala: «Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia».

De acuerdo a una interpretación sistémica de la Constitución, para una real composición plural, debe establecerse que la votación, por sufragio universal, solamente debe ser aplicable para los candidatos que representen al sistema ordinario, ya que la Constitución, en el art. 11, consagra una democracia plural, la cual contempla una democracia comunitaria que, sin duda, para una real composición plural y con criterios de plurinacionalidad

---

sentencia analizada desarrolló el Sistema Plural de Control de Constitucionalidad con mayor precisión.

640 El Pacto de Unidad y el primer proyecto de la Constitución aprobado consignaba una composición paritaria; sin embargo, luego de las modificaciones realizadas en Oruro y que fueron explicadas en el cuarto capítulo, la Constitución solo menciona criterios de plurinacionalidad, tal como reza el texto transcrito.

en el TCP, deberá ser aplicada para las y los magistrados que representen a la jurisdicción indígena originario campesina.

Así, el artículo 11.II de la CPE establece:

> La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley; 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto conforme a Ley; 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a ley.

Por su parte, la Ley del Órgano Electoral N.° 026 de 30 de junio de 2010, en los arts. 4.j, 10, 91, 92 y 93[641], consagra la democracia comunitaria, la cual, debe ser ejercida por las naciones y pueblos indígena originario campesinos de acuerdo a sus propias normas y procedimientos y en el marco de sus sistemas políticos propios. Además, de conformidad con el art. 44 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el art. VII.1 de la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la democracia comunitaria debe ejercerse en condiciones de paridad entre hombres y mujeres.

---

[641] El art. 4.j señala: «El ejercicio de los derechos políticos en el marco de la democracia intercultural y con equivalencia de condiciones entre mujeres y hombres comprende: el ejercicio de la democracia comunitaria según normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos». El art. 10 señala: «La democracia comunitaria se ejerce mediante el autogobierno, la deliberación, la representación cualitativa y el ejercicio de derechos colectivos, según normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos». El art. 91 establece: «En el marco de la Democracia Intercultural, las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercen sus derechos políticos de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, en una relación de complementariedad con otras formas de democracia. Las instituciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos forman parte del Estado Plurinacional, por lo que se reconocen sus autoridades y sus normas y procedimientos mediante los que ejercen su derecho al autogobierno». El art. 92 señala: «En el marco del ejercicio de la Democracia Comunitaria, el Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), supervisa el cumplimiento de las normas y procedimientos propios, cuando corresponda. Con este fin, se coordinará con las autoridades indígena originario campesinas para el establecimiento de la metodología de acompañamiento que se adecúe a las características de cada proceso y a sus diferentes etapas. El Órgano Electoral Plurinacional garantiza que el proceso de supervisión no interferirá en el ejercicio de la democracia comunitaria». El art. 93 señala: «Con el objetivo de salvaguardar el libre ejercicio de las normas y procedimientos propios, en el marco de los valores y principios de cada nación o pueblo indígena originario campesino, el Órgano Electoral Plurinacional garantiza que las normas y procedimientos propios se desarrollen sin interferencias o imposiciones de funcionarios estatales, organizaciones políticas, asociaciones de cualquier índole, poderes fácticos, o de personas u organizaciones ajenas a estos pueblos o naciones. La Democracia Comunitaria no requiere de normas escritas para su ejercicio, salvo decisión de las propias naciones o pueblos indígena originario campesinos. El Órgano Electoral Plurinacional reconoce y protege este precepto prohibiendo cualquier acción o decisión que atente contra el mismo. No se exigirá a estos pueblos y naciones la presentación de normativas, estatutos, compendios de procedimientos o similares».

El TCP, en una interpretación sistémica de la Constitución, mediante la DCP 0030/2013 de 28 de mayo y la SCP 2114/2013 de 21 de noviembre —desde una perspectiva de democracia plural, que no solo contempla a la democracia representativa a través del sufragio universal— consagró también la democracia comunitaria, que debe ser ejercida por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a través de sus sistemas políticos propios y de acuerdo a sus normas y procedimientos, estándares jurisprudenciales más altos que están en plena armonía con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización que caracterizan al modelo constitucional vigente.

Lamentablemente, los dos procesos de elección de altas autoridades del TCP hasta ahora realizados, fueron desarrollados en el marco únicamente de la democracia representativa, a través del voto universal y no así mediante la democracia comunitaria consagrada en la Constitución. Entonces, esta modalidad de elección de magistradas y magistrados, bajo la forma de autoidentificación y elección por sufragio universal [642], no aseguró una materialización del criterio de plurinacionalidad que debe ser respetado para una real composición plural del TCP.

Asimismo, la ausencia de una real composición plural en el TCP incidirá de manera directa en la imposibilidad de materializar el modelo polifónico de justicia constitucional diseñado a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador. En este orden de ideas, debe señalarse que la ausencia de una real composición plural en la máxima instancia de control de constitucionalidad evidencia la prevalencia de una epistemología hegemónica, monocultural y excluyente contraria a los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, visión que incidirá también en los razonamientos desarrollados por el máximo contralor de constitucionalidad referidas a acciones populares vinculadas a peticiones de pueblos indígenas, tal como se evidenciará en el último capítulo.

Al margen de la composición plural, es importante abordar el tema de la independencia judicial, condición esencial para la vigencia del modelo polifónico de justicia constitucional. Al respecto, una cuestión que debe ser analizada es la forma de elección de magistradas y magistrados del TCP; del mismo modo, deberá considerarse el diseño normativo del juicio de responsabilidades y, por otra parte, la falta de independencia financiera.

La historia de las constituciones bolivianas devela el tradicional sistema de elección de altas autoridades del Poder Judicial por parte del Poder Legislativo y, desde la Constitución de 1994, también de los magistrados del Tribunal Constitucional [643]. Sin embargo,

[642] Los candidatos para magistradas y magistrados al TCP utilizaron el concepto de autoidentificación con un pueblo indígena, pero, en vez de ser sometidos a criterios de democracia comunitaria, en representación de los pueblos indígenas, fueron sometidos a voto universal. En este sentido, el art. 13 de la Ley del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2010 estableció, en su segundo numeral, que al menos dos magistradas o magistrados del TCP deben provenir del sistema indígena originario campesino, por autoidentificación personal.

[643] Verbigracia, los arts. 60.2 de la Constitución de 1880, 58.18 de la Constitución de 1938; 59.18 de la Constitución de 1945; 58.17 de la Constitución de 1947; y 57.17 de la Constitución de 1961.

la Constitución de 2009 incorporó el mecanismo de voto popular a través de sufragio universal para las altas autoridades del Órgano Judicial y del TCP. En este marco, la Ley del Tribunal Constitucional de 6 de julio de 2010, encomendó a la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) el desarrollo de una etapa previa de preselección que concluye con la remisión de las listas de preseleccionados al Órgano Electoral Plurinacional para el desarrollo del proceso de sufragio universal [644].

Este proceso previo evidencia que los postulantes a magistradas o magistrados del TCP, en realidad, responderán a la decisión de los grupos de poder mayoritarios en la ALP y no así a la voluntad popular, con el agravante de que los autoidentificados con naciones y pueblos indígena originario campesinos no serán sometidos a mecanismos de democracia comunitaria.

Además, es importante señalar que el diseño normativo del juicio de responsabilidades es otro aspecto que afecta la garantía de independencia judicial en el Estado Plurinacional de Bolivia y que, en consecuencia, inviabiliza la materialización del modelo polifónico de justicia constitucional. La historia constitucional evidencia que en Bolivia, en un contexto de hiperpresidencialismo, ha imperado un juicio político contra autoridades del Poder Judicial, a cargo de un órgano político [645].

Este diseño se ha mantenido en la CPE de 2009 que, en su art. 159.11, establece que es atribución de la Cámara de Diputados formular acusación ante la Cámara de Senadores a los miembros del TCP. El art. 160.6 de la Constitución establece que es atribución de la Cámara de Senadores juzgar, en única instancia, a los miembros del TCP por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Esta disposición constitucional establece, además, que la sentencia deberá ser aprobada por, al menos, dos tercios de los miembros presentes, de acuerdo a ley.

La Ley N.° 044 de 8 de octubre de 2010, denominada Ley para el Juzgamiento de la Presidenta o Presidente y/o de la Vicepresidenta o Vicepresidente, de altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura,

644 Esta ley (art. 16, primer parágrafo) establece que la convocatoria del proceso de preselección de las magistradas y magistrados del TCP (titulares y suplentes), será emitida por la ALP y precisará las condiciones de elegibilidad y las características del procedimiento de preselección. Asimismo, el segundo numeral de esta disposición establece que «faltando seis meses para la fecha en que concluirá el mandato de las magistradas y los magistrados al Tribunal Constitucional Plurinacional, la Asamblea Legislativa Plurinacional emitirá la convocatoria de preselección de las candidatas y los candidatos. Las elecciones deberán realizarse cuando menos treinta días antes del fenecimiento del mandato de las magistradas y magistrados». Por su parte, el art. 19.I señala: «Toda persona que cumpla con los requisitos exigidos en la Constitución Política del Estado y la presente Ley, para ser elegida Magistrada o Magistrado del Tribunal Constitucional Plurinacional, podrá presentar su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional». Por otra parte, el tercer parágrafo de este artículo reza: «La Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de veintiocho postulantes, de los cuales la mitad serán mujeres, y remitirá la nómina de precalificados al Órgano Electoral Plurinacional».

645 La primera Constitución boliviana de 1825, en el art. 37 encomendó a la Cámara de Representantes el juzgamiento de altas autoridades de la Corte Suprema. Este diseño persistió durante todo el periodo del constitucionalismo liberal boliviano y también fue asumido por la Constitución Social de 1938, así como por las de 1945, 1947, 1961, 1967, 1994, 2004 y 2009.

Tribunal Constitucional Plurinacional y del Ministerio Público, en el art. 26 reguló la atribución de la ALP para el conocimiento de delitos cometidos por altas autoridades del Órgano Judicial y del TCP. El art. 45 estableció que la Cámara de Senadores podrá dictar sentencia condenatoria cuando, a juicio de los dos tercios de los miembros presentes, la prueba aportada sea suficiente para generar la convicción sobre la responsabilidad penal de la acusada o acusado.

Esta ley, en plena tramitación de un juicio de responsabilidades contra tres magistrados del TCP que ordenaron una medida cautelar que suspendió la aplicación de la Ley del Notariado en relación a la cual se activó una acción de inconstitucionalidad abstracta, a través de la Ley 612 de 4 de diciembre de 2014, modificó parcialmente la Ley 044 y en el art. 2, estableció que la función de juzgamiento de la Asamblea Legislativa Plurinacional

> …tiene carácter disciplinario por los hechos ilícitos cometidos en el ejercicio específico de las funciones de las altas autoridades del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Consejo de la Magistratura, Tribunal Constitucional Plurinacional y la Fiscal o el Fiscal General del Estado y será ejercida de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley.

Más allá del carácter disciplinario que se estableció al juicio de responsabilidades contra altas autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, éste es un *juicio político* que en un diseño constitucional marcado por el *hiperpresidencialismo* somete a un órgano *imparcial*, como debe ser el TCP, ante otro órgano de poder que, vía disciplinaria, podría disponer la destitución de cualquier magistrada o magistrado de esta máxima instancia de control de constitucionalidad por decisión de una mayoría hipotéticamente afín a un determinado grupo de poder. Esto, con el agravante de que, en el marco de su rol de limitación al ejercicio de poder, el TCP ejerce la facultad de someter a control de constitucionalidad al Órgano Legislativo [646], el cual puede, a su vez, juzgarlo a través de un *juicio político*. Entonces, en el Estado Plurinacional de Bolivia, ¿quién controla al controlador…? La respuesta es simple: el controlado.

La dialéctica narrada afecta directamente a la independencia judicial y, por ende, al modelo polifónico de justicia constitucional, lo que a su vez implica un nuevo silenciamiento de los históricamente oprimidos, tal como se demostrará en el último capítulo. A pesar de los progresos en diseño constitucional, sin un eficaz guardián de sus derechos frente al poder público, los grupos históricamente oprimidos, nuevamente se encuentran excluidos e invisibilizados, como lo estuvieron históricamente en esta parte del continente.

Si bien el objetivo de este trabajo no es desarrollar una propuesta sobre la necesidad imperiosa de reformar la Constitución, sin embargo, a la luz del modelo polifónico de

[646] El Órgano Legislativo se somete al control de constitucionalidad, especialmente a través de la acción de inconstitucionalidad abstracta, la acción de inconstitucionalidad concreta, el recurso contra tributos ilegales, los conflictos interorgánicos de competencias, el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales, la constitucionalidad de procedimientos parciales de reforma a la Constitución o los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando afecten uno o más derechos, entre otros procedimientos constitucionales establecidos en el art. 202 de la CPE.

justicia constitucional, cuyo desarrollo es uno de los objetivos de este trabajo, es necesario señalar que en el Estado Plurinacional debe reformular el juicio de responsabilidades para que sea una instancia imparcial, independiente y con composición plural la que se encargue de juzgar a las y los magistrados del TCP.

Al margen de lo anotado, es importante establecer que el tercer factor identificado previamente, en el caso boliviano, es la falta de independencia financiera del Órgano Judicial. En este sentido, el principio 7 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura prescribe que, a efectos de independencia financiera, «cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones».

Por su parte, la Corte IDH (2013) ha establecido la importancia, para la independencia judicial, de asignar porcentajes mínimos de presupuesto para los Órganos Judiciales, a fin de evitar la dependencia con los órganos Ejecutivo y Legislativo (párr. 50).

El Estado Plurinacional no asignó un presupuesto fijo al Órgano Judicial ni al TCP. El monto asignado por el TGE es variable y en un porcentaje muy reducido. De acuerdo a las estadísticas disponibles, el presupuesto asignado al sector justicia representa el 0.49% del presupuesto estatal (Fundación Construir, 2020, pp. 81-82).

Finalmente, a raíz de la Cumbre de Justicia que se llevó a cabo en 2016 —y que fue un escenario importante para el diseño de políticas públicas en materia de justicia plural—, mediante Ley 1104 de 28 de septiembre de 2018, en el marco de la estructura de los Tribunales Departamentales de Justicia, pero con dependencia funcional del TCP, se crearon, en las capitales de departamento, las Salas Constitucionales con competencia para conocer las cinco acciones tutelares: acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección de privacidad, acción de cumplimiento y acción popular[647].

Lamentablemente, estos vocales no son de carrera constitucional, ya que un examen de competencia supervisado por órganos cuya imparcialidad e independencia está cuestionada, de ningún modo suplirá la garantía de la carrera constitucional que debió cumplirse en el marco de los estándares internacionales brindados por la Corte CIDH y que fueron expuestos en este capítulo. Además, estas designaciones se realizan en un escenario de alarmante «transitoriedad de todos los cargos judiciales»[648], por lo que la inexistencia de una carrera constitucional es aún más grave y su ejercicio por un periodo limitado a cuatro años, tal como lo establece el artículo séptimo de la referida ley afecta directamente a la garantía de independencia judicial.

---

[647] De acuerdo al art. 6 de esta ley, se implementaron cuatro Salas Constitucionales en La Paz, cuatro en Santa Cruz, tres en Cochabamba, dos en Chuquisaca, dos en Oruro, dos en Potosí, dos en Tarija, dos en Beni y una en Pando.

[648] El 13 de febrero de 2010 se promulgó la Ley N.° 003, Ley de Necesidad de Transición a los nuevos entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, que estableció la convocatoria a elecciones de Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Tribunal Agroambiental, Tribunal Constitucional Plurinacional y Consejo de la Magistratura. Las primeras elecciones se realizaron el 16 de octubre de 2011. Esta ley declaró la «transitoriedad de todos los cargos» en toda la estructura judicial y facultó al presidente para la designación, por decreto supremo y con carácter interino, a las máximas autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional.

Es importante resaltar también que los referidos vocales no fueron designados bajo criterios de plurinacionalidad, por lo que, si ya es evidente la falta de composición plural en el TCP, la situación se agrava con la lectura monocultural que puedan realizar dichos vocales electos sin respetar los criterios mencionados.

Como puede advertirse, el sistema plural de control de constitucionalidad diseñado por la CPE de 2009 es plenamente armónico con el modelo polifónico de justicia constitucional, el cual, a su vez, aspira a materializar los postulados de la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interculturalidad y la descolonización, para que, a través de métodos dialógicos, los derechos se construyan pluralmente y bajo interpretaciones interculturales que escuchen la voz de los históricamente oprimidos. Sin embargo, lamentablemente, el diseño constitucional no fue observado y respetado por las leyes infraconstitucionales, así como tampoco por interpretaciones sesgadas y monoculturales del TCP, por lo que, en muchos casos —como los que serán expuestos en el último capítulo—, los históricamente oprimidos, a pesar de la naturaleza garantista de la Constitución, están más silenciados que en tiempos del nacimiento de la República.

5.- Conclusiones

El objetivo de este capítulo fue desarrollar los lineamientos característicos del modelo polifónico de justicia constitucional en el marco del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, y desde los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico de tipo igualitario, interculturalidad y descolonización.

Además, se intentó analizar el sistema plural de control de constitucionalidad boliviano a la luz de los lineamientos propuestos para el modelo polifónico de justicia constitucional. Para ello, trató de demostrarse que, si bien en diseño constitucional el sistema plural de control de constitucionalidad boliviano responde a los criterios de un modelo polifónico de justicia constitucional, existe una *brecha de implementación* debido —entre otros factores—, a la falta de composición plural del TCP y de las vocalías de las Salas Constitucionales, así como a problemas asociados a la falta de independencia judicial.

Los factores identificados, aunque no sean los únicos, impiden construcciones plurales de derechos bajo enfoques interculturales que contemplen las voces de los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas; y también ocasionan, de manera cada vez más frecuente, modificaciones a la CPE, vía interpretación constitucional, especialmente por vicios argumentativos contrarios al sistema democrático y al modelo constitucional imperante.

CAPÍTULO VI: LA ACCIÓN POPULAR Y LA DESCOLONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: IDENTIFICACIÓN DE SUS RASGOS PROCESALES ESENCIALES A LA LUZ DEL MODELO POLIFÓNICO DE JUSTICIA

1.- Resumen

Luego de haber desarrollado las características esenciales del modelo polifónico de justicia constitucional en el marco del diseño constitucional vigente en el Estado Plurinacional, en este capítulo, en base a la disciplina constitucional de la acción popular y los estándares jurisprudenciales más altos para este mecanismo tutelar aplicados por el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), se identificarán los rasgos procesales más importantes de esta acción. Esto implica una lectura descolonizada del derecho procesal constitucional para generar así construcciones plurales y dialógicas de derechos transindividuales, en la línea del paradigma biocéntrico imperante, con el propósito de evitar decisiones arbitrarias que puedan ser contrarias a los mandatos constitucionales emergentes de un proceso constituyente plural que contó con una gran participación de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

En este capítulo se abordará la esencia procesal de la acción popular, desde el principio del máximo informalismo, a partir del cual se identificarán los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a reconducciones procesales y flexibilizaciones acordes con el principio de prevalencia de la justicia material. Asimismo, se identificarán estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a legitimación activa, pasiva, cosa juzgada constitucional, reparación integral de daños con enfoque intercultural, supervisión de decisiones, entre otros aspectos de orden procesal constitucional.

También será objetivo de este capítulo establecer, a la luz de la jurisprudencia constitucional, los lineamientos esenciales de la tipología de la acción popular para luego reparar en la necesidad de emisión de mandatos de prevención, restauración y reparación integral de daños, de acuerdo con el modelo polifónico de justicia constitucional que responde a los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Finalmente, se analizarán las autorrestricciones jurisprudenciales establecidas por el TCP que han sido utilizadas por el máximo contralor de constitucionalidad para denegar tutela sin ingresar al análisis de fondo de los problemas jurídicos sustantivos planteados.

Todo el estudio a ser realizado seguirá la técnica del análisis dinámico de línea jurisprudencial de acuerdo a criterios jurisprudenciales emitidos por el TCP. Además, es importante resaltar que el análisis referido es esencial para que, en el siguiente capítulo, se identifiquen los estándares jurisprudenciales de naturaleza sustantiva más altos emitidos por el TCP, en cuanto a derechos transindividuales que se enmarcan en el ámbito de protección de la acción popular.

2.- Los estándares jurisprudenciales más altos coherentes con el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador

Con la finalidad de enlazar los hilos argumentativos ya desarrollados en este trabajo académico, con carácter previo, es importante recordar que en el primer capítulo se describió la evolución del constitucionalismo, desde su construcción en clave liberal hasta el constitucionalismo contemporáneo de matriz europea, para luego diferenciar y describir, en el segundo capítulo, los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Wolkmer *et al.* (2019) sostienen que, en el escenario del impase civilizatorio propio de una epistemología constitucional eurocéntrica y hegemónica, surgen estos nuevos constitucionalismos que, desde Latinoamérica, proponen la reflexión y reconstrucción de una visión de mundo comprometida con la vida, en el contexto de relaciones armónicas de la comunidad humana con la naturaleza, acordes con saberes milenarios, cultivados y transmitidos por varias generaciones en las comunidades originarias —en especial, las andinas— y que tienen dos hitos importantes en las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) (pp. 71-108).

Estos nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, según Viciano (2019), tienden a reforzar al Estado y a repensarlo desde categorías democráticas transformadoras (pp. 137-154), y también están destinados a consolidar una justicia constitucional con una lectura plural (Estupiñán, 2019, pp. 365-388).

De Sousa Santos (2014) plantea prácticas de derechos humanos contrahegemónicas basadas en la autodeterminación de los pueblos (p. 80), que brinden a los derechos otro contenido, otros fundamentos y otras formas de exigibilidad (Ávila Santamaría, 2019, pp. 109-134).

Desde esta visión emancipadora de los derechos, de acuerdo a los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, en los siguientes acá-

pites se abordará la acción popular como mecanismo eficaz para la tutela de derechos transindividuales, en el marco del paradigma biocéntrico para Vivir Bien y en armonía.

En este orden, la acción popular, desde esta lectura descolonizada del derecho procesal constitucional, tiene la finalidad de construir, redefinir y brindar contenido emancipatorio a los derechos transindividiuales, a través de mecanismos dialógicos consistentes con los modelos polifónicos de justicia constitucional.

En este sentido, la argumentación plural exigida a las y los jueces constitucionales, y al TCP en esta acción tutelar, tal y como afirman Montaño y Storini (2019), debe superar teorías abstractamente válidas para poder así construir otros *saberes-poderes* a partir de diálogos diversos, de manera tal que el «derecho oficial» sea reconceptualizado como un sistema cultural en el cual distintas posturas y posiciones discursivas interactúen a través de un proceso constructivo (pp. 13-16).

En este capítulo se propone un análisis dinámico de jurisprudencia, a la luz de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto para identificar los antecedentes en vigor, de orden procesal constitucional, desarrollados por el TCP para la acción popular, a fin de poder identificar los rasgos procesales acordes con el modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional y con el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Es importante precisar que el TCP, en la SCP 0846/2012 de 20 de agosto, ha desarrollado la línea jurisprudencial de la *correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor*. En este orden, ha establecido que debe realizarse un análisis dinámico de línea jurisprudencial y no solo un análisis estático de jurisprudencia[649]. Por esta razón, el presente capítulo, al abordar la naturaleza procesal de acción popular desde la jurisprudencia del máximo contralor de constitucionalidad, llevará a cabo un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional en cuanto a criterios de orden procesal constitucional establecidos para este mecanismo tutelar.

La referida Sentencia Constitucional Plurinacional (SPC) también diferenció el precedente en vigor de la razón jurídica de la decisión[650]. Así, el precedente en vigor debe ser

---

649 De manera expresa, esta sentencia establece lo siguiente: «No es suficiente la identificación del precedente constitucional, a través del análisis estático de la jurisprudencia, se debe analizar la jurisprudencia constitucional también a través de un estudio dinámico, es decir, se debe apreciar de manera sistemática el desarrollo de la jurisprudencia, para ubicar el precedente constitucional en vigor en la línea jurisprudencial. Las líneas jurisprudenciales, son la técnica para hacer el análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional. Son las respuestas o soluciones que la jurisprudencia ha dado a determinado problema jurídico, está conformada por un conjunto de sentencias que abordaron determinada temática. La jurisprudencia constitucional al ser en esencia evolutiva, se va modulando, ya sea extendiendo, o en su caso, restringiendo sus alcances, de ahí que es preciso hacer un recorrido entre las sentencias básicas o creadoras de líneas, sentencias moduladoras de líneas, sentencias confirmadoras o reiteradoras de línea, sentencias mutadoras o cambiadoras de línea y sentencias reconductoras de línea, porque solo con este análisis dinámico de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial se identifica el precendente constitucional en vigor». (FJ III.3.3).

650 Esta SPC, de manera expresa, señala: «Entonces, se puede llamar precedente constitucional vinculante cuando éste es el fruto, el resultado de la interpretación y argumentación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional Plurinacional […]. Por lo que, el precedente constitucional es una parte de

comprendido como la interpretación que, en el marco de un problema jurídico concreto, realiza el TCP a la luz de normas constitucionales, tratados internacionales referentes a derechos humanos o estándares internacionales contenidos en el bloque de constitucionalidad. Por su parte, la razón jurídica de la decisión, en una correcta técnica jurisprudencial, es la aplicación del precedente en vigor a los supuestos fácticos del caso concreto y que, en acciones tutelares, será el fundamento para la concesión o denegatoria de tutela.

Desde la perspectiva antes anotada, el precedente en vigor será fuente directa de derecho en el marco de un sistema plural de fuentes jurídicas y generará efecto vinculante para todos los casos futuros y para todos los órganos de poder, así como para los particulares, en virtud de la eficacia horizontal de derechos[651]. Por el contrario, la razón jurídica de la decisión genera efecto obligatorio para las partes, a partir del cual se conceptualiza la cosa juzgada constitucional.

Los criterios jurisprudenciales descritos serán referidos en el análisis dinámico a ser realizado, los cuales, a su vez, se enfocarán de acuerdo a los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural y, en cuanto a los efectos *inter partes*, tendrán un redimensionamiento en las acciones populares desde la perspectiva de la descolonización, tal como se fundamentará más adelante.

Asimismo, para una correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor, corresponde desarrollar los alcances de la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, por

---

toda la Sentencia emitida por el Tribunal o Corte Constitucional, donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, en donde se explicita qué es aquello que la Constitución Política del Estado prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y generales cláusulas. Entonces, es posible afirmar que es vinculante el precedente constitucional contenido en la *ratio decidendi*. Es decir, en la *ratio decidendi* se encuentra el precedente constitucional. El precedente constitucional es vinculante siempre que exista un supuesto fáctico análogo […]. Los precedentes constitucionales están solo en las sentencias relevantes. Se identifican a las sentencias relevantes porque son sentencias fundadoras, moduladoras, que reconducen o cambian una línea jurisprudencial expresamente o tácitamente. En el precedente constitucional se consignan: 'las subreglas de Derecho', 'normas adscritas' o 'concreta norma de la sentencia', resultantes de la interpretación, interrelación o integración de las normas de la Constitución Política del Estado o de las disposiciones legales. Estas tienen más jerarquía y fuerza jurídica que las propias leyes, porque el Tribunal Constitucional es el último aplicador del Derecho. El profesor Cifuentes señaló que la subregla, «es el corazón de la decisión, de la cosa decidida» (FJ. III.3.2.1.b). La referida sentencia, en cuanto a los efectos de la parte resolutiva y la razón jurídica de la decisión, establece: «Cuando señala el art. 15.I del CPCo, que: 'Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general', se está refiriendo a los efectos de la parte resolutiva de la sentencia, es decir, a los efectos de la decisión, es decir, del 'Por Tanto', de la resolución. Estos efectos de la parte resolutiva son dos: 1) 'inter partes', que implica la obligatoriedad para las partes intervinientes, es decir, solo afecta a ellas, como ocurre en las sentencias de acciones de defensa (acción de libertad, acción de amparo constitucional, acción de protección a la privacidad, acción popular y acción de cumplimiento), declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional; y, 2) *erga omnes*, que implica la obligatoriedad para todos, es decir, tiene efecto general, como ocurre en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y el recurso contra tributos (FJ III.3.1).

[651] La SCP 0085/2012 de 16 de abril desarrolló la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos, los cuales son exigibles no solo al Estado en todos sus niveles de organización territorial, sino también en relación a los particulares que, en una sociedad plural, son también garantes de derechos (FJ III.1).

ser una sentencia fundadora de línea jurisprudencial al plasmar la *doctrina del estándar jurisprudencial más alto.* De acuerdo a esta doctrina, el precedente en vigor con carácter vinculante es la interpretación de derechos que realiza el TCP más favorable y acorde con el principio de progresividad, lo que significa que será fuente directa de derecho. Por lo tanto, no se trata, necesariamente, de la última sentencia constitucional plurinacional, sino de la más favorable al derecho en discusión, para evitar así que el Estado incurra en vulneración del principio de prohibición de regresividad a través de mutaciones jurisprudenciales restrictivas [652].

Por lo expresado, en coherencia con los rasgos esenciales del modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional y siguiendo una correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor a la luz de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, en el siguiente acápite se realizará un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional emitida hasta el momento por el TCP en acciones populares, para así identificar los rasgos procesales de la acción popular desarrollados por la jurisprudencia constitucional en armonía con el modelo constitucional vigente.

3.- El ámbito de protección de la acción popular desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP)

El art. 135 de la CPE disciplina la acción popular como mecanismo de control tutelar de derechos en los siguientes términos:

> I. La acción popular podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos. Para interponer esta acción no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir.

El segundo parágrafo del citado artículo constitucional establece:

[652] Esta sentencia constitucional plurinacional, de manera expresa señala: «Nos referimos, con la expresión estándar más alto de la jurisprudencia constitucional, para resaltar aquella o aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que hubieran resuelto un problema jurídico recurrente y uniforme, pero de manera progresiva a través de una interpretación que tiende a efectivizar y materializar de mejor manera los derechos fundamentales y garantías constitucionales previstas en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. El método de identificación del estándar más alto en la jurisprudencia constitucional es, a través de un examen o análisis integral de la línea jurisprudencial, de tal forma que el precedente constitucional en vigor se constituirá en aquel que resulte de dicha comparación […]. En este sentido, el uso del estándar más alto de la jurisprudencia constitucional al menos tiene dos consecuencias prácticas: i) Provoca que un juez o tribunal en caso de contar con dos sentencias constitucionales contradictorias elija de acuerdo a las particularidades de cada caso el entendimiento que tutele de manera más adecuada los derechos fundamentales que llega a ser el estándar más alto; ii) Asimismo, de existir diversos entendimientos jurisprudenciales no antagónicos sino progresivos los mismos deben armonizarse para la resolución más adecuada del caso en atención a los derechos fundamentales obteniéndose, vía integración de jurisprudencia, el estándar más alto. Este entendimiento tiene su fundamento en lo establecido por los arts. 13.IV y 256 de la CPE, que configuran la obligación de interpretación más favorable en materia de Derechos Humanos, teniendo como parámetros las cláusulas de interpretación contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, entre ellas, el principio *pro homine*, que establece que el juzgador debe aplicar aquellas normas y criterios de interpretación que resulten más favorables al respeto y goce de los derechos constitucionales de las personas» (FJ III.3).

> II. Podrá interponer esta acción cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos. Se aplicará el procedimiento de la Acción de Amparo Constitucional.

La remisión de esta disposición constitucional al amparo constitucional debe ser interpretada consistentemente con el principio de unidad constitucional y los alcances del diseño constitucional vigente, porque el amparo es un mecanismo de tutela subjetiva de derechos; en cambio, la acción popular, tal como se fundamentará en este capítulo, es un mecanismo de tutela de derechos transindividuales.

De acuerdo a lo señalado y en coherencia con los postulados del modelo polifónico de justicia constitucional descritos en el anterior capítulo, en la tutela de derechos transindividuales los presupuestos de orden procesal constitucional no pueden equipararse a los de la acción de amparo constitucional, lo que implica un proceso profundo de descolonización del derecho procesal constitucional para una tutela de derechos en clave de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad.

Este proceso de descolonización del derecho procesal constitucional implica superar las lógicas formalistas, ritualistas y liberales que diseñaron la acción de amparo constitucional y los otros procedimientos constitucionales de raigambre predominantemente eurocéntrica, para así, mediante otros métodos dialógicos y de acuerdo a enfoques interculturales coherentes con la plurinacionalidad y el pluralismo, construir pluralmente derechos transindividuales, considerando la voz de los históricamente oprimidos en el marco del Vivir Bien, para una vigencia plena de los derechos de los pueblos indígenas, de la Madre Tierra y de todo ser sintiente, en reciprocidad, complementariedad y armonía con los derechos individuales y otros derechos transindividuales [653].

Esta interpretación de los presupuestos de orden procesal constitucional de la acción popular, en el contexto del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador vigente, es el mayor desafío para el TCP, por lo que, sin duda, a partir de una pluralidad epistémica acorde con el pluralismo jurídico de tipo igualitario, el Código Procesal Constitucional [654] debe propiciar una interpretación *conforme* al bloque de constitucionalidad y al modelo constitucional vigente que se caracteriza por adoptar el paradigma

---

653 Los derechos a la paz, la salubridad pública, la seguridad pública, el agua, los derechos de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores tienen una naturaleza transindividual tutelable a través de la acción popular.

654 El Código Procesal Constitucional (CPC) regula los procedimientos constitucionales en el Estado Plurinacional. Fue aprobado mediante Ley de 5 de julio de 2012. Los presupuestos de orden procesal constitucional se encuentran regulados en los arts. 68 al 71 de la referida ley. Es importante establecer, también, que, para el conocimiento de las acciones tutelares, en el Estado Plurinacional se crearon, mediante Ley 1104 de 27 de septiembre, las Salas Constitucionales. A nivel nacional se crearon 22 Salas Constitucionales en los Tribunales Deparatamentales de Justicia, con competencia para conocer acciones de amparo constitucional, libertal, protección de privacidad, cumplimiento y populares. Las resoluciones de estas salas —y, en provincias, de los jueces o tribunales de garantías— son remitidas en revisión al TCP, para que, de acuerdo a lo establecido por el art. 202 de la CPE, resuelva las mismas por sorteo a través de cualquiera de sus cuatro salas.

biocéntrico de derechos, en la línea de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Para un desarrollo de la acción popular en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional y para su análisis desde una perspectiva descolonizada del derecho procesal constitucional, corresponde, en primer lugar, analizar su ámbito de protección. En esta línea, debe señalarse que la SC 0788/2011-R de 30 de mayo, resolvió la primera acción popular planteada a la luz de la Constitución de 2009. En esta decisión se abordó el ámbito de protección de este mecanismo tutelar invocándose, en principio, el art. 135 de la CPE, disposición que se la interpretó en armonía con los arts. 10, 30, 70, y 75 de la norma suprema:

> En cuanto a su ámbito de protección, el art. 135 de la CPE dispone que son los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza, entre estos últimos se encuentran: los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30 de la CPE), derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y consumidores (art. 75 de la CPE), derechos de las personas con discapacidad (art. 70 de la CPE), derecho a la paz (art. 10.I de la CPE), etc (FJ III.1).

Posteriormente, la SCP 1018/2011-R de 22 de junio, en una interpretación sistémica de la Constitución, estableció que forman parte del ámbito de aplicación de esta acción: a) Los derechos e intereses colectivos objeto de protección constitucional explícita, como ser el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública y el medio ambiente contenidos expresamente en los arts. 135 de la CPE; b) otros derechos de similar naturaleza a los explícitamente enunciados que sean de carácter colectivo o difuso; y, c) otros derechos —incluso subjetivos—, cuando exista una interdependencia con derechos colectivos o difusos (FJ III.1.3) [655].

La citada sentencia estableció, también, que el art. 135 de la Constitución debe ser interpretado de manera sistémica, por lo que, si bien hace referencia como derechos e intereses protegidos al patrimonio, al espacio, la seguridad y salubridad pública, empero, se concluye que «…la acción popular protege, además, derechos e intereses colectivos, derechos e intereses difusos, ambos contenidos bajo el *nomen iuris* 'Derechos Colectivos'…» (FJ III.1.3).

Esta misma sentencia planteó una diferenciación entre derechos o intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos y estableció que los derechos o intereses colectivos, en sentido estricto, corresponden a un colectivo identificado o identificable como las naciones y pueblos indígena originario campesinos (SCP 1018/2011-R, FJ III.1.3 de 22

[655] La interdependencia de derechos fue aplicada en las siguientes sentencias constitucionales plurinacionales: SCP 0176/2012 de 14 de mayo; SCP 0139/2013-L de 2 de abril; SCP 1082/2013-L de 30 de agosto y SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero, entre otras. Sin embargo, la SCP 1240/2013-L de 4 de noviembre, de manera arbitraria, exigió una carga argumentativa para la aplicación del principio de interdependencia. Esta última sentencia será analizada, de manera específica, en el último capítulo.

de junio). El referido entendimiento precisó, además, que los derechos o intereses difusos corresponden a una pluralidad de personas que no puede determinarse [656].

Finalmente, la sentencia invocada refiere que los derechos o intereses individuales homogéneos, que se denominan también intereses de grupo

> …corresponden a un conjunto de personas que, accidentalmente, se encuentran en una misma situación cuyos componentes individuales cuentan con derechos subjetivos por un 'origen común' siendo sus acciones procesales divisibles, pero que, en virtud al principio de economía procesal, se pueden tratar de forma colectiva… (FJ III.1.3).

A partir de esta perspectiva, la referida sentencia establece que este tipo de derechos no forman parte del ámbito de protección de la acción popular, sino, más bien, deben ser tutelados a través de la acción de amparo constitucional (*ibid.*) [657].

La SC 1018/2011-R de 22 de junio, además, señaló:

> …los intereses colectivos y los difusos tienen varias similitudes: en ambos existe una pluralidad de personas y tienen como características el ser transindividuales e indivisibles, debido a que los intereses incumben a una colectividad y la lesión o satisfación de uno de los interesados incumbe a los demás; sin embargo, se distinguen en que los colectivos son intereses comunes a un grupo o colectividad, cuyos miembros tienen una vinculación común; colectividad que, por ello, se encuentra claramente determinada; en tanto que son difusos los intereses cuya titularidad no descansa en un grupo o colectividad determinada sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad (FJ III.1.3).

Como puede avertirse, esta es la primera sentencia que aborda la característica de transindividualidad de los derechos colectivos y difusos tutelables a través de la acción popular, criterio que fue asumido de manera uniforme por la jurisprudencia del TCP y que sigue los criterios de la doctrina en cuanto a derechos colectivos y difusos, por ser esta uno de sus rasgos comunes esenciales.

---

[656] En este sentido, esta sentencia cita como ejemplo la distribución de un medicamento dañado que amenaza a todo potencial usuario, por lo tanto, en estas circunstancias, no existiría la posibilidad de concebir que la pluralidad de sujetos esté organizada mediante mecanismos de coordinación de voluntades y menos que tengan una relación orgánica entre sí, lo que justifica la legitimación activa amplia para la acción popular (FJ III.1.3).

[657] Este razonamiento fue seguido por posteriores sentencias de manera uniforme, entre ellas: SPC 0176/2012 de 14 de mayo; SPC 1158/2013 de 26 de julio; SPC 0098/2014-S3 de 27 de octubre; SPC 0298/2015-S2 de 26 de febrero; SPC 1132/2015-S1 de 6 de noviembre; SPC 1420/2015-S2 de 23 de noviembre; SPC 0940/2016-S3 de 8 de septiembre; SPC 0037/2018-S4 de 12 de marzo; SPC 1137/2016-S3 de 19 de octubre; SPC 1387/2016-S1 de 15 de diciembre; SPC 0531/2018-S4 de 17 de septiembre; SPC 0765/2019-S4 de 12 de junio; SPC 0363/2019-S4 de 18 de junio. Muchas de las sentencias citadas utilizan la línea del ámbito de protección de la acción popular que diferencia los derechos colectivos y difusos de los individuales homogéneos para denegar tutela sin realizar un proceso de traducción-entendimiento y, en muchos casos de manera arbitraria, en relación a derechos que merecen tutela a través de esta acción. Estos razonamientos arbitrarios serán analizados, de manera específica, en este capítulo.

Esta característica de transindividualidad ha sido asumida, de forma uniforme, por la doctrina para el desarrollo de derechos tutelable a través de procesos colectivos. Así, por ejemplo, es utilizada por Gidi (2003) para la exposición de las acciones colectivas en Estados Unidos (pp. 1-25) y por Koch (2003) para la fundamentación de los procedimientos colectivos y representativos en el proceso civil alemán (pp.251-262).

Asimismo, Ovalle Favela (2016) abordó la transindividualidad de los derechos a la luz de las acciones populares (pp. 397-406); de la misma forma, Salmón Alvear (2002) asumió esta característica de los derechos colectivos para explicar el amparo colectivo (pp. 48-49); sin embargo, este criterio todavía esta vinculado a derechos colectivos y transindividuales desde una visión antropocéntrica de derechos.

Entonces, este trabajo plantea abordar la transindividualidad de derechos y su tutela a través de la acción popular, a la luz del paradigma biocéntrico y de los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, ya que la jurisprudencia constitucional plurinacional, todavía resistente a la descolonización del derecho procesal constitucional, asume la transindividualidad desde los alcances del paradigma antropocéntrico [658].

En este sentido, si bien el TCP todavía no ha desarrollado los derechos transindividuales como una categoría emergente de un pluralismo epistémico propio de un Estado Plurinacional, no es menos cierto que la doctrina jurisprudencial ha tenido algunos avances importantes, verbigracia, la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, la cual destacó que los derechos consagrados en la CPE deben ser «comprendidos integralmente» (FJ III.1.2) [659], aspecto esencial para la vigencia del paradigma biocéntrico en el marco del Vivir Bien.

Luego, la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, desde el bloque de constitucionalidad reconocido por el art. 410 de la Constitución, destacó el carácter abierto del catálogo de derechos para la acción popular comprendido en el art. 135 de la Constitución y estableció el deber del Estado de «velar por el efectivo disfrute de estos derechos y realizar las acciones necesarias para salvaguardarlos porque representan las más altas aspiraciones del ser humano» (FJ III.5).

Entonces, como puede advertirse, el TCP, en su jurisprudencia, desarrolló el ámbito de protección de la acción popular desde el paradigma antropocéntrico, a la luz de categorías

---

658 Esta característica de transindividualidad, a la luz todavía de una visión antropocéntrica, ha sido asumida uniformemente por la jurisprudencia del TCP, a través de las siguientes sentencias: SCP 86/2020-S4, SCP 0062/2020-S2, SCP 0077/2020-S3, SCP 1190/2019-S1, SCP 0393/2019-S3, SCP 0684/2019-S3, SCP 0830/2019-S2, SCP 0597/2019-S4, SCP 0604/2019-S1, SCP 0336/2019-S4, SCP 0363/2019-S4, SCP 0765/2019-S4, SCP 0326/2019-S2, SCP 0228/2019-S4, SCP 0292/2019-S1, SCP 0036/2019-S4, SCP 0023/2019-S3, SCP 0677/2018-S1, SCP 0716/2018-S4, SCP 0572/2018-S2, SCP 0700/2018-S3, SCP 0531/2018-S4. Estas sentencias, que pueden ser consideradas actuales, no brindan un desarrollo de la transindividualidad de acuerdo al paradigma biocéntrico vigente a partir de la Constitución de 2009.

659 Esta sentencia constitucional plurinacional, si bien como doctrina jurisprudencial establece el criterio de la comprensión integral de derechos —aunque en el marco de las categorías de derechos colectivos o difusos—, en el caso concreto, deniega la tutela en cuanto a la denuncia de vulneración de un derecho a la salubridad pública por falta de certeza. Esta argumentación arbitraria será analizada más adelante.

basadas en derechos colectivos y difusos contenidos en un catálogo abierto que debe tener una comprensión integral. Este desarrollo jurisprudencial no consideró, sin embargo, la vigencia de un paradigma biocéntrico en virtud del cual deben ser tutelados por la acción popular derechos transindividuales en el marco de una lectura integral del pluriverso y en coherencia con el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

En efecto, la lectura constitucional del ámbito de protección de la acción popular, no fue realizada por el TCP desde los alcances de los principios de plurinacionalidad, plurinacionalidad, interculturalidad y descolonización, sino, más bien, desde una óptica monocultural como impronta de la colonización, que no brinda cabida a la denominada por Ávila Santamaría (2019), la *otra modernidad*, ésa en la cual se reconocen otros conocimientos, otras sensibilidades y otros sujetos titulares de derechos (pp. 109-134), como es el caso de los seres sintientes y la Madre Tierra, cuyo reconocimiento como sujeto de derecho conlleva la vigencia de una postura biocéntrica (Pavani, 2019, pp. 17-27).

Esta visión antropocéntrica, de corte predominantemente eurocéntrico, monocultural y de bases kantianas que se le brindó al ámbito de protección de la acción popular [660], explica su tratamiento procesal todavía enmarcado en formulismos, ritualismos y presupuestos de teoría liberal del derecho que, tal como se advertirá en el último capítulo, han generado denegatorias arbitrarias de tutela constitucional y, por ende, un quiebre constitucional profundo.

El tratamiento antropocéntrico del ámbito de protección de la acción popular explica la omisión por parte del TCP de realizar la labor de traducción y entendimiento a través de mecanismos dialógicos como los diálogos interjurisdiccionales o interculturales; omisión que tiene un alto costo en términos de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, ya que evidencia una Constitución material republicana y monocultural, a pesar de estar en vigencia una Constitución formal que diseñó un Estado Plurinacional y que emergió de un proceso constituyente plural con amplia participación de los pueblos indígenas.

Esta lectura monocultural y antropocéntrica del ámbito de protección de la acción popular, también tiene una explicación en la ausencia de composición plural del TCP, ya que, tal como se argumentó en el anterior capítulo, las y los magistrados autoidentificados con un pueblo indígena fueron sometidos a voto universal y no así a mecanismos de democracia comunitaria, tal como lo establece el art. 11.3 de la CPE. Esta ausencia de criterios de plurinacionalidad, sin duda, impide la materialización de un modelo polifónico de justicia constitucional eficaz para la tutela de derechos transindividuales a través de la acción popular.

[660] Martínez Dalmau (2019) identifica a Kant como la expresión más alta de la tesis contractualista y de la limitación de la ética y el derecho a las relaciones entre humanos (pp. 31-47). Por su parte, Wolkmer *et al.* (2019) afirman que, en términos eurocéntricos, el hombre civilizado es apartado de la naturaleza; concepción que culmina en ideas desarrollistas liberales creadas a partir del bienestar del ser humano (pp 71-108).

4.- Rasgos procesales esenciales de la acción popular a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador

En el capítulo anterior, desde el tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional (SCP 0778/2014, FJ C.2 de 21 de abril), se desarrollaron los alcances del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador. Desde este enfoque, la doctrina jurisprudencial resaltó el reto histórico planteado por los pueblos indígena originarios campesinos de superar el colonialismo y dar curso a profundos procesos que los consagren como sujetos políticos colectivos, con derecho a definir su destino, gobernarse a través de autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado (SCP 0487/2014, FJ III.1.1, de 25 de febrero).

Lo expuesto hasta aquí implica que, desde su diseño dialógico en la Asamblea Constituyente, el modelo constitucional boliviano y la construcción de la institucionalidad plurinacional tuvieron una inspiración anticolonialista destinada —en términos de la SCP 487/2014—, a romper la herencia del constitucionalismo monocultural (FJ III.1.1) [661].

En este mismo orden, la acción popular es un mecanismo de justiciabilidad de derechos transindividuales que, desde el paradigma biocéntrico, debe encarnar un proceso constitucional plurinacional, intercultural y descolonizador, para consolidar así, desde dinámicas dialógicas propias de un modelo polifónico de justicia constitucional, el Vivir Bien como fin esencial del Estado.

Entonces, desde esta inspiración anticolonialista que invita a reflexionar sobre el derecho procesal constitucional considerando otros vértices, uno de los grandes desafíos será, precisamente, la superación del carácter excesivamente formalista y ritualista que, debido al lente liberal, los tribunales asignan a los procesos constitucionales. Lamentablemente, tal como lo evidenciará el análisis dinámico de jurisprudencia a ser realizado, a pesar del diseño constitucional vigente, las formas y ritualismos siguen predominando en el TCP.

Este formalismo extremo y contrario al constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador genera una *brecha de implementación* (Stavenhagen, 2007, pp. 183-194) del modelo constitucional vigente e impide que los derechos puedan ser interpretados interculturalmente para su concepción como prácticas de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios, en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto (SCP 0487/2014, FJ III.1.1, de 25 de febrero).

De acuerdo a lo señalado, la acción popular, como herramienta de justiciabilidad de derechos transindividuales enmarcados en el paradigma biocéntrico, cuestiona todo formalismo y ritualismo extremo, así como las construcciones de derechos basadas exclusivamente en el principio de universalidad de los derechos. En este contexto, más bien plantea, desde el giro decolonial (Médici, 2017, pp. 3-23), prácticas dialógicas con los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas. Esto implica redimensionar los tradicionales criterios monoculturales propios del derecho procesal constitucional, para que el TCP asuma interpretaciones interculturales de derechos en el marco de pondera-

[661] El desarrollo del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador también fue considerado en la SCP 0572/2014, FJ III.1, de 10 de marzo.

ciones interculturales que generen escenarios de traducción y entendimiento (Panikkar, 1990, pp. 93) y, por ende, consensos interculturales para una eficaz materialización de derechos transindividuales en el Estado Plurinacional.

Entonces, la acción popular, a través de métodos dialógicos e interpretaciones interculturales, tiene la finalidad de superar toda lógica de preeminencia entre los derechos individuales y colectivos y, más bien, debe, a través de la argumentación jurídica plural y la ponderación intercultural, consolidar una relación de armonía entre los mismos (SCP 1472/2012, FJ III.1, de 1 de octubre).

Entonces, sus postulados de orden procesal constitucional deben ser analizados no desde el enfoque del Estado-Nación, sino, más bien, desde los postulados del Estado Plurinacional, el cual debe consolidar —a la luz de la cláusula de libre determinación— procesos de «restitución territorial», «igualación» y «reconstitución de instituciones propias» de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (SCP 0778/2014, FJ C.2 de 21 de abril), en un escenario de construcción de la institucionalidad plurinacional, para lograr así una construcción colectiva público-estatal (SCP 1158/2013, FJ III.1, de 26 de julio).

Es preciso, en consecuencia, describir la naturaleza jurídica de la acción popular a la luz del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, a cuyo efecto, deberá considerarse el tenor literal del art. 135 de la CPE:

> La acción popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.

Desde esta previsión constitucional, la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, estableció que el reconocimiento de estos derechos por la acción popular comprende al ser humano no desde una visión individual, sino como parte de una comunidad en la que se desarrolla y desenvuelve (FJ III.1). Además, dicho entendimiento estableció que esta acción debe adecuar los mecanismos procesales para la defensa de este tipo de derecho y para la posible reparación de daños (FJ III.1.2).

En este contexto, la acción popular está sujeta al *principio de informalismo*, el cual debe tener una resignificación en un Estado Plurinacional que postula procesos de «restitución», «igualación» y «reconstitución» para Vivir Bien y en armonía.

Uno de los primeros rasgos procesales que caracteriza a la acción popular es la *sumariedad*, ya que su configuración procesal es expedita, inmediata y carente de formalismos rigurosos en aras de lograr una tutela inmediata de derechos (SPC 0788/2011-R; FJ III.1 y SPC 1982/2011-R FJ III.1, entre otras).

Esta particular característica condice con el principio de directa justiciabilidad de derechos contenido en el artículo 109.1 de la CPE, así como con el modelo polifónico de justicia constitucional, para que, desde una tramitación procesal breve, expedita y

accesible, puedan tutelarse derechos transindividuales a partir de construcciones plurales que emerjan de las voces de los históricamente oprimidos.

Asimismo, la acción popular, a diferencia de la acción de amparo constitucional o de la acción de cumplimiento, no tiene fase de admisibilidad por cuanto no está sujeta a requisitos de forma ni causales de improcedencia reglada (SCP 0487/2014, FJ III.3) [662].

Otro rasgo importante de la acción popular es la inaplicabilidad del principio de subsidiariedad y del plazo de caducidad. Al respecto, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, estableció que este mecanismo de defensa no tiene un plazo específico de caducidad, sino que podrá ser utilizado durante el tiempo que subsista la vulneración o amenaza a los derechos objeto de su tutela (FJ III.3), interpretación coherente con la previsión contenida en el art. 136.I de la Constitución.

En efecto, a diferencia de la acción de amparo constitucional, el informalismo y su interdependencia con la flexibilización procesal de este mecanismo de defensa son la base de la inaplicabilidad del plazo de caducidad en la acción popular, por lo que esta herramienta tutelar puede ser activada mientras persista la lesión (SCP 0707/2018-S2; FJ III.2.6, de 31 de octubre) [663], aunque también podría ser interpuesta cuando cese la vulneración para efectos de reparación integral de daños con enfoque intercultural; así como de manera preventiva, sin que se compute un plazo de caducidad.

También, en el marco de la flexibilización procesal, debe establecerse que a la acción popular no le es aplicable el principio de subsidiariedad (SCP 0487/2014, FJ III.3, de 25 de febrero), debido a su carácter autónomo o principal. Esto implica que este mecanismo no es subsidiario, supletorio ni residual por las finalidades que persigue en cuanto a la naturaleza de los derechos tutelados (SCP 0707/2018-S2, FJ III.2.5, de 31 de octubre) [664].

---

662 De acuerdo al artículo 30.I del Código Procesal Constitucional, solo están sujetas a la fase de admisibilidad la acción de amparo constitucional y la acción de cumplimiento. A pesar de que la acción popular, desde el constitucionalismo plurinacional intercultural y descolonizante, no tiene fase de admisibilidad y no está sujeta a requisitos de forma o causales de improcedencia reglada, el TCP, de manera contraria a la naturaleza de esta acción, en muchas sentencias ha denegado la tutela sin ingresar al fondo de la problemática por cuestiones formales. Entre éstas destaca la SCP 0462/2012 de 4 de julio, la cual denegó la acción popular sin ingresar al análisis de fondo de la problemática porque, desde este arbitrario entendimiento, el juez de garantías estaría obligado a la observancia de requistios de admisibiliad de la acción tutelar y, en este caso concreto, no dispuso la citación al tercero interesado, es decir, al representante del Seminario San Luis. Este caso será analizado en el último capítulo.

663 El tema de la inaplicabilidad del plazo de caducidad fue asumido por el art. 70 del Código Procesal Constitucional y por la primera sentencia que resolvió este mecanismo, la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo. También fue abordado por la SCP 1971/2011-R de 7 de diciembre, entre otras. La SCP 0707/2018-S2 es moduladora por vincular este presupuesto al principio de informalismo y flexibilización máxima de la acción popular.

664 En este mismo sentido, hay que considerar, también, las sentencias SCP 0778/2011-R, SCP 1018/2011-R y SCP 1971/2011-R, entre otras. A pesar de esta línea, existen casos de interpretaciones arbitrarias de este mecanismo tutelar, tal cual lo refleja la SCP 1493/2011 de 11 de octubre, que estableció la aplicación de la prohibición de activación paralela de mecanismos judiciales o administrativos. Este criterio es también aplicable a la acción de amparo, pero no así —desde los postulados del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizante— a las acciones populares. A pesar de establecer esta arbitraria restricción, en el caso concreto, considerando que operó el silencio administrativo negativo y, por ende, la posibilidad de activar una acción tutelar, el TCP ingresó al análisis de fondo de la problemática,

La *flexibilización procesal* es otra de las características más importantes de la acción popular tal como lo estableció el TCP (SCP 1158/2013, FJ III.3 de 26 de julio y SCP 0487/2014, FJS III.1.2 y III.3 de 25 de febrero), criterio que con mayor razón es aplicable a peticiones de tutela en cuanto a derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y derechos de la Madre Tierra [665].

En efecto, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, desarrolló el deber de flexibilización de requisitos formales en acciones populares y la aplicación de la técnica de reconducción procesal especialmente en problemáticas vinculadas a pueblos indígenas, precisando lo siguiente:

> Se ha señalado que el sistema jurídico ius positivista, como herencia colonial, se ancla en formalismos que, lejos de resolver los conflictos, permiten dilatarlos indefinidamente sin obtener justicia, así, en contrapartida, la plurinacionalidad y el pluralismo supone pensar y adoptar medidas que permitan dar soluciones integrales, con celeridad, a los conflictos que se presentan, desterrando toda práctica dilatoria que únicamente se demora en cuestiones formales sin tutelar de manera inmediata los derechos y garantías (FJ III.1.2).

Asimismo, el entendimiento anotado señaló que:

> …esta Sala considera que, a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la exigencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en un obstáculo para un real acceso a la justicia constitucional, cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales (*ibid.*).

Además, la referida sentencia señaló que el entendimiento descrito tiene sustento

> …en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, justicia material, principio *pro actione* y el principio de no formalismo; los cuales deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya tradición jurídica

---

denegando la acción popular porque entre los derechos vinculados vulnerados figuraban la violencia física y psicológica, la dignidad, la libertad y la seguridad personal, derechos que no ingresarían al ámbito de protección de esta acción.

665 La SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo, de manera contraria al estándar jurisprudencial más alto contenido en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, estableció que, en peticiones de pueblos indígenas, en caso de duda, cuando exista un conflito entre derechos individuales y colectivos, excepcionalmente se ingresará al análisis de fondo de la problemática en aplicación del principio *pro actione*. Esta decisión es contraria a los postulados del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador que guían la acción popular, ya que este informalismo no es excepcional, sino, más bien, es característico de la acción popular, especialmente en peticiones de pueblos indígenas. Este entendimiento, de manera específica, será abordado en el útlimo capítulo.

> no reconoce las formalidades propias del sistema occidental y, en ese ámbito, deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva (*ibid.*).

Como se señaló, la flexibilización procesal es una de las características esenciales de la acción popular. En coherencia con un modelo polifónico de justicia constitucional enmarcado en un constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, a la luz de este rasgo esencial de la acción popular, deben realizarse reconducciones procesales que aseguren la prevalencia de la justicia material para derechos transindividuales más allá de ritualismos o formalidades extremas que eviten su real materialización en el Estado Plurinacional.

El TCP, en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, estableció la obligatoriedad de realizar reconducciones procesales en peticiones de tutela vinculadas a pueblos indígenas. En efecto, en este caso, los representantes de la comunidad indígena «Takana La Selva», a través de una acción de cumplimiento, denunciaron que en los procesos administrativos instaurados en Pando ante la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierras (ABT) y el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), a pesar de la afectación a derechos de esta comunidad, las autoridades demandadas omitieron citar a la CIPOAP como su organización representativa, por lo que se hubiera afectado los derechos de este pueblo indígena a la consulta previa, al debido proceso y a la defensa.

El TCP, al amparo del precepto de flexibilización procesal que tiene fundamento en el principio de descolonización, recondujo *de oficio* la acción de cumplimiento a una acción popular toda vez que los derechos denunciados eran de naturaleza colectiva. En el marco de la citada reconducción procesal, el TCP concedió, en parte, la tutela, únicamente en cuanto al derecho a la defensa y al debido proceso por la amenaza a derechos colectivos de un pueblo autoidentificado como indígena y anuló las resoluciones administrativas cuestionadas. Asimismo, exhortó al INRA y a la ABT a adecuar sus procedimientos en base al principio de pluralismo, allí donde se comprometan los derechos e intereses colectivos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, tomando en cuenta su especial situación de vulnerabilidad.

La citada sentencia constitucional, en cuanto a la reconducción procesal refirió que la misma tiene fundamento en los principios de prevalencia del derecho sustantivo sobre el adjetivo, así como en el *iura novit curia* entre otros (SCP 0645/2012, FJ III.5, de 23 de julio), y estableció los criterios procesales para dicha reconducción. Entre ellos, se señaló que la recoducción procesal no debe dejar en indefensión a la otra parte, por lo que no pueden modificarse los hechos alegados. Asimismo, se estableció que debe existir un riesgo irreparable que justifique la reconducción procesal de oficio y se señaló también que ésta siempre tendrá sustento en el principio de favorabilidad (*ibid.*).

El razonamiento anotado es un precedente muy importante para el modelo polifónico de justicia constitucional, ya que una de sus manifestaciones esenciales es la flexibilización procesal y, por ende, las reconducciones procesales *de oficio* para la prevalencia de la justicia material, flexibilizaciones que, con mayor razón, deben ser realizadas en peticiones de

tutela de pueblos indígenas, para evitar así las sistémicas barreras al acceso a la justicia que existieron en Bolivia, tal como se describió en el capítulo tercero, en el cual se narró la historia del constitucionalismo boliviano no desde la lectura de los textos constitucionales más reconocidos, sino desde la voz de los históricamente oprimidos.

Posteriormente, en el marco del deber de flexibilización procesal, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, consagró el deber de reconducción procesal para pueblos indígena originario campesinos a la luz del pluralismo jurídico y de conformidad al art. 8.1 del Convencio 169 de la OIT.

También, la SCP 0778/2014 de 21 de abril, desarrolló de manera más amplia la técnica de la reconducción procesal y la vinculó, directamente, con el principio de descolonización, estableciendo que

> …los ritualismos procesales propios de un sistema jurídico netamente ius positivista emergente de un Estado monista, tienen un redimensionamiento, máxime por el alcance del pluralismo y la interculturalidad, aspecto que adquiere mayor trascendencia aún en el ámbito de la justicia constitucional. Por esta razón, más allá de un ritualismo extremo, en el Estado Plurinacional de Bolivia, en el marco de la descolonización de la justicia, deben en ciertos casos y más aún en temáticas vinculadas con pueblos y naciones indígena originario campesinos, flexibilizarse procedimeintos en el marco de un debido proceso intercultural para que prime así una re-materialización no solo de normas supremas positivas, sino esencialmente de valores plurales supremos (FJ C.6).

La citada sentencia agregó que

> …la reconducción de procedimientos constitucionales se configura, en términos de descolonización de la justicia, como un mecanismo idóneo destinado a asegurar un real acceso a la justicia constitucional especialmente para pueblos y naciones indígena originario campesinos (FJ C.6).

En esta línea de razonamiento, esta sentencia también estableció que

> …de acuerdo a circunstancias concretas y en aplicación del método de ponderación para cada caso, la activación del control tutelar de constitucionalidad a través de cualquiera de las acciones de defensa, en mérito a la naturaleza de derechos a ser tutelados, podrá ser reconducida procesalmente por el Tribunal Constitucional Plurinacional a la acción idónea para el resguardo de los derechos denunciados como vulnerados, labor que tiene la finalidad de consolidar una verdadera materialización del orden constitucional imperante, resguardar el principio de justicia material y asegurar un real acceso a la justicia constitucional, resguardando así la vigencia de valores plurales supremos, como ser el «Vivir Bien», en el marco de los lineamientos propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización… (*ibid.*) [666].

[666] En el marco de los razonamientos anotados, el TCP recondujo la acción de amparo constitucional y, en

Como puede advertirse, la reconducción procesal, que a su vez emerge de la flexibilización procesal que caracteriza a la acción popular, es un avance progresivo de la jurisprudencia constitucional y se enmarca en las lógicas antiformalistas que deben prevalecer para la vigencia de derechos transindividuales en el marco del modelo biocéntrico contenido en el diseño constitucional boliviano actual.

En acciones populares también el petitorio debe adecuarse al principio del informalismo, con mayor razón en peticiones activadas por pueblos indígenas, pues así lo estableció el TCP en la SCP 0139/2013-L de 2 de abril.

En la citada acción popular, los accionantes, en representación de la comunidad Ex Fundo «La Tamborada» Fracción Forestal Organización Territorial de Base (OTB) «Pampas San Miguel» Tiquirani, denunciaron la vulneración de sus derechos a la propiedad, a la posesión, al trabajo y a la petición, porque en el proceso de saneamiento simple de oficio tramitado ante el INRA de Cochabamba, la comunidad denunció de manera reiterada asentamientos ilegales, loteamientos, construcciones y mejoras en áreas colectivas realizadas por personas ajenas a este proceso, por lo que se emitieron medidas precautorias de prohibición de innovar y de desalojo bajo conminatoria de ejecución con ayuda de la fuerza pública; sin embargo, dichos mandamientos no fueron cumplidos, lo que ocasionó el avasallamiento de tierras comunitarias.

El TCP concedió la acción popular y dispuso que el director departamental del INRA Cochabamba ejecute las resoluciones administrativas que establecieron las medidas precautorias destinadas a proteger las tierras colectivas de los accionantes y, en este caso, como precedente implícito, a la luz del principio de informalismo, flexibilizó el ritualismo exigido para el petitorio y estableció lo siguiente:

> Si bien la parte accionante no estableció un petitorio específico en la presente acción tutelar, dado el carácter informal de la misma, pero sobre todo su naturaleza jurídica, al tenerse por probada la lesión de derechos colectivos, en virtud de la finalidad restitutoria de la acción popular […], la presente Resolución emitida en revisión no puede establecer sino otra cosa que la restitución de los derechos colectivos denunciados a través de la presente acción tutelar al estado anterior en que se produjo la lesión, lo que significa que la concesión de tutela implicará el cese de la omisión producida por el Director Departamental del INRA de Cochabamba… (SCP 0139/2013-L, FJ III.6.5, de 2 de abril).

Por su parte, la *legitimación pasiva* constituye otro criterio procesal constitucional que debe ser aplicado a la luz de los principios del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, en coherencia con la flexibilización procesal que caracteriza a la acción popular. En este orden, el TCP para esta acción ha establecido la prevalencia de una legitimación pasiva flexible que debe prescindir de cualquier formalidad, ya que, por la naturaleza del derecho, son frecuentes los casos de dificultad o confusión en cuanto a la

cuanto a los derechos colectivos denunciados como vulnerados, concedió la tutela como acción popular. También aplicó la reconducción procesal la SCP 0487/2014, FJ III.3, de 25 de febrero.

identificación de personas o colectividades que puedan amenazar o vulnerar los derechos protegidos por este mecanismo tutelar.

De acuerdo a lo anotado, a la luz del principio *iura novit curia* será suficiente la exposición de los hechos en la demanda para que las autoridades que conozcan acciones populares identifiquen a las personas o colectividades con legitimación pasiva (SPC 0707/2018-S2, FJ III.2.2, de 21 de abril y SCP 0572/2014, FJ III.6.4, de 10 de marzo).

Por lo expuesto, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional, las autoridades que ejerzan control tutelar de constitucionalidad podrán realizar reconducciones procesales de este presupuesto procesal en el marco del principio de informalismo. En esta línea, desde el principio de máxima flexibilización procesal, el TCP recondujo procesalmente la legitimación pasiva para la protección eficaz de derechos a la salubridad pública y derechos de consumidoras y consumidores (SCP 1560/2014, FJ III.3, de 1 de agosto) [667].

[667] En esta acción popular, los accionantes, en su condición de diputados nacionales, denuncian amenazas y riesgos de lesión a los derechos e intereses colectivos y difusos, a un medio ambiente sano, a la salubridad pública, a la salud, así como la vulneración de los derechos de los usuarios y consumidores, alegando que los dirigentes del Mercado Central Distrito 1 de la ciudad de Tarija —ahora demandados—, se niegan a desalojar y por el contrario siguen comercializando alimentos y alentando a otros vendedores a esa misma tarea, pese a que el centro de abasto se encuentra en ruinas debido al inicio del trabajo de demolición para la construcción del mercado nuevo, cuyas condiciones de infraestructura, no otorga las condiciones mínimas para su funcionamiento, por cuanto asimismo, se impide la limpieza, desinfección del predio, conforme los informes de la EMAT, la Intendencia Municipal y el SEDES. En consecuencia, corresponde determinar, en revisión, si se debe conceder o denegar la tutela colectiva solicitada. Se concede la acción popular en el marco de una reconducción de legitimación pasiva y por la amenaza que existe a los derechos a la salubridad pública y a los derechos de los usuarios consumidores en su dimensión difusa, tutela que se brinda en el ámbito preventivo en aras de satisfacer las pretensiones de protección de dichos derechos e intereses, para lo cual se dicta un mandato de prevención, ordenando que dicha autoridad municipal, en el ámbito de sus competencias y en cumplimiento de la SCP 0709/2014, agilice el desalojo administrativo revestido de todas las garantías de los vendedores del mercado central y gestione su posterior reubicación en instalaciones que aseguren la calidad e inocuidad de la comercialización de alimentos, así como todas las medidas que tiendan a evitar que no se materialice daño alguno a la comunidad de Tarija en su salubridad pública o en sus relaciones de consumo, recordando que la protección del derecho del usuario y consumidor y los derechos específicos enlistados en la Ley General de los Derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores, exceden a los derechos y obligaciones entre proveedores y consumidores (art. 3 de la citada Ley); es decir, el marco del derecho privado contractual, para incluir a los poderes públicos, como es, en este caso el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija (GAMT), que tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para el efectivo goce de estos derechos fundamentales (arts. 2 y 49 de la referida Ley). Se modula los efectos de la decisión y se establece que, en caso de no darse cumplimiento al desalojo, al ponerse en riesgo la salubridad publica de usuarios y consumidores se les establece legitimación pasiva para ser demandados por vulneración a estos derechos y al derecho al espacio público. En este marco, confirma la decisión del tribunal de garantías, concede la tutela y ordena al GAMT, bajo la responsabilidad del alcalde, que en el ejercicio de sus competencias agilice el desalojo administrativo de los vendedores del Mercado Central de Tarija en proceso de demolición, previo proceso revestido de todas las garantías, así como su reubicación en otros puestos de venta que garanticen la comercialización de alimentos en condiciones de inocuidad conforme lo dispuso la SCP 0709/2014 de 10 de abril, sea en un plazo de tres días, si acaso no se hubiera ya cumplido la resolución del Tribunal de Garantías. Asimismo, adopte todas las medidas que frenen cualquier amenaza o lesión de los derechos e intereses difusos a la salubridad pública y los usuarios y consumidores, bajo su responsabilidad.

También, en coherencia con un modelo polifónico de justicia constitucional, la legitimación pasiva en caso de una petición de tutela de un pueblo indígena, fue reconducida procesalmente por el TCP, tal como lo evidencia el estándar jurisprudencial más alto en esta temática contenido en la SCP 1696/2014, FJ III.2, de 1 de septiembre [668].

El TCP, a la luz del principio de informalismo, señaló también que la delegación de competencias no elimina la responsabilidad ni suprime la legitimación pasiva en acciones populares (SCP 0311/2015-S3, FJ III.3, de 27 de marzo) [669]. Asimismo, a partir de este principio, el máximo contralor de constitucionalidad estableció que a las acciones populares no les pueden ser aplicadas las reglas de legitimación pasiva establecidas para la acción de amparo constitucional (SCP 1984/2011, FJ III.3 de 7 de diciembre y SCP 0707/2018-S2, FJ III.2.2, de 31 de octubre).

Por lo expuesto, la reconducción procesal *de oficio*, de acuerdo a los postulados del modelo constitucional vigente, evidencia la importancia de superar ritualismos procesales extremos para asegurar así, de manera efectiva, derechos transindividuales, aspecto que supera una visión monocultural y formalista del derecho y que es plenamente consistente con el modelo polifónico de justicia constitucional, por lo que los entendimientos identificados constituyen los estándares jurisprudenciales más altos y, por ende, precedentes en vigor con efectos vinculantes para todos los órganos de poder [670].

5.- La legitimación activa y pasiva en acciones populares

La *legitimación activa* es otro presupuesto de orden procesal constitucional que debe ser analizado desde la característica de la flexibilización procesal. Así, según la naturaleza jurídica de la acción popular, si bien el art. 136 de la CPE, en su segundo parágrafo, establece que esta acción podrá ser interpuesta por cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y con carácter obligatorio por el Ministerio Público y

---

668 En este caso, se concede la acción popular, flexibilizando la legitimación pasiva por ser imposible determinar a los responsables de la interrupción del curso del agua y sin determinar los motivos del corte, Sin embargo, si bien no puede otorgarse una tutela reparadora en contra de los demandados, empero, en atención al derecho al agua en su dimensión colectiva y por lo expresado precedentemente, corresponde otorgar la tutela como mecanismo preventivo, es decir, establecer que los accionantes tienen el derecho, en el marco del documento de transacción suscrito por las comunidades Alcatuyo y Chilcani, a restaurar con sus recursos el curso del agua reclamado, correspondiendo otorgar la tutela, no para que los demandados restituyan el curso del agua reclamado, sino para evitar que éstos impidan que los accionantes restituyan el mismo.

669 A pesar de este entendimiento, acorde con el principio de informalismo, el TCP deniega la acción popular porque la parte accionante no presenta prueba que acredite la lesión a los derechos a la seguridad pública, salubridad, espacio y patrimonio público, criterio contrario a los postulados del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizante que guían este mecanismo tutelar.

670 Lamentablemente, existen casos en los cuales el TCP todavía utiliza criterios formalistas y monoculturales para denegar tutela en acciones tutelares por falta de legitimación pasiva, sin realizar reconducciones procesales en cuanto a este presupuesto, tal y como sucedió en la acción popular que concluyó con la SCP 2057/2012 de 8 de noviembre, en la cual se denegó la acción popular por falta de legitimación pasiva, ya que no se activó la acción contra el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, autoridad que emitió las resoluciones supremas cuestionadas.

el Defensor del Pueblo [671], por la naturaleza de esta acción debe brindarse a la legitimación activa un alcance amplio para derechos transindividuales (SCP 0707/2018-S2, FJ III.2.1 de 31 de octubre) [672].

Asimismo, es importante destacar que, en la acción popular, esta legitimación activa amplia debe estar exenta de todo ritualismo o formalismo para autoridades de naciones y pueblos indígena originario campesinos que activen este mecanismo (SCP 1018/2011-R, FJ III.1.3 de 22 de junio). De hecho, en estas peticiones, a la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización y libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no podrá exigírseles poderes notariales para acreditar su legitimación activa (SCP 0014/2013-L, FJ III.3.2, de 20 de febrero) [673]. En base a lo señalado, este criterio, sin duda, debe ser aplicado desde el principio del máximo informalismo (SCP 0487/2014, FJ III.3, de 25 de febrero) [674].

En cuanto a la *legitimación pasiva*, la línea jurisprudencial nace en los otrora recursos de habeas corpus y amparo constitucional disciplinados por la Constitución de 1994. En este contexto, el Tribunal Constitucional (TC) en las sentencias SC 0325/2001-R de 16 de abril y SC 0984/2002-R de 16 de agosto, entre otras, entendió que la legitimación pasiva asegura la coincidencia que debe existir entre el acto u omisión denunciados como lesivos a derechos y la afectación de derechos por dicha acción u omisión de servidores públicos o particulares demandados.

De manera específica, en acciones populares, el TCP, en la SCP 1018/2011-R de 22 de junio, asumió la definición de legitimación pasiva anotada y, además, estableció los

---

[671] La legitimación activa fue abordada por las sentencias SCP 0778/2011-R, SCP 1018/2011-R y SCP 1977/2011-R, entre otras.

[672] A pesar de este criterio amplio, el TCP ha emitido decisiones contrarias a esta línea jurisprudencial como ocurrió, por ejemplo, en la SCP 0989/2014 de 28 de mayo, mediante la cual denegó la acción popular de manera arbitraria, alegando falta de legitimación activa del director ejecutivo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierra (ABT). En este caso, el accionante, en calidad de director ejecutivo de la ABT, alega que las autoridades demandadas (gobernador de Santa Cruz y secretario de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente del Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz), lesionaron el derecho al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, puesto que otorgaron el certificado de dispensación (licencia ambiental) al Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz a efectos de que construya la «Quinta Municipal», para el funcionamiento de sus oficinas administrativas, dentro de un perímetro categorizado como bosque de protección, dispensando a dicha instancia de realizar un estudio de evaluación de impacto ambiental, contraviniendo las normas contenidas en el PLUS-Santa Cruz y demás normas en vigencia que rigen en materia ambiental. También este criterio, contrario al precedente en vigor, fue aplicado por el TCP en la SCP 0160/2015-S1 de 26 de febrero, caso en el cual denegó la tutela por falta de legitimación activa de los alcades para activar acciones populares destinadas a la demolición de viviendas.

[673] En esta acción concede la acción populra y deja sin efecto la resolución administrativa que dispuso como medida precautoria el desalojo de la comunidad indígena Takana. Además, se ordena la paralización de los trabajos que se estén realizando en la zona, hasta que se restablezcan los derechos vulnerados desarrollados en el presente fallo y se adecúen sus actividades a lo establecido en la Constitución Política del Estado; sin embargo, se rechaza la calificación de daños y perjuicios.

[674] La primera sentencia que resolvió una acción popular, es decir la SC 0788/2011-R de 30 de mayo, abordó el criterio procesal de la legitimación activa, aunque no lo vinculó expresamente con la flexibilización procesal como una de las características de este mecanismo de defensa, por esta razón, la SCP 0487/2014 es una sentencia moduladora de línea.

criterios de legitimación pasiva para este mecanismo de control tutelar; así, señaló que esta acción puede ser planteada contra cualquier particular o servidor público, sea éste de carrera, designado, electo, de libre nombramiento o provisorio, tanto del Órgano Ejecutivo como del Legislativo, Judicial o Electoral, así como en contra de funcionarios de los órganos de control y defensa de la sociedad y del Estado, como la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Procuraduría General del Estado (FJ III.1.5).

Por otra parte, la referida SCP estableció que puede activarse la acción popular contra las Fuerzas Armadas, la Policía Boliviana y funcionarios de las entidades territoriales descentralizadas y autónomas (*ibid.*), criterio también asumido por la SCP 1977/2011-R, FJ III.1.7 de 7 de diciembre y por la SCP 2057/2012, FJ III.3 de 8 de noviembre, entre otras.

La SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre contiene, además, un criterio específico en cuanto a la acción popular, ya que establece que no es aplicable la exigencia que las sentencias constitucionales SC 0059/2004-R, SC 0711/2005-R y SC 0554/2006-R, entre otras, establecieron para la acción de amparo o libertad de accionar contra todos los miembros de un ente colegiado, al determinar que

> …atendiendo al carácter informal de esta acción popular —que puede ser presentada sin agotar los medios de impugnación existentes— y en virtud a la naturaleza de los derechos protegidos que requieren protección inmediata, se concluye que en la acción popular no es posible denegar la tutela por dicha subregla que fue creada dentro del recurso —ahora acción— de amparo constitucional (FJ III.1.7).

Así, desde esta línea jurisprudencial, el TCP estableció que en la acción popular no es imprescindible identificar a todos los que componen el órgano colegiado (*ibid.*). En este sentido, la SCP 1984/2011-R de 7 de diciembre, señaló también que, al ser la acción popular un mecanismo diferente al de la acción de amparo, no le son aplicables los presupuestos estructurados por esta acción (FJ III.3).

Posteriormente, el TCP, en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, desarrolló los alcances de la *legitimación pasiva flexible* en acciones popurales; en este contexto, precisó que

> …si bien la legitimación pasiva en la acción de amparo constitucional fue entendida como la coincidencia que se da entre las autoridades o personas individuales o colectivas que presuntamente causaron la violación a los derechos y aquella contra quien se dirige la acción (SSCC 691/01-R de 9 de julio de 2001 y 0192/2010-R de 24 de mayo, entre otras), otorgándole la carga de identificación correcta y exacta al accionante del o los legitimados pasivos; no ocurre lo mismo en la acción popular, que concibe una legitimación pasiva flexible debido a que no es infrecuente encontrarse ante supuestos de difícil o confusa identificación de los responsables de la violación a derechos colectivos e intereses difusos desde el inicio del proceso, en cuyo caso, es suficiente la exposición de los hechos en la demanda de manera clara, de los cuales, el Juez o Tribunal de garantías, así como este Tribunal Constitucional Plurinacional, deducirá desde el inicio del proceso hasta el último momento de la fase de ejecución de la sentencia, quiénes son las autoridades o personas res-

> ponsables, y por tanto, los legitimados pasivos, no estando permitido en ningún caso inadmitir, rechazar o suspender la audiencia de acción popular por falta de precisión de la legitimación pasiva (FJ III.2).

Finalmente, es importante señalar que, en acciones populares, la legitimación pasiva, a la luz del principio de informalismo, también puede ser reconducida, tal como lo hizo el TCP en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, entendimiento que fue desarrollado precedentemente.

6.- Tipología de la acción popular

Para una coherente protección de derechos transindividuales con el bloque de constitucionalidad, es esencial abordar la tipología de la acción popular. En este sentido, el Tribunal Constitucional, inicialmente, en la SC 0788/2011-R de 30 de mayo, resaltó el carácter preventivo y restaurador de la acción popular (FJ III.1). Posteriormente, en la SC 1977/2011-R de 7 de diciembre, estableció una triple finalidad de este mecanismo tutelar: preventiva, suspensiva y restitutoria (FJ III.1.4) [675]; y, finalmente, en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, sistematizó los criterios referentes a la tipología de este mecanismo tutelar de derechos. Por su importancia, esta tipología será abordada en los siguientes acápites.

6.1.- Acción popular preventiva

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, la acción popular en su faceta *preventiva* tiene la finalidad de evitar que «…una amenaza lesione los derechos e intereses bajo su protección» (SC 1977/2011-R, FJ III.1.4 de 7 de diciembre). En esta línea, la SCP 1158/2013 de 26 de julio, estableció que la acción popular «…tiene un alcance preventivo, para el caso en el cual exista una amenaza de afectación de derechos colectivos o difusos» (FJ III.4) [676].

La citada sentencia describe el alcance del término «amenaza» para la viabilidad de tutela de derechos colectivos y difusos a través de la acción popular en su faceta preventiva, en este marco, establece que

> …el término amenaza, interpretado a la luz de la finalidad de la defensa de derechos colectivos y difusos, denota la posible existencia de un hecho u omisión futura que produzca una lesión a los derechos antes referidos, por tanto, la posibilidad de un suceso futuro amenazante (FJ III.4).

[675] Si bien esta sentencia desarrolla como doctrina jurisprudencial la tipología de la acción popular, no es menos cierto que la razón jurídica de la decisión es absolutamente arbitraria al exigir al accionante una indebida carga argumentativa y probatoria tal como se verá en el análisis individual que será desarrollado más adelante.

[676] Si bien esta sentencia es coherente en cuanto a la doctrina jurisprudencial referente a la tipología de la acción de libertad; sin embargo, es absolutamente arbitraria en cuanto a la razón jurídica de la decisión al exigir en el caso concreto certeza o elementos objetivos de análisis para la concesión de tutela tal como se analizará más adelante.

Esta amenaza, de acuerdo a la referida sentencia, debe ser verificada por el órgano contralor de constitucionalidad en el marco de la flexibilización procesal aplicable a esta acción tutelar (*ibid.*).

También, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, el TCP estableció que los derechos de las usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores —que, sin duda, alguna son derechos transindiviuales y han sido considerados por el TCP como derechos difusos— tienen un carácter eminentemente o prevalentemente preventivo, en esta línea, luego de una reconducción de la legitimación pasiva, en este caso se concedió la tutela pedida en el marco de la tipología preventiva de la acción popular (FJ III.3).

El TCP, en la SCP 1111/2017-S2 de 23 de octubre, brindó tutela preventiva a la luz de esta tipología. En efecto, en este caso, se concedió la acción popular de manera preventiva en resguardo a los derechos al acceso al servicio básico de telecomunicaciones en el marco de la denuncia sobre una supuesta mala gestión administrativa de los ejecutivos de la Cooperativa de Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Tarija COSSETT Ltda.; asimismo, como medida de prevención, en este caso se dispuso la intervención de esta cooperativa por la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transporte (ATT) (Parte Dispositiva de la decisión).

Posteriormente, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, señaló que la sentencia que concede la acción popular, puede tener efectos preventivos, cuando exista amenaza y violación a derechos o intereses colectivos o difusos (FJ III.2.3). A partir de este análisis, estableció que en casos de amenazas de violación a derechos o intereses colectivos o difusos «…se dispondrá el cese de la amenaza, emitiendo un mandato para que no se materialice daño alguno» (FJ III.2.3).

En la acción popular preventiva, desde el lente de un modelo polifónico de justicia constitucional, deben adoptarse *mandatos de prevención* destinados a servidores públicos y particulares para que, en el marco de sus competencias y atribuciones, asuman todas las medidas destinadas a evitar que el daño a un derecho protegido por este mecanismo se materialice o consume.

En este mismo orden, el TCP tiene importantes ejemplos en los cuales adoptó mandatos de prevención, uno de ellos puede advertirse en el caso que concluyó con la SCP 1560/2014 de 1 de agosto. En esta acción, se pidió la protección de derechos, entre ellos a la salubridad pública y de usuarias y usuarios por la negativa de desalojo de personas dedicadas al expendio de comidas y bebidas en el Mercado Central de Tarija, el cual, en el momento de activarse esta acción se encontraba en remodelación.

En este caso, el TCP no solamente concedió la tutela en su faceta preventiva, sino que, además, aplicó un *mandato de prevención*, es decir, ordenó al alcalde municipal de Tarija agilizar el desalojo administrativo de vendedores de este mercado y ordenar su posterior reubicación en instalaciones que aseguren la calidad e inocuidad de la comercialización de alimentos, así como todas las medidas que tiendan a evitar que no se materialice el daño a los derechos denunciados como amenazados; asimismo, a través de este mandato de prevención, se ordenó la adopción de toda medida necesaria para el efectivo goce de derechos fundamentales (FJ III.3).

A partir de esta tipología, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, concedió la tutela por haberse vulnerado los derechos de usuarias y usuarios del transporte público en la ciudad de Tarija. Luego de haber flexibilizado la legitimación pasiva, la citada SCP estableció una responsabilidad compartida y diferenciada entre el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija —en sus órganos Ejecutivo y Legislativo— y los proveedores del servicio urbano de transporte y aplicó *mandatos de responsabilidad compartida y diferenciada entre órganos públicos y sociedad civil*, los cuales emergen de la directa correspondencia entre el ejercicio de derechos y las obligaciones que su cumplimiento generan (SCP 0707/2018-S2, FJ III.5, de 31 de octubre).

En cuanto a la responsabilidad diferenciada de los proveedores del servicio urbano de transporte, la concesión de derechos conllevó el cumplimiento de deberes, por lo que se estableció: el cese del cobro de facto de la tarifa unilateralmente incrementada por este sector y el resarcimiento e indemnización por la lesión del derecho de los usuarios al acceso a un sistema de transporte urbano eficiente y eficaz —a toda la colectividad o comunidad que se beneficia con este servicio—, con la medida de «un día de transporte público libre y gratuito», a ser fijado a los cinco días a partir de la notificación con la referida sentencia constitucional y en el marco de los criterios de calidad, eficacia, eficiencia y prestación de servicios priorizada y preferente a grupos de atención prioritaria (*ibid.*).

En esta sentencia se estableció también el *mandato de responsabilidad compartida y conjunta* que tienen tanto el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, como los proveedores del servicio urbano de transporte de Tarija y la sociedad civil organizada. En este marco, el TCP ordenó la instalación de mesas de diálogo con la finalidad de ratificar o actualizar la tarifa de trasporte público urbano fijada con anterioridad a su alza arbitraria (*ibid.*) [677].

Los estándares jurisprudenciales más altos citados revelan la importancia de la acción popular en un Estado Plurinacional Constitucional de Derecho y demuestran la necesidad de implementar mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos como una herramienta preventiva. En este escenario, el activismo judicial, que es uno de los rasgos esenciales del modelo polifónico de justicia constitucional, es esencial, por la incidencia directa de los jueces constitucionales en el diseño de políticas públicas preventivas y comunitarias acordes con la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización para consolidar así el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

[677] Esta sentencia, en relación al Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, en el marco de la repartición competencial establecida por la Constitución, estableció una competencia diferencial a partir de la cual identificó su deber de adoptar medidas legislativas, reglamentarias, ejecutivas, políticas, etc., necesarias para el efectivo goce del derecho al acceso a transporte público de las personas en esta ciudad. En este marco, la referida sentencia entendió que el ejercicio de este derecho no depende, únicamente, de las relaciones libres entre usuarios y proveedores en el marco de la libre oferta y la demanda, sino que, al constituirse en un servicio público dentro del modelo de Estado Social de Derecho asumido, la determinación de la tarifa del transporte urbano, su regulación y cumplimiento, en el marco de los derechos y obligaciones de todos los asociados al gremio del transporte urbano de Tarija, se enmarca en las competencias exclusivas asignadas a este Gobierno Autónomo Municipal (SCP 0707/2018-S2, FJ III.5, de 31 de octubre).

Los mandatos de prevención y de responsabilidad compartida descritos y asumidos por el TCP, que se configuran como estándares jurisprudenciales más altos, son plenamente coherentes con el modelo polifónico de justicia constitucional y están destinados a restituir el equilibrio de manera tal que se supere la lógica binaria de un ganador o perdedor en procesos constitucionales y, más bien, se consagre el Vivir Bien y en armonía a partir de metodologías dialógicas destinadas a la construcción plural de derechos.

Lamentablemente y tal como se identificará en el siguiente capítulo, aunque se registren estos estándares jurisprudenciales más altos, el TCP, en muchos casos, como consecuencia de una interpretación extremadamente formalista y contraria a la naturaleza procesal de esta acción, ha denegado gran cantidad de acciones populares desconociendo flagrantemente el carácter preventivo de este mecanismo de defensa de derechos transindividuales.

6.2.- Acción popular reparadora

En un análisis dinámico de jurisprudencia, la acción popular, en su faceta reparadora, puede tener dos modalidades: la suspensiva y la restitutoria. La acción popular, en su tipología *suspensiva*, tiene como finalidad «…hacer cesar el acto lesivo a los derechos e intereses tutelados en la acción» (SC 1977/2011-R, FJ III.1.4, de 7 de diciembre). En esta línea, posteriormente, la SCP 1158/2013 de 26 de julio ha establecido que la acción popular «…se configura como mecanismo tutelar de naturaleza reparadora, frente a todo acto u omisión que lesione cualquier derecho colectivo o difuso» (FJ III.4).

Por su parte, la acción popular *restitutoria* tiene la finalidad de asegurar, a través de la *in integrum restitutio*, el goce pleno de derechos colectivos afectados, para lo cual deberá restituir el derecho al estado anterior a la vulneración (SC 1977/2011-R; FJ III.1.4, de 7 de diciembre.

El TCP, en la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, estableció que la acción popular, en su faceta restitutoria, no se equipara a un proceso sancionatorio, ya que no tiene la finalidad de determinar responsabilidad civil, penal o de otra naturaleza, sino que tiene el potencial de resguardar derechos a partir de la adopción de medidas de reparación o prevención (FJ III.2).

El razonamiento citado emergió de una acción popular activada por la comunidad Chillcani (Betanzos, Potosí) por haber sido privada del agua proveniente de las las lagunas «Kasiri, Jancko Lackaya, Pasto Grande, Chaupi Ckocha y Pultu Ckocha», debido a que la comunidad Alcatuyo alteró la salida del agua de dichas lagunas, incumpliendo el acuerdo entre comunidades suscrito el 20 de junio de 1982, documento que resguardó el derecho al uso común del agua de las lagunas para el regadío de ambas comunidades.

En este caso, el TCP razonó de la siguiente forma:

> …por otra parte, observan que los representantes de la comunidad Chillcani no acreditaron que los demandados hubiesen sido quienes procedieron a cortar el transcurso del agua de una comunidad a la otra, de esta forma sostienen que una concesión vulneraría la presunción de inocencia; sin embargo, debe dejarse

> establecido que las acciones constitucionales no tienen por objeto principal determinar responsabilidad sea civil, penal o de otra naturaleza, sino la de proteger y resguardar los derechos; en este sentido, la acción popular no es equivalente a un proceso sancionatorio en el cual lo primordial sea identificar a los responsables de la vulneración o amenaza de un derecho colectivo, sino que su propósito más bien es el de reparar o en su caso prevenir la vulneración de los derechos previstos por el art. 135 de la CPE, por ello, el elemento central a tomar en cuenta no es la culpabilidad sino la acreditación de la vulneración del derecho colectivo (SCP 1696/2014; FJ III.2, de 1 de septiembre) [678].

También, la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, estableció medidas reparatorias por vulneración a derechos de la Madre Tierra, aunque todavía se utiliza el concepto de derechos medioambientales. En concreto, la referida sentencia, al identificar como una prioridad la conservación del medio ambiente en base a criterios de «desarrollo sostenible» y de «otros seres vivos», estableció, como medida reparatoria, que el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija y la provincia Cercado gestionen la implementación de la normativa de protección de la cuenca del río Guadalquivir en el marco de sus competencias, debiendo efectivizarse un plan de restauración del bosque de vegetación ribereña en coordinación con las instituciones de la sociedad civil interesadas en la consecución de dicha restauración y bajo la supervisión de la ABT (fj III.3.2).

De la misma forma, determinó que el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija y la provincia Cercado: a) Gestionen la efectivización de la normativa municipal y nacional de protección de la cuenca del río Guadalquivir, con medidas específicas de protección, en el ámbito de sus competencias; b) diseñen un plan de restauración del bosque de vegetación ribereña afectado por la construcción de la obra Avenida Costanera Sur, bajo la fiscalización y supervisión del Ministerio de Medio Ambiente y Agua y la Autoridad de Bosques; y, c) realicen un estudio técnico destinado a establecer la existencia de daños directos e indirectos, al ecosistema por la construcción de gaviones en la obra Avenida Costanera Sur y que, además, propongan medidas de mitigación de los daños.

Posteriormente, el TCP, a través de la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, en coherencia con la naturaleza jurídica de la acción popular reparadora, dispuso:

> …el cese de la lesión; es decir un mandato que detenga la vulneración que empezó a afectar o que ya se consumó, sobre el cual recae el derecho o interés; caso en el cual el Juez o Tribunal de Garantías deberá establecer la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal, de conformidad con el art. 39 del CPC. En los supuestos de responsabilidad civil, la reparación debe ser en la jurisdicción constitucional, abriendo el plazo probatorio de diez días conforme estipula la norma. (FJ III.2.3).

[678] De manera contraria a la línea jurisprudencial citada, la SCP 0228/2019-S4 de 16 de mayo, omitió establecer medidas de restauración y, más bien, desnaturalizó la esencia procesal de la acción popular equiparándola a un proceso sancionatorio. Este caso fue muy importante y pudo ser una oportunidad significativa para que, desde los postulados del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador, se ordenen medidas restaurativas en cuanto al manejo del accidente y colapso del relleno sanitario de Alpacoma en el municipio de La Paz.

La SCP 0326/2019-S2 de 29 de mayo, también estableció mandatos de reparación y restauración, en una acción popular formulada por el secretario general del Sindicato de Trabajadores en Prensa, Fotoperiodistas y Medios Digitales, contra el ministro de Salud, el gobernador del Gobierno Autónomo Departamental de La Paz, los alcaldes de La Paz y de El Alto, el director del Servicio Departamental de Salud del Departamento de La Paz. Para este efecto, se ponderó el derecho a la huelga en el ámbito de la salud con los derechos a la protesta de los trabajadores de este sector.

La referida sentencia, en el numeral tercero de la parte dispositiva, estableció las siguientes medidas de carácter inmediato, en tanto la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP) elaborara y aprobara la normativa regulatoria para el sector salud:

> a) El derecho a la huelga del sector salud, en tanto la paralización de servicios, no puede ser indefinida; b) La continuidad de la prestación de todos los servicios de salud, lo que supone que en ejercicio del derecho a la huelga del sector salud, se prevea la asignación y cumplimiento de los turnos establecidos en el Sistema de Salud para la prestación del servicio, sin perjuicio que las y los trabajadores de dicho sector adopten otros mecanismos de protesta; c) la priorización por parte de los diferentes niveles de gobierno del Estado de los reclamos y motivos de protesta y huelga del sector salud, dada la vinculación con el derecho a la vida (para tal efecto, se ordenó la instalación inmediata de mesas de diálogo y negociación); y, d) la obligación del Estado de garantizar que los servicios de salud y el acceso de la población a los mismos, no sea afectado por paros o huelgas, a cuyo fin deberá agotar todos los mecanismos de diálogo y en el marco de lo que se dispone en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, se encuentra obligado a considerar de manera inmediata las demandas razonables y vinculadas a su sector.

Asimismo, la citada sentencia ordenó al Ministerio de Salud, al Gobierno Autónomo Departamental de La Paz, a los municipios de El Alto y La Paz, así como al SEDES, en el marco de sus competencias, garantizar la prestación de todos los servicios de salud, asumiendo las medidas pertinentes cuando la huelga no respete las directrices de aplicación inmediata determinadas por la sentencia, ante un derecho a la huelga del sector salud limitado en su ejercicio frente al derecho a la continuidad de la prestación del derecho a la salud y acceso a los servicios de salud. Esta sentencia dispuso, también, que el Estado, en sus diferentes niveles, según corresponda, instale de manera inmediata, mesas de trabajo y diálogo, a efecto de tratar las problemáticas del sector salud y la regulación normativa ordenada en esta disposición.

Como se demostró a patir del análisis dinámico de jurisprudencia realizado, si bien existen estándares más altos dignos de ser mencionados como, por ejemplo, el caso de la construcción de la Avenida Costanera Sur en Tarija —que implicó la adopción de medidas de protección y restauración de la cuenca del río Guadalquivir—; y también las acciones populares que resolvieron el alza de tarifas de transporte público en Tarija y el conflicto médico —los cuales ameritaron la aplicación de mandatos de prevención, restauración y la aplicación de mecanismos dialógicos de solución de conflictos—, sin embargo, en

otros casos, el TCP todavía no logró superar la lógica binaria procesalista y liberal de la concesión o denegatoria de tutela que es asumida desde el enfoque de una parte ganadora y otra perdedora por lo que, en muchos casos, a través de sus fallos esta instancia no ha llegado a consolidar un verdadero equilibrio para Vivir Bien.

Una de las razones que impide la consolidación del Vivir Bien o *Suma Qamaña* en el marco del paradigma biocéntrico, es la omisión de la utilización de mecanismos dialógicos esenciales para la construcción plural de derechos, entre otras razones porque la justicia no tiene una composición plural, su independencia está cuestionada por las disfunciones del proceso de preselección y del juicio de responsabilidades, tal como se expuso en el anterior capítulo y porque todavía desarrolla los prespuestos procesales de la acción popular desde una lectura monocultural y liberal del derecho. Este tema se abordará en el último capítulo de este trabajo, en el cual se identificarán casos cuya interpretación procesal de la acción popular en esta tipología es absolutamente contraria a la lógica restaurativa que, en armonía con el modelo polifónico de justicia constitucional, plantea este mecanismo tutelar.

7.- La reparación integral de daños: Su aplicación con enfoque intercultural en acciones populares

Luego de haberse descrito la tipología de la acción popular y su desarrollo jurisprudencial —y, considerando, que éste es un mecanismo de defensa de derechos transindividuales destinado a restituir el equilibrio para Vivir Bien [679]— es esencial abordar la *doctrina de reparación integral de daños* desde un enfoque intercultural para una plena conformidad con los postulados de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, doctrina que debe ser aplicada por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Desde esta perspectiva, y en el marco de un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional, es importante destacar que el TCP, a través de la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero —que es un entendimiento fundante de línea jurisprudencial, en ejercicio del control de convencionalidad— asumió por primera vez la doctrina de reparación integral de daños desarrollada por la Corte CIDH y estableció que dicha reparación incluye la restitución e indemnización, así como medidas de satisfacción y rehabilitación, y garantías de no repetición [680].

---

[679] Montaño y Storini (2009) afirman que el buen vivir supera el concepto del «bien común» y del «Estado de bienestar» y se configura como una nueva alternativa emergente de los países Latinoamericanos, particularmente en el caso de Ecuador y Bolivia (pp. 13-15).

[680] Esta sentencia, de manera expresa, señala: «…debe acogerse lo desarrollado por la Corte CIDH, que señala que la reparación integral implica: 1) La restitución; esta medida resulta ser la que debería devolver a la víctima a una situación idéntica a la que se encontraba antes de sufrir alguna vulneración a sus derechos; 2) La indemnización; esta medida de reparación es una de las más comunes utilizadas por la Corte CIDH, se refiere a una compensación económica tanto por los daños materiales como por los inmateriales que haya sufrido la víctima, como consecuencia de la vulneración de un derecho humano; 3) La rehabilitación; en casos en los que la Corte CIDH aplica esta medida de reparación, señala que: '… es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos físicos y psicológicos sufridos por las víctimas de las violaciones establecidas en la presente sentencia…',

De acuerdo a la citada sentencia, *la restitución* tiene la finalidad de lograr el restablecimiento del derecho al estado anterior a la vulneración; por su parte, la *indemnización*, desde una perspectiva inicialmente antropocéntrica, asegura la reparación de daños materiales físicos, mentales, gastos y pérdidas económicas que hubieran sufrido las víctimas y también daños inmateriales, entre ellos, el daño moral, familiar y al proyecto de vida.

Asimismo, *las medidas de rehabilitación* tienen la finalidad de brindar atención psicosocial y médica a las víctimas. Por su parte, las *medidas de satisfacción* persiguen un reconocimiento público y simbólico en relación a la vulneración de derechos y al daño ocasionado a las víctimas. Finalmente, *las garantías de no repetición* tienen la finalidad de evitar nuevas y sistemáticas vulneraciones a los derechos.

En armonía con la SCP 0019/2018-S2, en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, se estableció: «En los supuestos de responsabilidad civil, la reparación debe ser en la jurisdicción constitucional, abriendo el plazo probatorio de diez días conforme estipula la norma» (FJ III.2.3).

Las sentencias citadas constituyen un avance progresivo y acorde con los sistemas tanto interamericano como universal de protección a derechos en cuanto a la reparación integral de daños para víctimas de violaciones a derechos. Sin embargo, su enfoque está circunscrito a reparaciones individuales de daños, por lo que uno de los mayores retos para el TCP es consolidar una *doctrina de reparación integral de daños con enfoque intercultural* y con una perspetiva restaurativa acorde con el paradigma biocéntrico, para que así la vulneración a derechos transindividuales genere, en el marco de procesos de traducción y entendimiento, la restitución del equilibrio para Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

En este orden, es evidente que el desarrollo de la anotada doctrina implica construir el modelo polifónico de justicia constitucional desde otros *saberes-poderes* (Storini y Qhizhpe; 2019, pp. 49-69), para generar así, mediante métodos dialógicos, la armonía y el equilibrio para Vivir Bien.

Éste es uno de los mayores desafíos para el TCP y, si bien existen avances importantes en acciones populares, todavía no se ha superado la lógica binaria de la concesión o denegatoria de tutela y su uso más como una formalidad o ritualismo, que en muchos casos no restituye el equilibrio ni la armonía. Además, en otros casos, se observa con preocu-

por ende, las medidas de reparación serán destinadas a los daños inmateriales, principalmente a los morales y físicos que vaya a sufrir la víctima como consecuencia de las violaciones a sus derechos humanos; 4) La satisfacción; esta medida tiende a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos humanos. Al respecto, Martín Beristaín señala: 'Las medidas de satisfacción se refieren a la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad y actos de desagravio; las sanciones contra perpetradores; la conmemoración y tributo a las víctimas'. En resumen, estas medidas corresponden principalmente a actos, por parte del Estado responsable, de desagravio de los daños, tanto morales como al proyecto de vida, ocasionados a consecuencia de una violación de derechos humanos; y, 5) La garantía de no repetición; esta medida, principalmente, está dirigida a mitigar los daños colectivos. Así, por ejemplo, con la tipificación de algún delito, se genera en toda la sociedad, de alguna manera, un sentimiento de confianza hacia el Estado, en el sentido de tener cierta seguridad que no se repetirán circunstancias que originen violaciones de derechos humanos» (SCP 0019/2018-S2, FJ III.4, de 28 de febrero).

pación la utilización, por parte del TCP de autorrestricciones jurisprudenciales basadas en formalismos extremos y contrarios a la naturaleza procesal de esta acción, que deniegan, indebidamente, la acción popular sin ingresar al análisis sustantivo del problema jurídico e impiden, arbitrariamente, la reparación integral de daños con enfoque intercultural y con fines restaurativos, tal como se demostrará en el último capítulo.

Con la finalidad de identificar estándares jurisprudenciales más altos en esta temática, debe señalarse, en principio, que el TCP, en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, concedió la acción popular porque se demostró la vulneración del derecho de las y los usuarios al acceso a un sistema de transporte urbano eficiente y eficaz debido a un alza arbitraria de la tarifa de transporte público. Por ello, en función a un enfoque restaurativo, aplicó medidas de rehabilitación y garantías de no repetición mediante la inclusión de mecanismos dialógicos. En efecto, la referida decisión, como consecuencia de la concesión de tutela en el marco de una reparación integral de daños, incluyó *mandatos de responsabilidad compartida* entre órganos de gobierno y la sociedad civil, los cuales ya fueron desarrollados en el acápite referente a la acción popular reparadora [681].

Como puede observarse, éste es un caso paradigmático, en el cual el TCP concibió los derechos de las usuarias y usuarios del transporte público desde una lectura de derechos difusos y no así transindividuales, en coherencia con el paradigma biocéntrico y también contempló un gran avance en cuanto a la aplicación de la reparación de daños con enfoque restaurativo dirigida a restituir el equilibrio y el Vivir Bien en el marco de políticas públicas dialógicas y comunitarias.

Asimismo, existen otras decisiones paradigmáticas del TCP, como la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio. En este caso, frente a una vulneración de los derechos de la Madre Tierra —aunque el TCP no adoptó este término de manera expresa, sino que todavía invocó la categoría de derechos medioambientales—, el máximo contralor de constitucionalidad adoptó medidas reparatorias en los siguientes términos:

> …se tiene presente que el nuevo orden constitucional reconoce como una prioridad la conservación del medio ambiente con criterios de desarrollo humano sostenible, y de «otros seres vivos», delegando como garante del resguardo de sus derechos constitucionalmente reconocidos tanto al Estado, a través de todas sus instituciones, como al ciudadano. Existiendo una convicción razonable en este Tribunal acerca de la denuncia aquí analizada, corresponde disponer, como medida reparatoria, que el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija y la provincia Cercado gestionen la implementación de la normativa de protección de la cuenca del río Guadalquivir

[681] Esta sentencia estableció: 1) Que, por la lesión del derecho de las y los usuarios al acceso a un sistema de transporte urbano eficiente y eficaz, se repare el daño con la medida de un día de transporte público libre y gratuito, que debió haber sido fijado a los cinco días a partir de la notificación; 2) Que el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, los proveedores del servicio urbano de transporte de esta ciudad y la sociedad civil organizada, con responsabilidad compartida y conjunta, en el plazo máximo de dos meses, entablen mesas de diálogo con la finalidad de ratificar o actualizar la tarifa del transporte público urbano contenida en la Ordenanza Municipal N.° 038/2013. A ese efecto, se dispuso la realización de un estudio técnico, con el propósito de verificar si los operadores cubren sus costos de operación y la tarifa contempla los criterios sociales para su aplicación.

> en el marco de sus competencias, debiendo efectivizarse un plan de restauración del bosque de vegetación ribereña en coordinación con las instituciones de la sociedad civil interesadas en la consecución de dicha restauración y bajo la supervisión de la ABT (FJ III.3.2).

Los dos casos citados son paradigmáticos. Sin embargo, el TCP tiene el desafío de consolidar, a través de la acción popular, una doctrina de reparación integral de daños con enfoque intercultural, especialmente en relación a derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, máxime cuando los históricamente oprimidos plantearon, en el proceso constituyente boliviano, la necesidad de concretizar procesos de «restitución territorial», de «reconstitución institucional» y de «igualación»; por tanto, la reparación integral de daños con enfoque intercultural es una forma de consolidar dichos procesos. Asimismo, la reparación integral de daños con enfoque intercultural debe ser materializada en cuanto a derechos de la Madre Tierra para generar así el equilibrio y la armonía y al Vivir Bien.

Es importante resaltar que la Corte CIDH, en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs Argentina (2020), desarrolló las condiciones para la reparación integral de daños con enfoque intercultural[682]. En este sentido, de manera expresa señaló:

> La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. De acuerdo al caso, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación; las medidas pecuniarias, de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición pueden tener especial relevancia por los daños ocasionados. Las reparaciones deben

[682] La Corte CIDH denunció la violación al derecho de propiedad sobre el territorio ancestral de las comunidades indígenas reunidas en la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat, porque habrían transcurrido dos décadas desde que, en 1991, las comunidades indígenas presentaron su solicitud de titulación. La Corte CIDH indicó que Argentina no proveyó «acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral», tierras que se encuentran en el departamento de Rivadavia, provincia de Salta. La comisión denunció también la omisión estatal de «emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena» y que el Estado llevó a cabo «obras públicas» y otorgó «concesiones para la exploración de hidrocarburos» sin cumplir requisitos de realizar estudios previos de «impacto social y ambiental» y «consultas previas, libres e informadas». Se señaló que Argentina violó también los derechos de las comunidades «al acceso a la información y a participar en los asuntos susceptibles de afectarles». Por último, se denunció la vulneración de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, debido a la falta de provisión de un procedimiento efectivo para acceder a la propiedad del territorio ancestral, así como a las variaciones sucesivas en el procedimiento administrativo aplicable al reclamo territorial indígena. En el caso se analiza también la presencia de población no indígena en la tierra reclamada, así como de distintas actividades sobre ella, como cría de ganado, instalación de cercados y tala ilegal. Además, integran el marco fáctico del caso proyectos y obras sobre dichas tierras y también distintas acciones judiciales y administrativas.

> tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como relación con las medidas solicitadas (párr. 307).

En cuanto a la reparación de daños vinculados a pueblos indígenas, la Corte IDH, de manera expresa señaló lo siguiente:

> La Corte considera necesario expresar que, a fin de ordenar las medidas de reparación procedentes, tiene en consideración las características particulares del caso. Ello, en cuanto a la gran extensión territorial que abarca, así como el elevado número de personas, tanto indígenas como criollas, que habitan el lugar. En ese marco, tiene en cuenta la complejidad del caso respecto a las acciones estatales que deben llevarse a cabo para reparar las violaciones vinculadas a la propiedad, así como el impacto de las mismas en los distintos grupos humanos que habitan la zona (párr. 320).

En base a lo señalado, la Corte CIDH ordenó, como medida de restitución, la delimitación del territorio ancestral de las comunidades en conflicto (párr. 325); y también como medidas de restitución ordenó la realización de la consulta previa (párr. 328), en este sentido señaló:

> El Estado debe abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce por parte de las comunidades víctimas, u ordenar, requerir, autorizar, tolerar o consentir que terceros lo hagan. En caso de realizarse alguno de los actos indicados, debe estar precedido, según corresponda, de la provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas por la Corte en la presente sentencia (párr. 328).

Asimismo, por la interdependencia del derecho a la propiedad comunal con los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación, al agua y a la identidad cultural que planteó el caso, la Corte CIDH, desde un enfoque intercultural, asumió las siguientes medidas de restitución:

> …esta Corte ordena al Estado que, en el plazo máximo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, presente a la Corte un estudio en que identifique, dentro del conjunto de personas que integran las comunidades indígenas víctimas, situaciones críticas de falta de acceso a agua potable o alimentación, que puedan poner en grave riesgo la salud o la vida, y que formule un plan de acción en el que determine las acciones que el Estado realizará, que deben ser aptas para atender tales situaciones críticas en forma adecuada, señalando el tiempo en que las mismas serán ejecutadas. El Estado deberá comenzar la implementación de las acciones indicadas en el plan de acción en forma inmediata a la presentación del mismo a este Tribunal (párr. 331).

Además, como medidas de restitución para derechos de naturaleza colectiva y difusa, la Corte CIDH, en este caso, señaló:

> Adicionalmente a las acciones ordenadas en el párrafo anterior, a efectos de lograr de forma permanente que la prestación de bienes y servicios básicos sea adecuada y periódica, así como una razonable preservación y mejora de los recursos ambientales, el Estado deberá elaborar un estudio, en el plazo máximo de un año a partir de la notificación de esta Sentencia, en el que establezca las acciones que deben instrumentarse para: a) la conservación de las aguas, superficiales o subterráneas, existentes en el territorio indígena dentro de los lotes 14 y 55, que sean de utilización por parte de las comunidades indígenas víctimas, así como para evitar su contaminación o remediar la contaminación ya existente; b) garantizar el acceso permanente a agua potable por parte de todas las personas integrantes de las comunidades indígenas víctimas en este caso; c) evitar que continúe la pérdida o disminución de recursos forestales en el territorio indicado, así como procurar su paulatina recuperación, y d) posibilitar de forma permanente a todas las personas integrantes de las comunidades indígenas víctimas en el presente caso, el acceso a alimentación en forma nutricional y culturalmente adecuada (párr. 333).

La Corte, además, señaló que, para la elaboración del referido estudio, los especialistas encargados de su elaboracion deberán tener los conocimientos técnicos específicos requeridos para cada tarea y deberán contar siempre con el punto de vista de las comunidades indígenas víctimas, expresado conforme a sus propias formas de toma de decisiones (párr. 334).

Además, como medida preventiva, en el marco de una reparación integral de daños con enfoque intercultural, la Corte CIDH establece:

> En cuanto a la tala ilegal, este Tribunal nota que el Estado ha afirmado que realiza tareas de 'monitoreo' y 'seguimiento', inclusive a partir de 'denuncias'. Por lo tanto, sin perjuicio de las medidas ordenadas, este Tribunal insta al Estado a continuar con sus acciones de monitoreo y seguimiento, y adoptar otras que sean eficaces a tal fin. En particular, la Corte exhorta al Estado a mantener o instalar puestos de control, en concordancia con lo que fue previsto por el Decreto 2786/07 (párr. 336).

En el referido caso, la Corte CIDH, en el marco de la reparación integral de daños con enfoque intercultural, ordenó la creación de un Fondo de Desarrollo Comunitario para la cultura indígena (párr. 337), y también estableció importantes medidas de no repetición, entre ellas la adopción en un plazo razonable de medidas legislativas y/o de otro carácter que fueren necesarias para dotar de seguridad jurídical al derecho humano de propiedad comunitaria indígena, previendo procedimeintos específicos adecuados para tal fin (párr. 354).

Asímismo, en atención a que Argentina es un Estado Federal, de acuerdo a la doctrina del «piso mínimo», la Corte CIDH, a efectos de garantizar efectivamente la no repetición de las violaciones declaradas en el presente caso, estableció que las regulaciones normativas

y/o de otro carácter, cuya adopción fue ordenada, sean aplicables en todo el territorio nacional, tanto por el Estado Nacional como por todas la entidades estatales federativas que conforman la federación argentina; es decir, todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (párr. 356).

Como puede observarse, éstas son medidas de reparación integral de daños con enfoque intercultural para pueblos indígenas que no solo deben ser asumidas por la Corte CIDH, sino, también, a través de la acción popular, debieran ser ordenadas por el TCP, para así consolidar el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

8.- La construcción plural de derechos en acciones populares a la luz de la jurisprudencia constitucional

Tal como se señaló en el capítulo cuarto de este trabajo, desde los postulados de un constitucionalismo plurinacional intercultural y descolonizador, la construcción plural de derechos en un Estado Plurinacional debe contener una argumentación jurídica plural, que debe considerar un sistema plural de fuentes jurídicas en el marco de interpretaciones interculturales de derechos y de la aplicación de métodos plurales y dialógicos, presupuestos esenciales de un modelo polifónico de justicia constitucional, para que así, tal como afirman García Villegas y Rodríguez (2003), el derecho oficial sea reconceptualizado como un sistema cultural en el cual distintas posturas y posisiones discursivas interactúen en un proceso constructivo (p. 38), con miras a una restauración integral para consolidar así la armonía y el Vivir Bien, ya que solo en este escenario será posible materializar lo que Wolkmer (2013) denomina como *realidades plurales y prácticas biocéntricas desafiadoras* (pp. 19-42).

Esta construcción plural, en el marco del principio de progresividad, también contemplará la aplicación del ejercicio del control de convencionalidad para luego, desde el paradigma del Vivir Bien como pauta intercultural de interpretación de derechos, generar consensos interculturales y puentes dialógicos tanto con el Sistema Universal como con el Interamericano de Protección a Derechos Humanos, toda vez que, de acuerdo a los constitucionalismos latinoamericanos dialógicos, la argumentación jurídica plural armoniza los principios de la plurinacionalidad, la interculturalidad y la descolonización con los avances del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de métodos horizontales y dialógicos.

En este orden, para un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional debe resaltarse que, en la acción popular resuelta a través de la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, el TCP estableció que los jueces, tribunales y autoridades administrativas

> …tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión —ya sea que esté contenida en la Constitución Política del Estado o en las normas del bloque de constitucionalidad— y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos) tienen el deber de ejercer el control de convencionalidad, interpretar

> el derecho de acuerdo a las normas contenidas en Tratados e Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Norma Suprema; obligación que se extiende, además, al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (FJ III. 2).

También el TCP, en la acción popular resuelta a través de la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, a la luz del principio de constitucionalidad y del deber de interpretar las disposiciones legales «desde y conforme a la Constitución Política del Estado y las normas contenidas en Pactos internacionales sobre Derechos Humanos», sustentó el deber de ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a estándares internacionales vigentes para la protección de pueblos indígenas (FJ III.2).

Otro elemento esencial de la construcción plural de derechos a través de la acción popular, es el referente a la aplicación de mecanismos dialógicos, que es un rasgo esencial del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador y también de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos descritos en el segundo capítulo de este trabajo.

Entre estos mecanismos dialógicos acordes con el modelo de Estado Plurinacional, deben resaltarse los diálogos interjurisdiccionales, los diálogos interculturales, las audiencias públicas, los *amicus curiae* y las veedurías ciudadanas, entre otros mecanismos que pueden complementarse con otras herramientas transdisciplinarias del derecho, como los peritajes antropológico-culturales, cuya finalidad es que se considere la voz de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

Lamentablemente, el TCP no ha utilizado de manera uniforme estas herramientas; de hecho, en estos más de diez años de vigencia de la Constitución no ha realizado un solo diálogo interjurisdiccional con la jurisdicción indígena originaria campesina, limitándose, en muchos casos, únicamente al peritaje antropológico-cultural, que todavía sigue siendo un mecanismo mediado de diálogo interjurisdiccional. Sin embargo, a pesar de estas omisiones, existen algunos avances que han generado estándares jurisprudenciales más altos y que, por ende, serán abordados en este acápite.

De manera específica, es importante señalar que uno de los mecanismos dialógicos a ser utilizados en acciones populares en el marco del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizante, son los *amicus curiae.* El TCP, en la SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, a partir de una interpretación del alcance de los «terceros interesados» en acciones populares introdujo la herramienta dialógica del *amicus curiae.*

En efecto, la SC 1018/2011-R de 22 de junio, estableció el deber de la parte accionante de citar a los terceros interesados en acciones populares [683]; por su parte, la SCP 1472/2012 de 24 de septiembre, sistematizó las reglas de participación de terceros en

[683] Este mismo criterio fue asumido en la SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre, FJ III.1.8; SCP 0276/2012 de 4 de junio, FJ III.4.

acciones populares y mutó el inicial entendimiento de la SCP 1018/2011-R. Al respecto, la indicada sentencia estableció que la acción popular

> …no busca tutelar derechos subjetivos, sino derechos que corresponden a una colectividad; por lo que, en todo caso todos los miembros de esa colectividad tendrían que ser considerados terceros interesados, entendimiento que resultaría de imposible cumplimiento (SCP 1472/2012, FJ III.2, de 24 de septiembre).

En este contexto, la citada sentencia precisó lo siguiente: «…el derecho a participar en el proceso constitucional de acción popular de los miembros de esa colectividad no puede ser la de tutelar de derechos subjetivos sino en su calidad de *amicus curiae*» (FJ III.2) [684].

La referida sentencia estableció, también, que si bien no es coherente la citación a terceros interesados en el marco de una acción popular y, más bien, tal como se anotó, es aplicable la figura de los *amicus curiae*, sin embargo, las autoridades que conozcan acciones populares podrán, de oficio, notificar con la acción popular a instituciones o personas relacionadas del ámbito público o privado que puedan aportar información o fijar posición sobre el objeto procesal sin que dicha omisión implique la suspensión o la nulidad de la audiencia (FJ III.4).

En aras de la construcción plural de derechos que será realizada a través de la acción popular mediante mecanismos dialógicos destinados a realizar una labor de traducción y entendimiento de derechos en el marco de consensos interculturales armónicos con el derecho internacional de los derechos humanos, es esencial identificar un caso emblemático contenido en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero.

En esta acción de amparo constitucional, reconducida procesalmente por el TCP a acción popular, la comunidad indígena de Puca Huasi denunció la vulneración a sus derechos al debido proceso en sus elementos a la fundamentación, motivación, congruencia, defensa, valoración razonable de la prueba, acceso a la justicia, tutela judicial efectiva, libre existencia, tierra y territorio, y consulta previa.

Los representantes de la comunidad alegaron la vulneración a estos derechos porque las y los magistrados demandados del Tribunal Agroambiental, en base a informes del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) pronunciaron la Sentencia Nacional Agroambiental de la Sala Liquidadora 47/2012, a través de la cual dispusieron la nulidad del proceso de saneamiento de tierras ejecutado en la comunidad Puca Huasi, porque existiría una sobreposición entre el territorio del pueblo indígena con el predio de un particular en un área urbana. Sin embargo, el referido pueblo indígena alegó la omisión de consulta previa para la ampliación del área urbana en sus territorios ancestrales, por lo que la decisión de las autoridades demandadas atentaría contra los derechos antes mencionados y les obligaría a pertenecer a un radio urbano, lo que significaría su desaparición como pueblos indígenas.

---

[684] Este criterio fue también seguido en las sentencias SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, FJ III.3.4; SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, FJ III.4; y SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, FJ III.2.7, entre otras.

El TCP, a través de la invocada sentencia, recondujo procesalmente la acción de amparo constitucional a acción popular y, en el marco de una argumentación jurídica plural basada en una ponderación intercultural entre derechos individuales y colectivos en colisión, concedió dicha acción porque las autoridades demandadas no realizaron una valoración razonable de prueba ya que la motivación de su decisión omitió considerar estándares internacionales de protección de derechos colectivos, pero además omitió realizar una valoración razonable de prueba acorde con una ponderación intercultural de derechos (SCP 0487/2014 FJ III.7.1).

El TCP estableció que la decisión cuestionada tampoco consideró la tenencia de la tierra, la cual, en un Estado Plurinacional, como el boliviano, debe respetar la forma de vida de los pueblos indígenas, sus costumbres, tradiciones y, en general, la forma integral en que conciben su territorio, el cual no puede ser dividido bajo una «lógica occidental» y sin su consentimiento, ya que esta definición no obedece a la forma en que este pueblo indígena tradicionalmente ha gestionado su territorio (FJ III.7.2).

La razón jurídica de la decisión anotada tiene sustento en importante doctrina jurisprudencial desarrollada en la misma Sentencia Constitucional Plurinacional. Así, por ejemplo, se invoca a la plurinacionalidad, al pluralismo, a la interculturalidad y a la descolonización como pilares esenciales del modelo de Estado vigente (SCP 0487/2014, FJ III.1.2, de 25 de febrero).

De la misma forma, siguiendo el criterio establecido en la SCP 112/2012 de 27 de abril, se resaltó el deber de todas las autoridades de las diferentes jurisdicciones de garantizar derechos en el marco de una aplicación directa y preferente acorde con los principios de favorabilidad y progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, así como en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación (FJ III.2.1). Como puede advertirse, esta sentencia contiene una construcción plural de derechos a través de la acción popular, razón por la cual es considerada en este acápite.

Otro estándar jurisprudencial más alto emergente de una construcción plural de derechos en acciones populares, está contenido en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, a través de la cual, el TCP consagró el derecho a la autoidentificación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este marco, luego de una reconducción procesal de amparo constitucional a acción popular, el TCP concedió, en parte, la petición de tutela realizada por la comunidad Takana La Selva, porque la ABT y el INRA, al omitir citar a la CIPOAP, como ente representativo de esta comunidad para que asuma defensa ante estas instancias, vulneraron sus derechos colectivos a la defensa y al debido proceso por la amenaza a derechos colectivos de un pueblo autoidentificado como indígena.

En la referida resolución se dejaron sin efecto las resoluciones administrativas cuestionadas y se exhortó al INRA y a la ABT, a adecuar sus procedimientos en base al principio de pluralismo, allí donde resultaran comprometidos los derechos e intereses colectivos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, tomando en cuenta su especial situación de vulnerabilidad.

En este escenario, es importante destacar la construcción plural de derechos que concluyó en una exhortación para la aplicación de un mecanismo dialógico dirigido a

la efectividad de los derechos de pueblos indígenas. Sin embargo, en el contexto de los alcances del modelo polifónico de justicia constitucional, el TCP no puede seguir con la lógica de las sentencias exhortativas en control tutelar, ya que el activismo judicial que caracteriza a este modelo polifónico de justicia constitucional, le brinda la legitimidad para emitir mandatos de reparación y restauración en el ámbito de una aplicación coherente de la doctrina de la reparación integral de daños.

Desde el análisis planteado, es importante destacar que el TCP debe, incluso, repensar su tradicional terminología procesal-constitucional con resabios de un constitucionalismo monocultural y liberal y a través de un verdadero activismo judicial legitimado en un modelo polifónico de justicia constitucional. En ese sentido, debe implementar mecanismos dialógicos restaurativos, los cuales incidan en el diseño de políticas públicas con enfoque en derechos, acordes con el modelo de Estado vigente.

Otro caso emblemático se evidencia en la acción popular restitutoria que concluyó con la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre. A través de este mecanismo de defensa, los accionantes denunciaron que, desde el mes de septiembre de 2012, su comunidad fue privada del agua proveniente de las lagunas «Kasiri, Jancko Lackaya, Pasto Grande, Chaupi Ckocha y Pultu Ckocha». En este sentido, argumentaron que la comunidad Alcatuyo alteró la salida del agua de dichas lagunas, incumpliendo un acuerdo previo suscrito entre esta comunidad y la comunidad demandada. Asimismo, los accionantes denunciaron que, al haberse cerrado el paso del agua destinado a su consumo diario y riego, se habría perjudicado a toda la comunidad Chillcani, provocando focos de infección los cuales, además, afectan el derecho a la salubridad comunitaria. Por su parte, los representantes de la comunidad Alcatuyo, en calidad de accionados, alegaron, en audiencia pública, ser propietarios de las lagunas en conflicto y que el proceso de registro de aguas se encuentra en curso ante la instancia administrativa competente.

El TCP, en coherencia con los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, para ingresar al fondo de la problemática, flexibilizó la legitimación pasiva por ser imposible determinar a los responsables de la interrupción del curso del agua, por lo que concedió la acción popular en su faceta preventiva y ordenó se implementen diálogos interculturales.

La decisión analizada es muy importante, ya que el TCP, para establecer un diálogo intercultural entre las comunidades en conflicto e instancias gubernamentales competentes, utilizó, como sustento, un peritaje antropológico-cultural elaborado por la Unidad de Descolonización que forma parte de esta máxima instancia de control de constitucionalidad.

Siguiendo este orden, esta decisión establece lo siguiente:

> …finalmente, corresponde observar que conforme el Informe Técnico TCP/STYD/UD 023/2014, de la Unidad de Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional, las instituciones públicas no generaron un espacio de diálogo entre ambas comunidades, por ejemplo, se generó desconfianza de los miembros de la comunidad Chillcani respecto al SEDERI de Potosí, al grado de considerar que se tiene preferencia al Ayllu Mankasaya Alcatuyo, ello porque no habrían podido

participar en la inspección de las aguas reclamadas debido a la desinformación existente sobre su realización (FJ III.3).

La importancia del modelo polifónico de justicia constitucional radica en los mecanismos dialógicos de los históricamente oprimidos. En este marco, y según el problema jurídico sustantivo que planteó el caso analizado, a través de un mecanismo dialógico asumido por el TCP, Javier Colque, exautoridad de la comunidad Chillcani, en entrevista de 2 de julio de 2014, sostuvo que intentó coordinar su participación en la referida inspección con el personal de SEDERI de Potosí, esta autoridad señaló:

> Nosotros estamos en la compuerta en la hora que hemos hablado; espera, espera (entonces) nos hemos comisionado, unos a Potosí a recogerles. (Entonces) habían tarido [*sic*] por las puntas del cerro; todo por las cordilleras; para que nos vamos a acercarnos a la laguna habrán dicho, va ver problemas habrán dicho; nosotros espera que espera, ya era mediodía; la señal no salía; cuando nos comunicamos con Potosí, nos ha dicho que la comisión ya salió y ya está haciendo el trabajo de inspección (eso ocurrió en julio del 2013); me comunico con el ingeniero me dice: No, pero por cuestión de tiempo nosotros le estamos haciendo por la cordillera, no hemos bajado por las lagunas porque si no se iba a hacer tarde; pero Uds. igual pueden hacer presentando solicitud a SEDERI. Pero estas lagunas son uso compartido; cómo ustedes lo están haciendo —le dijo el alcalde agua [*sic*] de entonces de Chillcani—. Pero, entonces, ponete a tal lugar y vamos a conversar; ahorita estamos en P'ultu María, me ha dicho. Entonces, ese rato hemos corrido a P'ultu María; hemos corrido casi una hora; entonces, no habían… Hemos tenido que subir a la quebrada para volver a llamar: nosotros- ya estamos en P´ultu María y no están, ¿cómo me ha dicho que estás en P'ultu María? Ya estamos en la repartición. Espérame ingeniero, personalmente quiero conversar con Ud., le dije; ya, me dice. Después hemos corrido unos 25 minutos más; me he puesto en la repartición. Ni siquiera habían llegado; en esa parte, ni había huellas. Le he vuelto a llamar y ya estaba en Huayllani, pero queda arriba: Pero Ud. me ha dicho que primero estaban en P'ultu María y luego en repartición; Ud. me está jugando, le he dicho. Mejor espérame en la escuela Janq'u Waji, vamos a bajar, me ha dicho. Nosotros corre y corre… Tampoco han llegado a Janq'u Waji. En Janq'u Waji estaba el asesor del SEDERI, estaba en una camioneta; entonces, conversé con el asesor y le dije: Que estaban jugando con nosotros; se está parcializando el técnico...[685]

En base al mecanismo dialógico utilizado por el TCP, de manera directa, la sala que conoció esta acción popular estableció que deben ser las instancias públicas las que generen espacios de confianza entre los miembros de las comunidades Chillcani y Alcatuyo, correspondiendo exhortar fundamentalmente al Gobierno Autónomo Departamental de Potosí para que efectúe el acercamiento entre ambas comunidades y gestione proyectos

[685] Se respeta la ortografía del original. Los paréntesis son del original.

de riego y de uso sustentable del agua potable en la región (SCP 1696/2014, FJ III.2, de 1 de septiembre).

Considerando los resultados de campo del trabajo de la Unidad de Descolonización, desde la voz de los históricamente oprimidos, el TCP flexibilizó la legitimación pasiva y concedió la acción popular, disponiendo que los miembros de la comunidad Chillcani adopten las medidas pertinentes para el mantenimiento del curso del agua. En el marco de este mandato, exhortó a los miembros de las comunidades Chillcani y Alcatuyo a iniciar un proceso de diálogo que les permita el diseño de una política a largo plazo, respetuoso con el derecho al agua por parte de todos sus habitantes y con el medio ambiente.

La referida sentencia exhortó también al Gobierno Autónomo Departamental de Potosí a que, en su posición de garante de los derechos, genere proyectos de riego y acceso al agua potable en las comunidades Chillcani y Alcatuyo, y genere un espacio de acercamiento entre ambas comunidades. De la misma forma, la sentencia, en el numeral quinto, dejó expeditas las vías legales ordinarias para que la comunidad Chillcani pueda esclarecer las circunstancias sobre el corte del curso del agua que reclama y para que la comunidad Alcatuyo pueda observar la racionalidad de las políticas públicas en la distribución del agua y en su caso impugnar el documento de 20 de junio de 1982, suscrito entre ambas comunidades.

La sentencia constitucional referida tiene una gran importancia por su perspectiva dialógica, aunque, nuevamente, se limita a recurrir a «exhortaciones» y no así a la utilización de mandatos de reparación y restauración que debieran ser aplicados en un modelo polifónico de justicia constitucional para asegurar procedimiento de traducción y entendimiento, con el propósito de poder así restituir la armonía y el equilibro comunitario propios de un Estado Plurinacional.

Siguiendo con el análisis dinámico de línea jurisprudencial, debe señalarse también que el TCP, a través de la SCP 1069/2015-S1 de 5 de noviembre, dispuso se efectúen los trámites correspondientes y adecuados para la provisión de agua potable a la población del municipio de San Miguel de Velasco, de acuerdo a las exigencias mínimas de abastecimiento, calidad y accesibilidad. En base a este razonamiento, se exhortó a las autoridades demandadas a realizar las gestiones necesarias, oportunas y pertinentes para la gestión y tratamiento de las aguas servidas, de tal forma que no comprometan la provisión de agua potable a la población del referido municipio.

Es importante señalar, también, que el TCP, en la SCP 0194/2016-S3 de 5 de febrero, concedió la acción popular en una dimensión reparadora por estar demostrado que el demandado fue quien provocó el corte del curso del agua a las comunidades de Loco Loco, Mal Paso, Ovejería, Lagunillas, Kumpu Rumi, Pucara Grande, Uyacti Punta, Buena Vista, Tuiruni y Sauce Pilapata. Por ello, se dispuso que el demandado, en coordinación con el directorio de la Asociación de Beneficiarios de Agua Potable, restituya el curso del agua sin mayores interferencias y se exhortó a esta asociación a establecer políticas de control en cuanto a sus beneficiarios, para evitar la fuga y el derroche innecesario del líquido elemento.

La aplicación de la figura de la «exhortación» y la no aplicación de los mandatos de reparación y restauración centran también la crítica a esta decisión, aunque no puede dejarse de lado la importancia de la concesión de tutela y la aplicación de mecanismos dialógicos.

En coherencia con la metodología jurisprudencial aplicada en este capítulo, es importante señalar que la SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero, luego de conceder la tutela por un mal manejo de un matadero municipal que afectó derechos «medioambiantales» de la comunidad campesina Yurcuma en el departamento de Potosí, concedió la tutela pedida a través de esta acción popular, pero además, exhortó al Ministerio del Medio Ambiente, al SENASAG-Potosí y a la Secretaría de la Madre Tierra y Medio Ambiente del Gobierno Autónomo Departamental de Potosí (GADP), para que, en base al principio de coordinación y cooperación previsto en el art. 270 de la Constitución, propongan al Gobierno Autónomo Municipal de Potosí (GADP) acciones y planes de mitigación del daño al medio ambiente y la salubridad pública, como emergencia del funcionamiento del matadero municipal.

El principio de coordinación y cooperación, en un contexto de decisiones judiciales exhortativas, forma parte de los mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos y para la restauración de daños ocasionados, por lo que, sin duda, esta decisión plasma una progresividad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero no bajo el concepto de «exhortación», sino en el marco de los mandatos de prevención, reparación y restauración.

Por lo expresado, es importante destacar que el TCP debe, incluso, repensar su tradicional lógica procesal-constitucional para que, a través de un verdadero activismo judicial legitimado en un modelo polifónico de justicia constitucional, implemente mecanismos dialógicos restaurativos, los cuales incidan en el diseño de políticas públicas con enfoque en derechos acordes con el modelo de Estado vigente, ya que este diseño jamás se concretizará con simples «exhortaciones», sino con verdaderos mandatos que deberán ser supervidados *de oficio*, en cuanto a su cumplimiento, por parte del TCP.

Al margen de lo señalado, debe destacarse también que, posteriormente, el TCP, en la SCP 0110/2018-S2 de 11 de abril, concedió la tutela por afectación a los derechos al medio ambiente y contaminación atmosférica, por la prestación inadecuada del servicio de alcantarillado en el barrio Villamontes, ubicado en el municipio de Cobija, toda vez que existió un rebalse de aguas servidas de las alcantarillas, generando malos olores y un ambiente contaminado que ponía en riesgo la salud y la vida de los habitantes de este barrio.

Además, en esta sentencia, se dispuso que el Gobierno Autónomo Municipal de Cobija, a cuyo cargo se encuentran los trabajos de reparación y construcción de la matriz del alcantarillado en el barrio Villamontes, fiscalicen las obras que se ejecutan, debiendo informar periódicamente y hasta su conclusión sobre dicho trabajo. También, se dispuso que el ejecutivo de la Federación de Juntas Vecinales (FEJUVE) y presidente del barrio Villamontes, en el marco de la Ley 341, realicen el control social de todas las actividades que vayan a mejorar la calidad de vida de los habitantes del mencionado barrio.

El caso descrito es otro ejemplo que evidencia la necesidad de generar mecanismos dialógicos para restituir la armonía y el equilibrio en la línea del Vivir Bien. Lamentablemente, si bien se han identificado estos estándares jurisprudenciales más altos, en el último capítulo se presentan sentencias contrarias a construcciones plurales y, por ende, al modelo constitucional vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia, lo que evidencia que aún predomina un constitucionalismo monocultural, formalista y liberal propio de un Estado-Nación.

9.- La prueba en acciones populares

Estupiñán (2019), al referirse al tránsito del viejo Estado-Nación al Estado Plurinacional resalta el cambio esencial en el derecho constitucional y también advierte sobre la resistencia a otras epistemologías, ésas que «…nunca dejaron pervivir las lógicas blancas y eurocéntricas» (pp. 365-385). Una de las manifestaciones de estas resistencias se evidencia en la valoración de la prueba en acciones populares, porque en el TCP todavía perviven lógicas monoculturales y formalistas que obedecen a un recalcitrante racionalismo liberal, el cual omite considerar un pluralismo epistémico en el marco de un sistema plural de fuentes jurídicas tal como se evidenciará a continuación.

En efecto, el TCP, en la SCP 1018/2011-R de 22 de junio, fundó en contra del modelo constitucional vigente la línea jurisprudencial de la carga probatoria y la certeza jurídica en acciones populares [686]. Esta decisión señaló lo siguiente:

> …respecto al espacio, debe señalarse que no existe certidumbre de la lesividad de los actos ilegales denunciados; pues en ningún momento se demuestra cómo fue vulnerado y cuál fue, en concreto, el perjuicio para los vecinos; pues los accionantes se limitan a señalar que se cerró la calle; aspecto que, sin embargo, fue negado por los demandados quienes afirmaron que la calle no será cerrada sino únicamente desplazada 30 metros, y que de ninguna manera el barrio quedaría encerrado. A ello se suma que los accionantes no explican de qué manera resultaría lesionado dicho derecho; pues solo se limitan a relacionar los hechos relatados con la seguridad jurídica, que como se tiene señalado, no encuentra tutela en la acción popular (FJ III.2.2).

La aplicación del principio de certeza jurídica en la acción popular no es coherente con su naturaleza jurídica, máxime cuando una de sus tipologías es la referente a la acción popular preventiva. Además, la certeza jurídica en acciones populares no puede tener una lectura liberal propia de una cultura monocultural, cuyas maneras de construir y ejercer

[686] En efecto, a través de esta acción popular, los accionantes, en representación de la Junta Vecinal Centenario Litoral UV 55 del Distrito 1 de la ciudad de Santa Cruz, denunciaron la lesión a sus derechos al espacio y a la seguridad jurídica, por cuanto: i) Suspendieron la pavimentación de la calle Francisco Bernachi, no obstante estar ésta en ejecución; y, ii) El Concejo dictó la Ordenanza Municipal 114/2008, por la que se dispuso el cierre y desplazamiento de esa calle, dejando sin efecto un anterior trazado para favorecer a una sola persona jurídica, como es la FEXPOCRUZ. El Tribunal Constitucional denegó, en la referida sentencia, la tutela por falta de certeza jurídica.

autoridad, a decir de Walsh (2008), corresponden a una sóla lógica y racionalidad, a una sola lengua, a una sola cosmovisión y filosofía: la de la cultura dominante (pp. 131-152). Por el contrario, la certeza jurídica debe responder a un pluralismo epistémico basado en una nueva racionalidad emancipatoria, contraria a una racionalidad liberal que confluye en vertientes iealistas-metafísicas o formal-positivas (Wolkmer, 2003, pp. 19-42).

En efecto, Montaño y Storini (2019), para un real proceso emancipatorio, resaltan la importancia de comprender la heterogeneidad superando la cultura y estructura lingüística del pensamiento individualista (pp. 13-15), lo que implica, en términos de Dussel (2007), un aprender, aprehender y desaprender, desde una perspectiva transdisciplinaria (p. 258), criterios sin duda aplicables a la valoración de la prueba en la acción popular, los cuales, lamentablemente, no son considerados por el TCP.

Desde una racionalidad liberal y monocultural, el TCP, por falta de prueba o apelando al principio de certeza jurídica, ha denegado la tutela en un gran número de acciones populares sin ingresar al análisis sustantivo del problema jurídico que plantea el caso, tal como se evidenciará en el último capítulo.

Por lo anotado, el máximo garante de derechos en el Estado Plurinacional no puede brindar a la acción popular la misma lectura que la realizada en relación a mecanismos de tutela subjetiva como la acción de amparo constitucional, en la cual la carga de la prueba la tiene la parte accionante; sino, más bien, para garantizar una construcción plural de derechos que incluya la voz de los históricamente oprimidos y que supere barreras formales a fin de garantizar el acceso a una justicia plural, así como la tutela efectiva de derechos transindividuales, debe invertirse la carga probatoria, teniendo en este marco la carga de la prueba la parte con legitimación pasiva en la acción popular [687].

A pesar de los entendimientos reiterados y arbitrarios del TCP, basados en el principio de certeza jurídica y de atribución de la carga probatoria al accionante —que, a través de un análisis estático de jurisprudencia, serán analizados en el último capítulo—, es importante resaltar que el TCP también ha desarrollado estándares jurisprudenciales más altos. Entre éstos, debe mencionarse la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio, la cual, consistentemente con la naturaleza de los derechos transindividuales y, en particular, de los derechos de la Madre Tierra —aunque este Tribunal todavía omite utilizar esta denominación—, establece la inversión de la carga de la prueba en materia medioambiental; inversión que debe ser aplicada para todos los casos de petición de tutela de derechos transindividuales.

En efecto, en el citado caso, a través de esta acción popular, se demandó al alcalde de la ciudad de Tarija y se denunció la vulneración del derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado de la población de Tarija y también el derecho de otros seres vivos al agua y a la salud, así como la afectación de los principios constitucionales

[687] Lamentablemente, de manera reiterada y arbitraria, el TCP ha denegado acciones populares por falta de certeza jurídica, omitiendo la inversión de la carga de la prueba. Entre estas denegatorias de tutela por falta de prueba, puede citarse las sentencias SCP 1984/2011-R de 7 de diciembre; SCP 1977/2011-R de 7 de diciembre; SCP 0385/2012 de 22 de junio, SCP 1158/2013 de 26 de julio, SCP 0912/2017-S1 de 28 de agosto, entre otras, las cuales, en el contexto de un análisis dinámico de línea jurisprudencial, serán desarrolladas en el siguiente capítulo de tesis.

del Vivir Bien y el respeto a la tierra por el emplazamiento y construcción de la Avenida Costanera Sur.

La referida sentencia, en el marco de una inversión de la carga de la prueba a la autoridad demandada, concedió la acción popular, en el entendido de que dicha autoridad no habría brindado elementos suficientes que posibiliten la convicción del Tribunal sobre los hechos que intentaron ser desvirtuados en audiencia pública (FJ III.3.1). El caso mencionado, sin duda, es emblemático por la progresividad que plasma en cuanto a la inversión de la carga de la prueba y por una valoracion de la prueba coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional.

En efecto, la citada sentencia, para la valoración de la prueba, aplica, de manera implícita, el principio pro natura al establecer que existe una duda razonable sobre la categorización de la licencia ambiental, duda que, en el marco del principio de inversión de la carga probatoria, implicó la concesión de tutela, al considerar que una ficha ambiental no sería suficiente para desvirtuar los daños medioambientales.

Asimismo, en cuanto a la denuncia por la construcción de gaviones sobre el lecho del río Guadalquvir, la sentencia realiza una valoración de prueba presentada por la parte demandada de acuerdo a criterios de razonabilidad y objetividad enmarcados en métodos dialógicos como los *amicus curiae*.

En efecto, la aplicación de los principios de inversión de la carga de la prueba y pro natura implicó —aunque sea de manera implícita— un progreso importante en la jurisprudencia constitucional, en particular, por la relevancia de los problemas jurídicos planteados.

Lamentablemente —tal y como se verá en el último capítulo— esta valoración de prueba, de acuerdo a una *razonabilidad* coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional, fue omitida de manera recurrente y arbitraria por el TCP en muchas acciones populares; sin embargo, en los casos citados se evidencia la importancia que reviste la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, porque todos los entendimientos posteriores que no apliquen este entendimiento serán considerados sentencias aisladas, nunca precedentes en vigor[688].

Asimismo, en este análisis dinámico de línea jurisprudencial en cuanto a carga de la prueba, puede identificarse otro estándar jurisprudencial más alto en la SCP 0282/2016-S1 de 10 de marzo, en la cual, el TCP, de manera implícita, aplicó la inversión de la carga de la prueba en denuncias de pueblos indígenas.

En efecto, en este caso se concedió, en parte, la acción popular en relación a los derechos a la libre existencia, a la territorialidad, a la libre circulación y a la consulta de la comunidad Puca Huasi, porque el Gobierno Municipal de Monteagudo cerró el camino ancestral que permitía el acceso a esta comunidad.

En la referida acción popular, el TCP estableció lo siguiente: «…consecuentemente, las denuncias de los accionantes cobran mayor peso a efectos del presente caso, al no

[688] Entre estos entendimientos aislados, puede citarse la SCP 0912/2017-S2 de 28 de agosto, entre otras.

haber sido refutadas por quienes pudieron haberlo hecho…» (SCP 0282/2016-S1, FJ III.3, de 10 de marzo), razonamiento coherente con una inversión de la carga probatoria en acciones populares.

De la misma forma, el TCP, en la SCP 0778/2014 de 21 de abril, a la luz de la flexibilización procesal, como criterio rector de la acción popular, estableció que

> …a partir de este presupuesto se establece que para esta acción existe flexibilización en cuanto a la carga probatoria cuando la problemática versa sobre derechos vinculados a pueblos y comunidades indígena originario campesinos, por tal razón en el marco de su 'cosmovisión', de acuerdo a los postulados propios del pluralismo, la interculturalidad y descolonización, para estos casos, el control de constitucionalidad deberá valorar los elementos probatorios bajo parámetros acordes a los postulados antes descritos en el marco de la visión y construcción dogmática del Estado Plurinacional (FJ C.5).

También en cuanto a la carga de la prueba y su valoración coherente con una construcción plural de derechos, hay que mencionar la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, la cual estableció subreglas importantes para la actividad probatoria en acciones populares.

En principio, la referida sentencia generó importantes criterios jurisprudenciales en cuanto a la prueba en acciones populares. Así, estableció que, en este mecanismo de control tutelar, la prueba está sujeta al principio de informalismo, por lo que la carga de la prueba, los medios probatorios, su admisión, producción y valoración se regirán por este principio (FJ III. 2.4).

El referido criterio jurisprudencial es muy importante, ya que el principio de informalismo es uno de los pilares esenciales del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador. Por tanto, es desde este estándar jurisprudencial desde donde debe abordarse tanto la carga de la prueba como su *valoración razonable*, es decir coherente con una construcción plural de derechos y con el modelo polifónico de justicia constitucional.

En esta línea, debe establecerse también que la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, brinda otra directriz importante para la carga de la prueba. En este contexto, inicialmente invoca e interpreta el artículo 36.5 del Código Procesal Constitucional y establece que ésta es una norma procesal común para las acciones de defensa, la cual establece que la carga de la prueba corresponde a ambas partes procesales en sus respectivos roles; de los terceros interesados, cuando corresponda, y también del juez o tribunal de garantías[689].

La referida sentencia, de manera textual, señala:

> …nótese que la norma procesal común a las acciones de defensa contenida en el art. 36.5 del CPCo, señala que la carga de la prueba es de ambas partes procesales en sus respectivos roles y del Juez o Tribunal de garantías de oficio; es decir, por

[689] El art. 36.5 del Código Procesal Constitucional establece lo siguiente: «Las partes podrán aportar las pruebas que demuestren los hechos que alegan, o en su caso las que desvirtúan los de la otra parte. La Jueza, Juez o Tribunal podrá desestimarlas cuando entienda que son impertinentes, o solicitar las que considere necesarias».

> un lado, de la parte accionante, tendiente a demostrar los hechos que alega, o en su caso, el señalamiento del lugar donde se encuentren —art. 33.7 del CPCo—; y por otro, de la parte demandada, destinada a desvirtuar las pruebas presentadas por el impetrante de tutela, una vez notificado con la acción de defensa —art. 35.1 del CPCo—, así como del tercero con interés legítimo, citado en el proceso constitucional. Asimismo, del Juez o Tribunal de garantías, cuando considere que las pruebas producidas no son las conducentes, pertinentes o eficaces, podrá desestimarlas, solicitando se practiquen de oficio las que considere necesarias, en búsqueda de la verdad material, prevista en el art. 180.I de la CPE, conforme lo entendió la SC 0173/2012 de 14 de mayo, abriendo la posibilidad de presentar prueba, incluso en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional… (SCP 0707/2018-S2, FJ III.2.4, de 31 de octubre).

Siguiendo la línea de esta argumentación, la citada sentencia estableció, además, lo siguiente:

> …en la acción popular la exigencia del cumplimiento de la carga de la prueba, estará bajo la decisión del Juez o Tribunal de garantías, así como del Tribunal Constitucional Plurinacional, autoridades jurisdiccionales que dependiendo del caso concreto, exigirán se cumpla por la parte accionante —precautelando, en este caso, que no se desmotive la judicialización de los derechos e intereses colectivos y difusos—; o se cumpla por la parte demandada, aplicando el principio de inversión de la carga de la prueba o finalmente se exija su cumplimiento por algunos servidores públicos o personas particulares ajenas al proceso constitucional que actúen, por ejemplo, en condición de *amicus curiae*, propiciando en todo caso, prueba de oficio, en búsqueda de la verdad material, conforme prevé el art. 180.I de la CPE (*ibid.*).

Además, en esta línea de pensamiento, la sentencia señala que

> …en la acción popular es posible proponer todos los medios de prueba lícitos, que sean útiles para la formación del convencimiento del juez constitucional como, por ejemplo, las pruebas testifical, documental, pericial, etc., precautelando, en todo caso, que no se inobserven los principios de sumariedad y celeridad, que rigen las acciones de defensa (*ibid.*).

El entendimiento anotado se consolida como el estándar jurisprudencial más alto en carga probatoria y no solo sistematiza, sino que armoniza y complementa los dos iniciales precedentes en vigor citados y que son armoniosos con el modelo constitucional vigente, por lo que el Tribunal Constitucional Plurinacional, no podrá incurrir en mayores regresividades y debe sin duda someterse a sus propios estándares jurisprudenciales más altos para evitar la responsabilidad internacional del Estado Plurinacional de Bolivia por afectación del principio de prohibición de regresividad.

Al margen de lo señalado, en materia probatoria, para derechos transindividuales, debe también aplicarse el principio precautorio y el principio pro natura en cuanto a

derechos de la Madre Tierra. Al respecto, puede identificarse en la SCP 0070/2017-S3 de 24 de febrero, el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la aplicación del principio pro natura. En este marco, de manera expresa, la referida sentencia señaló lo siguiente:

> …es inherente a la naturaleza jurídica de la acción popular la protección de derechos e intereses colectivos vinculados, entre otros, a la salubridad pública y al medio ambiente, ámbito de protección que a partir de una interpretación sistemática del art. 135 de la CPE supone también la tutela de derechos e intereses difusos. En ese orden, la jurisprudencia constitucional estableció, con uniformidad, que ambos derechos e intereses, al constituirse en trans-individuales e indivisibles requieren también de una solución unitaria y uniforme, siendo tutelables mediante la acción popular en base al principio pro natura, procurando protección al ser humano y su derecho actual y futuro de existir, en tanto derecho difuso al medio ambiente y salubridad pública (FJ III.3).

En base al principio pro natura, se concedió esta acción popular por vulnerarse derechos medioambientales en el funcionamiento del matadero municipal de Tupiza (Potosí), debido al incorrecto manejo de aguas servidas de las piscinas de oxidación, las áreas de contenidos gástricos y la omisión de fumigación del lugar que ocasionó la proliferación de vectores que emergen de este matadero, vulneraciones medioambientales que no fueron corregidas ni prevenidas por el Gobierno Municipal de Tupiza y que afectan directamente a la comunidad campesina de Yurcuma [690].

Es importante resaltar, también, que la Corte CIDH ha desarrollado de manera expresa el principio precautorio coherente con la aplicación del principio pro natura en la OC 23/17, en este marco señaló: «El principio de precaución, en materia ambiental, se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente» (párr. 157).

En este contexto, expresó textualmente lo siguiente:

> …esta Corte entiende que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal,

[690] En este punto, es importante señalar que, en coherencia con un modelo polifónico de justicia constitucional acorde con el paradigma del Vivir Bien, si luego de una valoración razonable de la prueba se tiene la certeza jurídica de que no se afectan derechos protegidos por la acción popular, en estos casos será válida la aplicación del principio de certeza jurídica. Así, por ejemplo, el TCP, en la SCP 0582/2015-S1 de 5 de junio, valoró la prueba y estableció que la parte demandada demostró el pleno respeto a los derechos denunciados como lesivos. En esta acción, los accionantes alegaron que la Empresa de Electrificación Cochabamba (ELFEC), al ejecutar el proyecto de instalación de tendido de líneas de alta tensión 115 kv, no contaron con la autorización de uso de suelos de dominio público, en el tramo que atraviesa la acera sud de la calle 3 de la Organización Territorial de Base (OTB) San Marcos, estaría afectando el medio ambiente, la seguridad y salubridad pública. Al respecto, el TCP determinó lo siguiente: «…de lo que se infiere, que ELFEC S.A. demostró con estudios medioambientales, que la ejecución del proyecto de instalación de línea de alta tensión 115 kv, no afecta la salud humana, en contraposición de lo que manifestaron los accionantes que solo se limitaron a señalar que existiría afectación a la salud, sin prueba alguna que corrobore su aseveración, consecuentemente, no se observa vulneración a los derechos enunciados, por lo que corresponde denegar la tutela solicitada» (FJ III.3).

> en casos donde haya indicadores plausibles que una actividad podría acarrear daños graves e irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica. Por tanto, los Estados deben actuar con la debida cautela para prevenir el posible daño. En efecto, en el contexto de la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte considera que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, por lo cual, aún en ausencia de certeza científica, deben adoptar las medidas que sean 'eficaces' para prevenir un daño grave o irreversible (párr. 180).

Lo expresado precedentemente evidencia la existencia de estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a la aplicación los principios pro natura y precautorio, los cuales deben ser aplicados por el TCP para una eficaz tutela de derechos transindividuales.

La resistencia del máximo contralor de constitucionalidad de aplicar estos estándares jurisprudenciales más altos, tal como se demostrará en el último capítulo de este trabajo, es un reflejo del pensamiento constitucional monocultural propio de un Estado-Nación, visión que todavía no ha sido superada por el TCP.

10.- La cosa juzgada en acciones populares

En coherencia con los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, el TCP, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, sentó una importante línea jurisprudencial para la acción popular al establecer que toda denegatoria en esta acción tutelar en caso de ser denegada, no alcanza cosa juzgada material, por lo que puede ser interpuesta nuevamente; sin embargo, la concesión de la acción popular sí genera efectos de cosa juzgada material.

De manera específica, el TCP, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, señaló:

> …debe establecerse que, a diferencia de las demandas de acciones tutelares, en las que se busca la protección de derechos subjetivos, solo puede plantearse una nueva acción constitucional cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional no haya ingresado al fondo de la problemática; sin embargo, para los casos en los que se deniegue una acción popular, no existe impedimento para que posteriormente pueda presentarse una nueva demanda —se hubiese o no ingresado al fondo de la problemática con anterioridad— siempre y cuando se justifique la necesidad de efectuar un nuevo análisis de la causa, ello debido a la naturaleza del derecho colectivo que provoca que la resolución simplemente alcanza en todos los casos la calidad de cosa juzgada formal (FJ III.2).

Este entendimiento, que además se configura como el estándar jurisprudencial más alto, implica una ruptura con la línea jurisprudencial de la cosa juzgada en acciones de amparo constitucional y de libertad y, por ende, es perfectamente coherente con un modelo polifónico de justicia constitucional orientado a la tutela de derechos transindividuales en un Estado Plurinacional.

El mismo criterio fue desarrollado posteriormente en las sentencias SCP 0311/2015-S3 de 27 de marzo y SCP 0688/2016-S2 de 8 de agosto. En esta última acción se denegó

la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática por no haber presentado los accionantes, prueba que acredite la lesión a los derechos a la seguridad pública, salubridad, espacio y patrimonio público. En este contexto, si bien se denegó la tutela, se aclaró que esta decisión solamente adquiere la calidad de cosa juzgada formal (FJ III.2).

En las dos sentencias constitucionales plurinacionales citadas, el razonamiento sobre la cosa juzgada en acciones populares es coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional vigente; sin embargo, la denegatoria amparada en el principio de certeza jurídica, es contraria no solo a la naturaleza procesal de esta acción, sino también a los estándares jurisprudenciales más altos en temas probatorios que fueron descritos precedentemente.

En un análisis dinámico de línea jurisprudencial, se identifican también entendimientos contradictorios del TCP en cuanto a la cosa juzgada constitucional en acciones populares. Por ejemplo, en la SCP 0762/2014 de 15 de abril, sin considerar que en acciones populares las decisiones de esta instancia no adquieren calidad de cosa juzgada, se denegó la acción popular por cosa juzgada constitucional en la petición de tutela realizada por representantes del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS) (FJ III.2), fallo que será analizado de manera específica en el último capítulo.

El TCP, en la SCP 0376/2017-S1 de 25 de abril, declara la improcedencia de la acción popular presentada por autoridades de la APG-IG del Pueblo Guaraní. En este caso, se hizo prevalecer la cosa juzgada de una anterior acción que concedió la tutela, por cuanto, esta línea siguió el entendimiento en virtud del cual la cosa juzgada constitucional en acciones populares genera efectos en casos de concesión de tutela.

En base a lo expuesto, se puede colegir que el razonamiento sobre la inexistencia de cosa juzgada material, en el caso de denegatorias de tutela en acciones populares, ilustra la importancia de analizar la naturaleza procesal de la acción popular a partir del principio de descolonización, lo que implica superar la tradicional interpretación procesal que se brindó tanto a las acciones de libertad como de amparo constitucional que son mecansmos de justiciabilidad de derechos individuales.

11.- La ejecución y supervisión de sentencias constitucionales plurinacionales emitidas en acciones populares

Uno de los temas neurálgicos en las acciones populares es la supervisión de las decisiones que concedan las acciones populares, especialmente por la magnitud y características de las afectaciones o amenazas de afectaciones a derechos transindividuales.

Al respecto, la primera sentencia constitucional plurinacional que abordó este tema fue la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, la cual, en el marco de la denuncia de despojo y actos violentos de un particular contra la comunidad Takana Manupare II, dispuso que la CIPOAP informe a este Tribunal, a través de la Unidad de Coordinación Departamental de este Tribunal, en el plazo de un mes, sobre si el proceso de retorno al territorio por parte de dicha comunidad indígena hubiera sido efectuado sin ninguna obstrucción por la parte demandada, otras personas o instituciones.

En este contexto, se dispuso que el Tribunal de garantías, efectué el seguimiento correspondiente al cumplimiento de la presente SCP, exigiendo los informes pertinentes a la ABT y al INRA sobre el tercer punto dispuesto en este fallo. También se dispuso que la Unidad de Coordinación Departamental de Pando de este Tribunal supervise el cumplimiento de la presente SCP.

Posteriormente, la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre, abordó este tema en acciones populares, estableciendo que, en el marco de lo previsto en el art. 16 del Código Procesal Constitucional, el control de la ejecución de esta sentencia quedaba a cargo de la jueza de garantías que conoció esta acción popular. Para al efecto, se instruyó la elaboración de informes, la generación de diálogos intersectoriales y el deber de la jueza de garantías de efectuar el seguimiento, respecto al cumplimiento de los plazos establecidos en esta sentencia para dichos informes y mecanismos dialógicos.

Asimismo, se facultó a dicha jueza, en el marco de sus roles de supervisión de fallos, a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones, en el marco de lo dispuesto por el art. 17 del Código Procesal Constitucional y se la conminó a pronunciarse *de oficio* sobre el cumplimiento de esta sentencia, debiendo remitir a la Sala Segunda del TCP, una copia de la resolución que así lo determine, a efectos de dar por cumplido este fallo constitucional.

El referido entendimiento es un gran avance para la supervisión de fallos, ya que el cumplimiento de una SCP no puede estar únicamente sujeto al mecanismo de queja por mora o incumplimiento contemplado por el Código Procesal Constitucional; sino que, desde el activismo judicial que caracteriza al modelo polifónico de justicia constitucional y a la luz de principios constitucionales como el *iura novit curia*, el de prevalencia de la justicia material y el de irrenunciabilidad de derechos, la supervisión de fallos en cuanto a derechos transindividuales debe ser realizada *de oficio* por parte del TCP o de los jueces o tribunales de garantías. Por tanto, este estándar jurisprudencial más alto debe ser seguido en todas las acciones populares que concedan la tutela.

12.- Las autorrestricciones jurisprudenciales en acciones populares: ¿Son coherentes con el constitucionalismo plurinacional y descolonizante?

Las autorrestricciones jurisprudenciales son obstáculos de orden procesal constitucional que el máximo contralor de constitucionalidad se autoimpone a través de su jurisprudencia para evitar que se ingrese al análisis del problema jurídico sustantivo y, por ende, se deniegue la tutela.

Desde una lectura liberal del derecho procesal constitucional, en el caso boliviano el Tribunal Constitucional vigente según la Constitución de 1994, desarrolló gran cantidad de autorrestricciones jurisprudenciales, tanto para el otrora recurso de habeas corpus —ahora, acción de libertad— como para el antes denominado recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional.

Estas autorrestricciones jurisprudenciales, en muchos casos basadas en ritualismos y formalismos extremos, han sido una de las mayores causas de denegatoria de justicia

constitucional en la historia del control de constitucionalidad boliviano y se configuran como un reflejo de la colonialidad de las sentencias constitucionales (Chivi Vargas, 2012, pp. 312-320), sobre todo porque su desarrollo no estuvo sujeto a ningún mecanismo dialógico ni de control social [691].

En efecto, las autorrestricciones jurisprudenciales tienen una vinculación directa con una concepción formalista y legalista de un derecho monocultural y su aplicación es, en muchos casos, cuestionable para mecanismos de tutela subjetiva, como es el caso de las acciones de amparo constitucional y libertad, pero es más cuestionable aún para acciones populares destinadas a tutelar derechos transindividuales, en el marco del paradigma del vivir bien.

En este sentido, el modelo polifónico de justicia constitucional para una construcción plural de derechos desde las voces de los históricamente oprimidos, necesita un máximo activismo judicial en el cual prevalezca la verdad material, más allá de ritualismos o formalismos extremos y contrarios al acceso a una justicia plural. Por esta razón, sin duda, la aplicación de las autorrestricciones jurisprudenciales en acciones populares es contraria al modelo constitucional vigente, tal como se argumentará en este acápite. Por otra parte, esta situación revela la necesidad de utilizar métodos dialógicos y polifónicos de control social en relación al máximo contralor de constitucionalidad para evitar su aplicación arbitraria.

El TCP también desarrolló autorrestricciones jurisprudenciales para la acción popular que, en muchos casos, no responden al modelo constitucional vigente, tal como se analizará en los siguientes acápites y que, sin duda, son discrecionales, lo que amerita invocar la reflexión realizada por Gargarella (2018), quien señala que, para el acceso ciudadano a la justicia, debe disminuirse la discrecionalidad de los jueces y las exigencias extremadamente formalistas (pp. 197-212), las cuales, en la acción popular se manifiestan a través de las autorrestricciones jurisprudenciales que, tal como se evidenciará en el último capítulo, son una de las mayores causas que, desde una discrecionalidad indebida, generan la mayor cantidad de denegatorias de tutela en acciones populares, sin que se ingrese al análisis de fondo del problema jurídico sustantivo que plantea el caso concreto.

Por su importancia, en los siguientes acápites se identificarán las autorrestricciones jurisprudenciales desarrolladas por el TCP para acciones populares.

12.1.- Los hechos controvertidos

Una autorrestricción jurisprudencial establecida por el TCP es la referida a los hechos controvertidos. Esta autorrestricción fue asumida por el máximo contralor de constitucionalidad en las acciones de amparo constitucional y de libertad en base al entendimiento,

[691] Córdova (2018) anota que la ausencia de control social sobre decisciones del órgano judicial y del control de constitucionalidad confiscan las desiciones judiciales a ámbitos cerrados donde habitualmente solo intervienen los operadores jurídicos (p. 5). El citado autor señala también que «el Derecho y los derechos no pueden extinguirse en la opinión de una élite 'especializada' constructora de sus grandes significaciones porque, así, éstas corren el riesgo de convertirsse en los supuestos grandes consensos generalizados de un Estado y su ordenamiento jurídico» (p. 26).

en virtud del cual, el control tutelar no tiene la finalidad de definir hechos en controversia, sino, más bien, tiene por objeto tutelar derechos. Por ello, los hechos controvertidos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria o la función administrativa en el marco del equilibrio de órganos de poder.

En el marco de ideas descrito, la SC 1370/2002-R de 11 de noviembre, estableció lo siguiente:

> …el ámbito del amparo constitucional como garantía de derechos fundamentales, no alcanza a definir derechos ni analizar hechos controvertidos, pues esto corresponderá —de acuerdo al caso— a la jurisdicción judicial ordinaria o administrativa, cuyos jueces, tribunales o autoridades, de acuerdo a la materia, son las facultadas para conocer, conforme a sus atribuciones específicas, las cuestiones de hecho. En este sentido, la función específica de este Tribunal, en cuanto a derechos fundamentales, solo se circunscribe a verificar, ante la denuncia del agraviado, si se ha incurrido en el acto ilegal u omisión indebida y si ésta constituye amenaza, restricción o supresión a derechos fundamentales (FJ III.1).

Este criterio fue asumido por las sentencias SC 0278/2006-R de 27 de marzo, SC 0680/2006-R de 17 de julio y SC 1079/2010-R de 27 de agosto, entre otras.

De manera específica, la SC 0278/2006-R de 27 de marzo, estableció que «…la doctrina emergente de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional también ha expresado que el recurso de amparo no puede ingresar a valorar y analizar hechos controvertidos…» (FJ III.1).

El TCP estableció, para acciones populares, la autorrestricción de los hechos controvertidos en las sentencias SCP 1979/2011-R de 7 de diciembre; SCP 0675/2015-S1 de 26 de junio; SCP 0320/2017-S3 de 20 de abril; SCP 1132/2017-S2 de 23 de octubre; SCP 0700/2018-S2 de 25 de septiembre; y SCP 0863/2018-S2 de 20 de diciembre, entre otras. En todos estos casos, el TCP denegó la tutela sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo y en flagrante desconocimiento de los prespuestos procesales de la acción popular que, tal como se señaló, desde un modelo polifónico de justicia constitucional deben tener una lectura diferente a la tradicional concepción procesal de corte liberal y formalista [692].

En un análisis coherente con la naturaleza procesal constitucional de la acción popular, se establece que esta autorrestricción es manifiestamente contraria a la naturaleza preventiva de la acción popular y a los principios precautorio y pro natura, que fueron descritos precedentemente.

En este marco, uno de los grandes avances de la justiciabilidad de derechos transindividuales fue, precisamente, consagrar su carácter preventivo y, en caso de duda, procurar una tutela destinada a la adopción de medidas preventivas y dialógicas que eviten la

[692] Por su importancia, cada una de estas sentencias, en un análisis estático de jurisprudencia serán analizadas en el último capítulo de tesis.

materialización de daños. Sin embargo, la citada autorrestricción judicial simplemente conlleva una denegatoria de tutela y evita la adopción de medidas preventivas.

Nótese que, para la denegatoria de tutela en acciones populares y en aplicación de esta autorrestricción jurisprudencial, no existieron debates colectivos, esenciales para asumir decisiones imparciales y transparentes. Todos los casos en los cuales se utilizó esta autorrestricción jurisprudencial como fundamento para denegar la tutela, emergieron de discusiones cerradas al interior del TCP, lo que conllevó grandes regresividades al reconocimiento de derechos transindividuales en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Estas autorrestricciones, que deben preocupar a una academia crítica, denotan la pregunta formulada por Córdova Vinueza (2018): «¿Tienen los jueces la última palabra?». En este marco, el citado autor señala que

> …el poder que ejercen los jueces como la última voz del sistema institucional puede ser reconstruido mediante la promoción de dinámicas conversacionales donde la ciudadanía tenga en sus manos la llave explícita del cambio institucional: ella puede y debe tener la úlitma palabra dialógica después de haber agotado una interacción intercultual y deliberativa con los juzgadores (p. 9).

La autorrestricción ahora desarrollada ilustra la importancia de la asunción de modelos dialógicos y polifónicos de justicia constitucional, ya que en casos en los cuales se omiten estas herramientas, el control de constitucionalidad tiende a ser arbitrario y, en sistemas hiperpresidencialistas como el boliviano, puede convertirse en una *tiranía judicial*, la cual, a través de *todopoderosas* decisiones, vía jurisprudencia, practique mutaciones constitucionales que desconzcan los procesos constituyentes plurales y la vena democrática de los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos.

Por lo expresado, desde la crítica académica realizada en este trabajo, se pretende generar conciencia frente a esta autorrestricción jurisprudencial, para evitar nuevas decisiones arbitrarias y contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional que se enmarca en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

12.2.- Los hechos superados y el cambio de circunstancias

La jurisprudencia constitucional en la acción de amparo constitucional que, como ya se dijo, es un mecanismo para tutela de derechos individuales, estableció otra autorrestricción jurisprudencial referente a *los hechos superados*, de manera arbitraria y contraria al principio de inconvalidación de derechos contenido en el art. 13.1 de la Constitución y en contra del deber de la reparación integral de daños. Así, la SC 0998/2003-R de 15 de julio estableció lo siguiente:

> …la cesación del acto ilegal en el sentido del citado precepto radica básicamente en el hecho de que la resolución o acto de la autoridad o particular denunciado de ilegal, por su voluntad o por mandato de otra autoridad superior, hubiere quedado sin efecto antes de la notificación con el amparo al que hubiere dado lugar, vale decir, que, si bien se produjo la lesión, ésta se reparó de *motu propio* del legitimado pasivo (FJ III.2).

Este criterio, para acciones de amparo constitucional, fue reiterado, entre otras, en la SC 0339/2011-R de 7 de abril.

El TCP, en la SCP 0389/2015-S1 de 21 de abril, asume la autorrestricción de los *hechos superados* para acciones populares y establece lo siguiente:

> …cuando se denuncian actos ilegales u omisiones indebidas y éstos cesan con anterioridad a la celebración de la audiencia del recurso, sin mayor análisis se deberá negar la tutela por la cesación de la causa que la motivó, dado que ello implica la desaparición del objeto del recurso… (FJ III.3).

El TCP también asumió otra autorrestricción jurisprudencial arbitraria en la SCP 1973/2011-R, a través de la cual, para denegar la tutela sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo, desarrolló un criterio arbitrario referente al *cambio de circunstancias que implica la desaparición de la amenaza*. En este marco, señaló lo siguiente:

> …se establece que la presente acción popular fue interpuesta por los ahora accionantes, el 16 de diciembre de 2009; sin embargo, el 15 del mismo mes y año; es decir, un día antes de su interposición, se llevó a efecto una reunión interinstitucional, con la participación de la Prefectura del Departamento, la Alcaldía Municipal, ahora demandados; el Viceministerio de Medio Ambiente Biodiversidad y Cambios Climáticos y EMSA, donde se abordó la problemática del botadero de «Kjara Kjara», así como la apertura de la «Planta Metropolitana de Tratamiento de Residuos Sólidos». Luego de una inspección efectuada por los Técnicos de la Prefectura y del Municipio, concluyeron que el predio ubicado en la zona de «Arrumani» reunía las condiciones técnicas para poder instalar la nueva planta de tratamiento de basura, recomendándose al Alcalde, la iniciación del proceso de expropiación del área recomendada; emitiendo en consecuencia, el Concejo del referido Municipio, la Ordenanza Municipal respectiva, mediante la cual se declaró de necesidad y utilidad pública, la expropiación de aproximadamente 135 ha [hectáreas] en la comunidad de «Arrumani», a efecto de que sea en esa zona donde se ubique el nuevo relleno sanitario para la ciudad de Cochabamba. En ese contexto, esta decisión involucra un cambio de circunstancia anterior a la interposición de la acción popular, que implica la desaparición de la vulneración o amenaza a los derechos a intereses colectivos de las OTB representadas por los ahora accionantes; por cuanto, las autoridades demandadas junto a EMSA, llegaron a un acuerdo a través del cual se estableció el nuevo lugar donde serán depositados los residuos sólidos sanitarios originados en la ciudad de Cochabamba; consiguientemente, la vulneración al derecho alegado por los ahora accionantes, referido a la salubridad pública que supuestamente se encontraba amenazado al no haberse previsto un nuevo lugar donde puedan ser depositados los residuos sólidos, habría sido corregido al haberse suscrito un acuerdo, razón por la cual este Tribunal se encuentra impedido de ingresar a analizar la problemática planteada (FJ III.4).

En base a la argumentación transcrita, el TCP denegó la acción popular alegando un cambio de circunstancias debido a que las autoridades demandadas dieron solución al problema e iniciaron actos de expropiación para un predio en el cual funcionará el botadero.

Como puede advertirse, el problema jurídico-material, en un análisis integral, no se limita a un cambio de lugar de un botadero, sino al deber de implementación de medidas destinadas a garantizar derechos a la salubridad pública y a evitar daños a la Madre Tierra, por lo que, evidentemente, esta autorrestricción, en el marco del activismo judicial dialógico que debe realizarse en acciones populares, no solo es arbitraria, sino que también impide que el TCP asuma mandatos preventivos, restaurativos y de reparación integral de daños con enfoque intercultural.

Por lo expuesto, ni la teoría de los hechos superados ni tampoco el cambio de circunstancias, son autorrestricciones que deban aplicarse a la acción popular, por lo que su invocación, por parte del TCP, para denegar tutela, es arbitraria y contraria al modelo polifónico de justicia constitucional.

12.3.- La carga argumentativa exigida a la parte accionante

La autorrestricción de la carga argumentativa a la parte accionante, no solo afecta flagrantemente el principio *iura novit curia*, que en el anterior capítulo fue descrito como pilar del plexo axiológico boliviano, en virtud del cual debe desarrollarse un activismo judicial acorde con el modelo polifónico de justicia constitucional, sino también es una de las máximas manifestaciones de un sistema recalcitrantemente formalista y excluyente orientado a obstaculizar el acceso a una justicia formal, debido a formas y ritualismos desproporcionales e incoherentes con una justicia de proximidad, pronta, oportuna y accesible.

Para un análisis dinámico de jurisprudencia, debe precisarse que el TCP desarrolló la autorrestricción jurisprudencial de la carga argumentativa a la parte accionante, para denegar las peticiones de tutela en acciones populares sin ingresar al análisis de fondo de la problemática. Así, en la SCP 1018/2011-R exigió la carga argumentativa al accionante (FJ III.2.2); criterio también asumido por otras sentencias constitucionales plurinacionales.

Posteriormente, en la SCP 0358/2012 de 22 de junio, el TCP también denegó esta acción popular, entre otras razones, por incumplimiento de la parte accionante de la carga argumentativa. También, en la SCP 1240/2013-L de 4 de noviembre, el TCP, sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo, denegó la acción popular presentada por particulares para el resguardo de los derechos al medio ambiente y al deporte denunciados como afectados [693].

El TCP también exigió la carga argumentativa en la SCP 1240/2013-L de 4 de noviembre, en la cual se denegó esta acción popular porque «los accionantes no acreditaron la

[693] En este caso, el máximo contralor de constitucionalidad estableció lo siguiente: «…no es cierto que las autoridades demandadas hayan violado o amenacen con violar los derechos colectivos alegados por los accionantes, que asistirían a la comunidad Guerrahuayco, máxime cuando los mismos en ningún apartado de su demanda constitucional, han expresado de qué manera o en qué modo, los supuestos actos de omisión, han afectado los derechos al medio ambiente y al deporte» (SCP 1240/2013-L, FJ III.5).

interdependencia de los derechos colectivos supuestamente vulnerados —medio ambiente y el deporte—, respecto de los deberes presuntamente incumplidos…» (FJ III.5).

El estándar jurisprudencial más alto se identifica en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, entendimiento que expresó lo siguiente:

> …en virtud a lo explicado, no corresponde denegar la tutela en las acciones tutelares por insuficiente carga argumentativa, y menos aun tratándose de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; pues en el marco de la función primordial que tiene el Tribunal Constitucional Plurinacional, cual es precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales, frente a la constatación de su lesión, se debe conceder la tutela inmediata, y no condicionarla al cumplimiento de una adecuada carga argumentativa, pues ello solo provocaría desigualdad en el acceso a la justicia constitucional, pues ésta dependería de la pericia del abogado —y en último caso de recursos económicos— y no de la efectiva lesión de derechos y garantías (FJ III.5.1).

El criterio citado es coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional; sin embargo, a pesar de existir un estándar más alto, el TCP, en otras sentencias posteriores, como por ejemplo en la SCP 0502/2017-S2 de 22 de mayo, sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo, denegó la acción popular porque el accionante no cumplió con la carga argumentativa, al no haber explicado las razones que hubieran ocasionado la vulneración del derecho al debido proceso y petición en su dimensión colectiva en la tramitación de la solicitud de registro al Programa de Alimentos y Restitución de Bosques.

También, a pesar de exisitir un estándar jurisprudencial más alto, el TCP, en la SCP 1079/2017-S1 de 3 de octubre, en la petición para la defensa de la reserva de Tariquia, denegó esta acción popular por una imposición arbitraria de la carga argumentativa a la parte accionante (FJ III.2).

Como podrá advertirse, el pensamiento monocultural y formalista del TCP pervive en entendimientos jurisprudenciales perversos para un real acceso a una justicia constitucional polifónica y dialógica.

Nuevamente, en este análisis se observa entendimientos jurisprudenciales, que si bien nunca llegarán a ser precedentes en vigor en el marco de los alcances de la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, pero que en casos concretos evidencian la importancia de utilizar en procesos constitucionales métodos dialógicos y polifónicos para la construcción plural de derechos, de manera tal que sean herramientas eficaces para evitar así mutaciones constitucionales indebidas y decisiones arbitrarias.

En este contexto, siguiendo a Córdova Vinueza (2018), la deliberación pública es un derecho colectivo que

> …permitiría la vinculación de las opiniones comunes y corrientes a la posición jurídica de los juzgadores para modificar sus lógicas de producción y coadyuvar en la gestación de procesos de argumentación para convertir sus resoluciones en decisiones deliberadas e informadas (p. 26).

En el marco de lo señalado, mientras el TCP continúe asumiendo este tipo de autorrestricciones sin un debate colectivo que transparente sus decisiones, no podrán materializarse ni la Constitución ni un modelo polifónico de justicia constitucional.

12.4.- La imposibilidad de hacer cumplir decisiones judiciales o administrativas a través de la acción popular

El TCP, en la SCP 1079/2017-S1 de 3 de octubre, aplicó a las acciones populares una autorrestricción jurisprudencial que fue asumida para acciones de amparo constitucional y de libertad, consistente en la imposibilidad de hacer cumplir decisiones judiciales a través de la acción popular.

En efecto, en la SCP 1079/2017-S1 de 3 de octubre, el TCP aplicó esta autorrestricción jurisprudencial (FJ III.4) y denegó la acción popular presentada por el responsable del Comité de Defensa de la reserva de Tariquia, que a través de este mecanismo tutelar alegó la lesión del derecho colectivo a la consulta previa obligatoria a las comunidades indígenas que viven en esta reserva.

En este caso, se alegó que la denuncia pretendía lograr el cumplimiento de la SCP 0064/2016, indicándose que

> …la acción popular no tiene por objeto el cumplimiento de otros fallos constitucionales; sino que procede contra todo acto u omisión de las autoridades o personas individuales o colectivas que vulneren o amenacen con lesionar derechos colectivos o intereses y derechos difusos (FJ III.2) [694].

Esta autorrestricción es arbitraria porque, desde los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, debe operar la reconducción procesal, ya que éste es uno de los rasgos esenciales que, a partir de la flexibilización procesal, caracterizan a la acción popular. Por lo que, bajo estos supuestos, en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, debió reconducirse la acción al mecanismo de queja por mora o incumplimiento de decisiones regulada por el Código Procesal Constitucional en su artículo 16.II.

La denegatoria de tutela por una autorrestricción jurisprudencial, nuevamente pone en evidencia la visión monocultural y extremadamente ritualista del TCP, más deplorable aún porque los problemas sustantivos que el caso concreto planteaba estaban vinculados a derechos de la Madre Tierra, afectada por la explotación hidrocarburífera en una reserva forestal, en interdependencia con el derecho a la consulta previa de pueblos indígenas, por lo que sin duda, la denegatoria de tutela por formalismos extremos es contraria al modelo constitucional vigente.

[694] En este caso también se denegó la tutela porque el accionante no identificó ni individualizó debidamente sus supuestos fácticos (hechos), relacionándolos con el derecho que consideró lesionado y su petición. Además, se deniega la acción popular porque se hace un cuestionamiento a la validez de un decreto supremo, aspecto que debe ser cuestionado, a través del control normativo.

También, en un análisis dinámico de línea jurisprudencial, debe señalarse que el TCP, en la SCP 0558/2018-S3 de 1 de octubre, aplicó esta autorrestricción y denegó la tutela sin abordar el problema jurídico sustantivo que planteaba el caso.

De la misma forma, el máximo contralor de constitucionalidad, en la SCP 0160/2015-S1, estableció que la acción popular no es el mecanismo para exigir el cumplimiento de resoluciones administrativas, aplicando la línea jurisprudencial establecida por la SCP 1911/2004-R de 14 de diciembre. Este criterio, para una petición de tutela de la comunidad indígena Quetena Chico —que pidió el respeto al derecho a la consulta previa—, fue aplicado también en la SCP 0700/2018-S3 de 25 de septiembre, decisión que denegó la tutela con el fundamento de la citada autorrestricción jurisprudencial (FJ III.2).

Como puede observarse del análisis dinámico de jurisprudencia realizado, nuevamente el TCP desconoce la naturaleza jurídica de la acción popular, la cual, como ya se señaló, no puede ser analizada con el lente procesal de teoría liberal y formalista que, históricamente, generó barreras insuperables al acceso a la justicia, especialmente a los históricamente oprimidos.

12.5.- Imposibilidad de hacer cumplir una sentencia constitucional emergente de una acción popular

El TCP, en la SCP 0146/2018-S3 de 10 de mayo, estableció otra autorrestricción jurisprudencial basada en la imposibilidad de hacer cumplir una sentencia constitucional emergente de una acción popular.

En esta acción popular, los accionantes denunciaron la vulneración de los derechos de la comunidad y de la Unidad Educativa «Pascual Morales» al acceso a servicios básicos de agua potable, a la dignidad, a un hábitat y vivienda adecuados, a la salud, al trabajo agrícola y a la vida, porque las personas demandadas, al cerrar las válvulas del tanque y desviar el excedente de dicho elemento vital, vulneraron los derechos de la comunidad y la citada unidad educativa.

En este caso, se denegó la tutela sin ingresar al análisis sustantivo del problema jurídico, alegándose, al respecto, que la problemática ya fue abordada en la SCP 1239/2015-S3 de 30 de diciembre, razón por la cual, la vía de la petición debe ser el recurso de queja por mora o incumplimiento.

Desde los alcances de un modelo polifónico de justicia constitucional, el TCP debe omitir la utilización de autorrestricciones jurisprudenciales en acciones populares y, más bien, en coherencia con la naturaleza procesal de esta acción tutelar, en vez de denegar la tutela debe aplicar reconducciones procesales y generar diálogos interjurisdiccionales e interculturales para restituir la armonía y el equilibrio. Lamentablemente, en este caso se evidencia que, nuevamente, el TCP pierde su horizonte en el desproporcional formalismo que evita la restitución de una armonía dialógica para Vivir Bien.

Esta misma autorrestricción jurisprudencial fue asumida por la SCP 0226/2018-S3 de 14 de julio, caso en el cual se denunció el desvío del cauce normal de las aguas termales

correspondientes al ojo número 14, perteneciente a la comunidad de Miraflores que fueron otorgadas en calidad de usufructo.

En este caso, se denegó la tutela en aplicación de la cosa juzgada constitucional por ya haberse emitido la SCP 1024/2014 y se estableció que la vía idónea para la denuncia era el procedimiento de queja por mora o incumplimiento. Otra vez, en este caso, se observa el excesivo ritualismo que caracteriza al TCP y que, a pesar de estándares jurisprudenciales que establecen el deber de reconducción procesal en demandas vinculadas a pueblos indígenas, desconocen los mismos y deniegan la tutela sin realizar mecanismos dialógicos de restitución del equilibrio y la armonía.

Lo expuesto evidencia que, a pesar de la progresividad y del garantismo plasmados en la CPE de 2009, el TCP silencia la voz de los históricamente oprimidos por ritualismos extremos, desconociendo, por tanto, los rasgos esenciales de un modelo polifónico de justicia constitucional.

12.6.- La imposibilidad de analizar el cuestionamiento de normas generales a través de la acción popular

En este orden argumental, es preciso señalar que el TCP ha desarrollado otra autorrestricción jurisprudencial: la imposibilidad de analizar el cuestionamiento de normas generales a través de la acción popular.

Este entendimiento emergió de la SCP 0242/2014-S3 de 18 de diciembre, a través de la cual, el máximo contralor de constitucionalidad denegó la acción popular sin ingresar al análisis del problema sustantivo en la acción popular presentada por el pueblo Quila Quila, el cual denunció que en el proceso de saneamiento de tierras comunitarias ante el INRA, debe aplicarse de manera directa y preferente el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT que consagra el derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas.

De manera arbitraria, el TCP estableció que esta denuncia implicaría, en los hechos, una denuncia de una presunta inconstitucionalidad de la norma que prevé el procedimiento de titulación de Tierras Comunitarias de Origen (TCO), en esta línea señaló que

> …resulta indudable que los accionantes equivocaron la vía constiꞌucional para que su pretensión sea atendida, por cuanto en coherencia con el Fundamento Jurídico que antecede, la acción popular no puede resolver aspectos relacionados a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, toda vez que ello desnaturalizaría los fines de la presente acción de protección a derechos colectivos y difusos, existiendo para ese fin la vía idónea constitucional que realiza el control de constitucionalidad de una norma en abstracto (FJ III.2).

Posteriormente, el TCP asume, nuevamente, esta autorrestricción jurisprudencial en la SCP 0089/2016-S2 de 15 de febrero, y se deniega la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática.

En esta acción popular, se denunció la emisión de los Decretos Supremos 2195, 2298 y 2368, lo que significó vulnerar los derechos del pueblo indígena Guaraní a la consulta previa, libre e informada, al reconocimiento como pueblo indígena y sus sistemas norma-

tivos; a la libre determinación y autonomía; a la tierra y al territorio; a la conservacion, reconstitución y protección de su medio ambiente, a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y a la participación en los órganos e instituciones del Estado.

En el citado caso, el TCP señaló:

> De los antecedentes que cursan en obrados, se evidencia que los accionantes objetan que el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, no hubiera cumplido con efectuar la consulta previa libre e informada a los Pueblos que representan antes de emitir los DDSS 2195, 2298, 2366 y 2368; es decir, cuestionan el incumplimiento de una formalidad relativa a la creación de las normas legales objetadas, lo cual implica un cuestionamiento a la validez de las mismas, que requiere por consiguiente un control normativo; extremo, que no puede ser objeto de examen en la presente acción popular, ya que excede a su ámbito de protección, razón por la cual debe denegarse la tutela solicitada (FJ III.3).

Luego, el TCP, en la SCP 0801/2017-S2 de 14 de agosto, aplicó nuevamente esta autorrestricción jurisprudencial para la denegatoria de tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática.

En este caso, la representante de la Comunidad Indígena «San Martín Tacana Pacahuara» denunció, a través de esta acción popular, la vulneración de sus derechos al hábitat, domicilio y debido proceso, porque los magistrados demandados del Tribunal Agroambiental emitieron la Sentencia 11/2016 y el Auto Nacional Agroambiental S2 012/2017, decisiones en las cuales se omitió aplicar los preceptos constitucionales, normas internacionales y disposiciones legales relativas a los derechos de los pueblos indígena originario campesinos.

Al respecto, el TCP, de manera expresa, señala:

> …y si bien es cierto que se denuncia la vulneración del derecho al hábitat junto a los derechos a la vivienda y al debido proceso, no es menos evidente que, en realidad, cuestionan la interpretación normativa efectuada por las autoridades jurisdiccionales agroambientales en la resolución de la demanda de reivindicación y mejor derecho propietario sobre terrenos en litigio que les interpuso la Comunidad 'San Martín de Pacahuara' —hoy terceros interesados—, sobre la base de su Título Ejecutorial TCM-NAL 002658… (FJ III.3).

Como puede advertirse en el caso citado, no solo se aplica esta autorrestricción de manera arbitraria, sino que, además, el fallo es manifiestamente contradictorio al precedente en vigor y, por ende, al estándar jurisprudencial más alto contenido en la SCP 0478/2014 [695].

[695] Tal como ya se analizó, la SCP 478/2014 planteó el mismo problemá jurídico, es decir la omisión de la consulta previa para la ampliación del radio urbano en territorio de un pueblo indígena. En este caso, se concedió la tutela por afectación al derecho a la consulta previa interdependiente con el derecho a la territorialidad de la comunidad Puca Huasi. Sin embargo, la sentencia ahora anotada, a pesar de versar sobre el mismo problema jurídico, aplica esta arbitraria autorrestricción y denegó la tutela sin ingresar

En base al análisis dinámico de jurisprudencia realizado, se puede afirmar que esta autorrestricción jurisprudencial encarna la *colonialidad de las sentencias constitucionales* (Chivi Vargas, 2012, pp. 312-320), porque asume un entendimiento de corte eurocéntrico basado en el control de constitucionalidad de la norma a través de mecanismos de control normativo afincados en los tradicionales ritualismos y formalismos extremos que obstaculizan el acceso a la justicia plural, especialmente para los históricamente oprimidos.

En efecto, una de las características históricas de los modelos jurisdiccionales de control de constitucionalidad de corte europeo, tal como se anotó en el capítulo anterior, es el control de constitucionalidad de la ley en el ámbito de control normativo y con legitimación activa restringida.

Si bien el rasgo de control normativo de constitucinalidad con influencia del modelo jurisdiccional concentrado europeo fue asumido por la CPE de 2009, a través de las acciones de inconstitucionalidad abstracta, concreta y el recurso contra tributos ilegales [696], no es menos cierto que, tal como se desarrolló en el cuarto capítulo la CPE centra su esencia garantista en un modelo argumentativo consagrado en el artículo 109.1, el cual plasma los tres grandes principios del constitucionalismo boliviano: la igualdad jerárquica de derechos, la aplicación directa de derechos y la directa justiciabilidad de derechos.

La directa justiciabilidad de derechos asegura la materialización del bloque de constitucionalidad, a través de mecanismos prontos, oportunos y de acceso fácil y directo a personas y colectividades, entre ellas los históricamente oprimidos, es decir los pueblos indígenas.

En este marco, el modelo argumentativo vigente —que, además, armoniza con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización con normas internacionales y estándares que en el derecho internacional de los derechos humanos plasmen una progresividad, especialmente para grupos de atención prioritaria y en cuanto

al análisis del problema sustantivo.

[696] El art. 202 de la CPE establece que son atribuciones del TCP conocer y resolver: «1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la incosntitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales […] 4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución». Por su parte, el Código Procesal Constitucional, en el art. 72 establece: «Las Acciones de Inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el presente Código». En este contexto, el art. 73 de esta normativa adjetiva señala: «Las acciones de inconstitucionalidad podrán ser: 1. Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales; 2. Acción de Inconstitucionalidad de carácter concreto, que procederá en el marco de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cargas orgánicas decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales». Asimismo, el art. 133 del Código Procesal Constitucional establece que el Recurso contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones especiales, tiene por objeto garantizar que toda disposición legal que cree, modifique o suprima un tributo, impuesto, tasa, patente, derecho o contribución de cualquier clase o naturaleza, se establezca de acuerdo con la Constitución Política del Estado.

a sectores históricamente discriminados— faculta a las autoridades a utilizar el método no de la subsunción, sino de la aplicación directa y favorable de derechos consagrados no solo en la Constitución, sino también en el bloque de constitucionalidad, cuyo alcance fue descrito por el TCP en la SC 0110/2010-R.

Por lo expuesto, en caso de existir una contradiccion entre una norma general y un derecho consagrado en el bloque de constitucionalidad, la autoridad jurisdiccional, a través de la acción popular, debe ejercer control de convencionalidad y aplicar, de manera directa y preferente, el estándar que sea más favorable y acorde con el principio de progresividad, en relación, especialmente, a los históricamente oprimidos; así lo establece las pautas consttucionalizadas de interpetación a derechos contenidas en los arts. 410, 13.i, 13.iv, 109.1, 14.ii y 256 de la CPE.

Lo descrito precedentemente —si se analiza el modelo constitucional boliviano a partir de una lectura propia y no así desde una interpretación eurocéntrica— implica que, de acuerdo a una interpretación integral y bajo el principio de unidad constitucional, en el diseño constitucional vigente el control tutelar, a la luz del principio de directa justiciabilidad de derechos consagrado en el art. 109.1 de la Constitución es, por su acceso directo de las personas y colectividades a una justicia constitucional plural, uno de los elementos característicos del paradigma biocéntrico que integra una vigencia armoniosa y dialógica de derechos individuales y transindividuales. Por ello, el control normativo tiene una función residual, entre otras razones debido a los obstáculos formales y contrarios al acceso a la justicia constitucional que lo ha caracterizado.

Por esta razón, a través de la acción popular y en coherencia con las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos (descritas en el capítulo cuarto), las autoridades jurisdiccionales con competencia en el control tutelar de constitucionalidad —es decir, los vocales de las Salas Constitucionales en las capitales de departamento, y los jueces y tribunales de garantías en provincias; así como el TCP, que conoce estas acciones en revisión— deben ejercer control de convencionalidad y aplicar la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, cuando una norma de carácter general pueda ser contraria o menos favorable en relación a disposiciones o estándares más altos, favorables y coherentes con la progresividad de los derechos.

En este orden, a la luz de un pluralismo jurídico de tipo igualitario, la interpretación que realice el TCP en ejercicio del control de convencionalidad, será precedente en vigor y, por ende, fuente directa de derecho de acuerdo a lo establecido en las sentencias SCP 0846/2012 y SCP 3322/2013, las cuales fueron desarrolladas en la primera parte de este capítulo.

Lo señalado precedentemente, en el marco del modelo constitucional vigente, implica que, a través de la acción popular, debe utilizarse el método de aplicación directa y preferente de derechos en casos en los cuales, normas generales pudieran ser contrarias a derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad, que fue el problema jurídico que se planteó en los tres casos analizados, por lo que, evidentemente, una vez activada la acción popular, el desarrollo de esta autorrestricción jurisprudencial es arbitraria.

No es casualidad, por lo tanto, que las tres denegatorias de tutela por esta autorrestricción jurisprudencial estén vinculadas a pueblos indígenas en casos en los cuales sus derechos colectivos están en conflicto con grandes intereses económicos particulares. Por tanto, estas decisiones, al igual que muchas otras que serán abordadas en el último capítulo, evidencian lo peligrosa que resulta una visión monocultural de un TCP, más aún en un escenario hiperpresidencialista y en un contexto poco propicio para una real independencia judicial.

Además, es importante hacer notar que, paradójicamente, en un Estado Plurinacional como el boliviano, para activar la acción de inconstitucionalidad abstracta, las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos no tienen legitimación activa, por lo que deben acudir a un diputado o senador, al Defensor del Pueblo o al Fiscal General del Estado para activar este mecansmo de control normativo de constitucionalidad [697], lo que quiere decir que la propia Constitución establece un obstáculo a los pueblos indígenas para el acceso a la justicia constitucional a través del control normativo de constitucionalidad. Por eso es tan importante potenciar el control tutelar por su carácter de proximidad y acceso directo a la justicia constitucional, especialmente para los históricamente oprimidos.

La acción de inconstitucionalidad concreta —que es un procedimiento constitucional que emerge de procesos judiciales o administrativos en los cuales se pretenda aplicar una norma cuya constitucionalidad resulta cuestionada— está sujeta a formalismos extremos en virtud de los cuales los justiciables no suelen pasar el filtro formalista de la Comisión de Admisión del TCP, especialmente por las rigurosas —y en muchos casos arbitrarias— cargas argumentativas exigidas [698].

Éste es otro fundamento que, según una interpretación de la Constitución bajo el principio de unidad constitucionalidad, brinda un carácter residual al control normativo de constitucionalidad y un rol protagónico al control tutelar a partir del principio de

[697] El art. 202.1 de la Constitución establece: «Si la acción es de carácter abstracto, solo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores y Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas». Por su parte, el art. 47 del Código Procesal Constitucional establece: «Están legitimadas y legitimados para interponer la Acción de Inconstitucionalidad Abstraca, la Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, cualquier miembro de la Asamblea Legislativa Plurinacional o de los Órganos Legislativos de las Entidades Territoriales Autónomas, las máximas autoridades ejecutivas de las Entidades Territoriales Autónomas, así como la Defensora o Defensor del Pueblo».

[698] El art. 79 del Código Procesal Constitucional establece que tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Adminsitrativa que, de oficio o a petición de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción. En este marco, promovida o no la acción por la autoridad jurisdiccional o administrativa, ésta deberá ser remitida ante el Tribunal Constitucional Plurinacional y será la Comisión de Adminisón la encargada de verificar el cumplimiento de requisitos de admisibilidad de este mecanismo. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado estrictos requisitos de admisibilidad a partir de rigurosas cargas argumentativas a la parte accionante, por lo que gran cantidad de acciones de inconstitucionalidad concretas son denegadas en esta instancia por temas formales.

aplicación directa de derechos y de directa justiciabilidad consagrados en el art. 109.1 de la CPE.

En suma, todo lo que antecede reafirma la arbitrariedad de la autorrestricción anotada y evidencia el pensamiento todavía monocultural y colonizador del TCP, por lo que el presente trabajo, desde la crítica académica, tiene la finalidad de generar un debate público para que, a través de mecanismos dialógicos, se ejerza control social al TCP y se eviten así mayor número de decisones arbitrarias y contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional.

13.- Conclusiones

De acuerdo al mandato constitucional que disciplina la acción popular —y en base a un análisis dinámico de línea jurisprudencial—, en este capítulo se identificaron los rasgos procesales esenciales de este mecanismo tutelar de defensa. En ese contexto, se estableció que un primer punto esencial para abordar esta temática, es la necesidad de analizar sus presupuestos de orden procesal constitucional desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, los cuales tendrán plena realización en un modelo polifónico de justicia constitucional. Esto implica superar criterios monoculturales propios del Estado-Nación, ya que el Estado Plurinacional vigente plantea la necesidad de tutelar de manera eficaz derechos transindividuales, en el marco del paradigma biocéntrico consagrado por el modelo constitucional boliviano.

Uno de los grandes principios del orden procesal constitucional aplicable a la acción popular es el de *máxima flexibilización*, a partir del cual se sustenta su carácter sumario, autónomo y flexible, destinado a la prevalencia de la justicia material más allá de todo ritualismo o formalismo extremo que pueda obstaculizar la construcción plural de derechos, según la voz de los históricamente oprimidios, entre ellos los pueblos indígenas.

Desde el principio de *máxima flexibilización* se identifican los estándares jurisprudenciales más altos referentes a reconducciones procesales, flexibilizaciones de reglas de legitimación pasiva, flexibilizaciones en cuanto al petitorio, etc. Asimismo, se identifican los estándares jurisprudenciales más altos relativos a la inversión de la carga de la prueba, la aplicación del principio pro natura y la utilización de mecanismos dialógicos, mandatos de prevención, restauración y reparación de daños.

Sin embargo, a pesar de los estándarares jurisprudenciales más altos identificados, en muchos casos se observa, con preocupación, una visión monocultural y extremadamente formalista del TCP, que se traduce en obstáculos de orden procesal constitucional que hacen que se deniegue la tutela sin ingresar al análisis del problema sustantivo que plantea el caso concreto. Esta visión genera una *brecha de implementación* que obstaculiza la real materialización de la CPE.

En esta línea, en el análisis dinámico de líneas jurisprudenciales, se advierte también la *colonialidad de las sentencias constitucionales*, especialmente en las autorrestricciones jurisprudenciales establecidas por el máximo contralor de constitucionalidad. Estas autorrestricciones encarnan una visión extremadamente formalista del derecho, pero, además,

implican la denegatoria arbitraria del acceso a la justicia constitucional, especialmente para los históricamente oprimidos, entre ellos los pueblos indígenas.

Estas autorrestricciones jurisprudenciales evidencian que el TCP no desarrolla la lectura de presupuestos de orden procesal constitucional desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, sino que todavía mantiene un pensamiento eurocéntrico de teoría procesal constitucional apto para un Estado-Nación, pero no así para un Estado Plurinacional.

También, según el análisis dinámico de línea jurisprudencial realizado, se han identificado ejemplos de utilización de mecanismos dialógicos armónicos con el modelo polifónico de justicia constitucional, entre ellos el *amicus curiae*. Sin embargo, en más de diez años de vigencia de la CPE, el TCP se ha limitado a la utilización de peritajes antropológico-culturales, sin haber realizado un solo diálogo interjurisdiccional que se enmarque en el pluralismo jurídico de tipo igualitario.

También, en muchas decisiones emanadas por el TCP, se advierte la arbitrariedad, especialmente porque los supuestos cambios de jurisprudencia o el desarrollo de entendimientos relevantes —como las sentencias fundadoras, moduladoras, sistematizadoras o mutadoras de línea jurisprudencial— no están sujetas a mecanismos dialógicos de control social, lo que genera mutaciones constitucionales por la vía jurisprudencial. Esta ausencia de control social es aún más preocupante en un escenario de hiperpresidencialismo y de grandes cuestionamientos a la independencia judicial, con el agravante de la inexistencia de una real composición plural al interior del TCP

CAPÍTULO VII: LA ACCIÓN POPULAR Y ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES MÁS ALTOS EN CUANTO A DERECHOS COLECTIVOS Y TRANSINDIVIDUALES

1.- Resumen

Luego de haber realizado un análisis dinámico de jurisprudencia en cuanto a los aspectos de orden procesal constitucional más relevantes de la acción popular, a partir de este acápite, la revisión jurisprudencial estará destinada a identificar los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al desarrollo de derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y otros derechos transindividuales que se encuentran dentro del ámbito de protección de la acción popular.

En este análisis dinámico de jurisprudencia se identificarán los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, así como de otros derechos transindividuales, como los de la Madre Tierra, de los seres sintientes; los derechos al agua, a la salubridad pública, de las usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, a la energía eléctrica, al acceso a servicios de telecomunicaciones, a la paz, la democracia, el espacio público, así como los derechos referidos al patrimonio histórico, cultural y natural, entre otros.

Este análisis de jurisprudencia constitucional considerará los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador, y también será desarrollado en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional, según criterios desarrollados en los anteriores capítulos de este trabajo.

2.- Los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos protegidos por la acción popular

La tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a través de la acción popular, debe ser contextualizada en el marco del tránsito del Estado

liberal al Estado Constitucional Plurinacional de derecho, el cual tiene fundamento en una construcción colectiva del Estado, transversalizada por la plurinacionalidad (SCP 1158/2013, FJ III.1). Desde esta concepción, la acción popular, tal como ya se señaló, es la vía idónea para la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (SCP 0487/2014, FJ III.3 de 25 de febrero).

En coherencia con lo argumentado, en los siguientes acápites, en el marco de un análisis dinámico de jurisprudencia, se enumerarán los estándares jurisprudenciales más altos emitidos por el TCP en cuanto a derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a efecto de analizar los desafíos pendientes y también los avances existentes[699].

2.1.- Derecho a la libre determinación y a la autoidentificación

El TCP, en la SCP 0281/2016-S2 de 23 de marzo, consagró el derecho a la libre determinación de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos (NPIOC). En una interpretación sistémica de los arts. 2 y 30.4 de la Constitución vigente, así como del art. 3 de la Declaración de Naciones Unidas sobe los Derechos de los Pueblos Indígenas, el TCP estableció que las naciones y pueblos indígena originario campesinos

> …en el marco de su libre determinación, puedan asumir decisiones destinadas al libre ejercicio de su condición política y al desarrollo de su visión económica, social y cultural; decisiones que emergen de su propio derecho de autonomía que en base a sus raíces culturales ancestrales, determinan su proyecto colectivo de vida a partir de su organización interna en lo político, social, institucional, económico y en todas sus formas de gestión comunal; y que no pueden ser intervenidas o influenciadas por quien no sea reconocido como miembro de la NPIOC cuya identidad real pretenda afectarse (FJ III.2).

En la referida SPC, el TCP estableció que un razonamiento contrario al antes esgrimido, implicaría

> …no solamente la lesión del derecho a la libre determinación, sino que además conllevaría la afectación del derecho a la autoidentificación y autogobierno; último éste que se traduce en la prohibición de los Estados de intervenir en asuntos propios de las NPIOC, cuyo reconocimiento constitucional los dota de una identidad cultural que no puede negarse arbitrariamente mediante el desconocimiento de su propia organización y de sus instituciones (SCP 0281/2016-S2, FJ III.2, de 23 de marzo).

En base a lo señalado, el TCP, en el referido entendimiento jurisprudencial, estableció que

> …los pueblos indígenas originario campesinos (PIOC), a la luz de los principios de pluralismo, pluralidad e interculturalidad, fundantes del nuevo Estado Plurina-

[699] Tal como se señaló en el capítulo anterior, para una correcta técnica de aplicación e invocación del precedente en vigor, el análisis dinámico de jurisprudencia se desarrollará en coherencia con los criterios establecidos en las sentencias SCP 846/2012 y SCP 2233/2013.

> cional, se constituyen en sujetos de derechos colectivos, sometidos a la existencia de elementos cohesionantes como: la identidad cultural; el idioma; organización administrativa; organización territorial; territorialidad ancestral; ritualidad y cosmovisión propia. Así las cosas, si bien la estructura organizativa de las NPIOC obedece a razones de orden social y cultural, reflejando el proceso de mestizaje vivido por este país; no menos evidente resulta ser que la existencia de los elementos de cohesión descritos en el párrafo previo, resultan determinantes a la hora de identificarse como sujetos de derechos colectivos, a quienes les sean aplicables las libertades previstas en el art. 30 superior (*ibid.*).

En este caso, el TCP concedió la acción popular activada por el pueblo indígena APG Itika Guasú, el cual alegó la vulneración a sus derechos colectivos a la elección y representación de sus autoridades a través de sus usos y costumbres en el marco de su libre determinación.

El desarrollo de la libre determinación, de acuerdo a los alcances contenidos en los arts. 2 y 30 de la Constitución, es muy importante, ya que el mismo es un articulador para el ejercicio de los demás derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este sentido, el desafío del TCP es tutelar sus derechos colectivos en conformidad con este derecho y de acuerdo a los postulados del modelo polifónico de justicia constitucional, aunque, como se verá en el siguiente capítulo, lamentablemente por formalismos, ritualismos o interpretaciones arbitrarias del TCP, este derecho en muchos casos ha sido desconocido.

En este punto, es importante abordar, a la luz de la libre determinación, el derecho a la autoidentificación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; derecho consagrado en el boque de constitucionalidad y que ha tenido importantes avances jurisprudenciales en el Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, a la luz del art. 2 de la Constitución vigente y en el marco de doctrina autorizada, entre ésta la desarrollada por la relatoría especial sobre derechos de los pueblos indígenas [700]; así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia [701]; y también en coherencia con el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT [702] y el art. 33.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el TCP, en la

---

[700] Stavenhagen (Naciones Unidas, 2002), en su calidad de relator especial para los derechos de los pueblos indígenas, abordó el derecho a la autoidentificación (párr. 100).

[701] Esta sentencia siguió el criterio de la Sentencia T 703/08, la cual estableció lo siguiente: «…del derecho al autogobierno, así como de la prohibición para los Estados de intervenir en el ámbito propio de sus asuntos, se deriva un derecho para las comunidades indígenas de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. En virtud de lo anterior, las comunidades indígenas ostentan un derecho a: i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros».

[702] Este artículo establece que «la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio».

SCP 0645/2012 de 23 de julio, consagró por primera vez, en la jurisprudencia, el derecho a la autoidentificacion de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

La citada SCP estableció que, de acuerdo a una interpretación armónica con el bloque de constitucionalidad, el art. 2 de la Constitución contiene dos elementos esenciales: primero, el reconocimiento de la existencia misma de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como colectividades fundantes del Estado Plurinacional; y segundo, el derecho a la libre determinación como base del reconocimiento y garantía de los demás derechos que les asisten —tanto individuales como colectivos— (FJ III.1) [703].

En el marco de lo señalado, la referida sentencia constitucional plurinacional estableció que la autoidentificación por parte de cada pueblo indígena, constituye un aspecto elemental y el punto de partida para la definición de dichos pueblos (FJ III.1); en este marco, el máximo contralor de constitucionalidad invocó el concepto del autorreconocimiento, y siguiendo a Aguilar Cavallo (2006), señaló que éste es «…el derecho de la comunidad a definir sus propios miembros, es un ejercicio de identidad colectiva indígena» (pp. 106-119).

También, el TCP estableció que

> …lo que define a un pueblo indígena y determina su visión holística del mundo es la identidad que él tiene de sí mismo en cuanto comunidad que forma parte de la naturaleza (…). En consecuencia, solo los propios indígenas pueden determinar quiénes comparten sus valores cosmogónicos (SCP 0645/2012, FJ III.1, de 23 de julio).

En este caso, luego de una reconducción procesal de una acción de cumplimiento a una acción popular, el TCP concedió, en parte, la petición de tutela realizada por la comunidad «Takana La Selva», porque la ABT y el INRA, al omitir citar a la CIPOAP como ente representativo de esta comunidad para que asuma defensa ante estas instancias, vulneraron sus derechos colectivos a la defensa y al debido proceso por la amenaza a derechos colectivos de un pueblo autoidentificado como indígena.

En este marco, la citada acción popular dejó sin efecto las resoluciones administrativas cuestionadas. Asimismo, se exhortó al INRA y a la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Bosques y Tierras, a adecuar sus procedimientos en base al principio de pluralismo, allí donde se comprometan los derechos e intereses colectivos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, tomando en cuenta su especial situación de vulnerabilidad.

El entendimiento citado que, tal como se señaló, emanó de una acción popular reconducida procesalmente, se configura como el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al derecho a la autoidentificación de las naciones y pueblos indígena originario

[703] El artículo segundo de la Constitución boliviana establece: «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 cultural, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme e esta Constitución y la Ley».

campesinos y se encuentra en plena armonía con la SCP 0006/2016 de 14 de enero, que a través de la activación de una acción de inconstitucionalidad concreta, en ejercicio del control de convencionalidad, consagró el derecho a la autodeterminación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, ya que, en ejercicio del control de convencionalidad, aplicó de manera directa y preferente el art. 1.1 del Convenio 169 de la OIT [704].

2.2.- Derecho al hábitat, a la propiedad colectiva y a la territorialidad

Para un análisis dinámico de línea jurisprudencial, es importante destacar los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al hábitat, desde la cosmovisión indígena, la propiedad colectiva y el derecho a la territorialidad de los pueblos indígenas, para evitar así futuras regresividades y, más bien, generar un escenario favorable a más avances y progresividad en cuanto a estos derechos. Desde esta perspectiva, cabe señalar que el TCP, en la SCP 0276/2012 de 4 de junio, estableció que la acción popular protege la propiedad comunitaria o colectiva de las comunidades indígena originario campesinas, como menciona el art. 135 de la CPE. Esta sentencia estableció también que este mecanismo tutelar protege la propiedad comunitaria de las «comunidades campesinas» (FJ III.5). En este marco, concedió parcialmente la tutela en cuanto al loteamiento y fraccionamiento arbitrario de más de 50 mil hectáreas de tierra correspondientes al dominio colectivo y/o comunitario de la Comunidad «Pampa San Miguel», zona Tiquirani [705].

Posteriormente, el TCP, en la SCP 0139/2013-L de 2 de abril, desarrolló estándares importantes en cuanto a la propiedad comunitaria o colectiva. Sobre este particular, señaló que ésta comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas (FJ III.3).

La referida SCP estableció también que la propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible, y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria (*ibid.*). En esta línea, la citada sentencia ha establecido que la norma fundamental y la legislación especial agraria han definido el carácter de dichas áreas colectivas como aquellas que «constituyen la fuente de subsistencia de sus habitantes», por lo que merecen una protección especial y reforzada (*ibid.*).

La referida sentencia consagra otro estándar más alto que debe ser considerado, ya que establece una diferencia entre áreas colectivas de uso común de los miembros de la comunidad campesina o comunidad intercultural propiamente dichas, con el saneamiento de un Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC). En este contexto, estableció que, a través del saneamiento del TIOC, se engloban varios factores concurrentes como pate de

[704] En esta acción de inconstitucionalidad concreta, en ejercicio del control de convencionalidad y la aplicación directa del art. 1.1 del Convenio 169 de la OIT y del estándar más alto de la Corte CIDH, contenido en el caso Xamok Kásec vs Paraguay, el TCP declaró la inconstitucionalidad del presupuesto «Personalidad Jurídica» prevista en los arts. 357 inc. a) y 396.II del Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007. En base a esta declaración de inconstitucionalidad, para la titulación colectiva de tierras, no es exigible la personaría jurídica, sino el criterio de autoidentificación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

[705] Esta SPC, a pesar de reconocer el derecho a la propiedad comunitaria, sin mayor argumento deniega la tutela en cuanto a los derechos al trabajo, posesión y alimentación.

la evaluación técnico-jurídica que debe realizar el INRA. Entre estos factores, debe operar la compensación de tierras en caso de disminución significativa de su territorio, cuando esté comprometido su desarrollo económico, social y cultural, en consulta previa con los beneficiarios (art. 72 de la Ley 1715 modificada por la Ley 3545). En este orden, la citada sentencia aclaró que esta modalidad de saneamiento responde a los lineamientos establecidos por el Convenio 169 de la OIT y se encuentra amparado constitucionalmente como derecho colectivo al territorio (SCP 0139/2013-L, FJ III.3, de 2 de abril).

En el caso de áreas colectivas de uso común de los miembros de la comunidad campesina o comunidad intercultural, a la luz del art. 394.III de la Constitución, la referida sentencia estableció que este tipo de propiedad es también indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y que no se encuentra sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria (*ibid.*).

Además, la referida sentencia estableció un estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la protección, de manera preventiva, de la propiedad comunal, de acuerdo a la siguiente determinación:

> …de lo que se trata es de asegurar un derecho aún no consolidado, pero por consolidarse en la fase de ejecución, y que, como se mencionó, corresponde a una comunidad campesina, sobre áreas comunarias o colectivas, sobre las cuales la Constitución Política del Estado provee una protección especial y reforzada (*ibid.*).

En base al análisis antes señalado, el TCP concedió esta acción popular y dispuso que el director departamental del INRA-Cochabamba ejecute las resoluciones administrativas que establecieron las medidas precautorias de prohibición de innovar y de desalojo en las áreas colectivas dotadas como propiedades comunales en la comunidad «Pampas San Miguel». Además, demandó a la Dirección Departamental del INRA-Cochabamba mayor responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones establecidas por ley.

En cuanto al problema jurídico sustantivo planteado en el caso concreto, sin duda, esta decisión contiene estándares jurisprudenciales más altos; aunque, como se señaló en el anterior capítulo, todavía utiliza la modalidad de la sentencia exhortativa, en vez de aplicar mandatos de prevención, restauración y reparación integral de daños con enfoque intercultural que deben ser utilizados en acciones populares en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional.

Posteriormente, el TCP, en coherencia con una construcción plural de derechos acorde con el pluralismo jurídico de tipo igualitario, en la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, ha consolidado otro estándar jurisprudencial más alto al desarrollar el derecho al hábitat desde la mirada indígena, cuya noción no puede enmarcarse en la concepción liberal de hábitat y vivienda adecuada (FJ III.4.1).

En este marco, en un proceso de construcción dialógica de derechos a través de procesos de traducción y entendimiento, el TCP, en la referida sentencia, estableció lo siguiente:

> …se infiere el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a su hábitat, que es concebido no solo en el ámbito limitado de la tierra, sino también

> del territorio, entendido como el espacio ancestral, donde se desarrolla la cultura, espiritualidad, historia y forma de organización social y política de los pueblos indígenas, donde ejercen el control sobre los recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones (FJ III.4.1).

Al respecto, el TCP acotó lo siguiente:

> Debe considerarse que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en la mayoría de los casos, todavía habitan en su territorio o realizan actividades en él, aunque no tengan un asentamiento permanente en el territorio que vivieron sus antepasados y ancestros, siendo para ellos, la tierra no un simple bien o un medio de producción , sino parte de su vivencia, de su ser, de su existencia, concebida como una integralidad, la casa en la cual vivieron sus antepasados, el territorio que vio el comienzo de los tiempos, viviendo en comunidad con sus hermanos, plantas animales y otros seres a quienes se les llama «achachilas», «Awichas», «Waq'as», etc… (*ibid.*).

En base a lo señalado, el TCP afirmó que

> …el hábitat de los indígenas comprende no solo la tierra, sino también el territorio; es decir, abarca el espacio ancestral donde se desarrollan sus específicas formas de vida, donde se desarrolla su cultura, espiritualidad, su organización social y política, así como sus conocimientos en relación a los recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones. Así, todo ese espacio geográfico es su casa grande, donde todas las cosas pertenecen a todos y a nadie en particular, bajo una comprensión integral, entonces su hábitat son sus ríos, cerros, montañas, cascadas, bosques, plantas , árboles etc., cada uno en su especie, están llenos de significados profundos sobre la cosmovisión de estos pueblos, para ellos el hábitat es el santuario, pues allí está su medicina, sus alimentos, lo que da vida, lo que mantiene y alivia el espíritu, es el principio y el fin, es su vida misma, en conexión con el «multiverso» y aún después de la muerte sus «ajayus» estarán allí, bajo otra forma de expresión, por ello deben ser preservados y respetados (*ibid.*).

En esta línea, el TCP resaltó que el hábitat de las naciones y pueblos indígenas es fundamental para su pervivencia y continuidad y también precisó que

> …los pueblos indígenas tienen prácticas y concepciones propias, donde la tierra y el territorio son compartidos y heredados de generación en generación, con un valor de uso y no de cambio, dichas concepciones devienen de una concepción que va más allá del sentido de «propiedad» o «apropiación», por cuanto la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas está vinculada a la naturaleza, que no es objeto de apropiación sino también sujeto de derechos (*ibid.*).

En base a lo señalado, se puede identificar que para el desarrollo del derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consagración del hábitat, a la luz de su especial relación con la tierra y territorio, es perfectamente

coherente con el avance del *corpus iure internacional de derechos de los pueblos indígenas*, concretamente con los arts. 13; 14.2 y 3, 15 y 2 del Convenio 169 de la OIT; art. 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; así como con estándares internacionales de protección a derechos, especialmente aquellos emanados por la Corte CIDH [706]. Pero, además, la referida sentencia contiene un estándar más alto que el de la propia jurisprudencia de la Corte CIDH, al establecer la concepción integral del territorio, el vínculo estrecho de los derechos de los pueblos indígenas con los derechos de la Madre Tierra como titular de derechos y la presunción de ancestralidad de los territorios indígenas, criterios absolutamente armónicos con el paradigma biocéntrico asumido por la CPE de 2009.

Para entender los precedentes en vigor desarrollados por el TCP, es importante señalar que, en este caso emblemático, la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II, denunció la vulneración a sus derechos al hábitat, al domicilio y al debido proceso, ya que el demandado, no obstante de estar asentado en tierras fiscales, contrató un grupo de personas de Riberalta (Beni), quemó 14 casas recién construidas y amenazó «revólver en mano» a los indígenas; por lo que, a través de este mecanismo tutelar, este pueblo indígena pidió el cese de cualquier acto de agresión física y psicológica en contra de la mencionada comunidad indígena.

En este caso emblemático, el TCP realizó un peritaje-antropológico cultural y luego de una valoración de prueba razonable con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, concedió la acción popular, porque el asentamiento de la comunidad Takana Manupare II, desde una interpretación plural del territorio, considerando la cosmovisión del pueblo indígena Takana —y a la luz del principio de presunción de ancestralidad de tierras indígenas— bajo ninguna circunstancia puede ser considerado ilegal, pues, corresponde a su territorio ancestral y es coherente con los procesos de reconstitución de sus territorios ancestrales, el cual debe ser concebido integralmente, como el espacio de producción y reproducción de vida, en el que vivieron y murieron sus abuelos, donde encuentran los recursos necesarios para la vida y desarrollan sus institucionales sociales, políticas y económicas.

Entonces, desde el proceso de traducción-entendimiento realizado por el TCP, en coherencia con las características de un modelo polifónico de justicia constitucional, se estableció que el territorio, así concebido, integra a los elementos físicos y espirituales, a la comunidad humana y la naturaleza, en una relación que busca el equilibrio, siendo los recursos naturales aprovechados para la sobreviviencia de la comunidad, y, en especial, es este caso, la castaña recolectada, que les permite cubrir las necesidades familiares como parte de una vida digna necesariamente vinculada a su territorio.

En este orden, el TCP señaló, también, que el demandado, ejerciendo, además, violencia sobre los miembros de esta comunidad, al desalojarlos impidió que los miembros

[706] Entre estos estándares debe destacarse los siguientes: Awas Tingni vs Nicaragua; Saramaka vs Surinam; Yakie Axa vs Paraguay; Sawhoyamaxa vs Paraguay, entre otros. Estos casos fueron desarrollados en el capítulo 5.

de la comunidad continuaran usando y aprovechando los recursos naturales provenientes de su derecho a la territorialidad.

La referida SCP analizó, también, el actuar del juez agroambiental que, por una parte, homologó el acuerdo dentro del proceso interdicto seguido por el actual demandado, negando la participación de la CIPOAP, y, por otra, emitió el mandamiento de lanzamiento contra los miembros de la comunidad Takana el Turi Manupare II, pues, si bien dicha autoridad no fue demandada, en el marco del informalismo que rige esta acción el TCP consideró imprescindible hacer mención a su actuación, con la finalidad de desvirtuar una pretendida ejecución de una orden judicial de lanzamiento.

La emblemática SCP analizada estableció, también, que, en el marco del derecho a la restitución y reconstitución de los territorios de los pueblos indígenas, la situación de las tierras inicialmente solicitadas por el demandado, deben ser formalmente definidas por las autoridades de la ABT y el INRA, interpretando las disposiciones legales contenidas en el DS 27572, desde y conforme a la CPE y al bloque de constitucionalidad.

Esta sentencia determinó, también, la lesión al hábitat y al domicilio de la comunidad Takana el Turi Manupare II, desde una interpretación que comprende su territorio y el uso y aprovechamiento de los recursos naturales, que representan la base esencial de su existencia, al privarles del medio para mantener a su familia y su comunidad, y su derecho a existir libremente.

Se señala también la lesión al derecho-garantía al debido proceso en su elemento del derecho a la defensa respecto de su dimensión colectiva, toda vez que la expulsión de la comunidad fue realizada a través de vías de hecho, con violencia, adelantándose a la ejecución de un mandamiento de lanzamiento, el cual, además, emergió de un procedimiento en el que la citada comunidad no pudo defenderse de manera adecuada y a través de sus representantes, atendiendo a sus formas de organización y autoridades.

La referida SCP identifica, también, actos de violencia posteriores a la firma del acta de acuerdo y compromiso de Nanawa de 30 de enero de 2013, donde los tres pueblos Takanas y sus comunidades dispersas, así como el pueblo cavineño y el pueblo Esse Ejja, se reunieron con la viceministra de Justicia, autoridades del INRA y la ABT, autoridades campesinas, representantes de las mujeres Bartolina Sisa y otros, acordando formar una comisión para el análisis del DS 27572 sobre el aprovechamiento de los recursos naturales no maderables y la conformación de una comisión interinstitucional para la auditoría técnica de las concesiones forestales maderables.

En base a la razón jurídica de la decisión anotada, el TCP concedió la acción popular y ordenó a la parte demandada no realizar ni ejercer ningún acto que implique violencia física y psicológica contra la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II, ni contra los accionantes, además del pago de daños y perjuicios.

Asimismo, dispuso que la comunidad indígena referida retorne a su territorio ancestral, catalogado como «tierra fiscal no disponible» con una superficie de 412,6497 hectáreas, sobre la que el demandado efectuó la solicitud de concesión forestal (solicitud que, actualmente, se da por desistida).

También, a través de esta sentencia, se exhortó al INRA de Pando y a la ABT a definir la situación del territorio en conflicto, a partir de la interpretación efectuada en el Fundamento Jurídico III.4.3 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional.

De la misma forma, se exhortó al INRA de Pando, ABT y Juez Agroambiental del departamento de Pando, que, al momento de aplicar disposiciones legales a los pueblos indígena originario campesinos, consideren los criterios de interpretación contenidos en la referida SCP.

Por la importancia de este fallo, se ordenó su difusión a la ABT, al INRA y a la jurisdicción agroambiental, así como a los diferentes Tribunales Departamentales de Justicia, y a las organizaciones de los pueblos indígenas.

Se dispuso, también, que la CIPOAP informe al referido Tribunal, a través de la Unidad de Coordinación Departamental, en el plazo de un mes, sobre si el proceso de retorno al territorio por parte de la comunidad indígena Takana El Turi Manupare II hubiera sido efectuado sin ninguna obstrucción por parte de la parte demandada o por otras personas o instituciones.

En este marco, se dispuso que el Tribunal de garantías efectúe el seguimiento correspondiente al cumplimiento de referida SCP, exigiendo los informes pertinentes a la ABT y al INRA sobre el tercer punto dispuesto en el fallo. También se dispuso que la Unidad de Coordinación Departamental de Pando del referido Tribunal supervise el cumplimiento de la referida SCP.

Por ello, el referido fallo es un paradigma de construcción plural de derechos, especialmente por el desarrollo del concepto del hábitat desde la cosmovisión indígena. Pero, además, debe resaltarse la utilización, por parte del TCP, de otros métodos del derecho, como el peritaje antropológico-cultural. Por otra parte, debe señalarse que, si bien este mecanismo es útil para la construcción plural de derechos, todavía se configura como un mecanismo dialógico mediado, por lo que el TCP no solo debe recurrir a dichos peritajes, sino, esencialmente, debe desarrollar los diálogos interjurisdiccionales e interculturales para la construcción plural de derechos desde la voz de los históricamente oprimidos.

En la referida sentencia, a la luz del modelo polifónico de justicia constitucional, debe resaltarse la aplicación de la máxima flexibilización procesal en la acción popular y los mecanismos de seguimiento a decisiones del TCP implementados por el citado fallo; sin embargo, esta SCP utilizó las «exhortaciones» y no así los mandatos de prevención, restauración y reparación integral de daños. En este orden, una de las grandes omisiones de esta decisión fue la reparación integral de daños con enfoque intercultural. A pesar de estos aspectos no considerados, la sentencia constitucional anotada, constituye, sin duda, uno de los estándares más altos en cuanto a derechos al hábitat y territorialidad de naciones y pueblos indígena originario campesinas.

Siguiendo con el análisis dinámico de línea jurisprudencial, es importante invocar también a la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, la cual, en armonía con el bloque de constitucionalidad, estableció que

> …el reconocimiento de las tierras y territorios de las naciones y pueblos indígenas por parte del Estado debe respetar la forma de tenencia de los mismos, así como sus costumbres y tradiciones, sin que sea válido, por tanto, que se imponga una forma de tenencia ajena a su forma de vida, a sus costumbres, tradiciones y, en general a la forma integral en que concibe su territorio, menos aún efectuar divisiones en su territorio bajo la lógica occidental, como por ejemplo, la zonificación del mismo en área urbana y rural; pues ello, no responde a la forma en que tradicionalmente han manejado su territorio que, conforme se ha visto, no responde a la lógica de cambio, sino al lugar donde desarrollan de manera integral todas sus actividades; lo que significa que, independientemente del carácter urbano o rural del territorio de las naciones y pueblos indígenas —que se reitera, se constituyen en delimitaciones ajenas a la propia cosmovisión de los pueblos indígenas—éstos deben desarrollar su cultura, historia y sus propias formas de organización social y política, ejerciendo el control sobre los recursos naturales y desarrollando todas sus instituciones (FJ III.4).

La referida SCP concluyó afirmando que

> …los Estados deben tomar en cuenta la naturaleza de los derechos territoriales indígenas, que tienen un concepto más amplio y diferente, relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, siendo una condición el control de su hábitat para la reproducción de su cultura, desarrollo y planes de vida. Por ello, la misma Corte se inclinó por la prevalencia de los intereses territoriales indígenas por sobre los particulares o estatales, aclarando, empero que ello no significa que en todos los casos se dé esta prevalencia, pues pueden existir razones concretas y justificadas que impidan devolver el territorio, supuesto en el cual, los pueblos indígenas tienen derecho a elegir y a que se les entreguen tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos (*ibid.*).

En base a los razonamientos anotados, el TCP concedió la acción popular luego de reconducirla procesalmente de una acción de cumplimiento, porque las autoridades del Tribunal Agroambiental demandadas no realizaron una valoración razonable de prueba ya que no motivaron ni valoraron si el territorio de la comunidad Puca Huasi se encuentra en zona urbana, por lo que afectaron todo el proceso de saneamiento, pero además, no consideraron los derechos colectivos de la comunidad, entre ellos, sus derechos a la tierra y al territorio, a existir libremente y a la consulta previa.

La referida SCP es otro ejemplo concreto de construcción plural de derechos a través de interpretaciones interculturales, por lo que se constituye en el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al derecho a la territorialidad de los pueblos indígenas y su vinculación con el derecho colectivo a la consulta previa. En efecto, en cuanto a este último derecho, la referida sentencia señaló:

> …conforme a la concepción integral del territorio, se desprende que este derecho se encuentra vinculado con los derechos a la consulta previa, pues toda definición

> sobre el mismo necesariamente deberá ser consultada al pueblo indígena en cuestión conforme lo establecen los arts. 6 del Convenio 169 de la OIT, 19, 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y art. 30.II.15 de la CPE, el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles; más aún si se considera que el derecho a la consulta está comprendido dentro de la definición de territorio indígena originario campesino señalada en el art. 403 de la CPE (FJ III.4).

También el TCP estableció la vinculación del derecho a la territorialidad con la libre existencia. En este orden de ideas, la sentencia objeto de análisis estableció lo siguiente:

> …el territorio está vinculado con el derecho a la existencia libre de los pueblos indígenas y, en ese ámbito, con el derecho a existir libremente (art. 30.II.1 de la CPE); pues, como se ha señalado abarca el espacio donde desarrollan su cultura, espiritualidad, su organización social y política, así como sus conocimientos en relación a los recursos naturales y se despliegan todas sus instituciones; en síntesis, es el espacio donde ejercen la libre determinación y ejercen plenamente su identidad cultural (SCP 0487/2014, FJ III.4, de 25 de febrero).

Posteriormente, siguiendo la línea jurisprudencial ya establecida, el TCP concedió la tutela en otra acción popular presentada por la comunidad Puca Huasi y protegió el derecho a su libre existencia. En este caso, esta máxima instancia de protección a derechos, estableció la interdependencia entre los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la libre existencia, a la territorialidad, a la libre circulación, a la consulta, a la propiedad y a la paz, derechos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del art. 135 de la Constitución (SCP 0282/2016-S1, FJ III.3, de 10 de marzo).

Es también importante señalar que posteriormente, el TCP, en la SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero, realizó una importante diferencia entre tierra y territorio, en este marco, estableció lo siguiente:

> …es preciso establecer que, entre los conceptos de tierra y territorio, existe una diferencia; así, la tierra implica la base física de un asentamiento humano, mientras que el territorio hace referencia a las relaciones espirituales, sociales, culturales, económicas, entre otras, que construyen las personas y las comunidades alrededor de la tierra (FJ III.7.2).

La referida sentencia, a la luz de los principios de plurinacionalidad y pluralismo, ha establecido que las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan, entre otros, del derecho a la territorialidad

> …que se entiende como el trato entre los indígena originario campesinos y el espacio en cual desarrollan sus actividades diarias de trabajo, convivencia social; concordancia que hace especial y particular cada una de las culturas, pues independientemente de su etnicidad, la dependencia de sus miembros con el entorno

> natural, juega un papel preponderante y fundamental en el desarrollo del ser humano como tal y en la realización de sus aspiraciones más profundas (*ibid.*).

En este orden, la indicada sentencia estableció también lo siguiente:

> …la propiedad colectiva de tierras, a partir del establecimiento del nuevo modelo de Estado, respecto a naciones y pueblos indígena originario campesinos, reviste mayor importancia por cuanto resulta imprescindible para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que habitan en ellas desde tiempos remotos. Resulta en este punto necesario desentrañar el concepto de territorio que tienen los pueblos y naciones indígena originario campesinos y que, de acuerdo a sus cosmovisiones, se halla ligado a la ancestralidad de los pueblos, por lo que, de acuerdo a sus usos y costumbres, su titularidad no debería exigir los mismos requisitos que regulan el derecho de propiedad en la jurisdicción ordinaria y las formas de titulación (*ibid.*).

De la misma forma, esta sentencia estableció que

> …el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de un pueblo o nación indígena originaria campesino, sino que comprende además la idea y el pensamiento de que el territorio es el lugar en el que se desarrolla la vida de una determinada nación o pueblo donde, además, ejerce su autonomía (*ibid.*).

En este caso, el TCP concedió la tutela por haberse denegado, de manera arbitraria y contra los estándares vigentes sobre el derecho a la territorialidad la expedición del título ejecutorial del TCO Pisiga Suyu Jach´a Karangas Tehipi Oruro. Además, en este caso, se estableció que, en procesos de saneamiento de tierras colectivas, el INRA no tiene facultad para establecer o determinar la legalidad o ilegalidad de una alegada y demostrada representación, menos aún con el justificativo de que la documentación presentada a efectos de acreditar la representatividad no era original sino fotocopia y que la observación al respecto no fue subsanada por el accionante.

La referida sentencia es otro ejemplo de construcción plural de derechos a través de procesos de traducción-entendimiento en marco de un consenso intercultural que compatibiliza interpretaciones interculturales de derechos con estándares internacionales progresivos en cuanto a derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional, el TCP no estableció la reparación integral de daños ni un mecanismo para su supervisión.

2.3.- La interdependencia entre el derecho a la territorialidad con los recursos naturales y con los derechos de la Madre Tierra

El TCP, en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, en coherencia con los estándares internacionales emanados de la Corte CIDH, en cuanto a derechos de los pueblos indígenas, ha establecido que

> …el término territorio comprende a los recursos naturales existentes en él, por ello, el art. 15 del Convenio 169 de la OIT establece que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus territorios 'deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos' (FJ III.4).

La referida sentencia invoca también el art. 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, disposición convencional que establece lo siguiente:

> 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido; 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma; 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de estas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (FJ III.4).

Posteriormente, el TCP, en la SCP 0635/2016-S2 de 30 de mayo, concedió una acción popular presentada por la comunidad indígena originaria campesina Santa Ana, a través de la cual se denunció la vulneración del derecho de la comunidad al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, ya que en la zona de Junchaca, parte de su territorio, existirían plantaciones de eucaliptos, zona en la cual los demandados realizan actividades de tala y desmonte de árboles para su comercialización en Perú, sin considerar que dichos recursos pertenecen a la comunidad.

En este caso, el TCP, a través de un precedente implícito estableció lo siguiente:

> …el área donde se encuentran situadas las plantaciones de eucalipto y los arboles de esta misma especie, son de dominio de la Comunidad; por lo tanto, en mérito a estos antecedentes, la protección constitucional solicitada a través de la presente acción tutelar no busca la integridad y eficacia de un derecho o interés subjetivo y particular, sino que pretende resguardar intereses comunes de la Comunidad IOC Santa Ana, por lo que la problemática sometida a esta jurisdicción ingresa al ámbito de protección de la presente mecanismo constitucional (FJ III.2).

Además, en cuanto a los árboles que forman parte de los territorios indígenas, señaló:

> …el destino de los mismos únicamente puede ser definido en colectivo; es decir, las actividades de desmonte y tala de árboles de eucalipto sobre áreas de dominio común únicamente pueden ser realizadas con la autorización del colectivo y en pro de los intereses de la Comunidad, no así en beneficio de particulares (*ibid.*).

Los entendimientos antes descritos constituyen los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario

campesinos y su interdependencia con los recursos naturales, aunque a partir de los procesos de restitución territorial, reconstitución institucional y de igualación encomendados por el proceso constituyente boliviano, el TCP debió aplicar la doctrina de reparación integral de daños con enfoque de interculturalidad.

Al margen de lo señalado, es importante destacar también que el paradigma biocéntrico plantea una interdependencia necesaria entre los derechos a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, con los derechos de la Madre Tierra. En este horizonte, es esencial destacar que el TCP, en la SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero, estableció la interdependencia del derecho a la territorialidad de los pueblos indígenas con el medio ambiente y con el manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, aspecto intrínsecamente vinculado al reconocimiento de la relación espiritual y material que surge entre los pueblos indígenas y sus territorios (FJ III.7.2).

Ahora bien, el entendimiento referido implica un avance progresivo en la construcción plural de derechos; sin embargo, el TCP omite desarrollar los alcances del paradigma biocéntrico y no utiliza el concepto de la Madre Tierra como titular de derechos, sino que todavía asume la categoría de derechos medioambientales desde una lógica antropocéntrica de construcción de derechos. En este escenario, sin duda, el aporte de este trabajo será generar la discusión y el debate académico para que el TCP, en su jurisprudencia, supere el paradigma antropocéntrico de derechos y asuma en toda su dimensión el paradigma biocéntrico vigente.

2.4.- El derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta previa se encuentra plenamente garantizado en el Estado Plurinacional de Bolivia, tanto en la Constitución como en el bloque de constitucionalidad. En este contexto, la Constitución boliviana consagra el derecho a la consulta previa [707], derecho que también se encuentra reconocido en instrumentos internacionales

[707] El art. 11.II.1, en el contexto de la democracia plural, establece que la democracia se ejerce de manera directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Asimismo, el art. 30.II.15 de la Constitución establece que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Esta disposición constitucional señala también que se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la exploración de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. El art. 304, en lo referente a las autonomías indígena originario campesinas, en el numeral vigésimo primero, señala que estas autonomías podrán ejercer la competencia exclusiva de participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten. De manera específica, el art. 343 de la Constitución señala que la población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente. El art. 352 señala, por otra parte, que la explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios. El art. 403 de la Constitución señala, en su primer parágrafo,

referentes a derechos humanos, entre ellos el Convenio 169 de la OIT[708], la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas[709]; y, la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas[710].

Al respecto, en el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en el Sistema Interamericano, se han desarrollado los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al derecho a la consulta previa. En efecto, en la CIDH, la saga jurisprudencial en cuanto a la consulta previa, se inició en el caso Saramaca vs. Surinam, en el cual, en una interpretación evolutiva, se interpretó la CADH a la luz del art. 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007, párr. 131).

En este marco, la CIDH ha señalado que los Estados miembros tienen el deber de garantizar la participación efectiva de los integrantes de los pueblos indígenas en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio y también tienen el deber de consultar activamente los proyectos con los pueblos indígenas. (caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 133). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes, además de cumplir con su deber de realizar las consultas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con la finalidad de llegar a un acuerdo (*ibid.*).

En el referido caso, la Corte señaló también que se debe consultar con los pueblos indígenas de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad (*ibid.*). En este sentido, señaló que el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado (*ibid.*). La Corte refirió también que el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo indígena tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria; asimismo, resaltó el deber de los Estados de considerar los métodos tradicionales de los pueblos indígenas para la toma de decisiones (*ibid.*).

La CIDH, en este caso, estableció también que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio del pueblo indígena, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo del pueblo indígena, según sus costumbres y tradiciones (caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 134).

---

que se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentren en sus territorios (…).

708 Este derecho se consagra en los arts. 6.1.a; 6.2, 17.2, 22.3, 27.3 y 28.1 de este instrumento internacional.

709 Los arts. 15, 17, 19, 30.2, 32.2, 36.2 y 38 contienen disposiciones referentes a la consulta previa.

710 Este instrumento, en los arts. XVIII.4, XX.4, XXIII.2, XXVIII.3, XXIX.4, reconoce el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

La CIDH también señaló que la segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio de los pueblos indígenas, es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo indígena, derecho que es inherente a la indemnización reconocida en el art. 21.2 de la Convención (*ibid.*, párr. 138).

La CIDH concluyó afirmando que, de conformidad con la referida disposición convencional, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y que, en realidad, deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos indígenas (párr. 140).

Posteriormente, en el caso Sarayaku vs. Ecuador, la Corte consagró su línea jurisprudencial en virtud de la cual, en el marco del art. 21 de la CADH, existe una vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se desprenden de ellos (2012, párr. 145). En este contexto, estableció el deber de protección no sólo de los territorios, sino también de los recursos naturales, por lo que determinó una necesaria conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales, y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión (párr. 146).

En el contexto descrito, la Corte ha señalado que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no implique una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el art. 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quienes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones) (párr. 158).

La Corte estableció también que el reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática (párr. 159). En este contexto, resaltó el derecho de garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal (*Cfr.* párr. 160) [711].

Posteriormente, la CIDH, en el caso de las comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra tierra) vs. Argentina, adicionó criterios interpretativos

[711] Es importante señalar que en el caso Sarayaku vs. Ecuador, la CIDH, además de sistematizar criterios sobre consulta previa, consagró la titularidad de derechos colectivos a los pueblos indígenas (párrs. 165-169).

para garantizar el derecho a la consulta previa. En ese marco, señaló que, respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado, por una parte, debe observar los requisitos comunes a toda limitación al derecho de propiedad por razones de utilidad pública o de interés social de acuerdo al art. 21 de la Convención, lo que implica el pago de una indemnización.

Por otra parte, la Corte refirió que los Estados deben cumplir con tres garantías esenciales: la primera garantía, implica asegurar la participación efectiva de los pueblos o comunidades de conformidad con sus costumbres y tradiciones; en este contexto, la Corte preció que para este fin debe brindar información que asegure una constante comunicación entre las partes; para que así sean realizadas de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y que tengan como fin llegar a un acuerdo. (*Cfr.* 2020; párr. 174).

La segunda garantía desarrollada por la CIDH se refiere al deber de garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto ambiental (*ibid.).*

La tercera garantía, desde la jurisprudencia de la CIDH se refiere al deber de asegurar que las comunidades indígenas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio (*ibid.*). La Corte agrega que los tres requisitos citados buscan preservar, proteger y garantizar la relación especial que los pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia, agregando que si bien la Convención no puede interpretarse de modo que impida al Estado realizar, por sí o a través de terceros, proyectos y obras sobre el territorio, el impacto de los mismos no puede, en ningún caso, negar la capacidad de los miembros de los pueblos indígenas y tribales a su propia supervivencia (párr. 175).

Como puede advertirse, el derecho a la consulta previa informada, de buena fe, respetuosa de las cosmovisiones, normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas y en el marco del respeto a su derecho de participación tanto en las decisiones como en los beneficios de proyectos, obras o cualquier actividad realizada en sus territorios con los cuales tienen un vínculo material y espiritual, ha tenido un importante avance en el derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, en el sistema interamericano de protección a derechos humanos, pero también, en el ámbito interno, el máximo contralor de constitucionalidad ha desarrollado interpretaciones coherentes con estos avances, como se verá en los siguientes acápites, aunque también ha pronunciado sentencias absolutamente regresivas y contrarias al principio de progresividad, tal como se analizará en el siguiente capítulo de este trabajo.

En relación a los estándares jurisprudenciales más altos del derecho a la consulta previa, luego de la vigencia de la Constitución de 2009[712], es importante identificar a la

[712] También es importante señalar que el Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1994, desarrolló el derecho a la consulta previa en coherencia con los estándares internaciones. En ese sentido, cabe mencionar que la SCP 0045/2006 de 2 de junio, garantizó el derecho a la consulta previa en el ámbito hidrocarburífero.

SC 2003/2010-R de 25 de octubre, la cual aplicó directamente los mandatos contenidos en los arts. 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT y 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como también en los arts. 30.15 y 403 de la Constitución (FJ III.5).

Este precedente concluyó que la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central como en las entidades territoriales autónomas, y que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos:

a. Antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas; b. antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos; c. antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentre en las tierras donde habitan pueblos indígenas; d. antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (*ibid.*).

La referida sentencia, que se constituye en el estándar jurisprudencial más alto en cuanto a la consulta previa, señala también que la consulta debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. En este contexto, precisó que el consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no en un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación; y 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (*ibid.*).

A estos dos supuestos, la referida sentencia 2003/2010-R, agrega el supuesto incorporado por la Corte en el caso Saramaka vs. Surinam, en el cual, tal como ya se anotó precedentemente, esta instancia supra-estatal señaló que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala (FJ. III.5).

Posteriormente, el TCP siguió este precedente en otras sentencias, entre ellas, debe citarse la SCP 0487/2014 de 25 de enero, la cual, siguiendo la línea de la SC 2003/2010-R, desarrolló el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a la tierra y al territorio, y su vinculación con los derechos a la consulta y a existir libremente. En este marco, precisó que el hábitat de los indígenas comprende no solo la tierra, sino también el territorio; es decir, abarca el espacio ancestral en el que desarrollan sus específicas formas de vida, su cultura, espiritualidades, su organización social y política, el despliegue de todas sus instituciones, así como sus conocimientos en relación a los recursos naturales (FJ III.5).

Además, la referida SCP precisó que

…este espacio geográfico es su casa grande, donde todas las cosas pertenecen a todos y a nadie en particular, bajo una comprensión integral, entonces su territorio, son sus ríos, cerros, montañas, cascadas, bosques, plantas, árboles, etc., cada uno en su especie,

están llenos de significados profundos sobre la cosmovisión de estos pueblos, para ellos el hábitat es el santuario, pues allí está su medicina, sus alimentos, lo que da vida, lo que mantiene y alivia el espíritu, es el principio y el fin, es su vida misma, en conexión con el «multiverso» y aún después de la muerte sus «ajayus» estarán allí, bajo otra forma de expresión, por ello deben ser preservados y respetados (FJ III.5).

En base a este criterio que abarca una concepción integral del territorio, el TCP vinculó el derecho a la territorialidad con la consulta previa, entendiendo que toda definición sobre su territorialidad, necesariamente deberá ser consultada al pueblo indígena en cuestión, por lo que

…el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles; más aún si se considera que el derecho a la consulta está comprendido dentro de la definición de territorio indígena originario campesino señalada en el art. 403 de la CPE (FJ III.5).

De manera específica, la referida SCP, en una interpretación extensiva de la consulta previa, establece que esta debe aplicarse a las comunidades y pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles, y, concretamente, respecto a la ampliación del área urbana (*ibid.*) [713].

Como puede observarse, de acuerdo a la SCP 2233/2013 [714], existen estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a consulta previa que son fuente directa de derecho en el marco del sistema plural de fuentes jurídicas vigente en el Estado Plurinacional de Bolivia. En este contexto, el TCP no puede brindar interpretaciones regresivas u opuestas a dichos estándares, aunque, tal como se argumentará en el siguiente capítulo, existen entendimientos absolutamente contrarios a los criterios desarrollados en este acápite, los cuales, aunque no llegan a ser precedentes en vigor de acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, empero evidencian la emisión de decisiones arbitrarias en relación a derechos colectivos de pueblos indígenas.

2.5.- Derecho al debido proceso en su dimensión colectiva

Desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, el debido proceso no puede tener una lectura individual y basada en criterios de igualdad formal o adjetiva, sino que la faceta sustantiva del debido proceso [715] tiene también una dimensión colectiva para asegurar así la vigencia plena de derechos transindividuales en el contexto del paradigma biocéntrico imperante.

---

[713] En un análisis dinámico de línea jurisprudencial, posteriormente, la SCP 0282/2016-S1, de 10 de marzo, entre otras.

[714] Como ya se señaló, esta sentencia constitucional plurinacional desarrolla la doctrina del estándar jurisprudencial más alto.

[715] El Tribunal Constitucional Plurinacional, desarrolló por primera vez el debido proceso sustantivo en la SCP 0683/2013, FJS. III.4 y III.5, de 3 de junio.

En este contexto, en este acápite se identificarán los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a la tutela del debido proceso en su dimensión colectiva y con una proyección acorde con la faceta sustantiva de este derecho.

Debe señalarse, por otra parte, que el TCP, en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, a la luz del art. 12 del Convenio 169 de la OIT [716], interpretado en armonía con el principio del pluralismo que emerge de la cualidad plurinacional del Estado, consagró el debido proceso con un enfoque colectivo para todo tipo de procesos judiciales o administrativos que involucren a las naciones y pueblos indígena originario campesinos ya sea como sujetos colectivos o como personas individuales, afirmando que

> …en el caso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, dicha garantía resulta aún más indispensable puesto que dada su especial condición, como resultado de sus características propias, condiciones económicas y sociales, sus instituciones representativas y, normas y procedimientos propios; la eventual afectación de sus derechos y garantías repercute de modo más sensible que si se diera en otros sectores de la población (FJ III.6.1).

En coherencia con lo señalado, la citada sentencia constitucional plurinacional, aplicó los estándares jurisprudenciales más altos desarrollados por la Corte CIDH en cuanto al debido proceso reforzado para pueblos indígenas. En efecto, en el caso Yakye Axa vs Paraguay (2005), la Corte CIDH interpretó para un debido proceso colectivo los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y estableció el deber de los Estados no solo de respetar el procedimiento previamente establecido, sino también de «…una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres (párr. 62)» [717].

Posteriormente, el TCP, en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, estableció que el derecho-garantía del debido proceso no solo tiene una dimensión individual, sino que, desde su dimensión colectiva, la titularidad puede recaer en determinados sujetos colectivos de derechos como, por ejemplo, las naciones y pueblos indígena originario campesinos; supuesto en el cual este derecho-garantía adquiere relevancia porque deberán tomarse en consideración las propias normas, principios y valores de dichos pueblos a efecto de garantizar los elementos que componen el debido proceso (FJ III.5).

Este entendimiento se encuentra en plena armonía con un debido proceso sustantivo en su dimensión colectiva y es coherente con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

---

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

[717] Este estándar jurisprudencial fue asumido por la Corte CIDH, en el caso Sawhoyamaxa vs Paraguay (CIDH, 2006, párrs. 62 y 63).

El debido proceso, en su dimensión colectiva para pueblos indígenas, siguiendo el estándar más alto contenido en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, fue también consagrado por la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, el cual fue desarrollado a la luz de un peritaje antropológico-cultural desarrollado por la Unidad de Descolonización del TCP (FJ III.19) [718].

En este caso, se concedió la acción popular presentada por el presidente de la CIPOAP, institución que aglutina a los pueblos originarios del departamento de Pando, por no haberse dado curso a su solicitud ante el director departamental del INRA de Pando de determinar reserva o territorio indígena todo el sector donde se encuentran empresas madereras, territorio que es ocupado por la comunidad Tacana La Selva y Pacahuaras.

También el TCP, en la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, protegió el derecho al debido proceso en su dimensión colectiva de la comunidad Takana Manupare II. En este caso, estableció la lesión a este derecho en su dimensión colectiva y en su elemento a la defensa, porque la expulsión de la comunidad fue realizada a través de vías de hecho, con violencia, adelantándose a la ejecución de un mandamiento de lanzamiento, el cual, además, emergió de un procedimiento en el que la citada comunidad no puedo defenderse de manera adecuada y a través de sus representantes, atendiendo a sus formas de organización y autoridades (FJ II.6.4).

De manera específica, el TCP, en la SCP 0210/2018-S2 de 14 de junio, en el marco del debido proceso colectivo, abordó el derecho a la motivación. En este contexto, concedió la tutela pedida por el pueblo indígena Quila Quila, porque la resolución cuestionada de la Dirección Nacional del INRA no explicó las razones por las cuales se desestimó el inicio del proceso de saneamiento, bajo la modalidad de titulación colectiva de tierras solicitada por este pueblo indígena [719].

De la misma forma, el TCP, en la SCP 0036/2019-S4 de 1 de abril, a la luz de un debido proceso colectivo (FJ III.5), concedió la acción popular por *vías de hecho*, formulada por las autoridades de la Federación Sindical de Comunidades Carrasco Tropical y de la Central de Colonizadores Ivirgarzama, que se encuentran conformadas por los pueblos indígenas de Carrasco e Ivirgarzama, porque los demandados, a través de vías de hecho, destruyeron sus construcciones comunales, quemaron sus pastizales y realizaron actos de amedrentamiento y discriminación.

El TCP, en la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, en una interpretación del art. 24 de la Constitución acorde con el modelo de Estado Plurinacional, le brindó a este derecho

---

[718] Por la naturaleza de la controversia, se solicitó a la Secretaría Técnica del TCP la realización de un peritaje cultural-antropológico, por lo que mediante nota 032/2012 de 1 de junio, hizo llegar el mismo, denominado «Informe Técnico Multidisciplinario del Pueblo Indígena Pacahuara»; realizado por la Unidad de Descolonización. Además, cursa en obrados el Informe Técnico TCP/ST/UD/JIOC 007/2012 de 17 de julio, con referencia «Informe de Análisis Situacional del Pueblo Indígena Tacana», emitido por la Unidad de Descolonización. Cursa también en antecedentes Informe Técnico sobre «Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento» de 16 de mayo de 2012, de la Unidad de Tratados Internacionales y Asuntos Indígenas.

[719] En este caso, la concesión de tutela fue brindada «sin que se afecten los derechos e intereses de quienes no sean miembros del pueblo indígena originario accionante, respetando las formas de titulación que piden ambas parcialidades».

no solo una dimensión individual, sino también colectiva, al establecer que «el derecho de petición involucra no solo la posibilidad de acudir ante la administración, sino que supone, además, un resultado de ésta, que se manifiesta en la obtención de una pronta resolución. Sin este último elemento, el derecho de petición no se realiza, pues es esencial al mismo» (FJ III. 8). En este contexto, concluyó señalando que la acción popular es la vía idónea para la tutela del derecho de petición en su dimensión colectiva (*ibid.*).

Según el análisis dinámico de jurisprudencia realizado, se advierte una progresividad en cuanto al debido proceso en su dimensión colectiva y, por ende, tutelable a través de la acción popular. Sin embargo, todavía no se evidencian mecanismos dialógicos para la construcción plural de este derecho de acuerdo con procesos de traducción y entendimientos interculturales. También, en la mayoría de los casos, se observa omisión por parte del TCP de aplicar la reparación integral de daños frente a la vulneración del debido proceso en su dimensión colectiva.

2.6.- El derecho al acceso a la justicia con enfoque intercultural

Desde el acceso a la justicia con un enfoque plural, el TCP desarrolló importantes estándares en relación a pueblos indígenas. Por ejemplo, en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, luego de consagrar el derecho a la autoidentificación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, para garantizar el acceso a una justicia plural, se refirió de manera específica a su representación y señaló lo siguiente:

> …el reconocimiento de las instituciones representativas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos constituye otro de los derechos provenientes a partir de la libre determinación garantizada por la Constitución Política del Estado y los Tratados y Convenios Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad con relación a esta temática; derecho a partir del cual, también se garantiza el respeto de sus normas y procedimientos propios, en base a los cuales legitiman sus instituciones representativas, por lo que la acreditación de la representación que éstas asumen no puede ser exigida a través de mecanismos convencionales (testimonio de poder notariado), ya que ello significaría una intromisión del Estado en sus estructuras propias de organización y por ende una transgresión del principio de libre determinación, más aún, cuando el ejercicio de representación se activa para acudir a la justicia constitucional en resguardo de sus derechos colectivos (FJ III.7.2).

La citada sentencia constitucional plurinacional, estableció también que:

> …tratándose del ejercicio de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas, este Tribunal considera que la facultad de representación que asumen dichas instituciones, se aplica también a la que puedan ejercer en instancias jurisdiccionales y administrativas, la cual es delegable por la nación o pueblo indígena originario campesino en base al principio de libre determinación, cuyo mandato está inserto por su condición de autoridades naturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la cual no se establece ni rige por mecanismos convencionales, sino por normas y procedimientos propios (*ibid.*).

Posteriormente, la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, también abordó el derecho al acceso a la justicia para pueblos indígenas. En ese marco, de manera expresa señaló lo siguiente:

> En el caso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva puede materializarse a través de sus propias autoridades, en el marco de la jurisdicción indígena originario campesina, o en la justicia constitucional por medio de las diferentes acciones constitucionales o, finalmente, en la justicia ordinaria o agroambiental, en los supuestos en los cuales, tanto individual o colectivamente, sean sometidos o acudan a dichas jurisdicciones, en las cuales se deberán aplicar lo previsto por el art. 8.II del Convenio 169 de la OIT que establece que: 'Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario' (FJ III.6).

En base a lo señalado, el TCP concluyó:

> …es deber de las autoridades judiciales ordinarias, agroambientales y aún de la propia justicia constitucional —conforme se ha señalado— considerar, en la aplicación del derecho, las particularidades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, efectuando una interpretación plural del derecho, pues si no se toman en cuenta los valores, principios y normas de los pueblos indígenas, se efectúa una interpretación monocultural, contraria al pluralismo jurídico y a la construcción plural del derecho, lesionándose el derecho de acceso a la justicia, pues éste, interpretado pluralmente, no solo implica el acceso a las diferentes jurisdicciones, sino que se emita una resolución respetando las diferencias culturales existentes, considerando, en la interpretación y aplicación del derecho, las especificidades de la nación y pueblo indígena originario campesino correspondiente (*ibid.*).

El TCP, en el marco del derecho al acceso a la justicia con enfoque plural, en la SCP 0139/2017-S2 de 20 de febrero, estableció que para naciones y pueblos indígena originario campesinas

> …la exigencia de formalidades, debe ser dejada de lado, no solamente porque así lo determina el principio *pro actione* que obliga al juzgador a aplicar criterios favorables en beneficio del administrado, sino también porque, además, estos grupos humanos, se hallan revestidos de la tutela y protección especial y preferente del Estado y, por ende, de todas las instituciones que lo componen, entre ellos el INRA (FJ III.7.2).

Como puede advertirse, un modelo polifónico de justicia constitucional tiene razón de ser no solo para la construcción plural de derechos, sino también para resguardar el acceso a una justicia plural que, en particular, considere a los históricamente oprimidos. Por tanto, los entendimientos jurisprudenciales, sin duda, contienen los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a la concepción de una justicia plural en un Estado Plurinacional.

2.7.- Derechos reforzados de los pueblos en aislamiento voluntario y en contacto inicial

Un modelo polifónico de justicia constitucional en un Estado Plurinacional debe construir, pluralmente, derechos con carácter reforzado para pueblos en aislamiento voluntario y en contacto inicial por su particular situación de vulnerabilidad. Por esta razón, en este acápite se identificarán los estándares jurisprudenciales más altos desarrollados en lo referido a una acción popular en cuanto a estos pueblos.

En este orden, cabe resaltar que el TCP conoció y resolvió, a través de una acción popular, un caso emblemático sobre pueblos indígenas en aislamiento voluntario. En efecto, el representante de la CIPOAP, institución que aglutina a los pueblos originarios del departamento de Pando, activó esta acción denunciando la lesión de los arts. 24, 30.II y 31.I y II de la CPE, al no dar curso a su solicitud el director departamental del INRA de Pando, de determinar reserva o territorio indígena en todo el sector donde se encuentran las empresas madereras MABET S.A., URKUPIÑA y BOLITAL, territorio en el cual se encuentra las comunidades Tacana La Selva y Pacahuaras, que son pueblos no contactados.

En este caso, se concedió la tutela y el TCP, a través de la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, desarrolló los estándares más altos en cuanto a pueblos en aislamiento. De manera específica, siguiendo el criterio de la SC 0061/2010-R de 27 de abril, la cual estableció que las directrices, principios y reglas del derecho internacional son parámetro de interpretación (FJ III.4.2), el TCP, como parámetro interpretativo, justificó su decisión en los lineamientos establecidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través del Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. En este instrumento internacional, tal cual se resalta en la referida sentencia constitucional plurinacional se realizan dos recomendaciones específicas relativas a pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial.

De acuerdo a la referida SCP, a nivel nacional, la ONU, en los lineamientos referidos, recomienda el establecimiento de un mecanismo mundial encargado de supervisar la situación de los pueblos indígenas que viven aislados voluntariamente y corren peligro de extinción (SCP 0014/2013-L, FJ III.9, de 27 de abril).

Asimismo, a nivel nacional, se recomienda la adopción de un marco de protección especial para los pueblos indígenas que viven aislados voluntariamente y que los gobiernos establezcan políticas especiales para asegurar la protección y los derechos de los pueblos indígenas que tienen pequeñas poblaciones y corren riesgo de extinción (*ibid.*). Desde esta perspectiva, uno de los elementos esenciales de esta sentencia es el reconocimiento de la situación de alta vulnerabilidad de estos pueblos, por lo que se identifican las siguientes características especiales:

Son pueblos altamente integrados en los ecosistemas que habitan y de los cuales forman parte, manteniendo una estrecha relación de interdependencia con el medio ambiente en el que desarrollan sus vidas y su cultura. Poseen un profundo conocimiento de su medio ambiente, lo que les permite vivir de manera autosuficiente generación tras generación, razón por la cual el mantenimiento de sus territorios es de vital importancia para todos ellos (*ibid.*: FJ III.9.3).

Son pueblos que no conocen el funcionamiento de la sociedad mayoritaria y que, por lo tanto, se encuentran en una situación de indefensión y extrema vulnerabilidad ante los diversos actores que tratan de acercarse a ellos, o que tratan de acompañar su proceso de relación con el resto de la sociedad, como en el caso de los pueblos en contacto inicial (*ibid.*).

Son pueblos altamente vulnerables, que en la mayoría de los casos se encuentran en grave peligro de extinción. Su extremada vulnerabilidad se agrava ante las amenazas y agresiones que sufren sus territorios que ponen en peligro directamente el mantenimiento de sus culturas y de sus formas de vida, debido a que, generalmente, los procesos de contacto vienen acompañados de impactos drásticos en sus territorios que alteran irremediablemente sus relaciones con su medio ambiente y modifican, a menudo radicalmente, las formas de vida y las prácticas culturales de estos pueblos (*ibid.*).

En el marco de las citadas características, el TCP estableció que la vulnerabilidad de estos colectivos se agrava aún más ante las violaciones de derechos humanos que sufren habitualmente por actores que buscan explotar los recursos naturales presentes en sus territorios y ante la impunidad que generalmente rodea a las agresiones que sufren estos pueblos y sus ecosistemas (*ibid.*).

El TCP diferencia los conceptos de pueblos no contactados y aquellos en contacto inicial. En este segundo caso, a su vez diferencia a los pueblos en contacto inicial y aquellos en contacto intermitente, definiciones realizadas siguiendo los lineamientos de El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

En este orden, en la referida SCP, el TCP estableció que

> …los pueblos en contacto inicial son pueblos que mantienen un contacto reciente con la población mayoritaria; pueden ser también pueblos que a pesar de mantener contacto desde tiempo atrás, nunca han llegado a conocer con exactitud los patrones y códigos de relación de la población mayoritaria. Esto puede deberse a que estos pueblos mantienen una situación de semi aislamiento, o a que las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes (*ibid.*: FJ III.9.2).

De acuerdo a lo señalado, esta sentencia precisó que los pueblos en contacto inicial son pueblos que previamente permanecían en aislamiento y que —bien forzados por agentes externos, bien por decisión del grupo o por factores de otro tipo— entran en contacto con la población mayoritaria (*ibid.*). En este escenario, la referida sentencia, precisa que el nivel de vulnerabilidad de los grupos que no han sido nunca contactados es mayor al de aquellos que si bien han desarrollado relaciones sociales con la sociedad mayoritaria, han decidido volver a su situación de aislamiento. En este contexto, el TCP, afirmó que los pueblos no contactados merecen una protección aún mayor (*ibid.*).

En base a esta protección reforzada, el TCP, en la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, estableció la inversión de la carga de la prueba en cuanto a su existencia, señalando lo siguiente: «La carga probatoria sobre su existencia debe ser por parte del Estado» (FJ III.9.1).

En este marco, la citada sentencia estableció también el deber reforzado del Estado de protegerlos por su situación de alta vulnerabilidad (*ibid.*).

La citada SCP asume los lineamientos y recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cuanto a pueblos no contactados. En este marco, el deber reforzado de protección a estos pueblos en situación de alta vulnerabilidad obliga al Estado boliviano a identificar la existencia de estos pueblos para, entre otras medidas, realizar la demarcación de tierras o la delimitación de zonas de amortiguamiento. En este sentido, las únicas acciones que deben ser emprendidas para su identificación son las acciones indirectas, las cuales demandan que el Estado deberá

> …realizar estudios previos de reconocimiento, que incluirán un análisis antropológico que contenga estudios sobre la tradición oral en la zona de influencia, las relaciones de parentesco con posibles comunidades cercanas y las evidencias físicas con un período de registro no mayor de tres años encontradas por un equipo técnico de trabajo de campo que sustenten la existencia de un pueblo en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial (FJ III.9.1).

En la referida SCP, el TCP invoca los lineamientos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y genera así precedente vinculante, en virtud del cual el Estado boliviano debe identificar al pueblo e indicar un estimado de su población y de las tierras que habitan (SCP 0014/2013-L, FJ III.9.1, de 20 de febrero). Para este fin, deberá contarse con la participación de las organizaciones indígenas nacionales, regionales y locales, y de las organizaciones de la sociedad civil que trabajan por la protección de los pueblos en aislamiento (*ibid.*).

Finalmente, en la referida SCP, el TCP aplica, directamente, otro lineamiento del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y establece que el principio de no contacto ha de ser siempre asumido como una condición fundamental al realizar cualquier acción indirecta en relación a pueblos no contactados. Además, en coherencia con los referidos lineamientos, esta sentencia establece también que

> …el no contacto, no deberá ser en ningún caso considerado como prueba de la inexistencia de estos pueblos, más bien se pueden tener en cuenta diferentes pruebas como ser campamentos o enseres abandonados, relatos de contactos contados por pueblos cercanos y/o testimonios de indígenas que por una u otra razón abandonaron la condición de aislamiento u otros (SCP 0014/2013-L, FJ III.9.1, de 20 de febrero).

Esta SCP ha establecido también otro estándar jurisprudencial más alto para la protección de este pueblo. En este sentido, ha señalado que los derechos humanos : «…han de ser leídos atendiendo a la particularidad del no contacto o del contacto reciente de estos pueblos, sin olvidar las amenazas o problemas que enfrentan, desde el punto de vista del ejercicio de los derechos humanos y su situación de particular vulnerabilidad» (*ibid.*: FJ III.9.4).

Desde esta lectura, el TCP, en armonía con estándares internacionales, se ha referido a algunos derechos específicos de estos pueblos en situación de alta vulnerabilidad, entre ellos el derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, a la autodeterminación, a las tierras, territorios y recursos, a la cultura, al mantenimiento de sus prácticas tradicionales y ancestrales, a definir sus modelos de desarrollo, al consentimiento previo, libre e informado y sobre todo, a una interpretación que asegure la implementación de los derechos de estos pueblos, tales como la libre determinación, el derecho al territorio y el derecho al mantenimiento de sus propias culturas (*ibid.*).

En armonía con estándares internacionales, el TCP estableció también que

> La decisión de mantener su aislamiento puede ser entendida como una de las diversas formas de expresar el ejercicio del derecho a la autodeterminación, que puede contribuir al respeto de otros derechos. Respetando la decisión de mantenerse en aislamiento y garantizando dicha opción a través del desarrollo de políticas públicas y normativa dirigidas a la consecución de tal fin, se está protegiendo a estos pueblos de cualquier contacto (*ibid.*).

En cuanto al derecho a su territorio, el TCP estableció su relevancia para estos pueblos por la interdependencia con el medio ambiente y porque este derecho les permitirá mantener sus vidas y culturas, gracias a los conocimientos profundos que tienen sobre los usos, aplicaciones y cuidados de su entorno. En este marco, precisó que el respeto de su decisión de mantenerse en aislamiento requiere que se garantice y respete el ejercicio de sus derechos territoriales, ya que cualquier agresión ambiental que sufran significaría una agresión a sus culturas y la puesta en riesgo del mantenimiento de su aislamiento (*ibid.*).

En cuanto a sus derechos a la cultura, el TCP, en armonía con estándares internacionales, señaló que el Estado debe contribuir a preservar y a practicar sus tradiciones y costumbres culturales, puesto que, debido a su situación de alta vulnerabilidad, sus culturas están en permanente riesgo de desaparecer. No obstante, este Tribunal resalta que la condición fundamental para preservar sus culturas es la garantía eficaz de su supervivencia física (*ibid.*).

Los estándares jurisprudenciales descritos, al ser precedentes en vigor y, por ende, fuente directa de derecho en el Estado Plurinacional de Bolivia, marcan una importante progresividad, especialmente en cuanto a los principios de inversión de la carga de la prueba respecto a la existencia de estos pueblos, y también en relación al principio de no contacto y de protección reforzada.

3.- Otros derechos transindividuales protegidos por la acción popular

Tal como se sostuvo en el capítulo cuarto de este trabajo, el modelo constitucional diseñado por la Constitución de 2009 consagró no solo la vigencia de derechos individuales, sino también de derechos transindividuales, entre los cuales se encuentran los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuyos

estándares jurisprudenciales más altos ya fueron descritos, así como también otros derechos transindividuales como los derechos de la Madre Tierra y de otros seres sintientes.

También, desde una visión integral para Vivir Bien, forman parte de los derechos transindividuales, entre otros, los derechos a la salubridad pública, al espacio público, de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores, a la paz, a la democracia, los cuales deben superar la categoría de derechos difusos. Estos derechos transindividuales responden a una construcción antropocéntrica y ameritan una construcción plural para la vigencia del paradigma biocéntrico, en armonía con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Esta concepción de derechos transindividuales tiene sustento en las venas democráticas del constitucionalismo latinoamericano (Viciano Pastor, 2019, pp. 137-154) y en los fundamentos del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador que, a través de un proceso constituyente plural, consagró la participación de los pueblos indígenas tal como se desarrolló en el capítulo cuarto de este trabajo.

Estos procesos constituyentes plurales, desde las cláusulas de interdependencia e igual jerarquía contempladas en el art. 11.6 de la Constitución ecuatoriana, así como en los arts. 13.1 y 109.1 de la Constitución boliviana, siguiendo a Noguera Fernández (2010), abandonan el constitucionalismo europeo y de corte liberal que divide los derechos a partir de sucesivas generaciones y abre nuevos derechos con garantías específicas (pp. 117-148), como sucede con los derechos transindividuales. En el caso boliviano, estos derechos son susceptibles de una directa justiciabilidad, a través de la acción popular. Según el modelo polifónico de justicia constitucional, esta acción está destinada a realizar construcciones plurales de derechos mediante mecanismos dialógicos, para consagrar así una lectura crítica y libertadora de los derechos humanos (Ávila Santamaría, 2019, pp. 109-134).

De acuerdo a la perspectiva que antecede, en los siguientes acápites se realizará un análisis dinámico de línea jurisprudencial para luego identificar estándares jurisprudenciales más altos emanados del TCP, en cuanto a estos otros derechos transindividuales.

3.1.- Derechos de la Madre Tierra

Antes de realizar un análisis dinámico de la jurisprudencia constitucional es importante contextualizar esta temática según los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, escenario en el cual germinó una labor de traducción-entendimiento a partir de un pluralismo epistémico para la consolidación de un paradigma biocéntrico que supere la concepción antropocéntrica, monocultural, universal y liberal de derechos.

En principio, si se considera el tránsito del paradigma antropocéntrico —desde el cual, inicialmente, fue concebida la *naturaleza*— hasta la concepción del paradigma biocéntrico —en el cual, la Madre Tierra y todo ser sintiente son titulares de derechos en el marco de una interdependencia con otros derechos transindividuales e individuales para Vivir Bien y en armonía— debe repararse, con carácter previo, en el Renacimiento, el Iluminismo, la Industrialización y el Evolucionismo, periodos durante los que, tal como señala Gudynas (1999), la naturaleza fue definida y usada conforme la racionali-

dad operante, bajo tendencias económicas de apropiación y transformación en favor del desarrollo humano (pp. 101-125).

A partir de esta visión antropocéntrica, tal como anota Ávila Santamaría (2011), la doctrina clásica entendió a la Naturaleza como objeto de protección y no como titular de derechos, entre otras razones porque consideró que ésta no es un fin en sí mismo, ya que los fines serían siempre dados por los seres humanos. Asimismo, la corriente subjetivista del derecho centró su protección y el concepto de capacidad jurídica solo en las personas, grupos de personas y colectividades (pp. 35-70).

Desde Latinoamérica surgen diversas voces que cuestionan el paradigma antropocéntrico identificado por la teoría crítica con un elemento del otro excluido, explotado o empobrecido (Storini y Quizhpe, 2019, pp. 49-69). Entre estas voces destacan las de los pueblos indígenas, las cuales, en el caso ecuatoriano y boliviano plantearon, a través de Asambleas Constituyentes plurales, procesos de traducción-entendimiento para la construcción plural de derechos concebidos desde *otras epistemologías*, las cuales reivindican a la Madre Tierra en el contexto de las diferentes cosmovisiones de los diversos pueblos indígenas que habitan el territorio latinoamericano.

Estas voces, desde América Latina, incidieron en importantes intentos a nivel internacional para reflejar las *otras voces*, aunque todavía desde un enfoque hegemónico y eurocéntrico, pero que implicó un avance importante para abrir el camino a las diferentes voces críticas, especialmente de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

En este tránsito, se puede citar un hito importante en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (denominada Conferencia de Estocolmo de 1972), la cual, de acuerdo a Acosta (2019), abordó los problemas ambientales como una temática que necesita acciones transestatales, globales y concertadas (pp. 155-206).

La referida Convención, tal como anota Colón-Ríos (2019), a pesar de una concepción antropocéntrica —porque la protección de la naturaleza aparece subordinada a los intereses humanos—, estableció que

> …el hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras (pp. 107-226).

De la misma forma, la Conferencia de Río de Janeiro de 1992 es otro antecedente importante hacia el reconocimiento de la Madre Tierra como titular de derechos. En efecto, dicha conferencia, denominada también Cumbre de la Tierra de Río, marcó un momento histórico que, de acuerdo a Wolkmer *et al.* (2019), originó un impulso creador que impactó los estudios de la ecología y despertó una conciencia más profunda sobre la crisis ambiental y la urgencia de enfrentarla, buscando otra sustentabilidad en el marco de una transdisciplinariedad (pp. 71-108).

Por su parte, Acosta (2019) señala que en esta cumbre se cristalizaron tres tratados internacionales —la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de Lucha contra la Desertificación— sistematizados y conocidos como Convenciones de Río (pp. 155-206) [720].

A través de los citados instrumentos, tal como anotan May y Daly (2014), se construyó una lógica de defensa de los derechos de la Naturaleza desde el *environmental constitutionalism*, a partir del cual se establece un marco normativo internacional para el resguardo de las futuras generaciones (p. 280), lo que se traduce en una postura antropocéntrica de los derechos.

En este sentido, Storini y Quizhpe (2019) afirman que esta visión es una simplificación del reconocimiento de los derechos de la naturaleza, y en ella se los asimila al derecho ambiental, desde una perspectiva en la cual el ser humano es el creador de las normas ambientalistas que protegen la naturaleza (pp. 17-27).

Posteriormente, el Programa Harmony with Nature, impulsado en 2009 por la Asamblea General de Naciones Unidas, a partir del influjo de la corriente de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos emergentes de la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009, fue un intento de abordar la temática desde otros vértices.

Al respecto, Martínez Dalmau (2019) precisa que esta resolución sobre Armonía con la Naturaleza se tradujo en un programa *ad hoc* para establecer diálogos permanentes y servir de base de datos tanto de expertos como de avances legislativos y doctrinales sobre los derechos de la Naturaleza y la Jurisprudencia de la Tierra (pp. 31-47) [721].

Además, el citado autor identifica antecedentes importantes en este intento de repensar el tradicional paradigma antropocéntrico y la concepción de los derechos medioambientales. En ese orden, destaca el nacimiento de la denominada Earth Jurisprudence o Jurisprudencia de la Tierra, cuyo nombre surgió a partir del encuentro organizado en abril de 2001 por la Fundación Gaia y que tuvo el objetivo de proveer una herramienta para ayudar a crear y mantener un sistema de justicia de la Tierra (*ibid.*).

Posteriormente, en 2010, en Cochabamba, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra. Moraes y Freitas (2013) anotan que esta declaración fue suscrita en el marco de la presencia de pueblos indígenas, naciones y organizaciones sociales de todo el mundo (pp. 103-124).

---

[720] Debe citarse también el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, denominado Protocolo de Kyoto de 1997, sobre el Cambio Climático; la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, conocida como Cumbre de Johannesburgo de 2002; y la Cumbre del Clima, celebrada en Copenhague el año 2009.

[721] Bagni (2019) refiere que Naciones Unidas, en la Asamblea General de 2009, inició un programa denominado Harmony with Nature, dentro del Department of Economic and Social Affairs (UN-SESA), con el propósito de definir, desde diferentes perspectivas epistemológicas, una nueva relación no antropocéntrica entre hombre y naturaleza, en la cual enmarcar nuevas acciones frente al cambio climático que consideren de manera sistémica el rol de la humanidad para la sobrevivencia del ecosistema Tierra (pp. 333-364).

El citado instrumento fue sumamente importante para Bolivia, puesto que, si bien la Constitución de 2009 no consagró de forma expresa a la Madre Tierra como titular de derechos —aunque este aspecto se puede inferir del carácter plurinacional, plural, intercultural y descolonizante del diseño constitucional vigente y por la referencia que en el Preámbulo de la Constitución realiza en cuanto a la Pachamama—, la Ley 071 de 21 de diciembre de 2010 (denominada Ley de Derechos de la Madre Tierra) consagra un avance importante para el reconocimiento normativo expreso de los derechos de la Madre Tierra en el marco de un paradigma biocéntrico. Esta ley se enmarcó plenamente en la referida Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra.

La Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra hace traslucir el cada vez más creciente consenso internacional para lo que Martínez Dalmau (2019) denomina como una ontología dominante que prevalece en la modernidad, binaria, dualista y asimétrica, hacia una ética biocéntrica, producto de la existencia de ontologías alternas, que entiende el entorno natural incorporado en el marco político, para que la Naturaleza deje de ser vista como mercancía o capital (pp. 31-47).

La vigencia de un Estado Plurinacional constitucionalizado desafió el tradicional paradigma antropocéntrico y demostró, tal como establece Wolkmer (2015), que:

> En ciertas condiciones históricas —estructurales, espaciales y coyunturales—, es posible construir categorías críticas y desarrollar prácticas de juridicidad alternativa como consecuencia de la crisis de legitimación y de conformidad con el surgimiento de experiencias y luchas concretas por justicia (p. 206).

En este contexto, en un Estado Plurinacional como el boliviano existe una interdependencia esencial entre los derechos de la Madre Tierra, de los pueblos indígenas, de los seres sintientes y otros derechos transindividuales, sobre todo porque la lógica del bien común se supera a partir del concepto del Vivir Bien, en armonía y equilibrio, en contextos de plurinacionalidad y de diversidad cultural y epistémica.

Ávila Santamaría (2019) señala que los derechos de la naturaleza se basan en tres principios básicos:

> 1. La diferenciación, por la que cada ser y especie tiene su propia identidad, evolución y lugar en el planeta y en el cosmos. En este marco, el autor señala que en base a este principio, cualquier tendencia a la uniformidad sería contraria a los derechos de la Naturaleza; 2. El principio de la autopoiesis, por el que cada ser tiene capacidad autoregenerativa y, como lo dice la Constitución del Ecuador, su ciclo vital; entonces, cuando una actividad humana impide u obstaculiza esta capacidad, atenta contra los derechos de la naturaleza; y, 3. El principio de comunión, por el que se adscribe la noción de que a naturaleza, el mundo, el humano han evolucionado por procesos de colaboración y solidaridad, y no por individualismos o competencia (pp. 109-134).

En coherencia con lo expuesto, Wolkmer *et al.* (2019) resaltan que, en Ecuador y Bolivia, emerge una *racionalidad de resistencia* distinta de aquella producida en la mo-

dernidad eurocéntrica (pp. 71-108). Lamentablemente, tal como se demostrará especialmente en el último capítulo de este trabajo, esta *racionalidad de resistencia* ha quedado en el diseño constitucional y no así en la jurisprudencia del TCP que, en muchos casos, todavía asume una racionalidad monocultural y extremadamente formalista la cual impide la materialización de los derechos de la Madre Tierra de forma consistente con el paradigma biocéntrico.

En efecto, el análisis dinámico de jurisprudencia constitucional que será expuesto en los siguientes párrafos evidenciará esta visión monocultural, antropocéntrica y liberal del TCP boliviano, que generó que en muchos casos aplique autorrestricciones jurisprudenciales sin ingresar al análisis del problema jurídico que plantearon peticiones vinculadas a derechos de la Madre Tierra.

En efecto, en los pocos casos que el TCP ingresó al análisis de fondo del problema sustantivo planteado pueden identificarse algunos precedentes importantes, entre ellos el contenido en la SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre, a través de la cual, desarrolló el derecho al medio ambiente, estableciendo que éste está compuesto por

> …una pluralidad de elementos que son reconocibles en su individualidad como el agua, los animales, las plantas y los seres humanos, en sus elementos heterogéneo, algunos tienen vida como los animales y otros solo tienen existencia, como las montañas y la tierra, son naturales y artificiales como los construidos por el hombre, como un edificio, u otros ideales como la 'la belleza de un panorama'; elementos que se encuentran integrados y se relacionan según pautas de coexistencia (FJ III.3).

Además, la citada sentencia ha señalado que:

> El derecho al medio ambiente es el derecho de interés colectivo, donde la sociedad es la beneficiaria, donde no solo es necesario el mantenimiento de los requisitos ambientales, imprescindibles para la conservación del sistema ecológico en el cual está inserto el ser humano, sino que deviene fundamentalmente la obtención de una cierta calidad de vida (…). La calidad de vida es definida como 'el conjunto de condiciones espirituales, éticas y materiales en que se desenvuelve una comunidad, en un espacio y en un tiempo dados, condiciones que hacen posible para cada uno de sus integrantes una existencia sana, feliz, trascendente, solidaria y libre en oportunidad creciente'. Es el derecho de gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades actuales sin que ello comprometa a las generaciones futuras, como las actuales debiendo preservarlo; constituyendo deber de todos los bolivianos y bolivianas proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres (art. 108 de la CPE) (FJ III.3).

En el marco de los razonamientos expuestos, la referida SCP concedió la tutela porque, debido a una falta de previsión y seguimiento de los procesos que involucran el tratamiento de basura, por un incumplimiento del Manifiesto Ambiental de cierre de operacionales, por inobservancia de la normativa boliviana de gestión de residuos sólidos

por parte de EMSA, por el cumplimiento de las recomendaciones emergentes de los informes elaborados por la entonces Prefectura del Departamento de Cochabamba y por la omisión de cumplimiento de recomendaciones, medidas de mitigación y compromisos interinstitucionales asumidos, el alcalde del municipio de Cochabamba, como máxima autoridad ejecutiva, ocasionó un daño medio ambiental y a la salubridad pública debido a las sustancias tóxicas y lixiviados vertidos en el «botadero de Kjara Kjara» que contaminaron el agua, aire y tierra, afectando potencialmente la salubridad pública.

Como puede advertirse, el TCP todavía tiene una visión antropocéntrica de los derechos al omitir desarrollar el paradigma biocéntrico desde el cual, la Madre Tierra no es objeto de protección, sino titular de derechos. Asimismo, se advierte que el máximo contralor de constitucionalidad boliviano, si bien concedió la tutela, empero omitió emitir mandatos de prevención, de restauración y de reparación integral de daños con enfoque intercultural. Tampoco utilizó mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos, lo que evidencia la visión, todavía monocultural y formalista del TCP.

Asimismo, en este análisis dinámico de línea jurisprudencial, es pertinente señalar que el TCP, en la SCP 1082/2013-L de 30 de agosto, desarrolló el derecho al medio ambiente como un derecho difuso. En esta línea, siguiendo el entendimiento de la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, señaló que este tipo derechos

> …corresponden a una pluralidad de personas que no pueden determinarse, lo que puede suceder, por ejemplo, cuando la distribución de un medicamento dañado amenaza a todo potencial usuario. Asimismo, por la naturaleza de estas circunstancias no existe la posibilidad de concebir que la pluralidad de sujetos estén organizados mediante mecanismos de coordinación de voluntades y menos que tengan una relación orgánica entre sí… (FJ III.5).

Asimismo, en el marco de una coherente argumentación jurídica basada en un análisis dinámico de línea jurisprudencial, es importante resaltar que, en este caso, el TCP estableció una interdependencia entre el derecho al agua y el derecho al medioambiente (FJ III.6).

En esta problemática, el TCP concedió la tutela en su faceta preventiva al existir una amenaza de daño al medio ambiente, por la omisión de tramitación por parte de la Gobernación del Departamento Autónomo de Santa Cruz, a través de la Secretaría de Medio Ambiente en cuanto a las denuncias referentes al dique de barrera del vertedero del predio Fortín Parada. Esta sentencia, además, exhortó a la Gobernación del Departamento Autónomo de Santa Cruz a «cumplir sus deberes en el marco de la normativa ambiental con mayor esmero y diligencia» (Parte dispositiva de la SCP).

Nuevamente, el máximo contralor de constitucionalidad evidencia un pensamiento monocultural basado en un paradigma antropocéntrico. Asimismo, de manera contraria a los postulados del modelo polifónico de justicia constitucional, la línea jurisprudencial se construye desde la visión hegemónica del TCP, ya que se omite utilizar mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos y no se utilizan mandatos de prevención y restauración para Vivir Bien.

En una acción popular posterior se denunció la lesión a los derechos al agua, a la salud, a la salubridad pública, y al medio ambiente, debido a que los demandados como servidores públicos a cargo de la Administradora Estatal Comunitaria de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de San Miguel de Velasco (AECAPAS), omitieron asumir y cumplir las medidas contenidas en los Informe Técnicos emitidos por las entidades competentes del Gobierno Autónomo Departamental de Santa Cruz y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico, para garantizar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano de la población del municipio de San Miguel de Velasco, provocando la contaminación del mismo por el rebalse de las aguas servidas del alcantarillado. En esta acción popular, que fue concedida a través de la SCP 1096/2015-S1 de 5 de noviembre, se fundamentó el derecho al medio ambiente como un derecho difuso (FJ III.2).

Posteriormente, el TCP, en la SCP 0781/2016-S3 de 18 de julio estableció

> …como una prioridad la conservación del medio ambiente con criterios de desarrollo humano sostenible, y de 'otros seres vivos', delegando como garante del resguardo de sus derechos constitucionalmente reconocidos tanto al Estado a través de todas sus instituciones, como al ciudadano (FJ III.3.2).

Luego, el TCP, en la SCP 0228/2019-S4 de 16 de mayo desarrolló el derecho a un medio ambiente sano, a la luz del bloque de constitucionalidad. En este marco, describió los estándares más altos generados por la Corte CIDH en la Opinión Consultiva OC 23/17 de 15 de noviembre sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos.

La referida sentencia, en el marco de la citada opinión consultiva, destacó la relación de interdependencia e indivisibilidad del derecho al medio ambiente sano, con los derechos humanos y el desarrollo sustentable (FJ III.2). La citada sentencia estableció las obligaciones reforzadas de respeto y garantía a derechos medio-ambientales, entre las cuales se encuentra el deber de garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir y servicios básicos; promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente(*ibid.*).

En principio, la citada SCP hizo referencia a las obligaciones de prevención de daños medioambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. En este marco, precisó —de acuerdo a la OC 24/17—, el deber de prevención que genera a su vez las obligaciones de regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción, la realización de estudios de impacto ambiental, el establecimiento de planes de contingencia y mitigación de daños y el deber de actuación conforme al principio precautorio frente a posibles daños graves e irreversibles al medio ambiente que afecten los derechos a la vida y a la integridad personal, aún en ausencia de certeza científica (SC 0228/2019-S4, FJ III.2, de 16 de mayo).

Desde el principio precautorio, estableció que deben identificarse amenazas que, de manera directa o indirecta, afecten el goce efectivo de derechos humanos interdependientes con los derechos medioambientales, entre éstos, tal como refiere la citada sentencia, de acuerdo al Consejo de Derechos Humanos, pueden identificarse las siguientes:

> i) el tráfico ilícito y la gestión y eliminación inadecuadas de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituyen una amenaza grave para los derechos humanos, incluidos el derecho a la vida y a la salud; ii) el cambio climático tiene repercusiones muy diversas en el disfrute efectivo de los derechos humanos, como los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua, la vivienda y la libre determinación; y iii) la degradación ambiental, la desertificación y el cambio climático mundial están exacerbando la miseria y la desesperación, con consecuencias negativas para la realización del derecho a la alimentación, en particular en los países en desarrollo (*ibid.*).

Asimismo, la citada SCP, en ejercicio del control de convencionalidad y en el marco de los estándares generados por la OC 23/17, estableció también el deber del Estado de garantizar el acceso a la información sobre posibles afectaciones al medio ambiente (*ibid.*); también, estableció el deber de garantizar el acceso a la participación pública de las personas en la toma de decisiones y políticas que puedan afectar el medio ambiente (*ibid.*), así como el deber de garantizar el acceso a la justicia (*ibid.*).

De la misma forma, la citada SCP, de acuerdo a los arts. 342 y 347.I de la Constitución [722] y, de acuerdo a la Ley de Gestión Integral de Residuos N.° 775 de 28 de octubre de 2015, precisó la competencia del nivel municipal en gestión de residuos sólidos, la cual a su vez, genera obligaciones de aseo urbano, recolección, tratamiento y disposición de residuos sólidos, para preservar el cuidado del medio ambiente y la salud de los habitantes de su jurisdicción. En este marco, el TCP resaltó, para este nivel, el deber de implementar y ejecutar acciones tendientes a «…evitar desastres medioambientales» (SCP 0228/2019-S4, FJ III.3, de 16 de mayo).

La referida SCP, además, estableció el deber de los diversos órganos del Estado, en todos sus niveles, de ejercer control de convencionalidad para aplicar los estándares contendidos en la Opinión Consultiva 23/17.

Como puede observarse, la citada sentencia genera estándares importantes, entre otros, el principio precautorio, el deber de ejercer control de convencionalidad para cumplir obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos de buena fe, y el acceso a la información y la participación ciudadana. Sin embargo, en el análisis del caso concreto y, por ende, en la razón jurídica de la decisión, plasma una incongruencia interna, ya que omite aplicar al caso concreto los estándares generados, todavía mantiene una construcción antropocéntrica de derechos y, si bien concede la tutela en cuanto a la vulneración

[722] El art. 342 de la Constitución establece: «Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente». Por su parte, el art. 347.I señala: «El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales». El numeral segundo de esta disposición establece: «Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales».

del derecho al medio ambiente únicamente en contra del alcalde municipal de La Paz y deniega la tutela en relación a otras autoridades del nivel central, por el accidente y colapso del Relleno Sanitario de Alpacoma, omite establecer mecanismos de mitigación, supervisión y generación de diálogos interinstitucionales e interculturales, de hecho, de la lectura del análisis del caso concreto, pareciera que se realiza una resolución con características sancionatorias administrativas, lo que desnaturaliza la esencia procesal de la acción popular y evidencia la *colonialidad de las sentencias constituionales* (Chivi Vargas; 2012, pp. 312-320), emitidas por el TCP.

El panorama desolador, ahora expuesto, es todavía más preocupante porque la línea jurisprudencial descrita emerge de los pocos casos en los cuales el TCP ingresó al análisis sustantivo de la problemática, puesto que —tal como se describirá en el último capítulo— gran cantidad de casos vinculados a derechos de la Madre Tierra fueron denegados por el TCP, sin analizar el problema jurídico sustantivo debido a exigencias formales indebidas y contrarias a los presupuestos de orden procesal constitucional que deben regir en las acciones populares, tal como se describió en el capítulo anterior.

Luego del análisis dinámico de jurisprudencia constitucional realizado en cuanto a los derechos de la Madre Tierra, para contextualizar la temática desde los avances de los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos, es pertinente hacer mención a la jurisprudencia ecuatoriana, ya que su Constitución reconoce expresamente los derechos de la Naturaleza. En este marco, Wolkmer (2015) afirma que la Constitución del Ecuador de 2008 es la referencia obligatoria en términos de avances ecológico-ambientales, por su «giro biocéntrico», al admitir los derechos de la naturaleza (Pachamama) y los derechos al desarrollo del «buen vivir».

En este escenario, el artículo 10.2 de la Constitución del Ecuador establece que «la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución». En este marco, el art. 71 del texto constitucional dicta:

> La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observará los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Por su parte, el art. 72 de la Constitución del Ecuador reza:

> La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá

> los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Asimismo, el art. 396 de la Constitución establece que «las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles». Por otra parte, el art. 397 señala que «…la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recae sobre el gestor de la actividad demandado». También, el art. 395.4 consagra el principio pro natura al establecer que «en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

Las disposiciones citadas, en armonía con otros artículos de la Constitución ecuatoriana, consagran, según Guamán y Aparicio (2019), el giro biocéntrico asumido por este texto constitucional, en el marco del cual, los derechos de la Madre Tierra tienen mecanismos de directa justiciabilidad que se traducen en la acción de protección regulada en el art. 88 de la Constitución y la acción por incumplimiento establecida en el art. 93 del texto constitucional (pp. 227-268) [723].

En coherencia con las disposiciones constitucionales citadas, la Corte Constitucional del Ecuador ha emitido estándares jurisprudenciales más altos que marcan una evidente progresividad en la región. Así, uno de los casos emblemáticos es el de Loja vs Río Vilcabamba, cuya sentencia emerge de una acción de incumplimiento que data del 30 de marzo de 2011 y que, tal como señala Viciano Pastor (2019), pasará a la historia como la primera decisión en la cual la naturaleza es considerada sujeto de derecho (pp. 137-154).

De acuerdo al referido autor, en esta acción, los propietarios de terrenos aledaños al río Vilcabamba acudieron al Juzgado de lo civil de Loja (ciudad del sur del Ecuador) alegando que, por la construcción de una vía, se estaba contaminando este río por el desecho de escombros y material contaminante, por lo que alegaron en la demanda el cumplimiento del art. 71 de la Constitución que consagra a la naturaleza como titular de derechos.

La jueza de primera instancia, en una visión monocultural, formalista y liberal del derecho, desestimó la demanda, por lo que se activó la segunda instancia ante la Corte Provincial de Loja, instancia que revocó la decisión del juez *a quo* y aplicó directamente el art. 71 de la Constitución, por lo que, al estimar la pretensión de la parte demandante,

[723] El art. 88 de la Constitución del Ecuador establece que la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación. Por su parte, el art. 93 de la Constitución del Ecuador establece que la acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo incumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

ordenó al Gobierno Provincial que asuma medidas oportunas de prevención para evitar más daños a la Madre Tierra.

Entre dichas medidas se ordenó la construcción de escombreras y el retiro de materiales vertidos. Frente al incumplimiento de estas medidas por parte del Gobierno Provincial de Loja, los demandantes acudieron, vía acción de incumplimiento, ante la Corte Constitucional del Ecuador, la cual, mediante Sentencia N.° 0012-18-SIS-CC de 28 de marzo de 2018, desestimó el recurso alegando el cumplimiento de la decisión por parte del Gobierno Provincial.

Viciano Pastor (2019) señala que, en este proceso, al margen de ser el primero que reconoce la titularidad de derechos a la Madre Tierra, debe resaltarse la inversión de la carga de la prueba y también los problemas de legitimidad activa que pueden presentarse en estas peticiones de tutela (pp. 137-154) [724].

En esta línea de análisis del derecho procesal descolonizado, Acosta (2019), a diez años de aprobada la Constitución del Ecuador, señala que un logro notable se advierte en la decisión de la Corte Provincial de Justicia de Azuay (pp. 155-206), en alusión al caso emblemático vinculado con los derechos de Río Blanco, en el cual, también se iniciaron labores sin licencia ambiental, por lo que se demandó la tutela de los derechos de este río al amparo del art. 71 de la Constitución. En segunda instancia, la Corte Provincial de Justicia del Azuay suspendió las actividades mineras en Río Blanco (Acosta, 2018, pp. 1-15).

Acosta (2019) explica que la larga lucha de las comunidades de la zona, en particular de Molleturo (provincia del Azuay), viene dando sus frutos, ya que, poco a poco, la resistencia de los comuneros fue creando conciencia en la provincia y, especialmente, en su capital, provocando una potente reacción en la Asamblea Ciudadana por la Defensa del Agua. Así, desde la perspectiva del autor, éste fue un triunfo histórico contra la avalancha extractivista consagrándose, en el ámbito jurídico, el Buen Vivir/*Sumak Kawsay*, derechos territoriales y comunitarios, derechos de la Naturaleza y a la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas, entre otros (pp. 155-206).

Otro caso emblemático se registró en la Amazonía ecuatoriana. Como anota Acosta (2019), el Juez de la Unidad Multicompetente del cantón Gonzalo Pizarro, provincia de Sucumbíos, falló en agosto de 2018 a favor de la comunidad Cofán Sinangoe y la Defensoría del Pueblo de Sucumbíos, que interpusieron una Acción de Protección para frenar la minería de oro en su territorio. En este contexto, el juez, además de las afectaciones a la naturaleza, declaró la vulneración de otros derechos, como el de la consulta previa, libre e informada, disponiendo la inmediata suspensión de todas las concesiones mineras otorgadas a la fecha en este territorio y en áreas aledañas al Parque Nacional Cayambe Coca y al territorio de la comunidad Cofán (pp. 155-206).

El citado autor también identifica como emblemática la resolución judicial de la Corte Constitucional del Ecuador expedida el 27 de junio de 2018, decisión que rechazó la acción de protección interpuesta por la transnacional Chevron-Texaco y que, en conse-

[724] Esta sentencia también fue analizada por Bedón Garzón (2016), quien destaca aspectos procesales importantes en esta decisión y la considera paradigmática en su categoría (pp. 133-148).

cuencia, ratificó la sentencia en su contra por daños sociales y ambientales ocasionados a la Amazonía ecuatoriana (*ibid.*) [725].

Al respecto, Guamán y Aparicio (2019) señalan que en este proceso constitucional, entre otros aspectos, la empresa alegó violación de los principios de cosa juzgada y de seguridad jurídica por haberse desconocido los Acuerdos de Liberación celebrados entre Chevron y el Gobierno ecuatoriano, en los años 1995, 1996 y 1998, a través de los cuales se exoneró de responsabilidad y el Estado ecuatoriano se obligó a no iniciar acciones legales ulteriores [726] (pp. 227-268).

Los citados autores refieren que la sentencia de julio de 2018 pronunciada por la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

> …el derecho a vivir en un medio ambiente sano como derecho colectivo no deja de ser un límite al poder, de ahí que, en el marco de un Estado constitucional de derechos, la existencia de los derechos colectivos refuerza los límites que desde la legalidad constitucional se imponen a las mayorías eventuales (*ibid.*).

Desde esta perspectiva, la citada decisión dictaminó:

> …es evidente que el Estado ecuatoriano no se encontraba facultado para, a través de un convenio transaccional, disponer de los derechos de terceros, en este caso, de un derecho colectivo correspondiente a los ciudadanos en general; teniendo en cuenta, además, que dada la naturaleza de los derechos colectivos, estos han sido reconocidos precisamente para frenar los abusos del poder, limitar a las mayorías y establecer un reconocimiento especial a favor de determinados grupos de individuos, por consiguiente, no corresponde al Estado disponer de estos derechos a través de acuerdos en los que se libere a terceros de las responsabilidades en las que puedan incurrir debido a sus actuaciones, pues ello significaría una clara afectación a los principios de irrenunciabilidad e inalienabilidad de los derechos… (*ibid.*).

Lamentablemente, tal como anotan Guamán y Aparicio (2019), a pesar de esta decisión acorde con el modelo constitucional ecuatoriano, un tribunal internacional, desconociendo la progresividad de derechos y la vigencia del paradigma antropocéntri-

---

[725] Guamán y Aparicio (2019) explican los antecedentes de este caso y señalan que desde 1962, y durante casi 30 años, hasta 1992, la empresa petrolera Chevron, entonces Texaco, extrajo petróleo de la Amazonía ecuatoriana. Estas operaciones, de acuerdo a los autores, se caracterizaron por una doble realidad: fueron extremadamente rentables para la empresa y generaron una contaminación sin precedentes, devastando casi medio millón de hectáreas de selva amazónica (pp. 227-268). Los citados autores refieren también que, desde hace 25 años, más de 30 mil habitantes de la Amazonía ecuatoriana mantienen una batalla jurídica en contra de Chervon, en una trama de obstáculos al acceso a la justicia sin precedentes.

[726] Los autores aclaran que el contrato de 1995, denominado «Contrato para la ejecución de trabajos de reparación medioambiental y liberación de obligaciones, responsabilidades y demandas», fue celebrado entre el gobierno del Ecuador, Petroecuador y Texpet, el 4 de mayo. En dicho contrato, Texpet (subsidiaria de Texaco, luego Chevron), se comprometió a realizar un trabajo de reparación medioambiental según se establecía en el propio contrato. A cambio, el gobierno le garantizaba una amplia impunidad respecto de sus acciones, es decir, el Ejecutivo se comprometía a no interponer ni directamente ni vía Petroecuador una medida contra las empresas «exoneradas» (*ibid.*).

co, impidió la ejecución de esta sentencia firme, lo que implicó la prevalencia de la lex mercatoria en relación a los derechos de la naturaleza (pp. 227-268).

En otro caso, la Corte Constitucional ecuatoriana en la Sentencia 291-16-SE-CC de 7 de diciembre de 2016, emergente de una acción de protección extraordinaria contemplada en el art. 94 de la Constitución, actuó de manera omisiva en cuanto al deber de interpretación y aplicación en el caso concreto del art. 71 de la Constitución.

El problema jurídico sustantivo que se planteó fue la confiscación por orden del Ministerio de Medio Ambiente de un vehículo y de material forestal por no contar con licencia ambiental, contra la sentencia judicial que estableció la vulneración de derechos a la propiedad y al trabajo, entre otros. El ministerio de Medio Ambiente activó este mecanismo tutelar alegando la violación al art. 71 de la Constitución; sin embargo, la resolución de la Corte Constitucional solamente se refirió al debido proceso legal y a la seguridad jurídica y, tal como anotan Wolkmer *et al.* (2019), omitió pronunciarse acerca de la denuncia de vulneración del art. 71 de la Constitución (pp. 17-108).

De la misma forma, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia 034-16-SIN-CC de 27 de abril de 2016, en una acción de inconstitucionalidad de acto normativo a través de la cual se denunció la incompatibilidad constitucional de un acuerdo ministerial con el art. 71 de la Constitución, si bien en su argumentación consagró la vigencia de un paradigma antropocéntrico; empero, en el análisis del problema jurídico concreto, estableció que la parte accionante incumplió su carga argumentativa en cuanto a la vulneración del derecho denunciado, por lo que no ingresó al análisis del problema jurídico sustantivo.

Acosta (2019) también identifica casos «aberrantes», como la denegatoria de tutela en el caso sobre Derechos de la Naturaleza para proteger el Yasuní, uno de los últimos espacios de refugio del jaguar y, sobre todo, de pueblos indígenas en aislamiento (Tagaeri, Taromenani, entre otros). Acosta resalta que tampoco se condenó la minería a gran escala con capitales chinos en la Cordillera de El Cóndor (Proyecto el Mirador).

Los casos descritos hasta aquí evidencian que, al igual que el TCP, la Corte Constitucional del Ecuador, a pesar de la progresividad de su Constitución, todavía actúa según razonamientos jurídicos monoculturales, formalistas y contrarios al modelo vigente, lo que evidencia la brecha de implementación de ambas constitucionales paradigmáticas.

Además, para un análisis comparado completo, es importante citar algunos avances importantes en otros países, como, por ejemplo, Colombia, cuya Constitución, tal como califica Estupiñán (2019), se identifica como ecológica y marcadamente antropocéntrica (pp. 365-358), no obstante registre avances jurisprudenciales que deben ser mencionados.

Entre estos avances, debe identificarse la Sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, a través de la cual, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en el caso denominado Río Atrato, catalogó a la Constitución de 1991 como una constitución cultural.

Al respecto, Pavani (2019) estableció que en este caso, la Corte realizó un excepcional ejercicio hermenéutico en ausencia de norma constitucional explícita (pp. 17-27) [727].

Estupiñán (2019) afirma que esta sentencia revolucionó la forma clásica y antropocéntrica de concebir, solo «al hombre», como sujeto de derechos al ampliar dicha categoría al río Atrato. En este caso se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y al territorio de las comunidades étnicas (pp. 365-385).

La autora agrega que esta decisión reconoció «al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad, sujeto de derechos para la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas» (*ibid.*). Asimismo, ordenó al Gobierno Nacional el ejercicio de la tutoría y representación legal de los derechos del río, en esta línea, la autora resalta que, con la finalidad de lograr el restablecimiento de derechos fundamentales y la protección de la naturaleza, se estableció el deber de

> …restablecer los derechos de las comunidades étnicas que habitan la cuenca del río Atrato, especialmente en lo que tiene que ver con la recuperación de su cultura, participación, territorio, identidad, modo de vida y actividades productivas, incluidas la pesca, la caza, la agricultura, la recolección de frutos y la minería artesanal (*ibid.*).

Posteriormente, la Corte Constitucional de Colombia, en la SSTC 4360/2018 de 5 de abril, tuteló el derecho de las generaciones futuras en materia climática y declaró a la Amazonía como sujeto de Derechos (Pavani, 2019, pp. 17-27), sentencia emblemática por ser la Amazonía víctima de intensa deforestación que se aproxima al peligroso punto de «no retorno», luego de reafirmar su calidad de «pulmón del mundo» y «eje ambiental del planeta» (Estupiñán y Romo, 2018, p. 31).

Al respecto, Martínez Dalmau (2019) precisa que el citado fallo estableció el deber del gobierno de tomar las medidas concretas para proteger el país y el planeta, por lo que requirió a éste la detención de la deforestación de los territorios de la Amazonía y el desarrollo de políticas sostenibles que garanticen la protección de la Naturaleza para la preservación de las generaciones presentes y futuras (pp. 31-47).

Otro caso reciente es el del Parque Isla Salamanca, en el cual la Corte Suprema de Justicia, a partir de un amparo presentado por un ciudadano, analizó el incumplimiento al deber de prevención de incendios forestales y la omisión de adopción de medidas efectivas para mitigar los daños al ecosistema en esta zona.

En este contexto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia STC 3872-2020 de 18 de junio de 2020, de manera expresa señaló:

> …el ser humano no es superior a la Naturaleza ni, por tanto, está legitimado para usarla indiscriminadamente como un objeto, sino que ambos conforman en igualdad de condiciones la plurinación, es decir, la «Pacha mama». En consecuencia,

[727] Las setencias judiciales T-622 de 2016 y STC 4360-2018 fueron analizadas por Caballero Flores y Largo Leal (2018), análisis que integró la afectación a las comunidades asentadas en las áreas que conforman los contextos ambientales afectados.

> entre ellos existe una relación interdependentista que supone su disfrute mutuo en términos razonables, equitativos, no abusivos y ponderados.

Esta decisión, además señaló:

> El concepto de 'interdependencia' lleva incita la ideología de que el verdadero titular de derechos es el Planeta mirado como un todo y que sus especies integrantes deben cohesionarse para mantenerlo con vida, sin que ninguna de ellas tenga mayores alcances que las otras, porque al fin y al cabo cada una es indispensable para la superviviencia dentro de 'todo' (*ibid.*).

La referida sentencia, también de manera textual señala:

> Total que, el ser humano no está por encima de los recursos naturales, sino que deben armonizarse para garantizar en conjunto, dentro del marco de sus funcionalidades, la conservación del cuerpo astronómico del cual hacen parte. Eso sí, es apenas obvio que cada uno funciona de acuerdo con su propia esencia, sin que esto traduzca que haya alguno principal, como se visionaba en el sistema antropocéntrico y biocéntrico, que gradualmente se ha sustituido por el ecocéntrico o interdependentista[728] (*ibid.*).

En base a lo señalado, puede observarse que en ese caso se supera el paradigma antropocéntrico y se consagra a la Pachamama como titular de derechos, para luego, en el marco de la inversión de la carga de la prueba y de mandatos de prevención, ordenar a la Presidencia de la República, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, a Parques Nacionales Naturales de Colombia y a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, en coordinación con las demás autoridades del Sistema Nacional Ambiental, elaborar, en el plazo de cinco meses, un plan estratégico y efectivo de acción para reducir los niveles de deforestación y degradación en la zona.

Además, en el marco de una implementación dialógica, la referida sentencia, ordenó la conformación de un Comité permanente de seguimiento al Plan Estratégico, cuyos integrantes deberán realizar durante los próximos dos años informes bimensuales ante esta instancia de justicia.

Si bien los casos citados marcan un avance importante en la superación del paradigma atropocéntrico, no es menos cierto que también se advierten decisiones regresivas y contrarias a los estándares más altos en cuanto a derechos de la Madre Tierra, como la Sentencia SU-095/2018, a través de la cual, tal como refiere Estupiñán (2019), la Corte Constitucional de Colombia revocó una decisión de un tribunal que declaró constitucional una pregunta realizada en el marco de una consulta popular en la que se consultó a los

[728] En este punto, es importante aclarar que el paradigma econcéntrico o interdependista utilizado por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, se encuentra en armonía con el paradigma biocéntrico desarrollado en los capítulos segundo, cuarto y quinto de este trabajo, el cual, desde el Vivir Bien, contempla una lógica de complementariedad, reciprocidad y armonía entre los derechos de la Madre Tierra, los derechos de los pueblos indígenas y otros derechos sean estos individuales o transindividuales.

pobladores de un municipio si estaban o no de acuerdo con la realización de actividades mineras en su territorio (pp. 365-358).

Este caso llegó a la Corte Constitucional, a instancias de la empresa multinacional Mansarovar Energy Colombia Ltd., y esta instancia decidió que, pese a la autonomía territorial, no era competencia de los entes territoriales decidir mediante mecanismos de participación ciudadana si se realizan o no actividades de extracción minera, puesto que el titular de los derechos sobre el subsuelo es el Estado y, por ende, este tipo de decisiones serían de competencia nacional (*ibid.*).

Siguiendo un estudio comparado, es importante también citar el caso de México, concretamente el de la Constitución Política de la Ciudad de México, aprobada el año 2018, la cual, en el artículo 13.A.2, consagra a la Naturaleza como titular de derechos al señalar:

> El derecho a la preservación y protección de la naturaleza será garantizado por las autoridades de la Ciudad de México en el ámbito de su competencia, promoviendo siempre la participación ciudadana en la materia. Para el cumplimiento de esta disposición se expedirá una ley secundaria que tendrá por objeto reconocer y regular la protección más amplia de los derechos de la naturaleza, conformada por todos sus ecosistemas y especies como un ente colectivo sujeto de derechos.

Por su parte, en cuanto a Brasil, Wolkmer *et al.* (2019) anotan que la Constitución de 1988 fue la primera en tratar el tema del modo más amplio, puesto que en ella quedaron establecidas las directrices legales, según las cuales, el medio ambiente se consolida como derecho social humano y no como mero espacio biológico; sin embargo, esta progresividad constitucional, a pesar de su innovación, no fue capaz de trascender el límite antropocéntrico de la racionalidad occidental moderna (pp. 71-108).

Wolkmer *et al.* señalan, también, que en el marco de una tradición publicista liberal-individualista y social-intervencionista, todavía se trata a la naturaleza como objeto de derecho de la sociedad humana, cuya preservación se impone no por su valor en sí, sino por ser fundamental para la supervivencia de la especie Humana (Wolkmer *et al.*, 2019). Sin embargo, los autores identifican algunos progresos importantes, entre ellos una Ley Orgánica del Municipio de Pernambuco que consagra los derechos de la naturaleza.

Al margen de un análisis del contexto jurisprudencial y normativo latinoamericano, son pertinentes las reflexiones de Martínez Dalmau (2019), en cuanto a los avances en Nueva Zelanda y Australia (pp. 31-47). En efecto, en Nueva Zelanda, en marzo del año 2017, se reconoció como titular de derechos al río Whanganui y la posibilidad de presentarse en estrados judiciales a través de sus representantes (Acosta, 2019, pp. 155-206).

También, el año 2013, el Parque Nacional Te Urewera fue reconocido como entidad legal con los derechos de una persona y la gestión de sus derechos fue encomendada a los pueblos Crown y Tuhoe (*ibid.*). Asimismo, en Australia, se reconoció como titular de derechos al río Yarra en el año 2017 (Martínez Dalmau, 2019, pp. 31-47).

Como se puede observar, existen avances y también retrocesos en cuanto al reconocimiento a la Madre Tierra como titular de derechos. En el caso boliviano, lamentablemente, la jurisprudencia constitucional omitió desarrollar este tema. De hecho, tal como se señaló, la única sentencia que consagró a la Madre Tierra como titular de derecho de manera explícita fue la SCP 0572/2014 de 10 de marzo, la cual, para desarrollar el derecho al hábitat desde la cosmovisión indígena, de manera textual señaló:

> Los pueblos indígenas tienen prácticas y concepciones propias, donde la tierra y el territorio son compartidos y heredados de generación en generación, con un valor de uso y no de cambio. Dichas concepciones devienen de una concepción que va más allá del sentido de 'propiedad' o 'apropiación', por cuanto la cosmovisión de las naciones y pueblos indígenas está vinculada a la naturaleza, que no es objeto de apropiación sino también sujeto de derechos… (FJ III.4).

Posteriormente, la SCP 0228/2019-S4 de 16 de mayo, a pesar de la incongruencia interna mencionada, asume, de manera implícita, que la Madre Tierra es titular de derechos al invocar la Ley N.° 71 de Derechos de la Madre Tierra [729].

En este balance, debe también señalarse que las SCP 0273/2016-S1 de 3 de marzo, también desde los principios de plurinacionalidad y pluralismo, señaló que:

> En las comunidades andinas, culturalmente, la organización temporal está en base al líquido; por ello, el agua es un ser vivo sagrado, omnipotente, creador y transformador, proviene de Wirqucha, dios creador del universo, que fecunda la Pachamama y permite la reproducción de la vida; por consiguiente, no es solamente un componente básico, ni mucho menos es únicamente un recurso hídrico, sino

[729] La Ley 071 de 21 de diciembre de 2010, denominada Ley de Derechos de la Madre Tierra, en su primer artículo reza: «La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos». Asimismo, el tercer artículo señala: «La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos». Asimismo, el art. 8 de la citada ley estable el catálogo abierto de los derechos de la Madre Tierra, entre ellos, el derecho a la vida, a la diversidad de la vida, al agua, al aire limpio, al equilibrio, a la restauración; y, a vivir libre de contaminación. Incluso, esta ley, en el art. 10 crea la Defensoría de la Madre Tierra, con la misión de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, debiendo en este caso, una ley especial establecer su estructura, funcionamiento y atribuciones. Posteriormente, se aprobó la Ley N.° 300 de 15 de octubre de 2012, denominada Ley Marco de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. El objeto de esta ley que, además, tiene un carácter orgánico, tal como reza el art. 1, fue establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación.

se constituye en la sabia de la Madre Tierra que permite la subsistencia de sus hijos (FJ III.5) [730].

Es importante señalar, también, que la SCP 0037/2018-S4 de 12 de marzo y la SPC 0808/2018-S4 de 26 de noviembre, establecieron que el derecho al agua no debe tener una visión antropocéntrica ni excluyente (FJ III.2).

Estas fueron las dos únicas sentencias del TCP que cuestionaron de manera expresa la visión antropocéntrica de derechos, aunque omitieron desarrollar los alcances de este paradigma y también omitieron aplicar la doctrina de reparación integral de daños.

Lo expresado precedentemente evidencia que el modelo polifónico de justicia constitucional debe realizar construcciones plurales y dialógicas que consagren a la Madre Tierra como titular de derechos en coherencia con el paradigma biocéntrico vigente y en el marco de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. Ése es el mayor desafío para el TCP.

3.2.- Derechos de los seres sintientes en el marco del paradigma del vivir bien

El Estado Plurinacional, a la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, y en coherencia con la vigencia de los derechos transindividuales, reconoce a los seres sintientes como titulares de derechos en el marco del paradigma biocéntrico imperante. Desde esta perspectiva, en este acápite se realizará un análisis dinámico de la jurisprudencia del TCP y, también, con carácter previo, se hará un estudio de derecho comparado en cuanto a la temática [731].

De acuerdo a lo anotado, debe precisarse que, todavía con una visión antropocéntrica, un primer antecedente de protección a los animales puede encontrarse en la Convención para Asegurar la Protección de Varias Especies de Animales Salvajes que son útiles para el Hombre o Inofensivas; y en la Convención Internacional para la Protección de las Aves útiles a la Agricultura. También, en 1931, fueron suscritas varias convenciones que, tal como precisa Colón-Ríos (2019), tuvieron la finalidad de proteger a la industria ballenera —y no a las ballenas—. De la misma forma, en 1933, la Convención Relativa a la Preservación de la Fauna y la Flora en su Estado Natural tuvo la finalidad de promover

[730] En este caso, se concedió la acción popular por vulneración del derecho al acceso al agua del Sindicato Campesino Kellu Mayu Bajo, ya que no puede considerarse la determinación del corte del agua potable como la aplicación de normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas, «debido a que, para la solución de un conflicto de esta naturaleza (sistema de agua potable), en el pasado no se contaba con este tipo de infraestructura pero podemos afirmar que siempre se han provisto del líquido elemento (agua) bajo sus propias formas de organización y distribución». En consecuencia, se ordenó que el Sindicato Campesino Kellu Mayu Alto reponga la tubería metálica de la red principal de agua potable, realice las instalaciones correspondientes para que este servicio básico llegue con normalidad al Sindicato Campesino afectado.

[731] El paradigma biocéntrico fue desarrollado en el segundo capítulo a la luz de los constitucionalismos dialógicos latinoamericanos; asimismo, fue desarrollado en el cuarto capítulo desde los alcances del modelo constitucional boliviano vigente a partir de la Constitución de 2009 y de los lineamientos del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural.

la preservación de reservas naturales para «el beneficio, aprovechamiento, y disfrute del público en general» (pp. 107-226).

Posteriormente, en 1981 se suscribió el Convenio Relativo a la Conservación de la Vida Silvestre y de Medio Natural de Europa, cuyo preámbulo, tal como precisa Colón (*ibid.*), establece que «la flora y la fauna silvestres constituyen un patrimonio natural de un valor intrínseco, económico, recreativo, cultural, científico, y estético que importa preservar y transmitir a las generaciones futuras» (pp. 107-226). En este primer momento todavía no se concibe una tesis de protección autónoma a los animales.

Con el avance de las sociedades, surgen algunas voces que postulan un naciente derecho de los animales, entre ellas Nussbaum (2007, p. 32), y en particular la jurisprudencia, aunque también existe normativa paradigmática. Estos nuevos enfoques de protección a los animales, se presentaron a través de tres vías: 1) La ampliación del concepto de dignidad y prohibición de tratos crueles; 2) La protección animal interdependiente a los derechos medioambientales; y 3) La titularidad de derechos por todo ser sintiente en el marco del paradigma biocéntrico (Padilla, 2019, pp. 389-421).

En el orden de ideas expuesto, desde el lente de las teorías contractualistas liberales descritas en el primer capítulo, la dignidad humana fue comprendida como un atributo exclusivo del ser humano; sin embargo, en la evolución de las sociedades, dicha concepción va transitando a nuevas dimensiones que se extienden a seres no humanos (*ibid.*), pero siempre desde una lógica antropocéntrica.

De acuerdo a lo señalado, un hito importante lo encontramos en la Carta Mundial de la Naturaleza, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1982, la cual establece que «toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral». Este hito normativo se enmarca en una visión de extensión de la dignidad y la prohibición de la crueldad hacia los animales, aunque siempre en un contexto antropocéntrico.

Wolkmer *et al*. (2019) identifican un caso paradigmático en Argentina: un habeas corpus a favor de una chimpancé llamada Cecilia que vivía en un zoológico en Córdoba, quien fue privada arbitrariamente de libertad de locomoción lo que le ocasionó sufrimiento físico y psíquico, deterioro progresivo de su estado de salud con riesgo de muerte inminente, más aún porque se encontraba en condiciones precarias de privación de libertad y sin la compañía de sus dos compañeros que murieron en el encierro (pp. 71-108).

En base a estos antecedentes, a través de este mecanismo se pidió que se ordene al Estado la liberación inmediata de esta persona no humana que no podía ser tratada como propiedad. A pesar del argumento del Estado y del fiscal, cuyo fundamento fue el tratamiento de la legislación argentina como «cosas» a los animales, en el marco de una interpretación sistémica del derecho constitucional argentino, y en base a la tutela colectiva de derechos, se concedió la tutela a Cecilia, que fue considerada parte del patrimonio natural y cultural de la comunidad, lo que convierte su bienestar en interés colectivo, razón por la cual la tutela fue concedida para garantizarle «la vida que merece» (*ibid.*).

Como puede advertirse, éste es un ejemplo de desarrollo jurisprudencial de protección a animales a partir de un concepto amplio de dignidad.

México es otro caso emblemático para la protección de los animales a partir de esta primera vía. Concretamente, la Constitución Política de la Ciudad de México, asume esta postura en el art. 13.B.1 que señala:

> Esta Constitución reconoce a los animales como seres sintientes y, por lo tanto, deben recibir trato digno. En la Ciudad de México toda persona tiene un deber ético y obligación jurídica de respetar la vida y la integridad de los animales; éstos por su naturaleza son sujetos de consideración moral. Su tutela es de responsabilidad común.

La segunda vía de protección ha sido asumida tanto por la normativa como por el desarrollo jurisprudencial, a través de la interdependencia con los derechos medioambientales, en el marco de lo que Zaffaroni (2011) ha denominado como *ecologismo jurídico* (p. 66).

Por otra parte, es importante citar la Constitución de Brasil de 1988, la cual, en el art. 225, establece el deber tanto del Estado como de la colectividad de «proteger la fauna y la flora, prohibiéndose, en la forma de la ley, las prácticas que pongan en riesgo su función ecológica, que provoquen la extinción de especies o sometan a los animales a crueldad». La jurisprudencia constitucional boliviana, tal como se fundamentará en este acápite, también se adscribe a esta vía de protección, a pesar de la vigencia del paradigma biocéntrico.

La tercera vía es coherente con el paradigma biocéntrico asumido por las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) que, además, se enmarca en las dinámicas dialógicas de los Estados Plurinacionales en los cuales se consagra el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Desde esta postura, todo ser sintiente, no es objeto de protección, sino titular de derechos, con mecanismos de directa justiciabilidad, en el caso boliviano, a través de la acción popular.

Precisamente, el modelo polifónico de justicia constitucional, desde las venas del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, debía realizar —a través de mecanismos dialógicos, argumentaciones jurídicas plurales y enfoques interculturales— construcciones plurales acordes con el paradigma biocéntrico. Lamentablemente, tal como lo evidenciará el análisis dinámico de jurisprudencia que será expuesto, si bien en algunos casos se concedió la tutela, empero, el TCP asumió la segunda postura, es decir, la protección de los animales en el marco de una interdependencia con los derechos medioambientales.

En efecto, el TCP, a través de la SCP 1982/2011-R de 7 de diciembre, concedió la tutela para la protección de los animales del zoológico «Óscar Alfaro» de la ciudad de Tarija, tutela que fue establecida en el marco del paradigma antropocéntrico y de acuerdo a una interdependencia con los derechos medio ambientales (FJ III.3.2).

En efecto, en esta acción popular se alegó que el alcalde municipal de Tarija vulneró el derecho a un medio ambiente equilibrado, adecuado y respetuoso del normal desarrollo de los seres vivos, al oponerse al traslado temporal de la fauna silvestre y doméstica del zoológico «Óscar Alfaro», a centros que cuenten con mejores condiciones, infraestructura y conocimientos especializados para la atención adecuada de las especies mantenidas en cautiverio en Tarija, las cuales se encontrarían en situación de alto riesgo por las precarias y reducidas instalaciones en las que viven, alimentación deficiente y falta de atención en su salud; permitiendo incluso que la población asista a observarlos sin las mínimas normas de protección, seguridad y salubridad, además de no contar con programas de educación que fomenten su preservación. Asimismo, se denunció que se somete a estos animales en cautiverio a condiciones perturbadoras como la instalación cercana de juegos electrónicos y al ruido de la calle.

El TCP concedió la tutela porque el alcalde demandado, al no trasladar a los animales silvestres y domésticos a instalaciones adecuadas, omitió cumplir recomendaciones realizadas por profesionales especializados y autoridades competentes en el área del medio ambiente, por lo que afectó el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y vulneró el deber de preservación y protección del mismo, puesto que, como consecuencia de su omisión, incluso perecieron varios animales en cautiverio.

En otro caso, concretamente en la acción popular resuelta por el TCP, a través de la SCP 0912/2017-S1 de 28 de agosto, desde una visión antropocéntrica, se denunció la vulneración de los derechos al medio ambiente, a la salubridad, al espacio público y a la educación, porque las autoridades demandadas, es decir las máximas autoridades ejecutivas de los ministerios de Salud, Medio Ambiente y Agua, de Educación, del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz y del Servicio Departamental de Salud (SEDES) La Paz, omitieron implementar, de manera coordinada, políticas públicas orientadas a resolver la situación de los perros callejeros de la ciudad de Nuestra Señora de La Paz.

Al margen de que esta acción tutelar fue denegada en el marco de una valoración de prueba contraria a los postulados de la acción popular expuestos en el anterior capítulo, en esta acción debió analizarse los problemas jurídicos sustantivos que el caso planteaba desde el paradigma biocéntrico, es decir, entendiendo a los animales, en este caso los perros en situación de calle, como titulares de derechos.

Lamentablemente, la denegatoria de la tutela impidió el análisis del problema sustantivo y la adopción de mandatos de prevención, protección y reparación de daños con enfoque intercultural. Se observa también que la visión extremandamente formalista y monocultural del TCP, omitió la utilización de mecanismos dialógicos que deben ser asumidos por un modelo polifónico de justicia constitucional.

Como puede advertirse, los dos casos citados desconocen el modelo biocéntrico vigente y todavía abordan las denuncias de vulneración de derechos de animales en el marco de una interdependencia con los derechos medioambientales, lo que entraña una contradicción con el diseño constitucional vigente e impide una construcción plural de derechos coherente con la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización.

3.3.- Derecho al agua

El TCP, en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, brindó un carácter tanto subjetivo como colectivo al derecho al acceso al agua potable. Esta sentencia estableció que el acceso al agua y alcantarillado, en el modelo constitucional vigente es un derecho humano que no puede ser objeto de concesión ni privatización y está sujeto al régimen de licencias y registros conforme a ley (art. 20.III de la CPE) (FJ III.3.1).

Asimismo, esta sentencia estableció los mecanismos de directa justiciabilidad de este derecho de acuerdo al modelo constitucional vigente. Así, señaló que la tutela subjetiva del derecho al agua se brinda a través de la acción de amparo constitucional. Por otra parte, cuando se busca su protección en una dimensión colectiva, el derecho al agua debe ser protegido a través de la acción popular (*ibid.*) [732].

Luego, a través de la SCP 0422/2013-L de 3 de junio, el TCP concedió la tutela a la comunidad Alto Mirador-Vinto, la cual denunció que el alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Vinto omitió su deber de administrar el suministro, abastecimiento y consumo de agua potable en la comunidad e incumplió la Ordenanza Municipal N.° 002/2010, por la cual, el Concejo Municipal del referido municipio le ordenó hacer respetar ese derecho fundamental. Asimismo, los accionantes denunciaron que los dirigentes de la OTB Alto Miraflores impedían el acceso a la instalación de agua potable, discriminándolas por pertenecer a una dirigencia paralela.

En el referido caso, el TCP concedió la acción popular y ordenó al alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Vinto asumir sus competencias en el marco del resguardo del derecho al agua de los habitantes de la comunidad Alto Mirador debiendo éste, en el plazo de 48 horas iniciar los trámites y trabajos respectivos para lograr la conexión de agua potable en dicha comunidad, la que debía materializarse en un plazo no mayor a 70 días [733].

Posteriormente, a través de la SCP 1696/2014 de 1 de septiembre, el TCP desarrolló el deber del Estado de la formulación de políticas públicas para el uso racional del derecho al agua (FJ III.2); y, en mérito al desarrollo de este derecho, concedió la acción popular en su faceta preventiva. En este contexto, se flexibilizó la legitimación pasiva por ser imposible

---

[732] En este caso, los representantes de la Organización Territorial de Base (OTB) «Comunidad Villa Flor de Pucara» denunciaron la vulneración de su derecho al acceso al agua porque la autoridad municipal demandada, les negó incluirsos en el proyecto del sistema de agua potable de la «Comunidad Jatun Pampa» y otorgarles la coparticipación en el 50% de producción de agua potable en dicho proyecto, asimismo, se omitió consultarles previamente sobre este proyecto. El Tribunal Constitucional Plurinacional, en este caso, a través de la SCP 0176/2012, denegó la acción popular porque «El proyecto, «sistema de agua potable Jatun Pampa» fue gestionado por los representantes de dicha comunidad al menos desde el año 2009 e incluso para su efectivización se modificó el presupuesto, comprometiéndose dicha comunidad ante el resto de comunidades a no beneficiarse con proyecto alguno en las gestiones 2012 y 2013, no resultando lógico para este Tribunal que la OTB «Comunidad Villa Flor de Pucara», recién haya tenido conocimiento del mismo y que pretenda beneficiarse de las gestiones y del presupuesto de la «Comunidad Jatun Pampa» (FJ III.4).

[733] Además, se conminó bajo apercibimiento de remitir antecedentes al Ministerio Público, a los administradores del sistema de agua potable «Alto Mirador», para que se abstengan de obstruir por sí o por terceras personas, la conexión de agua potable en las viviendas de aquellas familias que no cuentan con dicho recurso, dentro de la comunidad del mismo nombre.

determinar a los responsables de la interrupción del curso del agua. Así, el TCP dispuso que los miembros de la comunidad Chillcani adopten las medidas pertinentes para el mantenimiento del curso del agua y para evitar su uso inadecuado.

Asimismo, se exhortó a los miembros de las comunidades Chillcani y Alcatuyo, a iniciar un proceso de diálogo que les permita el diseño de una política a largo plazo, respetuoso con el derecho al agua por parte de todos sus habitantes y con el medio ambiente. También se exhortó al Gobierno Autónomo Departamental de Potosí a que, en su posición de garante de los derechos, genere proyectos de riego y acceso al agua potable en las comunidades Chillcani y Alcatuyo, y genere un espacio de acercamiento entre ambas comunidades.

Finalmente, la referida sentencia estableció que se dejan expeditas las vías legales ordinarias para que la comunidad Chillcani pueda esclarecer las circunstancias sobre el corte del curso del agua que reclama; y, para que la comunidad Alcatuyo pueda observar la racionalidad de las políticas públicas en la distribución del agua y en su caso impugnar el documento de 20 de junio de 1982, suscrito entre ambas comunidades.

La referida sentencia es importante no solamente por el desarrollo del derecho al agua en una dimensión transindividual, sino también por los mecanismos dialógicos que se invocaron en este fallo, aunque, claro está, nuevamente se utiliza la «exhortación» en vez de utilizar los mandatos de prevención, restauración y reparación para la restitución del equilibrio y la armonía comunitaria.

De la misma forma, a través de la SCP 0169/2014-S1 de 19 de diciembre, el TCP concedió, en parte, la acción popular presentada por el ayllu Jesús de Machaca, porque la empresa de provisión de agua potable AAPOS-Potosí, vulneró sus derechos al acceso al agua potable y a la salubridad pública, por omitir prestar el servicio en condiciones básicas y necesarias para la vida saludable.

En esta acción, el referido ayllu denunció que la empresa demandada vulneró sus derechos colectivos a la consulta previa al haber omitido su participación en el proceso de adecuación de concesiones y contratos de explotación de recursos de su territorio y los derechos difusos como: la libre determinación y territorialidad, a ser parte de la estructura general del Estado, a la protección de sus lugares sagrados, a vivir en un medio ambiente sano, a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, a la participación en los órganos e instituciones del Estado y al acceso al agua.

En este caso, el TCP concedió la tutela únicamente en relación al derecho al agua, realizando una interpretación de este derecho en virtud al principio de interdependencia consagrado en el art. 13.I de la Constitución y a la luz de la Constitución y del bloque de constitucionalidad [734]. En este marco, la referida sentencia brindó dos alcances al dere-

[734] El art. 13.I de la Constitución, como pauta constitucionalizada de interpretación de derechos, fue desarrollado en el capítulo cuarto de este trabajo.

cho al agua: uno vinculado al acceso a los servicios básicos y otro vinculado a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado.

En un primer sentido, es decir en un sentido de interdependencia con los servicios básicos, la SCP 0169/2014-S1 de 19 de diciembre, destacó el derecho de acceso al agua potable (Preámbulo y art. 20.I y III de la CPE), y lo vinculó con los derechos a la salud, a la vivienda, a una alimentación adecuada, entre otros derechos individuales que tengan que ver con un nivel de vida adecuado y la vida digna y el Vivir Bien como fin esencial del Estado y como fundamento del modelo económico boliviano (arts. 306.I y 313 de la CPE) (FJ III.2.1).

Desde este primer enfoque, la referida sentencia estableció también que el derecho al agua es interdependiente con respecto al derecho al más alto nivel de vida posible de salud y a los derechos a una alimentación y vida adecuadas y, por ende, conlleva una relación directa con los derechos a la vida y la dignidad humanas (*ibid.*).

La referida sentencia analizó, además, el derecho al acceso al agua potable desde la garantía de prohibición de discriminación consagrada no solo en la Constitución, sino también en el bloque de constitucionalidad. En este orden, resaltó que la discriminación en el acceso al agua potable puede realizarse a través de leyes, políticas públicas o medidas/actos discriminatorios excluyentes (*ibid.*).

En un segundo contexto, la SPC 0169/2014-S1 de 19 de diciembre, desarrolló la interdependencia del derecho al agua con un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (Preámbulo y art. 33 de la CPE). En base a esta interdependencia, este entendimiento jurisprudencial estableció que, a su vez, este derecho implica la protección, conservación, preservación, restauración, uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos (arts. 373 y ss. de la CPE), así como de los ecosistemas asociados a ellos en el marco de los principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad (art. 373.I de la CPE). En consecuencia, el derecho al agua en su relación con el derecho al medio saludable, protegido y equilibrado, se encuentra vinculado al derecho a la salubridad pública, por causa de la contaminación o sobreexplotación de recursos, entre otras (FJ III.2.1).

Además, la referida SPC vinculó el derecho al agua con los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y, en particular, con su derecho al manejo y gestión sustentable del agua en el marco del deber del Estado de reconocer, respetar y proteger los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originario campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua, de acuerdo al mandato del art. 374.II de la Constitución. Asimismo, la referida sentencia resaltó el deber del Estado de materializar el derecho al agua sin afectar los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos para el aprovechamiento y conservación del recurso hídrico en el marco de su derecho a la libre determinación (FJ III.2.1).

A pesar del estándar más alto transcrito, la referida sentencia, de manera textual señaló que el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos debe ser ejercido en el marco de la unidad del Estado. En este marco,

estableció que dichos pueblos no tienen la propiedad de los recursos hídricos por ser éste un recurso del Estado; sin embargo, se genera para el Estado la obligación de la consulta previa antes de adoptarse una medida legislativa o administrativa que pueda afectarles, tal como manda el art. 30.II.15 (*ibid.*).

La referida sentencia constitucional también asumió el criterio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informativo N.° 35, sobre los tres deberes que tiene el Estado en cuanto a derechos: respetar, proteger y promover, denominado también obligación de realizar o cumplir. De acuerdo a estos criterios, el Estado, en relación al derecho al agua, tiene que cumplir con los tres deberes mencionados (*ibid.*: FJ III.2.2).

Debe resaltarse también que la indicada SCP estableció que

> …será el Tribunal Constitucional Plurinacional, como órgano encargado de control de constitucionalidad y de la protección de los derechos fundamentales el que materializará y dará vigencia al principio de eficacia directa de los derechos fundamentales contenido en la cláusula del art. 109.I de la CPE (*ibid.*).

De acuerdo a lo anotado, la referida SCP establece que el TCP controlará todos los actos del poder público o particulares que tiendan a restringir o menoscabar los mismos (*ibid.*).

En una acción popular posterior, se denunció la lesión a los derechos al agua, a la salud, a la salubridad pública y al medio ambiente, debido a que los demandados como servidores públicos a cargo de la Asociación Estatal Comunitaria de Agua Potable y Alcantarillado de San Miguel de Velasco (AECAPAS), omitieron asumir y cumplir las medidas contenidas en los informes técnicos emitidos por las entidades competentes del Gobierno Autónomo Departamental de Santa Cruz y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico, a fin de garantizar el abastecimiento de agua potable para el consumo humano de la población del municipio de San Miguel de Velasco, provocando la contaminación del mismo por el rebalse de las aguas servidas del alcantarillado.

El TCP, a través de la SCP 1096/2015-S1 de 5 de noviembre, luego de desarrollar el deber del Estado de protección al derecho al agua (FJ III.3), concedió la acción popular en cuanto al representante de AECAPAS, porque la provisión de agua potable no cumplía con las más mínimas exigencias de abastecimiento, calidad y accesibilidad, indispensables para el consumo humano, por lo que la omisión indebida, ocasionó la vulneración del derecho al acceso al agua, a la salubridad pública y a la vida.

Como consecuencia de la concesión de tutela, el TCP dispuso que se efectúen los trámites correspondientes y adecuados para la provisión de agua potable a la población del municipio de San Miguel de Velasco, con las características mínimas de abastecimiento, calidad y accesibilidad. Asimismo, se exhortó a realizar las gestiones necesarias, oportunas y pertinentes para el tratamiento de las aguas servidas, de tal forma que no comprometan la provisión de agua potable a la población del referido municipio.

Posteriormente, el Sindicato Agrario de Qollpana denunció, a través de una acción popular, la lesión a su derecho al agua, porque los particulares demandados, mediante

medidas de hecho, obstruyeron el sistema de agua potable construido para el beneficio de dicha comunidad, ocasionando el corte y desabastecimiento del líquido elemento, en desmedro de las 25 familias beneficiarias.

En este caso, a través de la SCP 0588/2016-S3 de 20 de mayo, se concedió la acción popular porque los demandados vulneraron el derecho al acceso al agua en su dimensión colectiva de la referida comunidad al haber obstruido su sistema de agua potable para su desvío y aprovechamiento solo para los demandados.

Posteriormente, a través de la SCP 0273/2016-S1 de 3 de marzo, el TCP, al amparo de un peritaje antropológico cultural, estableció que la restricción al acceso al agua o su supresión no pueden tener sustento en normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, porque dichos pueblos postulan valores plurales como ser la armonía, el equilibrio, la reciprocidad y la complementariedad (FJ III.5).

La referida SCP estableció también que la jurisdicción indígena originario campesina se sustenta en dos principios esenciales:

> i) la función resocializadora de la pena (la sanción impuesta sirve para hacer recapacitar al infractor para que cambie su conducta); y, ii) la búsqueda de la restauración del equilibrio y armonía en la comunidad (afectada por la mala acción de uno de sus integrantes) (FJ III.5).

En base a los argumentos descritos, el TCP concedió la tutela porque el Sindicato Campesino de Kellu Mayu, en el marco de una decisión comunitaria, decidió suspender el suministro de agua potable a miembros de otro sindicato.

También, a través de una acción popular, pobladores de San Borja (Beni), denunciaron la vulneración del derecho fundamental de acceso al agua, por cuanto las autoridades ahora demandadas incurrieron en actos y omisiones al no asegurar y garantizar que todas las personas de San Borja tengan el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, así como tampoco promovieron ni gestionaron medidas que aseguren el acceso a servicios de saneamiento básico adecuados, provocando una vida insalubre para los pobladores de San Borja.

El TCP, a través de la SCP 0703/2016-S2 de 8 de agosto, concedió la acción popular porque al ser el derecho al agua un derecho fundamental, un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con la falta de potabilidad del líquido elemento y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina, de higiene personal y doméstica.

Se señaló también que los tratados internacionales han impuesto una serie de obligaciones en relación al acceso al agua potable, dentro de las cuales se exige a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, dentro de los cuales se comprende su consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica (FJ III.3).

La referida sentencia estableció también que, dentro de esta previsión, se exige el progresivo y adecuado acceso a servicios de saneamiento, como elemento fundamental de

la dignidad humana, pero también se insta a la protección de la calidad de los suministros y los recursos de agua potable.

Se agrega que, si bien el Ministerio de Medio Ambiente y Agua, la Gobernación del departamento de Beni y el Gobierno Autónomo Municipal de San Borja, en el marco de sus competencias, realizaron la ejecución de diferentes proyectos, dichas medidas no cumplieron con las expectativas de la población respecto a dar soluciones definitivas a la carencia permanente de agua potable en dicha región.

Luego, mediante una acción popular activada por la Asociación de Productores Agropecuarios de Huaichoma, se denunció la lesión de sus derechos al uso y acceso al agua, a la alimentación, al servicio básico de agua potable y a la vida, toda vez que los miembros de la comunidad representada por los ahora demandados, destruyeron la toma de agua de un sistema de riego, quedando privados de acceder a la distribución comunitaria del agua para consumo de los miembros de la comunidad, de sus animales y riego de sus cultivos.

En este caso, el TCP, a través de la SCP 0933/2017-S3 de 18 de septiembre, concedió la acción popular porque los comunarios de Apillapampa afectaron el derecho de acceso y uso del agua a la comunidad Huaichoma, cuyos comunarios, a su vez, son miembros de la Asociación de Productores Agropecuarios Huaichoma-Capinota.

Asimismo, a través de la SCP 0194/2016-S3 de 5 de febrero, se tuteló el derecho al agua en su dimensión reparadora porque el particular demandado, desde el año 2013, desvió el curso del agua del río que accede a las comunidades agrarias Loco Loco, Mal Paso, Ovejería, Lagunillas, Kumpu Rumi, Pucara Grande, Uyacti Punta, Buena Vista, Tuiruni y Sauce Pilapata.

Posteriormente, el TCP, a través de la SCP 1152/2017-S2 de 6 de noviembre, concedió la acción popular presentada por la Comunidad de Pampa Redonda, porque un particular desvió el curso de las aguas e impidió a esta comunidad el acceso a las mismas.

En esta acción popular, como efecto de la concesión de tutela, se ordenó la restitución del curso del agua sin mayores interferencias. También se exhortó a la Asociación de Beneficiarios de Agua Potable, a establecer políticas de control en cuanto a sus beneficiarios, para evitar la fuga y el derroche innecesario del líquido elemento.

Otro estándar jurisprudencial más alto es el contenido en la SCP 0037/2018-S4 de 12 de marzo, ya que el TCP, en coherencia con el modelo constitucional vigente señaló lo siguiente:

> …tomando en cuenta que el derecho al agua tiene una doble dimensión constitucional, tanto como un derecho individual fundamental y como un derecho colectivo comunitario fundamentalísimo, que está reconocido en el texto constitucional como en instrumentos internacionales, cuya tutela y protección no debe responder a una visión antropocentrista y excluyente… (FJ III.2).

La referida SCP establece también la prohibición de ejercer vías de hecho «en su uso racional como bien escaso» por parte de cualquier comunidad campesina, cualquier colectividad o particulares (FJ III.2). En este marco, se concedió la tutela pedida por la

comunidad de Irupata, porque los miembros de la Comunidad de Cutimarca, mediante vías de hecho, desviaron el curso de las aguas de la vertiente Tultunqiri.

Posteriormente, la SCP 0808/2018-S4 de 26 de noviembre, siguió el criterio establecido en la SCP 0037/2018-S4 de 12 de marzo y resaltó que el derecho al agua no debe ser interpretado desde una visión antropocéntrica y excluyente (FJ III.2). En este marco, se concedió la petición de tutela en relación al derecho al agua y la salubridad realizado por la comunidad Rodeo Bajo del municipio de Tiraque, porque el demandado (un particular) construyó un atajo sobre la vertiente que aprovisiona el sistema de distribución de agua potable de esta comunidad, provocando el desabastecimiento y contaminación de este líquido elemento.

Asimismo, a través de una acción popular, se denunció la vulneración del derecho al agua de la población rural y urbana del municipio de Mizque, porque el demandado cortó la red o cañería de agua potable que transporta dicho elemento desde la toma de agua denominada Cascada hacia la Planta de Tratamiento de Tocti, ocasionando con esa medida de hecho la disminución en el abastecimiento del líquido vital para el consumo de la población, por lo que se pondría en riesgo la salubridad de los usuarios.

En este caso, el TCP, a través de la SCP 0593/2018-S1 de 8 de octubre, luego de desarrollar el derecho al agua como derecho fundamental (FJ III.1), concedió la acción popular en cuanto al derecho al agua, disponiendo que el demandado se abstenga de obstruir por sí o por terceras personas la captación de agua de la toma de agua denominada Cascada y reponga de manera inmediata la cañería de aducción de seis pulgadas que fue cortada [735].

También, en el marco de este análisis dinámico de línea jurisprudencial, debe señalarse que el TCP, en la SCP 0716/2018-S4 de 30 de octubre, concedió una acción popular por haberse afectado el derecho al agua, la salud y a la vida de la Comunidad Tipa Tipa del municipio de Mizque (Cochabamba) [736].

Esta decisión asume la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-270/07, la cual consagró el derecho al agua como un derecho humano que contempla el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Esta sentencia estableció también que un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacio-

[735] Si bien fue concedida la tutela por vulneración del derecho al agua, empero, la misma fue denegada en relación al pago de multas, así como de los daños y perjuicios solicitados por la parte accionante.

[736] En este caso, la comunidad Tipa Tipa del municipio de Mizque (Cochabamba) denunció la vulneración de sus derechos al agua, a la alimentación, a la salud, a la educación y a la vida; puesto que, bajo amenaza y coacción de los demandados, grupos de trabajo de la referida comunidad les cortaron el suministro de agua potable, sustrayendo los medidores y taponeando las cañerías de acceso, en represalia por haber inscrito a sus hijos en la unidad educativa Puente Pampa del municipio de Aiquile, pretendiendo con tales medidas de hecho obligarles a inscribirlos en la nueva unidad Educativa Jarquillas de la mencionada comunidad, que no tiene suficientes docentes. En base a estos hechos, se denuncia que los miembros de esta comunidad están obligados a consumir agua de las acequias que se encuentran contaminadas en detrimento de su salud y la de sus familias.

nadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica.

La citada sentencia constitucional colombiana, cuyo contenido, al ser asumido por el TCP, forma parte de un estándar jurisprudencial más alto y, por ende, se constituye en un precedente en vigor, establece que, en relación al derecho al agua, existen tres obligaciones de los Estados:

De respetar, absteniéndose de asumir cualquier medida que impida a la población satisfacer este derecho, ya sea interrumpiendo su conexión, elevando su precio o contaminando el recurso en detrimento de la salud.

De proteger las fuentes y los cauces naturales de agua, así como su conservación evitando su contaminación o alteración mediante la promulgación de normas que regulen y controlen su uso, y extracción no equitativa; y,

De realizar o materializar medidas necesarias destinadas a garantizar el derecho al agua, entre las que incluyen políticas de economía pública, de mercado, de subsidio, provisión de servicios, infraestructura y otras (SCP 0716/2018-S4, FJ III.2, de 30 de octubre) [737].

También en la SCP 0754/2018-S1 de 9 de noviembre, el TCP concedió la acción popular por la afectación al derecho al agua; empero de manera arbitraria se denegó la solicitud de reparación de daños, lo que plasma una regresividad que será analizada de manera específica en el siguiente capítulo [738].

El reconocimiento del derecho al agua también ha tenido un avance importante en el derecho internacional de los derechos humanos y en particular en el SIDH. En este sentido, la Corte CIDH, en su rol contencioso, ha desarrollado el derecho al agua en uno de sus casos más recientes denominado Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs Argentina (2020), en el cual ha establecido que el derecho al agua se encuentra protegido por el art. 26 de la Convención Americana, interpretación emergente de las normas de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua (párr. 222).

---

[737] En el citado caso, se concedió la acción popular por haberse afectado el derecho al agua, a la salud y a la vida, disponiéndose lo siguiente: «Que por las autoridades demandadas: a) Se proceda a la inmediata restitución del servicio de agua potable a los accionantes, reponiendo medidores y cañerías a su estado anterior; b) Por las autoridades demandadas, se restituya a los accionantes en su condición de miembros del Comité de Agua Potable de Tipa Tipa, del municipio de Mizque del departamento de Cochabamba; y, c) Por los demandados y la comunidad, el cese de acciones de hecho sobre el uso de agua potable. Asimismo, se denegó la tutela en cuanto al derecho a la educación».

[738] En este caso, la comunidad María Auxiliadora denunció que el presidente de la OTB María Auxiliadora junto con otras personas, de manera violenta, les arrebató las llaves de la bomba de agua ocasionando deficiencias en el servicio de agua potable, así como en la calidad; toda vez que no realizan el mantenimiento adecuado a la bomba de dicho elemento ni al sistema de alcantarillado, lo que produciría colapsos y desborde de las aguas servidas que desembocan en el río cercano, el cual pasa por una unidad educativa. Por otra parte, a través de esta acción popular se denunció que los cobros por los servicios señalados eran depositados por los usuarios en las cuentas personales de los miembros de la Cooperativa y que éstos no traspasaban dichos fondos a las cuentas de EPSA.

En este marco, la Corte CIDH, a la luz de la interpretación evolutiva y del principio de interdependencia de derechos, ha establecido que el derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive con el derecho a participar en la vida cultural (*ibid.*). En esta decisión, la Corte estableció también lo siguiente:

> Es pertinente destacar también que la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25 el derecho a 'un nivel de vida adecuado', como también lo hace el PIDESC en su artículo 11. Este derecho debe considerarse inclusivo del derecho al agua, como lo ha hecho notar el Comité DESC, que también ha considerado su relación con otros derechos (párr. 223).

En este caso, la Corte CIDH, a la luz del principio de progresividad, brindó el alcance del contenido esencial del derecho al agua y señaló taxativamente lo siguiente:

> El Comité DESC ha expresado que: [e]l derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica (párr. 223).

En el marco de este criterio, la Corte CIDH ha establecido que el acceso al agua comprende el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica, así como la provisión de recursos de agua adicionales en razón de salud, el clima y las condiciones de trabajo (*ibid.*).

Siguiendo al Comité DESC, la Corte CIDH, en el mencionado caso ha establecido la obligación de generar un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar el derecho y que el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no como un bien económico (párr. 227). En este contexto, precisó que deben cumplirse las siguientes condiciones:

> a) La disponibilidad: El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos […]; b) La calidad: El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre […]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables […]; c) La accesibilidad: El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte (*ibid.*).

La Corte CIDH también ha establecido que el acceso al agua implica obligaciones de realización progresiva, pero que, sin embargo, los Estados tienen obligaciones inmediatas, como las de garantizar sin discriminación su acceso y adoptar medidas para lograr su plena realización (párr. 229). En este sentido, resaltó que entre las obligaciones estatales que generan la obligación de garantía al acceso al agua, se encuentra la de brindar protección frente a actos de particulares, que exige que los Estados impidan a terceros que menoscaben el disfrute a este derecho y a asegurar un «mínimo esencial de agua» en aquellos

casos en los cuales las personas o grupos de personas no estén en condiciones de acceder por sí mismos al agua o por razones ajeas a su voluntad (párr. 230).

La Corte CIDH ha señalado, también, que los Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular los pueblos indígenas. En este contexto, estableció que los Estados deben velar por que el acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas y deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua (párr. 230). Asimismo, señaló que los Estados deben velar por que las comunidades nómadas tengan acceso al agua potable en sus lugares de acampada tradicionales (*ibid.*).

La Corte CIDH, en su rol interpretativo, también desarrolló el derecho al agua en la OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, en la cual, estableció el alcance de la obligación de respeto en cuanto al derecho al agua. En ese sentido, en primer lugar, aclaró que la protección de derechos necesariamente comprende la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal, por lo que los Estados deben abstenerse de cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros, y también, deben abstenerse de contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación (párr. 117).

Los avances descritos en el derecho internacional de los derechos humanos y en particular en el SIDH, son esenciales para que el TCP, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional los asuma e incluso los desarrolle de manera más amplia a la luz de los principios de pluralismo, plurinacionalidad, interculturalidad y descolonización.

Si bien, en base a todo el análisis dinámico de línea jurisprudencial desarrollado, puede establecerse que el TCP ha construido una sólida línea jurisprudencial en cuanto a la tutela del derecho al agua en su dimensión transindividual; sin embargo, ha omitido, en la mayoría de los casos, utilizar mecanismos dialógicos para la construcción de derechos.

Además del análisis dinámico de línea jurisprudencial realizado, se advierte una clara regresividad en cuanto a la reparación integral de daños con enfoque intercultural, aspecto esencial para consolidar un modelo polifónico de justicia constitucional. A pesar de estos aspectos, es importante señalar que en las SPC 0037/2018-S4 de 12 de marzo y SPC 0808/2018-S4 de 26 de noviembre, se hace referencia al paradigma biocéntrico, aspecto que es un avance importante, aunque lamentablemente no se desarrollaron los alcances del mismo ni se aplicaron mandatos de prevención, restauración ni reparación.

3.4.- Derecho a la salubridad pública

En un Estado Plurinacional como el boliviano, el paradigma biocéntrico plantea, desde la visión del Vivir Bien, una protección eficaz a otros derechos transindividuales que deben ser construidos pluralmente a través de la acción popular y en el marco de

un modelo polifónico de justicia constitucional. Por eso, en este acápite se abordará el desarrollo jurisprudencial del derecho a la salubridad pública en clave plurinacional.

En este contexto, es importante señalar que el TCP, en la SCP 1974/2011-R de 7 de diciembre, concedió la acción popular en interdependencia de los derechos medioambientales y el derecho a la salubridad pública, porque el Gobierno Municipal de Cochabamba, instancia de la cual depende la Empresa Municipal de Servicios de Aseo (EMSA), provocó un impacto negativo en el medioambiente, en sus componentes agua, aire, suelo y subsuelo de la zona de Kjara Kjara, por los residuos sólidos y sustancias peligrosas que no fueron debidamente tratados de acuerdo a la normativa vigente.

Además, se estableció la vulneración a estos derechos por incumplimiento de las recomendaciones de los informes de la entonces Prefectura del Departamento de Cochabamba, ahora Gobierno Autónomo Departamental de Cochabamba, y por la inobservancia a las recomendaciones, medidas de mitigación y compromisos asumidos.

En este marco, el TCP señaló que en el Estado Plurinacional de Bolivia la salud es un valor y un fin públicos: un valor en cuanto el bienestar común, basado en el respeto y el resguardo de la salud, conlleva el Vivir Bien; y un fin del Estado de acuerdo al art. 9.5 de la Constitución, por cuanto éste debe garantizar el acceso de las personas a la salud (SCP 1974/2011-R, FJ III.3, de 7 de diciembre).

Posteriormente, el TCP, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, estableció también que el derecho a la salubridad pública tiene un carácter «eminentemente o prevalentemente preventivo», razón por la cual deben formularse políticas públicas y adoptarse medidas preventivas (FJ III.3) [739].

En este caso, luego de una reconducción procesal de la legitimación pasiva, se concedió la tutela preventiva por una amenaza a la salubridad pública y a los derechos de las usuarias y los usuarios, así como de consumidoras y consumidores por el expendio de alimentos en el Mercado de la ciudad de Tarija y, además, se estableció un mandato de prevención, tal como ya se explicó en el capítulo anterior, específicamente en el acápite en el cual se desarrolló la acción popular preventiva.

La referida sentencia, además, desarrolló la sanidad agropecuaria e inocuidad alimentaria en el marco de una interdependencia con los derechos a la salubridad pública y los derechos de las usuarias, usuarios, consumidores y consumidoras. En este marco, estableció el deber del Estado de garantizar la seguridad alimentaria a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para la población, de acuerdo al mandato del art. 16.II y 75 de la Constitución (*ibid.*) [740].

---

[739] La citada sentencia constitucional plurinacional, asumió el carácter eminentemente preventivo también para los derechos de las usuarias y usuarios y consumidoras y consumidores.

[740] El art. 16.I de la Constitución señala: «I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación; II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población». El art. 75 de la Constitución, en cuanto a los derechos de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores señala que éstos tienen derecho a: «1. Al suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad y cantidad disponible, adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro; y 2. A la información

Asimismo, también vinculó estos derechos con la higiene alimentaria. En este escenario, estableció que la higiene, según estudios de salud pública, comprende dos divisiones: la higiene personal y la ambiental. Esta última, a su vez, abarca varios subsistemas o ramas: la higiene comunal, la higiene escolar y la higiene laboral, entre otras (*ibid.*).

En cuanto a la higiene comunal, la referida sentencia señaló que se ocupa del control sanitario del agua de consumo y la de uso recreativo, así como de los residuales líquidos y desechos sólidos, del control de artrópodos y roedores de importancia sanitaria, de la calidad sanitaria del aire atmosférico, del control del ruido y otros factores físico-ambientales, del control higiénico de viviendas y otras instalaciones y del control de la microlocalización de edificaciones y de la urbanización. En este marco, el TCP señaló que, en resguardo de este tipo de higiene, debe realizarse el control de los alimentos, de sus manipuladores y de la producción, elaboración, expendio y consumo de estos productos de establecimientos de todo tipo (*ibid.*).

También, el TCP, a través de la SCP 0443/2015-S1 de 8 de marzo, de acuerdo al art. 13.I de la Constitución, vinculó el derecho de la salubridad pública con los derechos de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores y, en base a esta interdependencia, estableció el deber de generar las condiciones básicas de prestación destinadas a proteger y restaurar la salud de las personas y colectividades en busca de mejorar la calidad de vida (FJ III.2).

En base a este razonamiento, se concedió la tutela porque la medida edil de mantener a los vendedores de comida y pan en las calles de Bermejo no resulta efectiva, ni su prórroga se encuentra justificada porque se afectarían derechos colectivos de los vecinos del barrio Bolívar. Además, la citada sentencia concedió la acción popular por la precariedad en la comercialización de alimentos que podría afectar la salud del público y de los consumidores.

Posteriormente, el TCP, a través de la SCP 1096/2015-S1 de 5 de noviembre, estableció la interdependencia entre el derecho a la salud, al medio ambiente y al agua (FJ III.2). En este marco, concedió la tutela por provisión de agua insalubre para el consumo de la población del municipio de San Miguel de Velasco.

Otro caso paradigmático en la tutela de derechos transindividuales y la ponderación de derechos en supuestos de colisión, se encuentra en la SCP 0326/2019-S2 de 29 de mayo. En esta acción popular, el accionante, en su calidad de secretario general del Sindicato de Trabajadores en Prensa, Fotoperiodistas y Medios Digitales (SINTRAPEN), alegó la vulneración del derecho colectivo a la salubridad pública y a la salud; toda vez que, a consecuencia de la implementación del Seguro Universal de Saludo (SUS), el sector médico acató un paro el 18 y 19 de diciembre de 2018 y anunció un nuevo paro programado para el 3 y 4 de enero de 2019, con la amenaza de convertir dicha medida en indefinida;

fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen». En este marco, la citada sentencia constitucional plurinacional destacó la repartición competencial entre los diferentes niveles de organización territorial del Estado en cuanto a estas temáticas (SCP 1560/2014; FJ III.3).

por lo que, acusó a las autoridades demandadas de incumplir su deber de garantizar la continuidad del indicado servicio, por no haber asumido las medidas pertinentes, más aún, tomando en cuenta que el paro incluía a servidores públicos dependientes de las instituciones que dirigían.

El accionante agregó que los constantes paros afectan los derechos de sus afiliados y de todas las personas en general, alcanzando, inclusive, a sectores vulnerables de la población, porque la prestación del servicio a través de la atención de emergencias es insuficiente.

En la referida SCP, el TCP desarrolló el derecho a la salud en su dimensión difusa y las obligaciones y competencias del Estado en sus diferentes niveles para asegurar este derecho (SCP 0326/2019-S2, FJ III.2, de 29 de mayo).

De la misma forma, en esta SCP se desarrolló el contenido mínimo del derecho a la salud, a cuyo efecto se invocaron las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en virtud de las cuales se señaló que, en el ámbito de la salud, el Estado tiene tres obligaciones específicas: respeto, protección y garantía. En este marco, se asumió la definición de este comité en virtud de la cual «…la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos» (FJ III.2.2).

En este contexto, el TCP estableció que este derecho es indivisible e interdependiente con respecto a otros derechos, entre ellos la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la dignidad humana, la vida, la no discriminación, la igualdad, no ser sometido a torturas, la vida privada, el acceso a la información y la libertad de asociación, reunión y circulación.

La SCP 0326/2019-S2 de 29 de mayo de 2019, estableció, también, la interdependencia del derecho de acceso a la salud como servicio público con el derecho a la salubridad pública, el cual solo puede ser entendido, integralmente, a partir del concepto de «calidad de vida», que permite consolidar el «Vivir Bien» de las y los bolivianos en un contexto de una «vida digna» (FJ III.2.4).

La referida sentencia, además, asumió el entendimiento contenido en la SCP 0229/2015-S3 de 5 de marzo y estableció que el Estado debe cumplir con el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud que se traduce en una garantía de los usuarios de salud en cuanto a la prestación ininterrumpida del servicio y, a su vez, genera, para el Estado, la obligación de evitar cualquier situación que ponga en peligro los derechos de los usuarios del servicio de salud, como el no verse privados de una eficaz y continua atención médica (FJ III.2.4).

La anotada sentencia determinó, también, que toda restricción de derechos debe estar establecida por ley y que, además, dicha restricción debe ser sometida al test de proporcionalidad desarrollado por la Corte CIDH, de acuerdo al art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, toda vez que el principio de proporcionalidad tiene fundamento en el carácter inviolable de los derechos fundamentales consagrados en el art. 13.I de la Constitución, por lo que resulta

> …un criterio hermenéutico de imperativa observancia en el ejercicio de cualquier competencia pública, por cuanto el ejercicio de un derecho fundamental no pue-

> de ser limitado más allá de lo que sea imprescindible para la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional, con la finalidad de evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales… (SCP 326/2019-S2, FJ III.3, de 5 de marzo).

De acuerdo a lo señalado, en base a esta sentencia, el juicio de proporcionalidad debe considerar tres aspectos esenciales:

> i) Si la medida limitativa o restrictiva de un derecho fundamental es idónea o adecuada para la finalidad buscada con dicha medida; ii) Si la medida limitativa o restrictiva es necesaria y si, acaso, existen otras medidas menos graves, que restrinjan en menor medida el derecho fundamental, que podrían ser adoptadas en el caso concreto para la alcanzar la finalidad perseguida; y, iii) Analizar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en analizar si la afectación, restricción o limitación al derecho fundamental no resulta exagerada o desmedida frente a las ventajas que se obtienen con tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (*ibid.*).

La importancia de la sentencia citada versa, entre otros aspectos, en la utilización del test de proporcionalidad en abstracto destinado al análisis de razonabilidad de la ponderación realizada entre el derecho a la salubridad pública y el derecho a la huelga del personal médico de los servicios públicos. En efecto, en marco de una metodología dialógica de derechos y sectores en conflicto, el TCP aplicó el juicio de proporcionalidad al existir una colisión de derechos de naturaleza transindividual (salud pública) e individual homogéneo (derecho a la huelga de servidores en salud pública) y estableció importantes criterios que deben ser analizados desde los alcances del constitucionalismo plurinacional, intercultural y descolonizador.

En efecto, para esta ponderación, en primer lugar, el TCP estableció que la restricción del derecho a la huelga en salud, debe tener sustento en el principio de legalidad. En este marco, de acuerdo al art. 118 de la Ley General del Trabajo (LGT), estableció la prohibición de la suspensión del trabajo en los servicios de carácter público, que incluyen los servicios de salud pública; criterio también establecido por el Comité de Libertad Sindical. En este marco, la referida SCP 0326/2019-S2 concluyó señalando que los servicios de salud pueden ser considerados como un servicio esencial, cuyo derecho a la huelga se encuentra limitado; sin embargo, al no ser este un concepto absoluto, la prohibición del derecho a huelga en cada país debe ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad, de acuerdo a las circunstancias propias (FJ III.3.2).

En coherencia con lo señalado, de acuerdo al test de proporcionalidad y a la luz del criterio de la idoneidad de la medida, el TCP estableció que

> …la limitación del derecho a la huelga en el sector salud debe estar acompañada de otras medidas que forman parte de la obligación de los Estados de garantizar dichos derechos, adoptando medidas efectivas que tengan como finalidad el pleno acceso a la prestación de los servicios de salud… (*ibid.*).

De acuerdo al razonamiento transcrito, el TCP precisó que

> …el derecho de acceso a los servicios de salud no se tendrá por satisfecho únicamente con la limitación del derecho a la huelga del sector médico para lograr la continuidad, sino que, desde una perspectiva integral, se requerirá la adopción de medidas, por parte del Estado, destinadas a cumplir con la finalidad de materializar el derecho de acceso a los servicios de salud y la salubridad pública (*ibid.*).

En cuanto al criterio de la necesidad de la medida, es decir, la prohibición del derecho a huelga en el sector salud por ser un servicio público esencial, el TCP, en la sentencia analizada, ha establecido que, de acuerdo al Comité de Libertad Sindical, es posible adoptar medidas alternativas antes de la prohibición del derecho a la huelga en los servicios esenciales. En este marco, se refirió a la garantía de un «servicio mínimo de funcionamiento» como una solución sustitutiva apropiada de la prohibición total de huelga. Sin embargo, el máximo garante de los derechos estableció que, en el caso boliviano, la «atención de emergencias» no cumple con las condiciones establecidas por el Comité para garantizar este servicio mínimo, ya que las necesidades básicas de los enfermos o de quienes necesitan acudir a los servicios de salud no están cubiertas en su totalidad, manteniéndose latentes los riesgos a la salud, seguridad y, consiguientemente, a la vida de quienes necesitan la continuidad de la atención médica y hospitalaria o acceder a dichos servicios.

En base al razonamiento transcrito, el TCP estableció que la discontinuidad de servicios médicos en el Estado Plurinacional de Bolivia pone en riesgo y, en muchos casos puede agravar, la salud de las personas. En consecuencia:

> …es evidente que la limitación al derecho a la huelga del sector salud resulta necesaria para garantizar los derechos de acceso a los servicios de salud pública y de salubridad pública, su continuidad, al no existir otras medidas menos graves o invasivas que podrían ser adoptadas; pues, de no hacerlo, se ponen en riesgo los derechos antes anotados; con la aclaración que esto no implica que los trabajadores del sector salud se encuentren desprotegidos, por cuanto si bien el derecho puede ser limitado corresponde que el Estado adopte medidas compensatorias a favor del sector salud, a fin de no desfigurar su contenido… (*ibid.*) [741].

[741] En base a lo señalado, la referida sentencia, en la parte dispositiva, estableció las siguientes medidas de carácter mediato: i) Exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), que en el ámbito de sus competencias y en el plazo máximo de dos años, sancione una ley especializada que regule la limitación del derecho a la huelga del sector salud y las garantías compensatorias a favor de dicho sector […]; y, ii) Que el Ministerio de Salud, el Gobierno Autónomo Departamental de La Paz, los Gobiernos Autónomos Municipales de Nuestra Señora de La Paz y de El Alto, así como el SEDES, cumplan con su deber de garantizar el acceso continuo a los servicios de salud y a la salubridad pública, a través de medidas que garanticen el equipamiento, el suministro de medicamentos y la capacitación e institucionalización del personal de salud, atendiendo a los requerimientos de la población y las nuevas políticas públicas adoptadas por el Estado. También, en el numeral tercero de la parte dispositiva, estableció las siguientes medidas de carácter inmediato, en tanto la ALP elabore y apruebe la normativa regulatoria señalada en el apartado anterior: a) El derecho a la huelga del sector salud, en tanto la paralización de servicios, no puede ser indefinido; b) Se debe garantizar la continuidad de la prestación de todos los servicios de salud, lo que supone que en ejercicio del derecho a la huelga del sector salud, se prevea la asignación y cumplimiento de los turnos establecidos en el Sistema de Salud para la prestación del servicio, sin perjuicio que las y los trabajadores de dicho sector adopten otros mecanismos de protesta; c) Los dife-

Con relación al principio de proporcionalidad en sentido estricto, el TCP estableció que

> …para que el servicio de salud sea desarrollado de manera idónea corresponde al Estado brindar las condiciones materiales para que el servicio sea prestado de forma eficiente, con calidad y calidez, desarrollando, además, de manera permanente, una cultura de diálogo con el sector salud que, en ejercicio de sus derechos sociales, efectúa reclamos que deben ser atendidos y negociados oportunamente (*ibid.*).

En esta labor de ponderación y en el marco del criterio de proporcionalidad estricta, el TCP estableció también que

> …si bien es posible limitar este derecho; empero, ello no implica dejar desprotegidos a los trabajadores; pues esta limitación solo será razonable si a cambio de dicha limitación se concede a esos trabajadores un mecanismo idóneo y efectivo para defender sus derechos y otras medidas compensatorias, en sustitución de la paralización de sus actividades… (*ibid.*).

Entre las medidas de compensación, siguiendo el criterio del Comité de Libertad Sindical, se encuentran los procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente; entonces, la limitación del derecho a la huelga a trabajadores que prestan servicios públicos en el área de salud, resulta razonable si se encuentra acompañada de garantías apropiadas, como son los procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, rápidos e imparciales, mecanismos que en el Estado Plurinacional de Bolivia no existen. Por lo tanto, en el marco de esta garantía compensatoria para justificar la razonabilidad de la limitación del derecho a la huelga en el sector salud, la ALP tiene el deber de conformar una instancia de conciliación y arbitraje (SCP 0326/2019-S2, FJ III.3.2, de 5 de marzo).

El TCP señaló también que

> …en el marco de otras medidas compensatorias, el Estado debe atender con prioridad las demandas de este sector, en mérito a la obligación constitucional de

rentes niveles de gobierno del Estado deben priorizar la atención de los reclamos y motivos de protesta y huelga del sector salud, dada la vinculación con el derecho a la vida; para tal efecto, corresponderá la instalación inmediata de mesas de diálogo y negociación; d) El Estado se encuentra obligado a garantizar que los servicios de salud y el acceso de la población a los mismos, no sea afectado por paros o huelgas, a cuyo fin deberá agotar todos los mecanismos de diálogo y en el marco de lo que se dispone en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, quedando obligado a considerar de manera inmediata las demandas razonables y vinculadas a su sector; e) Que el Ministerio de Salud, el Gobierno Autónomo Departamental de La Paz, los Gobiernos Autónomos Municipales de Nuestra Señora de La Paz y de El Alto, así como el SEDES, en el marco de sus competencias, garanticen la prestación de todos los servicios de salud, asumiendo las medidas pertinentes cuando la huelga no respete las directrices de aplicación inmediata determinadas por la presente sentencia, ante un derecho a la huelga del sector salud limitado en su ejercicio frente al derecho a la continuidad de la prestación del derecho a la salud y acceso a los servicios de salud; y, f) Disponer que el Estado en sus diferentes niveles según corresponda, instale de manera inmediata, mesas de trabajo y diálogo, a efecto de tratar las problemáticas del sector salud y la regulación normativa dispuesta en el punto segundo de la parte resolutiva del presente fallo constitucional.

> garantizar y sostener el derecho a la salud y la continuidad de su servicio, al constituirse en una función suprema y primera responsabilidad financiera; de ahí que resulte imprescindible que las demandas de los profesionales en salud, en cuanto a equipamiento de los hospitales, suministro de medicamentos, capacitación de los profesionales, etc., tienen que ser atendidas con carácter prioritario, por cuanto solo así se podrá justificar la limitación al derecho a la huelga en el sector salud (*ibid.*).

El precedente citado fue modulado en sus efectos atendiendo la realidad imperante. En ese marco, el TCP estableció que, mientras el Estado, a través de la ALP regule las condiciones de limitación al derecho a la huelga y las medidas compensatorias correspondientes y considerando que el derecho a la huelga del sector de salud no puede ser limitado arbitrariamente, para precautelar el respeto y vigencia de los derechos y las garantías constitucionales, en aras de buscar un equilibrio de derechos en conflicto, garantizar el derecho de acceso a los servicios de salud y a la salubridad pública y el ejercicio limitado del derecho a la huelga en el sector salud, se ordenaron las siguientes directrices de aplicación inmediata:

El derecho a la huelga del sector salud, en tanto paralización de servicios, no puede ser indefinido (*ibid.*).

Se debe garantizar la continuidad de la prestación de todos los servicios de salud, lo que supone que en ejercicio del derecho a la huelga del sector salud, se prevea la asignación y cumplimiento de los turnos establecidos en el Sistema de Salud para la prestación del servicio, sin perjuicio que las y los trabajadores de dicho sector adopten otros mecanismos de protesta (*ibid.*).

Los diferentes niveles de gobierno del Estado deben priorizar la atención de los reclamos y motivos de protesta y huelga del sector salud, dada la vinculación con el derecho a la vida; para tal efecto, corresponderá la instalación inmediata de mesas de diálogo y negociación (*ibid.*).

El Estado se encuentra obligado a garantizar que los servicios de salud y el acceso de la población a los mismos, no sea afectado por paros o huelgas, a cuyo fin deberá agotar todos los mecanismos de diálogo en el marco de lo que se dispone en la referida sentencia, quedando obligado a considerar, de manera inmediata, las demandas razonables y vinculadas a su sector (*ibid.*).

El análisis dinámico de línea jurisprudencial realizado evidencia que, si bien se ha desarrollado el derecho a la salubridad pública, en la mayoría de los casos, el TCP ha omitido utilizar mecanismos dialógicos para una construcción plural de derechos; sin embargo, es importante la construcción plural de derechos realizada en la SCP 0326/2019-S2, decisión que evidencia una argumentación jurídica plural, una ponderación intercultural y una modulación de la sentencia destinada a restablecer el equilibrio y la armonía para Vivir Bien, aunque se omitió establecer mecanismos de supervisión del fallo.

3.5.- Derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores

Los derechos de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores han tenido un tratamiento como derechos difusos y en el marco de los llamados derechos de solidaridad. Sin embargo, al estar contemplados en el ámbito de protección de la acción popular, desde el paradigma biocéntrico vigente y en el marco de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, estos derechos transindividuales deben tener un enfoque intercultural a partir de construcciones plurales y de la utilización de mecanismos dialógicos acordes con el modelo polifónico de justicia constitucional.

Lamentablemente, tal como se evidenciará en el análisis dinámico, si bien este derecho fue tutelado en varios casos por el TCP, todavía el máximo contralor de constitucionalidad utiliza la categoría de «derechos difusos» desde un enfoque antropocéntrico, criterio que debe ser superado en coherencia con el modelo constitucional vigente.

En este orden, debe señalarse que el TCP abordó los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, a través de la cual, se les brindó una naturaleza difusa, a partir de la cual se encontrarían comprendidos en el ámbito de protección de la acción popular (FJ III.3).

La referida SCP invocó los arts. 75 y 76 de la Constitución y resaltó la importancia de su constitucionalización en el orden jurídico boliviano, reconocimiento que se fundamenta en los principios constitucionales del Vivir Bien (art. 8, CPE), justicia social (arts. 8 y 9, CPE); pluralismo económico (art. 1, CPE) y solidaridad (art. 8, CPE), principios que irradian de contenido su regulación por parte de la Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores N.° 453 de 6 de diciembre de 2013 (FJ III.3).

Así, desde la constitucionalización de estos derechos, el TCP ha señalado que tienen un contenido complejo, porque entre otras razones, su protección no solo se extiende al ámbito patrimonial, sino abarca también a la salud, a la vida, a la integridad física y a la alimentación. Desde este enfoque, la referida sentencia estableció que las relaciones de consumo

> …exceden a los derechos y obligaciones entre proveedores y consumidores (art. 3); es decir, el marco del derecho privado contractual, para incluir a los poderes públicos que tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de estos derechos fundamentales… (*ibid.*).

De acuerdo al razonamiento del TCP, estos derechos tienen la finalidad de procurar al consumidor y usuario una posición de equilibrio dentro del mercado en sus relaciones de consumo y uso (*ibid.*). En este sentido, la referida SPC estableció también que las usuarias y usuarios, consumidoras o consumidores, para la protección de sus derechos, «…dependiendo el grado de su afectación», pueden recurrir a la tutela vía acción popular o vía acción de amparo constitucional. En este último caso, deberán agotarse los recursos administrativos o judiciales previstos en la Ley General de los Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores (*ibid.*).

Entonces, de acuerdo al esquema constitucional vigente puede afirmarse que estos derechos tienen una doble dimensión: como derecho individual —caso en el cual su tutela se efectivizará a través de la acción de amparo constitucional— y como derecho difuso, caso en el cual su justiciabilidad estará encomendada a la acción popular.

Otro aspecto relevante de la citada SCP es el carácter preventivo que debe brindarse a la tutela de estos derechos. En este sentido, el mencionado entendimiento, resaltó que «…no sería razonable que exista o se espere un daño o perjuicio sobre tales derechos o intereses de la comunidad para que recién se active tal competencia que compromete intereses públicos y el bienestar común» (*ibid.*). El TCP complementó esta idea señalando que la salubridad pública y los derechos de los usuarios y consumidores tienen un carácter eminentemente o prevalentemente preventivo (*ibid.*).

Desde esta perspectiva, luego de una reconducción de la legitimación pasiva, se concedió la acción popular porque la negativa de desalojo de los demandados del Mercado Central Distrito 1 de la ciudad de Tarija por los trabajos de construcción implica una amenaza a los derechos a la salubridad pública y a los derechos de las usuarias y usuarios, consumidoras y consumidoras en su dimensión difusa, por lo que la tutela fue concedida de manera preventiva.

Otro caso emblemático se encuentra en la SCP 0707/2018-S2 de 31 de octubre. En este caso, el alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija activó una acción popular contra los dirigentes de transporte y choferes de micros, quienes, en términos de la demanda, decidieron, de manera arbitraria, incrementar el costo del pasaje a pesar de existir una Ordenanza Municipal expresa que consignó una tarifa más favorable para las usuarias y usuarias de este servicio público mayores de edad.

En esta SCP, no solamente se siguió el criterio antes anotado en cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, sino que también se estableció la protección reforzada que merecen, en particular, al control de calidad de alimentos para el consumo humano y animal; de fármacos tanto en la medicina occidental como en la tradicional, en los servicios de salud públicos y privados, en los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones, en el acceso al sistema de transporte integral, en sus diferentes modalidades, entre otros (FJ III.3).

El TCP concedió la acción popular por haberse vulnerado los derechos de usuarias y usuarios al acceso a un sistema de transporte urbano eficiente y eficaz en su dimensión difusa y dispuso lo siguiente:

El resarcimiento e indemnización por la lesión del derecho de los usuarios al acceso a un sistema de transporte urbano eficiente y eficaz, a toda la colectividad o comunidad que se beneficia con este servicio, con la medida de un día de transporte público libre y gratuito a cargo de todos los asociados del gremio del transporte urbano de Tarija.

En el marco de una ponderación de derechos, [se dispone] el deber del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, de los proveedores del servicio urbano de transporte de Tarija y de la sociedad civil, con responsabilidad compartida y conjunta, de instaurar en

el plazo de dos meses, mesas de diálogo con la finalidad de ratificar o actualizar la tarifa del transporte público urbano, contenida en la Ordenanza Municipal 038/2013. Para este efecto, se dispuso la realización de un estudio técnico, con el propósito de verificar si los operadores cubren sus costos de operación y si la tarifa contempla los criterios sociales para su aplicación.

El control de la ejecución de la sentencia, a cargo de la Jueza de garantías que conoció la acción popular. En este marco, se estableció: 1) Que la Asociación Gremial del Transporte Urbano de Tarija, deberá elaborar un informe sobre el cumplimiento de la medida determinada en la disposición a) de este fallo constitucional y remitirlo a la Jueza de garantías, siete días después de cumplido el plazo establecido en dicha determinación; informe que deberá tener el visto bueno del Gobierno Autónomo Municipal de Tarija, a través de la Unidad de Infraestructura Vial; 2) Que el Gobierno Autónomo Municipal de Tarija y la Asociación Gremial del Transporte Urbano de este municipio elaboren, de forma separada, un informe sobre el cumplimiento de la realización del informe técnico y el inicio de las mesas de diálogo. Este informe deberá concluir, en un plazo que no exceda los seis meses, un documento final que describa el cumplimiento de esta sentencia.

Se estableció también que la Jueza de garantías debe efectuar el seguimiento, respecto al cumplimiento de los plazos antes anotados, adoptando las medidas que sean necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones, en el marco de lo dispuesto por el art. 17 del Código Procesal Constitucional y pronunciarse sobre el cumplimiento de esta SCP, debiendo remitir a la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Plurinacional una copia de la resolución que así lo determine, a efectos de dar por cumplido este fallo constitucional, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 16.II del referido Código [742].

Del análisis dinámico de jurisprudencia realizado se puede advertir un avance importante en la jurisprudencia del TCP, especialmente en la última sentencia citada, la cual, si bien no desarrolla los derechos de las usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores desde el paradigma biocéntrico y los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización —y todavía sustenta su calidad de derechos difusos—, sin embargo, utiliza mecanismos dialógicos de restauración y una reparación de daños con enfoque intercultural y destinada a resguardar el equilibrio y la armonía social. También utiliza mecanismos de supervisión de sus propias decisiones, aspecto esencial para la materialización de derechos, tal como se desarrolló en el capítulo anterior.

[742] El artículo 16.I del Código Procesal Constitucional establece: «La ejecución de una Resolución Constitucional con calidad de cosa juzgada, corresponde al juzgado o tribunal que inicialmente conoció la acción. El parágrafo II de esta disposición establece: «Corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver las quejas por demora o incumplimiento en la ejecución antes referida; asimismo le corresponde la ejecución en los procesos que directamente se presenten ante el mismo. Esta disposición ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional Plurinacional desde una visión propia de la actuación a pedido de parte, para lo cual, esta instancia verifica el cumplimiento de una sentencia constitucional plurinacional a pedido de parte; sin embargo, la sentencia ahora analizada, en coherencia con los lineamientos de un modelo polifónico de justicia constitucional y con el principio *iura novit curia*, establece la supervisión de fallos de oficio por el control de constitucionalidad, lo cual, tal como se anotó, es un avance importante».

3.6.- Derecho a la energía eléctrica

En este análisis dinámico de jurisprudencia, es importante resaltar también las interpretaciones realizadas en cuanto al derecho a la energía eléctrica, tutelable a través de la acción popular. En este marco, el TCP, en la SCP 1020/2013-L de 28 de agosto, desarrolló el derecho fundamental al acceso a la energía eléctrica. En este marco, de acuerdo al art. 19 de la Constitución, estableció que toda persona tiene derecho a un hábitat y vivienda adecuados, que dignifiquen la vida familiar y comunitaria. Asimismo, de acuerdo al art. 20 de la Constitución, consagró el derecho fundamental al acceso a la electricidad y el deber del Estado, en todos sus niveles, de proveer servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias y en condiciones de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria con participación y control social (FJ III.2).

El TCP, en la sentencia analizada, estableció también que el derecho al alumbrado público no solo tiene una dimensión individual, sino también colectiva. En consecuencia, abordó el corte de energía en el servicio de alumbrado público por parte de prestadores de este servicio remarcando el deber del Estado de cubrir los gastos del servicio de alumbrado como retribución de las cargas públicas que impone a los ciudadanos, como son el pago de impuestos, tasas, peajes y otros (*ibid.*).

En el marco de ese razonamiento, estableció que el incumplimiento de este deber por parte del Estado, en una razonable ponderación, no debe implicar el corte de este servicio público porque, en este caso, los derechos colectivos tienen preminencia ante cualquier interés privado o estatal de la empresa que presta el servicio. Por ello, la suspensión del servicio cuando exista ausencia de pago no es permitida para los prestadores del servicio por las consecuencias que se podrían producir en autopistas o redes viales porque se pondría en riesgo la vida y la seguridad de la ciudadanía en general. En consecuencia, las empresas prestadoras del servicio, para el cobro de sus acreencias, deben acudir a vías judiciales (*ibid.*).

La sentencia analizada implica un avance en cuanto a la tutela de este derecho, aunque omite utilizar mecanismos dialógicos y mandatos de prevención, restauración y reparación integral de daños con enfoque intercultural.

3.7.- Derecho al acceso a servicios de telecomunicaciones

La acción popular resuelta a través de la SCP 1111/2017-S2 de 23 de octubre, fue activada por delegados de la Central Obrera Departamental (COD) de Tarija y por socios y miembros del Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa de Servicios de Telecomunicaciones de Tarija (COSETT), contra el director ejecutivo de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transporte (ATT), por la vulneración del derecho al espacio público con relación a la satisfacción de necesidades básicas de los usuarios a acceder a servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información, así como al patrimonio cultural en su componente de espectro radioeléctrico como parte de la riqueza natural, derechos protegidos en los artículos 20 y 99.III de la Constitución.

En la denuncia se arguyó que, por una mala administración, la citada empresa dejó de prestar un servicio de alta calidad a las y los usuarios, entre otras razones por la pérdida de capacidad económica, por la falta de participación democrática de sus socios y por hechos de corrupción, por lo que se pidió se ordene al demandado intervenir dicha cooperativa.

El TCP, en la referida sentencia, mediante una interpretación armónica del art. 20 con el 135 de la Constitución, brindó al derecho al acceso al servicio de telecomunicaciones una incidencia colectiva y, por ende, tutelable, a través de la acción popular. Así, hizo referencia a la gestión de las cooperativas que prestan este servicio básico y estableció la viabilidad de analizar actos u omisiones de su gestión en el marco del cumplimiento o incumplimiento de sus objetivos institucionales vinculados a la prestación de este servicio, en aras de la continuidad en la prestación del servicio, considerando que el mismo es interdependiente con respecto a los principios de inclusión, dignidad, solidaridad, armonía, bienestar común y justicia social para Vivir Bien, de acuerdo al artículo 8.II de la Constitución (SCP 1111/2017-S, FJ III.2, de 23 de octubre).

Desde el análisis citado, la referida SCP concedió la acción porque

> …si bien la parte demandada no ha incurrido en acto específico alguno que lesione los derechos reclamados, no menos evidente resulta que la omisión en el control y supervisión respecto a la situación de COSSETT LTDA., necesariamente ha derivado en la agravación del escenario, respecto al riesgo de suspensión del servicio (*ibid.*: FJ III.3).

Si bien es importante el desarrollo del derecho al acceso a las telecomunicaciones, no es menos cierto que esta decisión omite utilizar mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos, así como mandatos de prevención y de restauración para restituir el equilibrio y la armonía. Tampoco implementa mecanismos de supervisión de este fallo.

3.8.- Derecho a la paz, a la democracia y otros derechos transindividuales

El TCP, al desarrollar la naturaleza jurídica de la acción popular a través de la SCP 0788/2011-R de 30 de mayo, en una interpretación sistémica del art. 135 de la Constitución, señaló que, en su ámbito de protección, se encuentran derechos e intereses colectivos, entre ellos el derecho a la paz, en el marco del artículo 10.I de la Constitución.

Posteriormente, la SCP 0282/2016-S1 de 10 de marzo, en la razón jurídica de la decisión, estableció la vulneración de los derechos de la comunidad Puca Huasi a existir libremente, a la territorialidad, a la libre circulación, a la consulta, a la propiedad y a la paz (FJ III. 3).

No existen más casos en los cuales el TCP haya desarrollado estos derechos. En este marco, si bien los mismos están dentro del ámbito de protección de la acción popular, será esencial que se realicen construcciones plurales y dialógicas sobre los mismos, en coherencia con el modelo constitucional vigente.

3.9.- Derecho al espacio público, al patrimonio histórico, cultural y natural

La línea jurisprudencial en cuanto a estos derechos se inicia con el abordaje del derecho al espacio público. En este contexto, a través de la SCP 1981/2011-R de 7 de diciembre, el TCP estableció que

> …el derecho al espacio público —que es objeto material de la acción popular— se asume como aquel que tienen todas las personas a utilizar los inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, su uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía —tales como tránsito, recreación, tranquilidad, seguridad, etc.— trascendiendo los límites de los intereses individuales (FJ III.1.2.1).

Esta sentencia señaló también que este derecho se califica como un derecho colectivo, porque su quebrantamiento no afecta a una persona sino a una colectividad o comunidad y, por tanto, el Estado debe velar por su protección integral y orientación hacia el beneficio común (*ibid.*) [743].

Posteriormente, el TCP, en la SCP 1123/2013-L de 30 de agosto, desarrolló el derecho al patrimonio público municipal, al interpretar, conforme a la Constitución, el art. 84 de la Ley de Municipalidades. En este marco, precisó que forman parte de este patrimonio aquellos bienes

> …destinados al uso irrestricto por parte de la comunidad con carácter inalienable, imprescriptible e inembargable y que comprenden, calles, aceras, cordones, avenidas, pasos a nivel, puentes, pasarelas, pasajes, caminos vecinales, túneles y demás vías de tránsito, plazas, parques, bosques declarados públicos y otras áreas verdes y espacios destinados al esparcimiento colectivo y a la preservación del patrimonio cultural; bienes declarados vacantes por autoridad competente en favor del Gobierno Autónomo Municipal y ríos hasta veinticinco metros a cada lado del borde de máxima crecida, riachuelos, torrenteras y quebradas, con sus lechos, aires y taludes hasta su coronamiento (FJ III.2).

Asimismo, forman parte del patrimonio público municipal, en una interpretación del art. 86 de la Ley de Municipalidades, todos aquellos inmuebles destinados a la administración municipal y a la prestación de un servicio público municipal, así como aquellos inmuebles transferidos por la Ley de Participación Popular y otras disposiciones legales.

---

[743] En este caso, el accionante activa la jurisdicción constitucional con el propósito que —vía acción popular— se tutelen los derechos «de los más de 130 vecinos (*sic*)» que integran la OTB Complejo Carcaje, a la libertad de asociación y de administración del espacio territorial correspondiente a esa Organización, derechos que fueran conculcados a consecuencia de la Resolución Municipal 035/2008 de 11 de septiembre (dictada por las autoridades demandadas), por la que se dispuso la ampliación del territorio de la OTB Carcaje Central sobre el espacio territorial de la OTB que representa y preside, determinando además, que los miembros de Complejo Carcaje dependieran de una directiva ajena y contraria a su voluntad e interés colectivo. Sin mayor motivación, ya que no se explican los alcances de una OTB, se denegó la acción popular, porque el derecho al espacio «territorial» no se encuentra dentro del ámbito de protección de la acción popular.

También son patrimonio público municipal los terrenos cedidos a los municipios para equipamiento y áreas verdes (FJ III.2). En este último caso, la referida sentencia estableció que en casos de avasallamientos a estas áreas cedidas, la MAE del municipio o cualquier persona pueden activar acción popular (*ibid.*) [744].

De la misma forma, el TCP, a la luz del patrimonio público municipal, en la SCP 0821/2014 de 30 de abril, desarrolló la facultad de disposición de estos bienes por motivos de interés público y en el marco de la autonomía municipal. En este escenario, consagró la facultad autorreguladora de las Entidades Territoriales Autónomas (ETA), en virtud de la cual, pueden disponer no solo de sus recursos tributarios, sino también de los activos físicos o corporales que conforman su patrimonio. Sin embargo, esta sentencia establece que el patrimonio público vinculado al patrimonio cultural, histórico, arquitectónico o natural, no puede ser dispuesto de manera indefinida, sino solo se pueden establecer limitaciones temporales (FJ III.3) [745].

También en esta sentencia, el TCP estableció que el interés general no es absoluto, sino que se encuentra condicionado por objetivos constitucionales de los municipios y gobernaciones dentro de los límites de razonabilidad y proporcionalidad (*ibid.*: FJ III.5).

El segundo componente de esta línea jurisprudencial se refiere a la interpretación realizada por el TCP en cuanto a la *diversidad plurinacional.* Desde este enfoque, la SCP 0462/2012 de 4 de julio, se refirió a la *diversidad plurinacional* como patrimonio histórico y humano, criterio a partir del cual desarrolló, a la luz del patrimonio cultural, el respeto y la protección que debe brindarse al uso y práctica de la medicina tradicional, no solo por ser patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino porque

[744] La parte accionante denunció como lesionados sus derechos colectivos de patrimonio, espacio público y propiedad privada, toda vez que, en marzo y abril de 2011, funcionarios del Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz de la Sierra constataron que los terrenos transferidos a la UV 197, zona norte Pampa de la Isla, cantón Cotoca, como área de equipamiento público por Tatiana Isabel Aponte de Iturralde, dentro un trámite de urbanización, fueron avasallados de forma violenta e ilegal por un grupo de personas al mando de los demandados. En este caso, se concede la acción popular por avasallamiento a área de equipamiento cedida al Gobierno Autónomo Municipal de Santa Cruz. Además, se exhorta a la Máxima Autoridad Ejecutiva (MAE) del referido municipio a desarrollar políticas efectivas de protección de las áreas públicas correspondientes a su identificación, inscripción en registros públicos, aprovechamiento oportuno, seguimiento permanente y adopción de todos los recaudos necesarios a objeto de precautelar su protección.

[745] En este caso, la accionante alega la vulneración de los derechos al patrimonio y espacio públicos, derechos difusos que se han visto comprometidos debido a que el Gobierno Municipal, en base a convenio interinstitucional con la Universidad Autónoma Juan Misael Saracho, de manera arbitraria, procedió a la construcción e instalación de casetas para vendedoras del Mercado Central en predios de la Facultad de Derecho, inmueble que fue declarado Monumento Nacional, mediante Ley 3807 de 24 de diciembre de 2007; hechos que afectan el patrimonio y espacio públicos y ocasionan contaminación visual. El TCP denegó la tutela porque que la disposición del patrimonio público por el alcalde de Tarija corresponde al cumplimiento de postulados constitucionales de servicio público que, en primera instancia, no afectan la infraestructura del patrimonio histórico declarado Monumento Nacional y que tiene por finalidad continuar con la prestación de un servicio. Además, se señaló que el traslado obedece a la necesidad imperiosa de proceder a la construcción de un nuevo Mercado Central, hecho que de por sí hace evidente su carácter temporal, por lo que la medida resulta razonable y proporcional.

en un Estado Plurinacional, la medicina tradicional es parte del patrimonio cultural y, por ende, forma parte de la expresión e identidad del Estado (FJ III.2) [746].

La referida SCP, desde el alcance de la diversidad plurinacional, se refirió al *patrimonio cultural del pueblo boliviano*, que incluye la riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental y la procedente del culto religioso y del folklore, así como la coca originaria y ancestral, y los sitios y actividades declarados patrimonio cultural de la humanidad, en su componente tangible e intangible (*ibid.*).

También, el citado entendimiento estableció que el patrimonio natural está conformado por los recursos mineralógicos, metálicos y no metálicos, así como las especies nativas de origen animal y vegetal (*ibid.*: FJ III.3).

El TCP, en la SCP 0821/2014 de 30 de abril, ha establecido con mayor precisión el alcance del derecho al patrimonio público y su directa justiciabilidad, a través de la acción popular. De manera específica, ha interpretado el art. 99.II de la Constitución, por el cual, forma parte de este derecho la riqueza natural y cultural, ya sea ésta arqueológica, paleontológica, histórica, documental, y la procedente del culto religioso y del folklore. De la misma forma, esta sentencia estableció que también los sitios y actividades declarados patrimonio cultural de la humanidad, en su componente tangible e intangible forman parte del patrimonio cultural del Estado (FJ III.2). Asimismo, debe resaltarse que, de manera expresa, este entendimiento estableció que la coca originaria y ancestral es patrimonio cultural del Estado Plurinacional de Bolivia (*ibid.*).

Luego, en una interpretación coherente con el bloque de constitucionalidad que contempla a la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada el 17 de octubre de 2003 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) y ratificada por Bolivia mediante Ley 3299 de 12 de diciembre de 2005, el TCP, a través de la SCP 0491/2018-S3 de 3 de septiembre, consagró al patrimonio cultural inmaterial como un derecho difuso que es transmitido de generación en generación y que es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, y que debe ser protegido en el marco del respeto a la diversidad cultural (FJ III.2).

La citada SCP estableció que, en aplicación del citado instrumento internacional:

> I. Se entiende por Patrimonio Cultural Inmaterial los usos, prácticas, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes; que las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, urbanas y rurales, reconocen como parte integral de su identidad; II. El Patrimonio Cultural Inmaterial tiene los siguientes atributos: 1) Se transmite de generación en

[746] Esta acción fue presentada por un ciudadano en contra del Director Nacional a.i. del INRA, alegando la vulneración del patrimonio del Estado, porque mediante RM 110/90, se revirtió a favor del Estado las tierras del exfundo La Florida, extinguiéndose legalmente el derecho propietario del Seminario San Luis. A pesar del entendimiento transcrito, esta sentencia, de manera arbitraria, tal como se analizará en el siguiente capítulo, estableció (en el FJ III.3) requisitos de admisibilidad para la acción popular y denegó la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática.

> generación; 2) Es creado y recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia; 3) Infunde un sentimiento de identidad y continuidad, contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana; III. Se manifiesta en los siguientes ámbitos: 1) Tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del Patrimonio Cultural Inmaterial; 2) Artes escénicas y del espectáculo; 3) Usos y prácticas sociales, rituales y actos festivos; 4) Formas tradicionales de organización social y política; 5) Cosmovisiones, saberes ancestrales, aportes científicos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, la sociedad y el universo; 6) Actos y creencias religiosas; 7) Música y danza; 8) Astronomía, agricultura, ganadería botánica y medicina tradicional; 9) Saberes y conocimientos tradicionales de predicción y prevención climática (*ibid.*).

Esta sentencia concluyó señalando que

> …a partir de las definiciones expresadas precedentemente, respecto a lo que se entiende por patrimonio cultural inmaterial, no cabe duda que el ejercicio o la práctica de tales representaciones y/o manifestaciones que realizan principalmente los miembros de las comunidades o grupos sociales, como parte integrante de su acervo cultural, que se transmiten de generación en generación y se difunden a través de sus usos sociales, tradiciones, rituales y actos festivos, etc., constituyen, en especial para dichas comunidades un derecho difuso, que el Estado debe proteger y promover, garantizando que sus titulares tengan acceso irrestricto a las mismas, así como a expresarlas sin mayores restricciones, por formar parte de sus costumbres e idiosincrasia profundamente arraigadas en cada uno de sus miembros como componentes de un conglomerado social. En ese sentido, dificultar, limitar, restringir o inclusive prohibir el acceso y la manifestación de tales expresiones, puede resultar extremadamente grave para quienes, probablemente desde la cuna y a través de sus ancestros, se adscribieron a este tipo de vivencias, que forman parte de su «yo interior» y cosmovisión, muy estrechamente vinculados con su identidad y dignidad (FJ III.2) [747].

De manera específica, la SCP 1472/2012 de 24 de septiembre, desarrolló el derecho a la contaminación visual a la luz del derecho al patrimonio público. En este marco, estableció que «…uno de los principales factores que minan el valor de los monumentos

[747] Concede la acción popular porque alrededor del templo de San Pedro de Sola, se celebra la festividad religiosa de su Santo patrono, con todo el despliegue de usos, costumbres, tradiciones, representaciones religiosas y culturales, expresiones artísticas, rituales y todo lo que es inherente a este tipo de actividades religioso-culturales que se enmarcan en el patrimonio cultural inmaterial. En este caso, propio de la referida comunidad y que el Estado tiene la responsabilidad de preservar, desarrollar, proteger y difundir de acuerdo al mandato contenido en el art. 98.III de la Norma Suprema. Dispone se levante toda prohibición de ingreso al templo de San Pedro Apóstol de la comunidad San Pedro de Sola, debiendo restituirse su uso a toda la comunidad conforme a su objeto y en el marco de lo desarrollado en la referida SCP.

públicos se encuentra la contaminación visual producida por carteles, basurales, iluminación excesiva, construcciones sobrepuestas, etc…» (FJ III.1) [748].

En cuanto al patrimonio natural, la SCP 0821/2014 de 30 de abril, ha establecido que ésta está conformada por los recursos mineralógicos, metálicos y no metálicos, así como las especies nativas de origen animal y vegetal. En este marco, ha señalado que «… las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país» (FJ III.3) [749].

En esta línea, la SCP 1013/2017-S3 de 4 de octubre, ha establecido que los aires de río y los recursos hídricos son recursos naturales del Estado que no pueden ser cedidos para beneficio particular, sino que deben ser explotados en función del interés colectivo (FJ III.2) [750].

Nótese cómo esta línea de pensamiento es absolutamente incoherente con el paradigma biocéntrico y, más bien, consolida, de manera contraria al principio de unidad constitucional y a los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, una visión estatalista de recursos naturales, ajena y diferente a la concepción de derechos de la Madre Tierra, desde la cual debe enfocarse la gestión de los recursos naturales. La referida línea de pensamiento jurisprudencial, además, refuerza la idea de «interés colectivo», el cual, tal como se argumentó en este trabajo, es superado por el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

4.- Conclusiones

Luego de haber descrito, en el capítulo anterior, los aspectos de orden procesal constitucional más importantes en cuanto a la acción popular, el objetivo de este capítulo fue

[748] En esta acción popular, los accionantes, en su condición de vecinos de la ciudad de Tarija, que alegan intereses en el cantón Tomayapo, de la comunidad La Parroquia de la segunda sección municipal de la provincia Méndez (Tarija), sostienen que el alcalde de dicho municipio pretende construir un tinglado frente al templo de San Francisco de Asís, quitándole visibilidad, aspecto que implicaría contaminación visual y una severa afectación al patrimonio. Se concedió la tutela porque el el patrimonio público merece una protección especial, por lo que el templo de San Francisco de Asís se constituye en una construcción colonial. El TCP dispuso que la realización de la obra planificada por la autoridad demandada se realice en un lugar que no obstruya la visibilidad del templo San Francisco de Asís del municipio de El Puente y de acuerdo a la política de urbanización del referido municipio.

[749] La referida SCP, en una interpretación del art. 99.III de la Constitución, ha establecido también el deber del Estado Plurinacional de Bolivia de registrar, proteger, restaurar, recuperar, revitalizar, enriquecer, promocionar y difundir el patrimonio cultural y también de precautelar por el resguardo del patrimonio natural, por lo que el mecanismo para logar que estas obligaciones sean cumplidas en casos en los cuales el patrimonio púbico se vea amenazado o comprometido, es la acción popular, por la incidencia colectiva de este derecho (SCP 0821/2014, FJ III.2).

[750] En este caso, se concedió la acción popular de acuerdo a los artículos 339.II, 346 y 349.I de la CPE, los cuales establecen que son patrimonio público la totalidad del los bienes, derechos y obligaciones de los que el pueblo boliviano es propietario y el Estado es su administrador, por cuanto, el mismo no puede ser utilizado en beneficio particular sino en función del interés colectivo. En este marco, los aires de río y los recursos hídricos son recursos naturales del Estado que no pueden ser cedidos para beneficio particular. En base a la concesión, se ordena al Tribunal Agroambiental emitir una nueva resolución, pero además se ordena revocar la resolución revisada en cuanto a la orden de desocupación.

identificar los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a precedentes sustantivos desarrollados por el TCP, en alusión a los derechos transindividuales tutelables a través de la acción popular.

En este contexto, se identificaron estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a pueblos indígenas. En ese ámbito, se abordaron los alcances del derecho a la libre determinación, a la autoidentificación como pueblos indígenas, a la territorialidad y al hábitat desde la cosmovisión indígena, a la presunción de ancestralidad de los territorios indígenas y a interpretaciones coherentes con los principios de pluralismo, la plurinacionalidad, la interculturalidad y la descolonización.

Desde una tutela reforzada, se abordaron también importantes estándares jurisprudenciales en cuanto a pueblos no contactados o en contacto inicial, precedentes que, entre otros aspectos, consagran la inversión de la carga de la prueba en cuanto a su existencia, el principio de no contacto y de protección reforzada, así como el deber Estatal de realizar acciones indirectas que resguarden su pervivencia cultural en interdependencia con otros derechos —a la vida, la salud, etc.—, que deben ser interpretados interculturalmente.

En base al análisis dinámico de la línea jurisprudencial realizado en referencia a los derechos de naciones y pueblos indígena originario campesinos, si bien se evidenciaron avances jurisprudenciales importantes, se advirtió también que el TCP no ha implementado un modelo polifónico de justicia constitucional, es decir, todavía utiliza razonamientos extremadamente formalistas y ritualistas, omite realizar construcciones plurales de derechos, así como aplicar métodos dialógicos destinados a proteger y construir pluralmente derechos desde la voz de los históricamente oprimidos.

Asimismo, se evidencia que el TCP no ha utilizado, en las acciones populares activadas por pueblos indígenas, mandatos de prevención, restauración y reparación, por lo que no se han consagrado los procesos de «restitución territorial», «reconstitución institucional» y de «igualación», contemplados en el proceso constituyente boliviano.

Además, en este capítulo se llevó a cabo un análisis de la jurisprudencia constitucional en cuanto a los derechos de la Madre Tierra, evidenciándose que el TCP, a pesar del modelo constitucional vigente, todavía asume en sus razonamientos la visión antropocéntrica de derechos, a partir de la cual, desarrolla su jurisprudencia a la luz de los derechos medioambientales y, no así, de acuerdo con los derechos de la Madre Tierra como titular de derechos.

Al margen de evidenciarse una omisión del TCP en relación al desarrollo de los derechos de la Madre Tierra en el marco de un paradigma biocéntrico coherente con el *Suma Qamaña* o Vivir Bien, se advierte también que el máximo contralor de constitucionalidad, en la mayoría de los casos, no utiliza mandatos de prevención, restauración y reparación, lo que implica que no aplica el modelo polifónico de justicia constitucional. Asimismo, tampoco realiza construcciones plurales de este derecho a través de mecanismos dialógicos que contemplen la voz de los históricamente oprimidos.

En este capítulo también se analizó el tratamiento jurisprudencial de los derechos de los animales. A pesar de la vigencia de un modelo biocéntrico en virtud del cual todo

ser sintiente es titular de derechos, se colige que el TCP todavía considera a los animales como objeto de protección y, en consecuencia, no brinda tutela en relación a éstos, en el marco de una interdependencia con los derechos medioambientales.

Asimismo, mediante un análisis dinámico de jurisprudencia, se identificaron los precedentes en vigor en cuanto a otros derechos transindividuales tutelables a través de la acción popular. Entre ellos, se abordó el derecho al agua, a la salubridad pública; el derecho de usuarias y usuarios, consumidoras y consumidores; el derecho al espacio público y a la diversidad plurinacional, y el derecho a la paz, entre otros.

En base al estudio jurisprudencial realizado, se puede concluir que el modelo polifónico de justicia constitucional no ha sido implementado, siendo este aspecto uno de los grandes desafíos para el TCP en un Estado Plurinacional y en el marco del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Esta omisión de implementación plena del modelo polifónico de justicia constitucional, entre muchas otras razones, está vinculada a la ausencia de una real composición plural, a profundos cuestionamientos en relación a la independencia y a la pervivencia de una visión todavía monocultural, excluyente y discriminatoria de los operadores del sistema plural de control de constitucionalidad.

En suma, por lo señalado podría concluirse preguntándose si los derechos transindividuales descritos en la Constitución de 2009 han tenido una construcción plural coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional. La investigación realizada demuestra que dicha construcción plural no ha sido desarrollada de manera coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional. Sin embargo, tal como se resaltó, existen avances jurisprudenciales importantes, en relación a los cuales, de acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, el TCP no debiera generar futuros entendimientos regresivos.

A pesar de estos avances jurisprudenciales identificados, en el siguiente capítulo se presentarán argumentaciones del TCP arbitrarias y contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional, que tienen por finalidad silenciar la voz de los históricamente oprimidos —los pueblos indígenas—, a pesar de la vigencia de un modelo constitucional con sustento en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

CAPÍTULO VIII: LA ACCIÓN POPULAR Y LA DESCOLONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: IDENTIFICACIÓN DE SUS RASGOS ESENCIALES A LA LUZ DEL MODELO DE JUSTICIA

1.- Resumen

Luego de haber tejido, en los capítulos cuarto, quinto, sexto y séptimo de este trabajo, los hilos argumentativos del modelo polifónico de justicia constitucional, en virtud de los cuales se estableció que la acción popular, en el Estado Plurinacional de Bolivia, fue diseñada constitucionalmente como un mecanismo procesal constitucional de control tutelar descolonizador y emancipatorio para los históricamente oprimidos —los pueblos indígenas—, en este último capítulo, a partir de un análisis dinámico de jurisprudencia constitucional emanada del TCP en acciones populares, se identificarán casos que demuestran el silenciamiento sistemático a las voces de los pueblos indígenas a través de autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al diseño constitucional y mediante argumentaciones viciadas que, en muchos casos, resultan ser vergonzosas desde el razonamiento judicial enmarcado en las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos descritas en el cuarto capítulo.

En efecto, los casos que serán analizados en este capítulo evidencian mutaciones constitucionales contrarias a la voluntad de un poder constituyente plural que, en el caso boliviano, emergió de un proceso constituyente democrático reunido en una Asamblea Constituyente, la cual diseñó un marco constitucional de protección a naciones y pueblos indígena originario campesinos a partir de procesos de restitución territorial, reconstitución de sus instituciones propias y medidas de igualación que superen las históricas situaciones de asimetría, subordinación y exclusión a las cuales fueron sometidos desde el periodo colonial y a lo largo de la vigencia del Estado-Nación. En este contexto, precisamente la acción popular, como

mecanismo tutelar de naturaleza descolonizadora, debía ser la herramienta eficaz para la consagración de los derechos de los históricamente oprimidos en el marco de un Estado Plurinacional; sin embargo, los casos identificados —que serán analizados en los siguientes acápites— evidencian que el máximo contralor de constitucionalidad, a través de autorrestricciones jurisprudenciales y vicios argumentativos, ha silenciado la voz de los pueblos indígenas y ha consagrado una sistémica denegación al acceso a la justicia constitucional para ellos.

En efecto, las barreras al acceso a la justicia constitucional para pueblos indígenas generadas por el TCP —que se demostrarán en este capítulo— evidencian que, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009, la cual consagró el tránsito del Estado-Nación al Estado Plurinacional, la situación de los pueblos indígenas no es diferente a la que existía antes del proceso constituyente plural boliviano. Por tanto, el diseño constitucional basado en la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización —en gran medida por la impronta monocultural del máximo contralor de constitucionalidad y por los graves cuestionamientos respecto a su independencia judicial—, resulta ser un postulado simplemente *retórico*.

Los casos que serán analizados en este capítulo sustentan, también, el cuestionamiento a la independencia judicial en Bolivia, agravada por un escenario hiperpresidencialista. En este contexto, los siguientes acápites evidenciarán que el silenciamiento a las voces de los históricamente oprimidos, a través de la denegatoria arbitraria de tutela en acciones populares, en muchos casos sin analizar el problema jurídico sustantivo que plantea el caso, favorece de manera directa a medidas normativas y administrativas gubernamentales absolutamente contrarias al bloque de constitucionalidad y también a empresas privadas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales en Bolivia, lo que significa que, por estos factores, las Sentencias Constitucionales Plurinacionales (SCP) a ser abordadas pondrán en entredicho una real naturaleza plurinacional del TCP.

2.- Contextualización necesaria

Este trabajo —a la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización que caracterizan el modelo polifónico de justicia constitucional—, tiene el objetivo de identificar los sesgos monoculturales y formalistas en la jurisprudencia del TCP, en relación a denuncias referentes a vulneración de derechos colectivos de naciones y pueblos indígena originario campesinos realizadas a través de acciones populares, en este contexto, en el presente capítulo, se analizará desde una perspectiva de derecho procesal constitucional enmarcada a los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, las autorrestricciones jurisprudenciales basadas en ritualismos y formalismos extremos destinados a denegar tutela sin analizar los problemas jurídicos sustantivos planteados por naciones y pueblos indígena originario campesinos a través de este mecanismo de control tutelar.

Asimismo, desde un enfoque procesal constitucional descolonizador y emancipatorio, a la luz de los postulados de una argumentación jurídica plural coherente con el

modelo polifónico de justicia constitucional, en este capítulo se identificarán y analizarán Sentencias Constitucionales Plurinacionales (SCP) emanadas de denuncias de naciones y pueblos indígena originario campesinos en acciones populares que contengan vicios argumentativos y sesgos interpretativos contrarios al bloque de constitucionalidad, para así demostrar los obstáculos arbitrarios que, a pesar de la Constitución democrática de 2009, persisten para el acceso a la justicia de los históricamente oprimidos.

A lo largo de este capítulo se identificarán sentencias vinculadas a acciones populares presentadas por pueblos indígenas que son contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional para así demostrar el sistemático silenciamiento a los históricaente oprimidos.

De acuerdo a lo anotado, es importante precisar que se optó por analizar todos los casos identificados y no elegir una sola sentencia, porque la finalidad de este trabajo es demostrar que las interpretaciones del TCP, en relación a pueblos indígenas y la invoación de autorrestricciones jurisprudenciales para denegarles la tutela, no son casos aislados, sino responden a un patrón estructural de arbitrariedad y, por tanto, de denegatoria de acceso a la justicia constitucional.

Además, el análisis se circunscribirá al ámbito estrictamente procesal constitucional y no así a los problemas jurídicos sustantivos que plantee cada caso identificado, porque éste implicaría exceder los objetivos de este trabajo académico. Por ello, en relación a las acciones populares a ser abordadas, de acuerdo al objeto general planteado para este trabajo, las reflexiones estarán dirigidas a identificar obstáculos procesales, así como vicios argumentativos y sesgos interpretativos utilizados por el TCP para denegar la tutela a los pueblos indígenas o para obstaculizar su acceso a la justicia constitucional. En síntesis, dicho análisis no determinará si en cada caso concreto debiera concederse o denegarse la tutela en el marco del problema jurídico sustantivo que plantee el caso concreto.

3.- Caso comunidad Cahua Chico (La Paz): La interdependencia entre el derecho a la libre existencia y la personería jurídica para pueblos indígenas

Cronológicamente, el primera caso hace referencia a la acción popular resuelta a través de la SCP 1971/2011-R de 7 de diciembre [751]. En este caso, el defensor del pueblo, en representación de la comunidad Cahua Chico, ubicada en la provincia Murillo (La Paz), activó este mecanismo tutelar en contra de la agente municipal del cantón Zongo, debido a su rechazo, por tres veces consecutivas, del trámite de solicitud de reconocimiento de personalidad jurídica realizado por esta comunidad.

De acuerdo a la demanda de acción popular, este rechazo se debería a un supuesto incumplimiento de requisitos legales establecidos en el art. 8 del Reglamento de Registro de Personalidad Jurídica, aprobado mediante Ordenanza Municipal OM 270/06.

La parte accionante alegó que, a pesar de haberse cumplido con todas las exigencias de la citada normativa, la arbitraria negativa de proseguir con el trámite administrativo de

[751] Esta decisión fue suscrita por los siguientes magistrados: Ernesto Félix Mur, Marco Antonio Baldivieso Jinés, Eve Carmen Mamani Roldán y Lili Marciana Tarquino López.

solicitud de personería iniciado por la comunidad Cahua Chico, implicaría una violación a su derecho colectivo a la libre existencia y la colocaría en una situación de flagrante indefensión por falta de reconocimiento de su personalidad jurídica.

El TCP, mediante SCP 1971/2011-R de 7 de diciembre, aprobó la resolución del juez de garantías y denegó la tutela sin analizar el problema jurídico sustantivo que planteó el caso concreto. Esta SCP, en su argumentación, primero invocó el alcance a la acción popular establecido por la SCP 0788/2011-R y, posteriormente, de manera taxativa señaló:

> …la acción popular excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares, en ese entendido y conforme ya se mencionó; en el memorial de demanda de la presente acción, relata únicamente lo relacionado con la vulneración del derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad de Cahua Chico, derecho que no se encuentra dentro del ámbito de tutela de esta acción, pues la norma constitucional hace referencia, de manera específica los derechos a ser tutelados vía acción popular; advirtiéndose en definitiva que el derecho alegado como vulnerado no es de naturaleza colectiva al ser un derecho subjetivo, por lo tanto su ámbito de protección queda reservado para la acción de amparo constitucional y no así para la acción popular, como se pretende en el presente caso, aspecto que determina la denegatoria de la tutela impetrada, al haber la Defensora del Pueblo equivocado la vía (FJ III.3.2).

En base a este endendimiento, se denegó la tutela sin ingresar al análisis de fondo del problema jurídico sustantivo planteado en esta acción popular.

Esta decisión, la primera vinculada a derechos colectivos de un pueblo indígena desde la vigencia de la Constitución de 2009 es, en términos argumentales, absolutamente arbitraria y denota un sesgo monocultural del TCP que se advierte a partir de una argumentación jurídica viciada.

En efecto, alegar que la petición de tutela vinculada a la libre existencia por una supuesta omisión arbitraria del reconocimiento de personería jurídica a un pueblo indígena es una «motivacion meramente subjetiva o particular», carece de toda razonabilidad por no tener sustento en una pauta constitucionalizada de interpretación y es contraria al sentido mismo del derecho a la libre existencia de los pueblos indígenas consagrado en el artículo 30.II.1 de la Constitución.

De la misma forma, la afirmación en virtud de la cual el derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad de Cahua Chico no se encontraría dentro del ámbito de tutela de la acción popular por ser un supuesto derecho de naturaleza individual, carece de razonabilidad argumentativa y es contrario a la naturaleza procesal de la acción popular disciplinada en el artículo 135 de la Constitución.

En efecto, de acuerdo a lo señalado, el TCP brindó un alcance no solo restrictivo, sino contrario al sentido mismo del ámbito de protección de la acción popular contenido en el artículo 135 de la Constitución. En este contexto, el razonamiento transcrito incurrió en graves vicios argumentativos contrarios al modelo polifónico de justicia constitucional, destinados a denegar arbitrariamente la tutela a un pueblo indígena, lo que evidencia

que la visión de un constitucionalismo monocultural y excluyente al acceso a la justicia en los términos descritos en el capítulo tercero no ha cambiado del todo, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009 y del diseño constitucional de un Estado Plurinacional.

Para una mayor argumentación en cuanto a la arbitrariedad de esta sentencia, es preciso señalar que el art. 135 de la Constitución, de manera textual reza:

> La Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución.

De acuerdo con la previsión constitucional transcrita, y conforme con el principio de unidad constitucional y la interpretación extensiva a derechos de acuerdo a pautas constitucionalizadas de interpretación —como la progresividad y favorabilidad, contendidas en los arts. 13.I, 14.II y 256 de la Constitución, las cuales fueron descritas en el capítulo cuarto de este trabajo [752]—, el TCP, al brindar una interpretación restrictiva a esta disposición constitucional que restringe la tutela vía acción popular de derechos de los pueblos indígenas como el de la libre existencia vinculada al reconocimiento de la personería jurídica, incurrió en un grave vicio argumentativo que torna arbitraria a esta SCP, decisión que, tal como se señaló, es todavía más cuestionable en un Estado Plurinacional, en el cual, el modelo constitucional tiene sustento en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

En este contexto, la restricción al derecho colectivo a la libre existencia de un pueblo indígena no tiene sustento en ninguna de estas pautas constitucionalizadas de interpretación, lo que procesalmente implica una decisión arbitraria que desconoce el catálogo abierto de derechos colectivos consagrados en el art. 30 de la Constitución. Este artículo, en su parágrafo segundo, numeral primero, reconoce, como derecho colectivo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su derecho a la libre existencia, derecho colectivo que también se encuentra consagrado en el bloque de constitucionalidad vigente. Este derecho colectivo, a través de argumentaciones jurídicas plurales y métodos dialógicos coherentes con el modelo polifónico de justicia constitucional, debe ser materializado por el TCP a través de la acción popular, por estar dentro de su ámbito de protección [753].

Por lo señalado, no cabe duda de que el derecho a la libre existencia invocado como lesionado en esta acción popular y que en el problema jurídico que plantea el caso con-

---

752 Ver el numeral sexto del capítulo cuarto.

753 En el capítulo cuarto, numeral quinto, se desarrolló la doctrina del bloque de constitucionalidad, el cual, como ya se señaló, desde la interpretación del TCP, integra los derechos contenidos en la Constitución, en los Tratados Internacionales referentes a Derechos Humanos y en los estándares internacionales de protección a derechos. Asimismo, en el capítulo quinto, numeral 3.2, desde el andamiaje procesal de los modelos polifónicos de justicia constitucional, se desarrollaron los alcances de la argumentación jurídica plural en aras de construcciones plurales de derechos.

creto es interdependiente al derecho a la personalidad jurídica de un pueblo indígena [754], se encuentra dentro del ámbito de protección de esta mecanismo tutelar, por lo que el TCP, en vez de desarrollar un criterio de orden procesal constitucional que implica una arbitraria denegación al acceso a la justicia constitucional de un pueblo indígena, debió ingresar al análisis del problema sustantivo que planteaba el caso concreto e, incluso, en el marco del principio de interdependencia de derechos y del principio *iura novit curia*, contenidos en el artículo 13.I de la Constitución —tal como se describió en el capítulo cuarto [755]— debió realizar una construcción plural destinada a la protección no solo de este derecho, sino de los otros derechos colectivos que por interdependencia con el derecho a la libre existencia podrían estar afectados en este caso [756].

Por las razones expuestas, se colige que la SCP 1971/2011-R de 7 de diciembre, refleja la impronta monocultural del TCP que se manifiesta a través de una argumentación jurídica arbitraria destinada a denegar el acceso a la justicia constitucional a un pueblo indígena a pesar de la vigencia de una Constitución que se enmarca en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización; lo que, además evidencia, que los presupuestos de orden procesal constitucional aplicables a la acción popular no son aplicados desde un enfoque descolonizador y emancipatorio.

4.- Caso comunidad Villa Flor de Pucara (Cochabamba): La omisión de métodos dialógicos para la ponderación intercultural

En el marco del análisis dinámico de jurisprudencia realizado, se ha identificado la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, como otra decisión que, desde la perspectiva procesal constitucional, no es coherente con los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador [757].

En esta acción, los accionantes, en su condición de representantes legales de la OTB Comunidad Villa Flor de Pucara, sostuvieron que el alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Anzaldo del departamento de Cochabamba vulneró los derechos colectivos de su comunidad, entre ellos al acceso al agua y otros contenidos en los arts. 20.I y II; 30.II

---

754 Tal como se señaló en el capítulo séptimo. Posteriormente, el TCP, en la SCP 0645/2012 de 23 de julio, estableció que se debe garantizar a los pueblos indígenas el derecho a la autoidentificación en el marco de la aplicación directa del art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, lo que implica que no se requiere del reconocimiento de su personalidad jurídica por el Estado; sin embargo, cuando los pueblos indígenas, de manera voluntaria, como en este caso, deciden someterse a un trámite administrativo para el reconocimiento de su personería, éste es un derecho colectivo interdependiente al derecho a la libre existencia consagrado en el artículo 30.II.1 de la Constitución.

755 Ver el capítulo cuarto, numeral 6.c.

756 Al ser esta la primera acción popular presentada para el resguardo de derechos colectivos de un pueblo indígena, las construcciones plurales que debieron ser realizadas hubieran sido esenciales para establecer estándares jurisprudenciales más altos de acuerdo a lo establecido por la doctrina del estándar jurisprudencial más alto, desarrollada por la SCP 2233/2013, la cual fue desarrollada en el capítulo sexto, numeral 2, de este trabajo.

757 Esta sentencia fue suscrita por los magistrados Ruddy José Flores Monterrey y Neldy Andrade Martínez. La magistrada Mónica Velásquez Castaños fue de voto disidente.

numerales 4, 5, 15, 16 y 17; 373.I y II; 374.I y II; 403.I y II de la Constitución [758], por no haber incluido a la comunidad accionante en el proyecto del sistema de agua potable de la Comunidad Jatun Pampa, lo que, además, implicó su exclusión en la coparticipación en el 50% de producción de agua potable en el proyecto. Además, se denunció que dicha exclusión fue relizada sin una consulta previa, ignorando que la comunidad es propietaria original de la vertiende u ojo de agua de la cual se ejecuta el referido proyecto.

El TCP denegó la acción popular porque el proyecto «Sistema de agua potable Jatun Pampa» fue gestionado por los representantes de dicha comunidad, al menos desde el año 2009, e incluso para su efectivización se modificó el presupuesto, comprometiéndose dicha comunidad ante el resto de comunidades a no beneficiarse con proyecto alguno en las gestiones 2012 y 2013, «…no resultando lógico para este Tribunal que la OTB Comunidad Villa Flor de Pucara, recién haya tenido conocimiento del mismo y que pretenda beneficiarse de las gestiones y del presupuesto de la Comunidad Jatun Pampa» (FJ III.4).

Desde el punto de vista procesal constitucional, considerando que la acción popular debe ser analizada a partir de presupuestos descolonizadores y emancipaorios para así dar voz en la defensa de derechos a los históricamente oprimidos, en el caso concreto, se observa que, argumentativamente, la referida SCP omitió identificar, de manera clara y en su integridad, los dos problemas jurídicos de orden sustantivo que planteó el caso concreto.

En efecto, el primer problema jurídico sustantivo que planteó el caso concreto fue la supuesta omisión de participación de la comunidad Villa Flor de Pucara en la gestión y aprovechamiento de recursos renovables, como el agua, en el el caso concreto proyecto

[758] El artículo 20.I establece que toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. El numeral segundo establece que es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básico a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria, con participación y control social. El art. 30 establece el catálogo de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El artículo 374.I de la Constitución establece que el Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos. El segundo parágrafo de esta disposición establece que el Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originario campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua. El art. 403 de la Constitución, en su primer parágrafo, señala: «Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades». El segundo numeral establece: «El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos».

Sistema de agua potable Jatun Pampa, el cual hubiera beneficado únicamente a esta comunidad, vulnerando así los derechos colectivos de la comunidad Villa Flor de Pucara, consagrados en el art. 30 de la Constitución, en interdependencia con los arts. 374 y 403 del texto constitucional.

Además, el segundo problema jurídico que se planteó en esta acción popular versó sobre la supuesta omisión de realizar la consulta previa a la comunidad Villa Flor de Pucara para la planificación y ejecución de este proyecto.

En este orden, procesalmente y de acuerdo al modelo polifónico de justicia constitucional desarrollado en el capítulo quinto [759], los problemas jurídicos sustantivos planteados en este caso concreto debieron utilizar mecanismos dialógicos para la construcción plural de derechos de acuerdo a lo señalado en este trabajo [760], entre éstos, los diálogos interculturales e interjurisdiccionales. Asimismo, tanto el TCP como el juez de garantías debieron utilizar otros mecanismos complementarios esenciales para una argumentación jurídica plural, una ponderación intercultural y una construcción plural de derechos como, por ejemplo, los peritajes antropológico-culturales, con la finalidad de que los resultados interpretativos tengan consistencia plena con los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Las herramientas de orden procesal constitucional señaladas eran esenciales para este caso concreto, ya que los problemas jurídicos planteados conllevan una colisión de derechos entre comunidades indígenas que en un Estado Plurinacional como es el caso de Bolivia, debe ser resuelta de acuerdo a los ejes rectores de un modelo polifónico de justicia constitucional, para así realizar la labor de ponderación intercultural destinada a brindar un resultado interpretativo coherente con el bloque de constitucionalidad y con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización para restuarar el equilibrio y la armonía para Vivir Bien [761].

Lamentablemente, tanto el Juez de garantías como el TCP omitieron identificar en su integridad y con claridad los dos problemas jurídicos de orden sustantivo que planteaba el caso concreto; asimismo, omitieron utilizar métodos dialógicos propios de un modelo polifónico de justicia constitucinal y, por ende, no realizaron una labor de ponderación intercultural destinada a emitir una decisión que restaure el equilibrio y la armonía comunitaria de acuerdo con la finalidad procesal de la acción popular como mecanismo tutelar descolonizador y emancipatorio.

Más bien, desde un sesgo monocultural y a partir de una interpretación formal basada en docuentación presentada por la parte demandada, es decir, el alcalde del municipio de Anzaldo, que no refleja de manera directa la voz de los históricamente oprimidos, el TCP señaló:

---

759 Ver capítulo quinto, numeral 3.

760 *Ibid.*, ver numeral 3.3.

761 *Ibid.*, numeral 3.2.

> …del análisis del diseño del referido proyecto y sus antecedentes, no se extrae que el tratamiento que se otorga al agua como bien escaso en el caso concreto, sea fruto de una política pública municipal irracional o discriminatoria, es decir, como efecto de su ejecución no le priva de la posibilidad de que la comunidad Villa Flor de Pucara u otras comunidades adyacentes puedan acceder a otras fuentes de provisión del líquido elemento o que se trate de un pueblo indígena originario campesino y el agua que disputan sea utilizado o esté relacionado a usos, costumbres o creencias (derecho fundamental al agua en su dimensión colectiva como derecho colectivo Fundamento Jurídico III.3.1 de esta Sentencia) o que la ejecución del proyecto amenace al medio ambiente y/o al ecosistema del lugar (derecho fundamentalísimo al agua como derecho difuso conforme se vio en el Fundamento Jurídico III.3.2. de la presente) (SCP 0176/2012, FJ III.4, de 14 de mayo).

El razonamiento transcrito, sin duda contiene una impronta argumentativa monocultural, porque para sustentar la inexistencia de una política pública discriminatoria, tal como se argumentó en el cuarto capítulo de este trabajo, luego de la labor de ponderación intercutlutal, debió utilizarse en la argumentación el test de razonabilidad y proporcionalidad con enfoque intercultural, ya que la simple alegación de la inexistencia de un trato discriminatorio no cumple con exigencias argumentativas que requiere la cláusula de no discriminación contenida en el artículo 14.II de la Constitución [762].

Además, la conclusión asumida por el máximo contralor de constitucionalidad no consideró de manera directa la voz de los históricamente oprimidos, por lo que el transcrito razonamiento judicial materializa nuevamente una forma de colonización de la justicia constitucional a través de metódos monoculturales y formalistas que están destinados a denegar el acceso a la justicia y la prevalencia de la justicia material para pueblos indígenas a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009, la cual consagra la directa justiciabilidad de derechos de los pueblos indígenas [763].

Debe agregarse, además, que, en este caso, por un razonamiento evidentemente monocultural y exento de mecanismos dialógicos, se perdió la oportunidad de sentar las bases jurisprudenciales para un activismo judicial que, en el marco de mecanismos diálogicos, incida a través de mandatos de prevención o de restauración, en políticas públicas con enfoque intercultural y acordes con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Siguiendo con el análisis de esta SPC, debe también advertirse que la misma señala lo siguiente: «…las gestiones y el beneficio de acceder a un sistema de agua potable por parte de la Comunidad Jatun Pampa no constituye per se una lesión al derecho colectivo de la OTB Comunidad Villa Flor de Pucara (FJ III.4)».

---

762 Este test fue desarrollado de manera específica a la luz de la cláusula de igualdad en un Estado Plurinacional en el capítulo cuarto, numeral 8.5.

763 En el capítulo cuarto de este trabajo de tesis se desarrollaron los alcances del artículo 109.1 de la Constitución, a la luz de la aplicación directa de derechos y la interpretación *conforme* en el Estado Plurinacional de Bolivia (ver numeral 6).

Evidentemente, éste es otro razonamiento que no emerge de mecanismos dialógicos, además de no considerar un pluralismo jurídico de tipo igualitario ni las diferentes cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que deben incidir en las construcciones plurales de derechos a través de pautas interculturales de interpretación. Por el contrario, este razonamiento es el resultado de un criterio subjetivo del intérprete, emergente de una omisión de identificación con claridad y en su integridad de los problemas jurídicos sustantivos que planteó el caso concreto y que evidencia vicios argumentativos que generan resultados interpretativos arbitrarios, dirigidos a silenciar las voces de los históricamente oprimidos a través de denegatorias de tutela constitucional.

Respecto a la denuncia sobre la negativa de la autoridad demandada de incluir en el proyecto del sistema de agua potable de la comunidad Jatun Pampa a los miembros de la OTB Comunidad Villa Flor de Pucara y otorgarles la coparticipación en el 50% de la producción de agua potable en el citado proyecto, el TCP fundamentó su ánalisis únicamente en el informe de la autoridad demandada, sin ninguna ponderación contextualizada en mecanismos dialógicos, concluyendo que, según se evidencia:

> …en el diseño, el mismo fue concebido con un determinado presupuesto, con un alcance poblacional establecido encontrándose además avanzado en su ejecución lo que impide su ampliación, aspecto que en el hipotético caso de darse incluso haría inviable el proyecto, con el inminente e innecesario perjuicio y cesión al derecho al agua de la Comunidad Jatun Pampa (FJ III.4).

Nótese que, de manera arbitraria, se omite abordar la temática de la planificación dialógica de proyectos entre comunidades, que era un aspecto esencial que debía ser abordado en el marco de los problemas jurídicos sustantivos planteados. Tampoco se aborda la denuncia sobre la omisión de consulta previa, otro aspecto esencial que debió ser analizado en esta SCP.

A pesar del razonamiento anotado, esta sentencia señala:

> No obstante lo mencionado, por la naturaleza del derecho al agua y su íntima relación con el bien común y el Vivir Bien, corresponde en la parte dispositiva de esta Sentencia recordar a la autoridad demandada su deber y posición de garante en el ámbito de sus competencias en la protección y garantía de los derechos humanos de la OTB «Comunidad Villa Flor de Pucara» (FJ III.4).

En este marco, a pesar de denegar la tutela, el TCP exhortó al Gobierno Autónomo Municipal de Anzaldo a lo siguiente:

> …siempre y cuando los representantes de la OTB «Comunidad Villa Flor de Pucara» así lo sociciten, a través de los mecanismos participativos establecidos por la Constitución Política del Estado y la ley, gestione con la debida diligencia, un programa a favor de acceso colectivo al agua potable, acorde con la preservación del medio ambiente y el derecho de las futuras generaciones (Parte dispositiva).

Como puede evidenciarse, se denegó la tutela a la comunidad Villa Flor de Pucara y, contradictoriamente, se exhortó a la utilización de mecanismos dialógicos siempre a solicitud de la parte accionante, criterio no solo contradictorio con el contenido de la sentencia, sino ineficaz para la vigencia de derechos colectivos, ya que, tal como se señaló en el capítulo sexto de este trabajo [764], el modelo polifónico de justicia constitucional debe superar la lógica de las exhortaciones por su esencia méramente simbólica y poco efectiva en el control tutelar de constitucionalidad, y más bien, en coherencia con los principios rectores del modelo constitucional y de un activismo judicial acorde al diseño vigente, debe implementar, con enfoque intercultural, mandatos de prevención, de restauración, de reparación, entre otros; los cuales, por la denegatoria de tutela no fueron realizados por el TCP y que hubieran sido esenciales para el restablecimiento de la armonía y el equilibrio comunitario.

5.- Caso de la comunidad La Tamborada (Cochabamba): El deber de reconducción procesal de la legitimación pasiva

Otro caso identificado como contrario al modelo constitucional vigente se encuentra en la SCP 2057/2012 de 8 de noviembre [765]. En esta acción popular activada por la Asociación Agropecuaria «Fracción Forestal» La Tamborada, perteneciente a la comunidad campesina La Tamborada del Cantón Ítocta, provincia Cercado del departamento de Cochabamba, contra el director nacional del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA). Los accionantes sostuvieron que la comunidad identificada con esta asociación, desde hace más de 50 años estuvieron en posesión continua, pacífica e ininterrumpida de tierras comunitarias dedicadas al pastoreo y labores agropecuarias, por lo que, con la finalidad de proceder al saneamiento de esas tierras, formularon demanda de adhesión al trámite de saneamiento simple a pedido de parte iniciado por la Universidad Mayor de San Simón (UMSS)de Cochabamba, para que esas áreas de pastoreo colectivas sean parte del proceso a efecto de titulación, petición que fue rechazada por el director departamental del INRA-Cochabamba.

En el contexto citado denunciaron que, posteriormente, se cambió por la modalidad de saneamiento simple de oficio, en la cual, en el proceso de conciliación se les denegó la participación en condición de originarios campesinos de la Fracción Forestal, por lo que, posteriormente, sin haber sido escuchados, se emitió Resolución Final de Saneamiento por la cual se les despojó de sus dos parcelas de tierras colectivas.

Se alegó también que, posteriormente, el entonces presidente Evo Morales Ayma y la ministra de Desarrollo Rural y Tierras, al advertir errores en dicha resolución, ordenaron su rectificación, por lo que se enmendó la parte considerativa y resolutiva correspondiente al predio La Tamborada «Fracción Forestal», a pesar de ello, se procedió al despojo de sus tierras comunales, por lo que se hubiera vulnerado los derechos a la titulación colectiva

764 Ver capítulo sexto, numeral 6.2.

765 Esta resolución fue suscrita por los magistrados Soraida Rosario Chánez Chiré y Efrén Choque Capuma.

de tierras consagrado por el art. 30.II núm. 6 de la CPE en relación con al art. 13 núm. 1 y 3 del Convenio 169 de la OIT.

El TCP, en revisión, denegó la acción popular por falta de legitimación pasiva, ya que, de acuerdo a esta decisión, no se hubiera activado la acción contra el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, autoridad que emitió las resoluciones supremas cuestionadas (SCP 2057/2012, FJ III.4, de 8 de noviembre).

Desde una perspectiva procesal constitucional descolonizadora y emancipatoria, ésta es una decisión absolutamente arbitraria por dos razones: en primer lugar, porque si el TCP consideraba que esta autoridad tendría legitimación pasiva en esta acción popular, de acuerdo al principio de máxima flexibilidad que rige esta acción, tal como se desarrolló en el capítulo sexto de este trabajo [766], debió flexibilizar y reconducir la legitimación pasiva para asegurar así la prevalencia de la justicia material que podría estar obstaculizada por aspectos formales, para luego ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo, más aún porque en un Estado Plurinacional en el cual se consagra una justicia plural y un expedito acceso a la justicia, la flexibilización procesal debe realizarse de manera obligatoria en relación a peticiones de pueblos indígenas, tal como lo estableció la SCP 0645/2012 de 23 de julio [767].

La decisión analizada está vinculada con el derecho a la territorialidad de un pueblo indígena, el cual no fue considerado por formalismos y ritualismos extremos del TCP, el cual, por una supuesta falta de legitimación pasiva no ingresó al análisis del problema sustantivo. Evidentemente, ésta es otra prueba de la impronta monocultural del TCP y otro caso en el cual prevalece la forma frente a la efectividad de derechos de naturaleza colectiva.

6.- Las denuncias sobre derechos colectivos vinculadas al TIPNIS (La Paz): Crónica del silenciamiento a los históricamente oprimidos

El conflicto sobre el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS), tal como se argumentará en este acápite, evidencia la impronta monocultural del TCP en un escenario de hiperpresidencialismo y de profundos cuestionamientos a la independencia del máximo contralor de constitucionalidad en el Estado Plurinacional de Bolivia, tal como se demostrará en el análisis de jurisprudencia.

En las demandas de los pueblos indígenas del TIPNIS, jurisprudencialmente, se tiene un primer hito en la SCP 0300/2012 de 18 de junio de 2012 [768]. Esta sentencia emergió de acciones acumuladas de inconstitucionalidad abstracta presentadas, la primera, por

---

766 Ver capítulo cuarto, numeral 4.

767 Ver capítulo sexto, numeral 4. Tal como se evidenció en este capítulo de tesis, posteriormente, el TCP, en la SCP 1560/2014 de 1 de agosto, en el marco del principio de máximo informalismo, procedió a la reconducción procesal de la legitimación pasiva e ingresó al análisis de fondo del problema jurídico sustantivo que planteó el caso concreto. Ver numeral 6.1.

768 Esta SCP fue suscrita por los magistrados: Ruddy Flores Monterrey, Efren Choque Capuma, Neldy Virginia Andrade Martínez, Soraida Rosario Chánez Chire, Mirtha Camacho Quiroga y Lígia Mónica Velásquez Castaños.

los diputados de la Asamblea Legisltava Plurinacional (ALP), Miguel Ángel Ruíz Morales y Zonia Guardia Melgar, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3 y 4 de la Ley 180 de 24 de octubre de 2011, por su supuesta incompatibidad con los arts. 7, 11.I y II, 13.I, 17, 18, 19, 20, 30, 35, 36.I, 37, 77.I y 82.I de la Constitución, así como de los arts. XI y XII de la Declaración Americana de Derechos Humanos; art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y arts. 3, 4, 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador.

La segunda acción de inconstitucionalidad abstracta acumulada, fue presentada por Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, también diputados de la ALP, demandando la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3, 4 inc. a), 5, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 222 de 10 de febrero de 2012, por ser contrarios a los arts. 2, 13.I, 14.V, 30.II.15 y III, 108, 403, 410 parágrafo II de la Constitución; 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969; 6 del Convenio 169 de la OIT; y, 19 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para contextualizar la problemática, es importante señalar que la Ley 180 de 24 de octubre de 2011, en su art. 1.III declaró al Territorio Indígenal y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS), como zona intangible. En este marco, el art. 3 señala: «Se dispone que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, como cualquier otra, no atravesará el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure-TIPNIS».

Por su parte, el art. 4 de esta ley señala: «Dado el carácter intangible del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure-TIPNIS se deberán adoptar las medidas legales correspondientes que permitan revertir, anular o dejar sin efecto los actos que contravengan a esta naturaleza jurídica».

En la primera acción, los accionantes señalaron que la declaratoria de intangibilidad del TIPNIS imposibilitará el desarrollo de políticas, programas o proyectos de desarrollo, lo que restringiría los planes de manejo de los pueblos indígenas que, legítimamente, habitan este territorio. En este marco, argumentaron que dicha declaratoria de intangibilidad constituye una negación conceptual al cumplimiento pleno y efectivo de las obligaciones del Estado para con la sociedad y, en especial, con las comunidades Chimanes, Mojeño-Trinitarias y Yuracarés, al impedir, por vía normativa, que el Estado cumpla sus obligaciones como las de construir unidades educativas u hospitales, al interior del TIPNIS, lo que implicaría una flagrante vulneración a los derechos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, la Ley 222, en su artículo 1, establece que su objeto es la convocatoria al proceso de Consulta Previa Libre e Informada a los pueblos indígenas del TIPNIS, así como establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos. El art. 3 de esta ley estabece:

> La Consulta Previa Libre e Informada se realizará en el ámbito de las comunidades indígena originario campesinas Mojeño-Trinitarias, Chimanes y Yuracarés, que habitan el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS), en su doble categoría de Territorio Indígena y Área Protegida, respetando sus normas y procedimientos propios.

El art. 4, también cuestionado en esta segunda acción de inconstitucionalidad abstracta, establece la finalidad de la consulta, la cual, en términos de la norma, será lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional y los pueblos indígena originairo campesinos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré. Entre estos asuntos, el inciso a) se refiere a la definición del carácter tangible o intangible del TIPNIS, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos referidos pueblos indígenas, así como la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos.

Asimismo, art. 6 de esta ley (cuestionado por la segunda acción de inconstitucionalidad) establece que los ministerios de Medio Ambiente y Agua y de Obras Públicas, Servicios y Vivienda serán los encargados de llevar adelante el proceso de consulta previa, libre e informada, en coordinación con las comunidades mojeño-trinitarias, chimanes y yuracarés, respetando sus normas y procedimientos propios. El numeral III establece que el Órgano Ejecutivo, a través de los ministerios correspondientes, está obligado a brindar la información detallada de manera oportuna, a fin de garantizar que el proceso de consluta sea de buena fe, libre, informado, participativo y transparente.

En relación a estas disposiciones y las demás denunciadas como inconstitucionales, los accionantes señalaron que la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, que sería la finalidad de la consulta previa en la Ley 222, tendría antecedentes legales y fácticos contrarios a un proceso de consulta previa. Entre éstos menciona la Ley 3477 de 22 de septiembre de 2006, que declaró de prioridad nacional la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, sin haberse determinado previamente los requisitos de viabilidad para la construcción de esta carretera. Luego, los accionantes afirmaron que la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) emitió la convocatoria a licitación pública para el estudio de factibilidad de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, en el marco de la cual, en marzo, se emitió el Documento Base de Contratación (DBC) para la «Contratación de Obras con Financiamiento del Proponente, bajo la modalidad de Llave en Mano, para la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos de la Ruta F-24», documento que consignó el trazo de la referida carretera en un solo tramo y sin la fragmentación de tramos denominados I, II y III.

Posteriormente, refirieron que la ABC, en el marco de la Licitación Pública Internacional LPI-001/2008, adjudicó la construcción de la citada carretera, mediante Resolución RPC 0154/2008 de 1 de agosto, a la empresa constructora OAS Ltda., y, posteriormente, suscribió el contrato ABC 218/08 GCT-OBR-BNDES el 4 de agosto de 2008. Posteriormente, el 22 de agosto de 2009 se suscribió el contrato de financiamiento de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, entre el Ministerio de Planificación del Gobierno de Bolivia y el Banco de Desarrollo del Brasil (BANDES), ABC y OAS.

Los accionantes denunciaron, también, que el contrato y la construcción de la carretera se encontraban en ese momento en ejecución, lo que evidenciaría la existencia de actos legislativos y administrativos que fueron aplicados previamente a la promulgación de la Ley 222, lo que desvirtuaría el carácter previo de la consulta; asimismo, refirieron que la ley cuestionada estableció el carácter libre de la consulta, sin embargo, este precepto no sería contrario a la Constitución en el caso del TIPNIS, porque los actos previos

ya fueron determinados por el Estado, a pesar de la octava marcha indígena que realizó el recorrido desde la ciudad de Trinidad hasta la ciudad de La Paz y que hizo conocer, por su libre determinación y en defensa de su territorio, el rechazo a la construcción de la citada carretera [769].

Asimismo, se señaló que, mediante Resolución Suprema RS de 13 de febrero de 2009, se expidió el Título Ejecutorial TCO-NAL-000229, a través del cual se acreditó la propiedad colectiva de este territorio en una extensión de 1.091.656 hectáreas, a la Subcentral del TIPNIS. En este contexto, se denunció la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 222 porque la consulta establecida en esta norma se efectuaría a personas que no forman parte de los pueblos indígenas propietarios de la TCO, pues los únicos que podrían ser consultados son los pertenecientes a la Subcentral TIPNIS, por lo que la pretensión normativa de incluir a otros actores sociales que invadieron el Parque Nacional y territorio indígena sería inconstitucional.

Denunciaron también la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 8 de la Ley 222, por el papel del Órgano Electoral Plurinacional en la observación, acompañamiento e informe de la consulta, ya que de acuerdo al art. 30.II.15 de la Constitución, la consulta a los pueblos indígenas debe ser realizada a través de sus propioas instituciones. Asimismo, denunciaron la inconstitucionalidad del art. 9, ya que los plazos y etapas de la consulta deben ser fijados por el pueblo indígena consultado y no así por el Estado.

Se alegó también que el artículo 4.a) de la cuestionada ley, vulneraría el artículo 14.IV de la Constitución porque podría alterar el carácter intangible del TIPNIS. En este sentido, argumentaron que el carácter de intangibilidad no podría ser modificado.

El TCP resolvió las acciones de inconstitucionalidad abstractas acumuladas a través de la SCP 0300/2012 de 18 de junio, declarando:

> La improcedencia de la primera acción de inconstitucionalidad abstracta;
>
> La constitucionalidad del art. 1 de la Ley 222 en cuanto a: «La presente Ley tiene por objeto convocar al proceso de Consulta Previa Libre e Informada a los pueblos indígenas del TIPNIS» y del art. 7 de la Ley 222;
>
> La constitucionalidad condicionada del art. 1 en cuanto a la frase: «…y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos» y de los arts. 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, condicionada a su concertación de acuerdo a la interpretación realizada en esta sentencia;

[769] De manera expresa, en esta acción de inconstitucionalidad concreta, se señaló que: «Las manifestaciones contra la construcción de la carretera no solo se dejaron escuchar en su territorio, sino también en toda la población boliviana misma que brindó su apoyo, situación que derivó en la aprobación, sanción y publicación de la ley 180, en cuyo art. 1 se declaró el carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable, irreversible e intangible del TIPNIS; sin embargo, en desconocimiento absoluto de la manifestación de rechazo de los pueblos indígenas, fraguando la categoría de 'consulta libre', se pretende cambiar la absoluta oposición indígena y nacional a la contrucción de la carretera, lo que vulnera la disposición constitucional de la libre determinación y territorialidad consagrada en el art. 2 de la CPE» (SCP 0300/2012, I.1.b, de 18 de junio).

La improcedencia de la acción respecto al artículo octavo;

Se instó a los pueblos indígena originario campesinos habitantes del TIPNIS a que, en ejercicio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta, propiciando, para ello, al interior de sus comunidades, un proceso de concertación en el que se establezcan sus prioridades respecto al proceso en sí de consulta, las cuales se verán reflejadas al momento de desarrollarse el diálogo entre partes;

Se exhortó a la ALP a ser coadyuvante en la facilitación de la concertación y en la configuración posterior de los acuerdos asumidos;

Se estableció también que el Órgano Ejecutivo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y en resguardo de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, debe propiciar y facilitar el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de que, a partir de la concertación, no solo se desarrolle la consulta, sino que se concreten todos los planes y proyectos, y que éstos no sean únicamente de beneficio de dichos pueblos, sino también del interés nacional.

Además, se señaló: «Ante el incumplimiento de los términos desarrollados en la citada Sentencia, referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas.

Ahora bien, metodológicamente, para analizar la parte dispositiva de la referida SCP, se reflexionará de manera específica en cuanto a la parte genérica de los fundamentos jurídicos y luego se analizará la parte en la cual se realizó el test de constitucionalidad, revisión que tendrá la finalidad de plantear algunas precisiones de orden procesal constitucional, en el marco del objeto de este trabajo.

Entonces, de acuerdo a los lineamientos establecidos, debe señalarse que la citada SCP, en el FJ III.1, desarrolló las bases del constitucionalismo plurinacional e intercultural, razonamiento que jurisprudencialmente se configura como doctrina jurisprudencial acorde con el diseño constitucional vigente y se encuentra en armonía con los postulados desarrolados en el capítulo quinto de este trabajo [770].

Posteriormente, en el marco de un análisis dinámico de jurisprudencia, se desarrolló el alcance del control normativo de constitucionalidad (FJ III.2), razonamiento compatible al bloque de constitucionalidad. También, se estableció al territorio como uno de los criterios para la definición de pueblo indígena (FJ III.3) [771].

[770] Ver capítulo cuarto, numeral 4.

[771] Desde el derecho al territorio, en el marco de un análisis dinámico de jurisprudencia, se señaló que: «… uno de los elementos que caracterizan a la nación y pueblo indígena originario campesino es la territorialidad, y de ahí que las normas inernacionales y la propia Constitución Política del Estado, incidan

Luego, en el marco del Convenio 169 de la OIT, en sus arts. 7 [772]; 13 [773]; y, 14 [774]; así como de los arts 27 y 28.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas [775], y en coherencia con el precedente en vigor contenido en la SC 2003/2010-R de 25 de octubre, la referida sentencia concluyó señalando que

> …el derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica, es decir, este derecho implica la obligación del propio Estado a respetar tales territorios al grado de que si existe la necesidad de explotación de un recurso natural no renovable o la realización de un proyecto, o mega proyecto, de necesidad general, como la construcción de una hidroeléctrica o una carretera, dentro de territorios pertenecientes a un determinado pueblo indígena, o a varios pueblos originarios, el Estado está obligado a efectuar una consulta de carácter previo a la realización del proyecto, y naturalmente, al comienzo de las obras dentro del territorio indígena, el no hacerlo de esa manera genera una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas al derecho de la consulta, tal y como se verá en el siguiente fundamento jurídico (FJ III.3).

---

en el reconocimiento de los derechos sobre los territorios que ancestralmente ocupan» (SCP 300/2012; FJ III.3).

772 El Convenio 169 de la OIT, en su art. 7, señala: «…los pueblos indígenas deben tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente».

773 El art. 13 del mismo Convenio sostiene que, al aplicar las disposiciones de la Parte II del Convenio (Tierras), los «…gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación». El Convenio adopta una concepción integral del término «tierras», pues, de acuerdo al art. 13.2 dicha denominación incluye «el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera».

774 El art. 14 del Convenio dispone: «Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes».

775 El art. 27 de la misma Declaración, dicta: «Los Estados establecerán y aplicarán conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma». El art. 28.1 de la misma Declaración establece: «Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado».

Hasta este punto, el análsis académico no tiene observación alguna de orden argumentativo, por ser este entendimiento razonable y coherente con el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, siguiendo el análisis de la referida sentencia y antes de ingresar a la parte del test de constitucionalidad, es importante reparar, desde una perspectiva argumentativa, en el resultado interpretativo del Tribunal Constitucional Plurinacional en cuanto al derecho a la consulta previa.

En cuanto a este derecho, el máximo contralor de constitucionalidad invocó el art. 30.II.15 de la Constitución boliviana [776], brindándole *prima facie*, una interpretación extensiva, en los siguientes términos:

> …de una primera lectura del texto citado daría la impresión de que la consulta previa obligatoria solo correspondería cuando se refiera a la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo que cualquier otro procedimiento de consulta que no obedezca a este supuesto sería inconstitucional; sin embargo, la norma previamente citada contiene dos partes: la primera sostiene que el derecho a la consulta que tienen los indígenas cada vez que se prevea medidas legislativas o administrativas que pudieran afectarles, sin que se especifique a qué tipo de medidas se refiere; en la segunda parte se establece que la consulta previa se respeta y garantiza por el Estado respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables, pero sin utilizar un término que afirme que solo en tales casos procede la consulta previa, libre e informada, por lo que dicha norma no está cerrada a tal posibilidad, además de que el propio Estado ha reconocido esa eventualidad al dictar la Ley 222, para definir si es posible o no la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, posibilidad que también es reconocida por los propios Tratados Internacionales sobre esta materia y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*ibid.*: FJ III.4).

El citado entendimiento jurisprudencial, en términos de la SCP 2233/2013 de 16 de diciembre, que tal como se señaló en el capítulo sexto, desarrolló la doctrina del estándar jurisprudencial más alto [777], consagró un precedente en vigor y, por ende, un estándar jurisprudencial más alto en cuanto al alcance de la consulta previa en el Estado Plurinacional de Bolivia, ya que este derecho, de naturaleza colectiva, no se restringe únicamente a actividades de explotación de recursos no renovables, sino a cualquier acto o decisión que pudiera afectar a las naciones y pueblos indígena originario campesinos [778].

---

[776] Este artículo establece el derecho de los pueblos indígenas «a ser consultados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan».

[777] Ver capítulo sexto, numeral 2.

[778] Este criterio fue consagrado inicialmente en la SCP 2003/2010, FJ III.5, de 25 de octubre.

El aspecto citado es esencial porque, al tratarse de un precedente en vigor, el TCP no debería haber brindado, poesteriormente, interpretaciones restrictivas (aunque lamentablemente lo hizo, tal como lo evidenciarán los casos que serán abordados más adelante).

Continuando con el análisis de la SCP 0300/2012 de 18 de junio, debe resaltarse que esta decisión, de manera coherente con criterios interpretativos destinados a justicar la coherencia de una decisión con el bloque de constitucionalidad, desarrolló el deber del Estado a consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instancias representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (FJ III.4). Sin embargo, la observación argumentativa se encuentra en la interpretación del alcance de la consulta realizada por el TCP, ya que, sin una justificación basada en las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en el capítulo cuarto [779], éste desarrolló una subregla jurisprudencial restrictiva al ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, al señalr lo siguiente:

> Sin embargo, se debe aclarar que, cuando se subsana la omisión inicial y, por ejemplo, se lleva adelante la consulta, o se emite una ley disponiendo se efectúe la misma en cumplimiento de la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, dicha norma no puede ser considerada inconstitucional o contraria al bloque de constitucionalidad, pues si bien no es previa y, por lo mismo, existió —como se tiene dicho— una lesión a los derechos de los pueblos indígenas; empero, con esa norma se está dando efectividad a un derecho colectivo aunque sea tardíamente (FJ III.4.1).

El referido entendimiento, en contradicción manifiesta con los estándares internacionales sobre la consulta *previa* [780], y en flagrante vulneración de las pautas constitucionalizadas de interpretación vinculadas a los principios de progresividad y prohibición de regresividad, estableció, jurisprudencialmente, la viabilidad de realizar consultas *ex post* sin ninguna consecuencia reparatoria para el Estado Plurinacional y sin ninguna consecuencia sancionatoria para las autoridades que incumplan este deber; entendimiento nefasto, no solo porque implica el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de respeto y garantía de buena fe a obligaciones internacionales, sino porque materializa una mutación constitucional vía jurisprudencial, lo que socaba los pilares mismos del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho, porque, la voluntad del constituyente boliviano, reunido en una histórica Asamblea Constituyente Plural, tal cual se describió en el cuarto capítulo [781], no puede ser mutada por un órgano constituido como es el TCP.

Argumentativamente, el entendimiento del TCP —que estableció, jurisprudencialmente, la viabilidad de realizar consultas *ex post* sin ninguna consecuencia reparatoria para el Estado y sin ninguna consecuencia sancionatoria para las autoridades que incum-

[779] Ver capítulo cuarto, numeral 6.

[780] Los estándares jurisprudenciales más altos sobre consulta previa han sido desarrollados en el capítulo sexto, en el numerales 2.3 y 2.4.

[781] Ver capítulo cuarto, numeral 1.

plan este deber— para sustentar su razonabilidad y su conformidad con el bloque de constitucionalidad, debió haber sido sometido al test de proporcionalidad con enfoque intercultural, descrito en el capítulo quinto. La omisión de utilizar este test, especialmente para el contraste argumentativo con los principios de progresividad y prohibición de regresividad, torna a este entendimiento no solamente restrictivo a un derecho colectivo, sino también arbitrario.

En efecto, cuando se limite un derecho vinculado a un criterio prohibido de discriminación, como es el caso de los pueblos indígenas, el intérprete debe, necesariamente, justificar su decisión en este test de razonabilidad. Lamentablemente, al incumplir el TCP este deber, se genera un escenario propicio para decisiones arbitrarias, como la ahora analizada, las cuales pueden significar profundas rupturas al orden constitucional vigente.

La ruptura constitucional que, en relación a la consulta previa, significó y aún significa el entendimiento del TCP, en cuanto a la viablidad de una consulta *ex post* sin ninguna consecuencia reparatoria ni sancionatoria para el Estado boliviano, genera, además, una cultura de inobservancia a derechos colectivos de pueblos indígenas, avalada por el máximo contralor de constitucionalidad. Así lo evidencian otros casos que serán analizados en este capítulo, ya que el TCP ha utilizado este entendimiento arbitrario a partir del cual, se entiende que la consulta *ex post*, sin sanciones reparatorias, es constitucional en el caso boliviano.

Luego del análisis realizado, y después de haber precisado los vicios argumentativos contenidos en la parte genérica de la SCP 00300/2012, corresponde reflexionar sobre la parte específica referente al *test de constitucionalidad*. En ese marco, en relación a la primera acción de inconstitucionalidad formulada, el TCP señaló lo siguiente:

> Ahora, si tomamos en cuenta que la consulta previa es un derecho colectivo fundamental, irrenunciable, inherente a los pueblos indígenas, cuyo núcleo esencial obliga al Estado a realizarla bajo los parámetros establecidos en la presente Sentencia, concluimos que la aplicación de los efectos jurídicos de la Ley 180 están supeditados a los resultados de la consulta a realizarse, que determinará si la intangibilidad es o no aplicable al TIPNIS, y los alcances de la misma producto de la concertación entre los pueblos indígenas y el Estado (FJ III.5.1).

En base al criterio anotado, el máximo contralor de constitucionalidad señaló:

> Por lo previamente desarrollado, considerando que la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada por la parte accionante centra sus fundamentos jurídicos sobre la posible inconstitucionalidad de la intangibilidad por vulnerar los derechos de los pueblos indígenas, lo que en realidad se exige es que la jurisdicción constitucional se pronuncie sobre la naturaleza jurídica y alcances de la misma, tarea que este Tribunal está imposibilitado de realizar, porque tales elementos se definirán dentro del proceso de la consulta, que tiene por especial misión el determinar precisamente tal aspecto, por lo que la jurisdicción constitucional no puede ni debe pronunciarse sobre este extremo, aspecto que determina la improcedencia

> de la demanda de inconstitucionalidad planteada respecto a los arts. 1.III, 3 y 4 de la Ley 180 (*ibid.*).

El resultado interpretativo transcrito tiene varios cuestionamientos de orden procesal constitucional. El primero que, en acciones de inconstitucionalidad abstracta, una vez emitido por la Comisión de Admisión el auto de admisión [782], el TCP, en el pleno, debe ingresar al análisis de fondo del problema jurídico sustantivo que plantea la denuncia de inconstitucionalidad, por lo que, procesalmente, no existe la improcedencia, sino la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma según sea el caso en el marco del test de constitucionalidad a ser realizado, por lo que la declaratoria de improcedencia es procesalmente arbitraria.

En segundo lugar, a pesar de haberse pronunciado por la improcedencia de la primera acción de inconstitucionalidad abstracta, en una incongruencia interna, el TCP realiza un razonamiento de fondo y carente de motivación en cuanto a la segunda denuncia de inconstitucionalidad, en virtud del cual, viabiliza la consulta contenida en la Ley 222 y relativiza el carácter de intangibilidad del TIPNIS, supeditándolo al resultado de una futura consulta.

En cuanto a la segunda acción de inconstitucionalidad abstracta planteada, se aplicó en la subsunción del test de constitucionalidad, el arbitrario entendimiento desarrollado referente a la consulta *ex post*, que, como se señaló, no contempló ninguna consecuencia reparatoria para el Estado Plurinacional ni tampoco sancionatoria para las autoridades que incumplan este deber, por lo que, en base a este criterio, se declaró la constitucionalidad del primer artículo de la Ley 222.

Asimismo, el TCP estableció los criterios para la aplicación de la constitucionalidad condicionada del art. 1 en cuanto a la frase «…y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos» y de los arts. 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, a cuyo efecto, señaló que

> …la consulta constituy[e] una construcción de acuerdos, en los que, si bien el Estado interviene, empero, debe hacerlo respetando y recogiendo los procedimientos establecidos por los pueblos a través de sus instituciones representativas, actuación que, además —tanto estatal como indígena originario campesina— debe efectuarse en el marco de la buena fe (FJ III.5.2).

[782] El Código Procesal Constitucional boliviano disciplina el procedimiento constitucional para la acción de inconstitucionalidad abstracta. En este marco, el artículo 26.II, aplicable a estos procedimientos constitucionales, establece que la Comisión de Admisión, en el plazo de cinco días de recibidos los antecedentes originales, observará, si fuera el caso, el incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 24 de este código, los cuales podrán ser subsanados en el plazo de cinco días. De no subsanarse, la acción se tendrá por no presentada. El artículo 27.I de esta disposición establece que, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos o subsanadas las observaciones hechas a la acción presentada, la Comisión de Admisión, en un plazo no mayor a cinco días, se pronunciará sobre la admisión o rechazo de acuerdo con el procedimiento establecido. En base a lo señalado, se establece que, procesalmente, una vez emitido el auto de admisión por parte de la Comisión de Admisión, el pleno del TCP, en acciones de inconstitucionalidad abstracta, debe ingresar al análisis de fondo de la acción, lo que implica que, procesalmente, no pueden declarar la improcedencia, sino la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada.

Asimismo, para la aplicación de la declaratoria de constitucionalidad condicionada, estableció que los procesos de consulta

> …son y deben ser concertados con las naciones indígenas en el plano de la igualdad, en la que no prevalezca ni uno ni otro, es decir, que debe primar la horizontalidad de actuaciones como de derechos y obligaciones para ambas partes intervinientes en la consulta (entiéndase Estado y pueblos indígena originario campesinos a ser consultados), una interpretación e implementación diferente generaría una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, o en su caso la inviabilidad de la consulta al no existir condiciones para que el Estado ejerza su rol constitucionalmente previsto (*ibid.*).

En base a lo señalado, se declaró la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 222 y la constitucionalidad condicionada del art. 1 en cuanto a la frase «…y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos»; así como de los arts. 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222 y la disposición octava de esta sentencia, la cual estableció que, ante el incumplimiento de los términos desarrollados referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas.

De acuerdo a lo establecido en la parte dispositiva antes referida, se activaron cuatro acciones populares que serán analizadas en los siguientes acápites, razón por la cual era esencial, realizar una contextualización previa de la SCP 0300/2012 de 18 de junio.

6.1.- Omisión de consulta de buena fe a los pueblos indígenas del TIPNIS

La SCP 0120/2013 de 31 de enero [783], fue pronunciada en mérito a la acción popular presentada por Rafael Arcángel Quispe Flores, diputado nacional, contra los ministros de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, y Medio Ambiente y Agua. En esta acción popular se alegó que presentaron acciones de inconstitucionalidad respecto a las leyes 180 y 222, ambas referentes al TIPNIS y que el TCP emitió la SCP 0300/2012 de 18 de junio, que declaró la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 222, en cuanto a la convocatoria al proceso de consulta previa libre e informada a los pueblos indígenas del TIPNIS y su constitucionalidad condicionada en cuanto a la frase «…y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos…». Asimismo, refieren que dicha SCP, en cuanto a los arts. 3, 4 inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, condicionó su constitucionalidad a su concertación, exhortando a los Órganos Legislativo y Ejecutivo a elaborar un protocolo en forma conjunta y acordada con los pueblos indígenas con plena participación de sus instituciones.

En el contexto anotado, se denunció que los Órganos Ejecutivo y Legislativo no cumplieron dicha constitucionalidad condicionada, al haber elaborado un protocolo para la consulta sin concertación de buena fe con la totalidad de los pueblos indígenas de la región, lo que vulneraría estos derechos colectivos.

[783] Esta SCP fue suscrita por los magistrados Mirtha Camacho Quiroga y Macario Lahor Cortez Chávez.

Por lo tanto, se señala que, de acuerdo a la SCP 0300/2012 de 18 de junio, frente al incumplimiento de dicha constitucionalidad condicionada, queda expedita la vía de la acción popular en resguardo de los arts. 1 y 2 de la Constitución, 18 y 20 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y 7 del Convenio 169 de la OIT.

En esta línea, se pidió la concesión de la tutela y que se determine el cumplimiento de la concertación para el procedimiento de consulta y sus procedimientos, a cuyo efecto se solicitó la nulidad de todos los actos administrativos adoptados e implementados por el Órgano Ejecutivo; y, que se garantice a las autoridades indígenas originarias y a sus pueblos, el ejercicio del derecho a la libre expresión y a difundir información veraz, libre, oportuna y democrática, así como a desplazarse libremente por el TIPNIS.

El TCP, en revisión, aprobó la resolución del Tribunal de garantías y denegó la tutela porque la parte accionante no presentó prueba específica sobre el incumplimiento de la SCP 0300/2012 de 18 de junio, afirmando que

> …habiendo el Órgano Ejecutivo rechazado la denuncia, le es imposible a la jurisdicción constitucional conceder la acción, ante la omisión de requisitos de contenido que, fueron ya observados por el Tribunal de garantías y no fueron subsanados por la parte accionante, respecto a la fijación con precisión de cuáles eran los actos que vulneraron derechos fundamentales, ¿qué y por qué?, fueron excluidos de la consulta algunos pueblos indígenas (SCP 0120/2013, FJ III.3, de 31 de enero).

Evidentemente, desde la perspectiva procesal constitucional, la razón jurídica de esta decisión es arbitraria y, por ende, contraria al mandato constitucional que consagra a la acción popular como un mecanismo eficaz y efectivo para la tutela de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este sentido, la denegatoria de tutela por un aspecto formal que no puede ser exigible para la acción popular, como es la carga probatoria, evidencia la arbitrariedad de la decisión, ya que el TCP debió utilizar diálogos interculturales destinados a analizar el caso concreto e incluso, debió aplicar, si fuera el caso, la inversión de la carga de la prueba, tal como se explicó en el capítulo sexto de este trabajo[784].

Además, es importante señalar que esta decisión estableció requisitos de contenido para la acción popular, entre ellos, «…una clara exposición de los supuestos de hecho, el marco fáctico en el que se debe establecer cuál es el acto que genera la supuesta vulneración de derechos fundamentales…» (FJ III.2).

Además, según esta decisión, para la acción popular es exigible la identificación de los derechos y garantías considerados vulnerados, «requisito por demás necesario que tiene que tener un nexo de causalidad con la relación de hecho previamente analizada» (*ibid.*). De la misma forma, se exigió la presentación de pruebas que deben adjuntarse a la acción, y en defecto de ello, estableció que se debe indicar o señalar el lugar en el

[784] Ver capítulo sexto, numeral 9.

cual se encuentran las mismas; por lo que «…la omisión de cualquiera de los requisitos de contenido trae como consecuencia la improcedencia de la acción planteada» (*ibid.*).

Como puede advertirse, el establecimiento, vía jurisprudencial, de requisitos de contenido para la acción popular, la cual, tal como se desarrolló en el capítulo sexto de este trabajo, desde el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador está regida por el principio de máximo informalismo, es, sin duda, la materialización de la cololialidad de las sentencias constitucionales (Chivi, 2012, pp. 312-320). En este escenario, de acuerdo a la doctrina del estándar jurisprudencial más alto —también desarrollada en el capítulo seis— este razonamiento jamás fue precedente en vigor y, por ende, no puede considerarse fuente directa de derecho.

En esta línea, debe precisarse que la aplicación de estos requisitos de contenido al caso concreto —incluso, a pesar de haberse cumplido con una carga argumentativa razonable y de haberse presentado elementos documentales objetivos y coherentes—, es contraria al modelo polifónico de justicia constitucional descrito en este trabajo y devela el silenciamiento a los históricamente oprimidos por parte del TCP.

6.2.- Construcción del tramo II Isinuta-Monte Grande

Esta otra acción popular fue presentada por Ariel Alberto Hurtado Paz, Antonio Rodríguez Villa Gómez, Olivia Bustillos Aramayo, Christian Lavayén Caballero, Roxana Paz Paz y Rosa María Tardío Gongora contra Juan Evo Morales Ayma, en ese momento presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, Arturo Vladimir Sánchez Escobar, ministro de Obras Públicas Servicios y Vivienda; Elba Viviana Caro Hinojosa, ministra de Planificación del Desarrollo; y Luis Sánchez Gómez, máxima autoridad ejecutiva de la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC).

En esta acción, se denunció la afectación al derecho al medio ambiente sano, pues, en caso de construirse el tramo II Isinuta-Monte Grande, a través del TIPNIS, se afectaría la Ley 180 de 24 de octubre de 2011; la Ley 071 de 21 de diciembre de 2010 de los Derechos de la Madre Tierra; el Convenio 169 de la OIT y otros instrumentos internacionales ratificados por el Estado boliviano [785]; así como los artículos 2, 9.6, 13, 16.I, 18.III, 30.I

[785] Se denunció la vulneración de la siguiente normativa: el Tratado sobre el Medio Ambiente suscrito entre la República Argentina y la República de Bolivia de 17 de marzo de 2004, ratificado mediante Ley 1592 de 12 de agosto de 1994; el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, acuerdo de escala global para reducir la emisión de gases de efecto invernadero, ratificado y aprobado por Ley 1576 de 25 de julio de 1994, los Convenios de Viena y Montreal para la protección de la capa de ozono, ratificados y aprobados mediante Ley 1584 de 3 de agosto de 1994 y enmendados mediante Ley 1933 de 21 de diciembre de 1998; el Convenio sobre la Diversidad Biológica, ratificado y aprobado mediante Ley 1580 de 25 de julio de 1994; la Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres, ratificado mediante Ley 1255 de 5 de julio de 1991; el Protocolo de Bioseguridad de Cartagena, aprobado y ratificado mediante Ley 2274 de 22 de noviembre de 1991; la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional como Hábitat de Aves Acuática, aprobado mediante Ley 2357 de 7 de mayo de 2002; el Protocolo de Kyoto, ratificado y aprobado mediante Ley 1988 de 22 de julio de 1999; el Convenio de Lucha contra la Desertificación y la Sequía, aprobado mediante Ley 1688 de 27 de marzo de 1996; el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, ratificado mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991; el Reconocimiento de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, aprobado mediante Ley 3760 de 7 de noviembre de 2007; y la Ley

y II.1, 4, 10, 15; 33; 124.I, 172.1, 342, 343, 345, 346, 347, 351.II, 352, 358, 373, 374. II, 375.II, 376, 381.I, 385, 389, 403 y 407 de la CPE.

Sobre esta base, se denunció que el 5 de marzo de 2008 se publicó la Licitación Pública Internacional LPI 001/2008 (CUCE: 08-0291-0088551-1-1) para la contratación de obras con financiamiento gestionado por el proponente bajo la modalidad llave en mano para la construcción de la carretera «Villa Tunari-San Ignacio de Moxos Ruta F-24» y de acuerdo a diseño final a ser realizado por la empresa adjudicataria.

En base a dicha licitación, los accionantes refirieron que el 4 de agosto de 2008, la ABC suscribió el contrato ABC 218/08 GCT-OBR-BNDES con la constructora OAS SRL Sucursal Bolivia, para la construcción de la carretera «Villa Tunari-San Ignacio de Moxos Ruta F-24». Posteriormente, se promulgó la Ley 005 de 7 de abril de 2010, de aprobación del protocolo entre Bolivia y Brasil, sobre el financiamiento del proyecto de la carretera antes señalada, luego de lo cual, a través del DS 0774 de 20 de enero de 2011, se autorizó a la Ministra de Planificación del Desarrollo, a suscribir con el Brasil, a través del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES) un contrato de préstamo destinado a financiar el proyecto carretero antes indicado.

De acuerdo a lo anotado, la parte accionante, refirió que

> …si se llegara a construir el tramo II Isinuta-Monte Grande, las consecuencias socio ambientales sobre el área protegida serían devastadoras e irreversibles, lo cual conllevaría a la desaparición cultural de diversos pueblos indígenas que lo habitan, la extinción sistemática de fauna y flora únicas en el país y en el planeta, la deforestación de millones de hectáreas de bosques, conllevando una catastrófica serie de consecuencias ambientales en todo el país, como severas inundaciones y azarosas sequías en tierras bajas del departamento del Beni, la disminución alarmante de las precipitaciones pluviales en el Norte integrado del departamento de Santa Cruz, comprometiendo la seguridad alimentaria del país… También conllevaría la aceleración del cambio climático por el calentamiento global en el país, al perder nuestro ecosistema uno de sus más grandes pulmones que limpian el CO2 que producimos, trayendo como consecuencias el aceleramiento del derretimiento de nuestros glaciales en el altiplano boliviano, que proveen de agua dulce a las ciudades de La Paz, El Alto, glaciales que vienen a ser la fuente de formación de los más importantes ríos que se encuentran en el oriente y sur de Bolivia.

La Sala Social y Administrativa Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz, constituida en Tribunal de garantías, denegó la acción popular porque, de acuerdo al informe y pruebas presentadas por la autoridad demandada, se evidenciaría que el contrato suscrito entre la empresa Constructora OAS y la ABC, a través de sus representantes legales, hubiera sido resuelto en fecha 11 de mayo de 2012, por lo que el acto reclamado habría cesado.

3897 de 25 de junio de 2008.

El TCP, en revisión, a través de la SCP 1158/2013 de 26 de julio [786], confirmó la resolución del Tribunal de garantías y denegó la tutela de acuerdo al siguiente criterio:

> …en base a los elementos probatorios analizados y, en particular, en mérito a la resolución del contrato de obras de «Construcción de la Carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos Ruta F-24» de 4 de agosto de 2008, signado como ABC 218/08-GCT-OBR-BNDES, se colige que existen elementos objetivos para sustentar la inexistencia de la posibilidad de un suceso futuro amenazante al derecho difuso referente a un medio ambiente sano que pudiese generar graves consecuencias socio-ambientales sobre el área protegida referida al TIPNIS, razón por la cual, corresponde denegar la tutela peticionada por los ahora accionantes (FJ III.5).

Ahora bien, el Tribunal de garantías utilizó la autorrestricción de la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo, y el TCP confirmó esta decisión alegando la inexistencia de amenza a los derechos denunciados como afectados en base a la resolución del contrato con la Empresa OAS SRL; sin embargo, argumentativamente, se observa la omisión de identificación del problema jurídico en su integralidad; tampoco se realizó una argumentación coherente con los principios de verdad material y del principio *iura novit curia,* ni se abordó la reparación integral de daños por vulneración de derechos colectivos [787].

En el marco de lo señalado, es importante precisar que, en la acción popular, la parte accionante no solo hizo referencia al contrato suscrito con la empresa OAS, sino a otros actos legislativos, decisiones administrativas y hechos administrativos, los cuales no fueron considerados en la argumentación desarrollada por el TCP. En ese orden, debe recordarse que, en caso de duda y, más aún, en denuncias vinculadas a la Madre Tierra y a pueblos indígenas, deben aplicarse los principios pro natura y pro pueblos indígenas, para que, en el marco de la tipología preventiva de la acción popular, a través de mecanismos dialógicos, se adopten mandatos de prevención y restauración si fuere el caso. Ésa es la importancia de la naturaleza preventiva de la acción popular en el marco de un modelo polifónico de justicia constitucional, ya que, tal como se dijo, la finalidad de este mecanismo en el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador es restituir el equilibrio y la armonía para Vivir Bien, como fin esencial del Estado de acuerdo al art. 9 de la Constitución.

Lamentablemente, la sentencia analizada, al haber omitido resolver el problema jurídico en su integralidad y de acuerdo a los principios de verdad material, así como del *iura novit curia*, toda vez que no consideró otros actos importantes que podrían poner en riesgo los derechos denunciados como lesivos, no aplicó los presupuestos preventivos de la acción popular descritos en el sexto capítulo de este trabajo [788]; y, por ende, omitió aplicar mecanismos dialógicos propios del modelo polifónico de justicia constitucional,

---

786 Esta SCP fue suscrita por las magistradas Ligia Mónica Velásquez Castaños y Neldy Virginia Andrade Martínez.

787 Ver capítulo cuarto, numeral 8.d.

788 Ver capítulo sexto, numeral 6.

por lo que la denegatoria de tutela basada en la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo y la supuesta inexistencia de amenaza a los derechos denunciados como afectados, es un evidente silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos, por causa de vicios argumentativos del TCP.

6.3.- Los derechos de la Madre Tierra y el derecho a la consulta previa a pueblos indígenas del TIPNIS

Esta acción popular fue presentada por Loyola Guzmán Lara, Remberto Cárdenas Morales, Luis Alberto Rico Arancibia, Waldo Albarracín Sánchez, Facundo Hurtado Castellón, Olga Beatriz Flores Bedregal, Roger Gilberto Cortez Hurtado, José Antonio Quiroga Trigo, Mónica Graciela Morales Ramírez y Mary Jenny Ybarnegaray Ortiz contra José Antonio Zamora, ministro de Medio Ambiente y Agua; Arturo Vladimir Sánchez Escobar, ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda; Luis Alberto Arce Catacora, ministro de Economía y Finanzas Públicas; y Amanda Dávila Torres, ministra de Comunicación; Lilly Gabriela Montaño Viaña y Rebeca Elvira Delgado Burgoa, presidentas de la Cámara de Senadores y de Diputados, respectivamente, ambas de la Asamblea Legislativa Plurinacional; y, Wilma Velasco Aguilar, Wilfredo Ovando Rojas, Irineo Valentín Zuna Ramírez, Ramiro Paredes Zárate, Fanny Rosario Rivas Rojas, Marco Daniel Ayala Soria, Agustina Dina Chuquimia Alvarado, vocales, todos, del Tribunal Supremo Electoral; Luis Sánchez Cuquerella, Director Ejecutivo a.i. y representante legal de la Administración Boliviana de Carreteras (ABC); y, Saul Chávez Orosco, director ejecutivo del Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP).

Se denunció que el Gobierno Nacional determinó, unilateralmente, la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, cuyo trazo irrumpiría por un área protegida y atravesaría el centro —zona máxima de protección— del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (TIPNIS), fin para el cual, se hubiera obtenido un financiamiento internacional del Brasil, aprobado mediante Ley 005 de 7 de abril de 2010, además de haberse incluido este presupuesto en la Ley Financial de la gestión respectiva; y, que se hubiera celebrado el contrato de obra pública entre la ABC y la Constructora OAS del Brasil para la construcción de 307 km de carretera, al que se había hecho adendas y modificaciones, dividiendo el proceso de construcción en tres tramos, avanzando en el primero y tercero de manera ilegal, sin esperar el resultado de una consulta extemporánea, ni dar lugar a la posibilidad de definir un nuevo trazo lo que implicaría el incumplimiento a normas legales, constitucionales e internacionales de protección de medio ambiente.

De manera específica, en cuanto a la consulta previa, los accionantes señalaron que la Ley 222 de 10 de febrero de 2012 instruyó la realización de consulta previa

> …que fue ejecutada bajo mecanismos de coacción y amenza con información distorsionada y sin respetar a los líderes elegidos ni sus mecanismos tradicionales de consulta, realizando la adopción unilateral del protocolo de consulta, sin considerar que el fallo constitucional dispone concertar con estos pueblos… (SCP 0762/2014, I.1.1, de 15 de abril).

En cuanto a la denuncia de afectación al medio ambiente, las partes denunciaron que, por decisión gubernamental, se estaría imponiendo la construcción de una carretera por una zona altamente sensible, lo que pondría en riesgo a una de las pocas áreas protegidas en Latinoamérica (*ibid.*). En este marco, agregaron que existiría un estudio elaborado por encargo del Ministerio de Medio Ambiente y Agua, y el Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP) titulado «Evaluación Ambiental Estratégica para el desarrollo integral sustentable del TIPNIS», de julio de 2011, el cual evidenciaría la gravedad de la construcción de una carretera en la zona.

A través de informe, el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda demandado, señaló que la denuncia de amenaza a los derechos realizada a través de esta acción

> …no puede inducir en error a sus probidades con el único afán de paralizar el desarrollo del Estado Plurinacional de Bolivia y lo que es mucho más importante, su integración vial, merced a personas particulares y/o malos dirigentes sindicales que, a más de buscar protagonismo, conllevan aspiraciones políticas futuras (I.2.2).

En base a la argumentación transcrita, solicitó se deniege esta acción popular.

Por su parte, los ministros de Economía y Finanzas Públicas y de Comunicación pidieron que se deniege la tutela por falta de legitimación pasiva, al no existir ningún actuado suyo en las denuncias realizadas. La autoridad del SERNAP demandada señaló que no tenían conocimiento de una decisión oficial de contruir una carretera que atraviese el TIPNIS (*ibid.*).

El Ministerio de Medio Ambiente y Agua señaló que no existiría un proyecto a nivel de diseño final de la carretera que pasara por el TIPNIS,

> …por lo que la real dimensión de los impactos y efectos que pueda causar el proyecto carretero aun es desconocida; además, este tema ya ha sido considerado por otros Tribunales de garantías, por lo que existe cosa juzgada y ya no corresponde una nueva consideración (*ibid.*).

Asimismo, el representante de la ABC señaló que «el contrato ABC 218/08 GCT-OBR-BNDES fue resuelto el 11 de mayo de 2012, es decir, mucho antes de la presentación de la acción popular, por lo que es aplicable el art. 53.2 del Código Procesal Constitucional…» (*ibid.*).

Por su parte, la empresa constructora OAS Ltda., que se presentó como tercera interesada, señaló en audiencia que «el contrato objeto de la acción popular, ha sido totalmente extinguido y las cuentas económicas saldadas entre ambas partes» (*ibid.*).

La Sala Penal Segunda del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz denegó la tutela porque no existiría un contrato que acredite la construcción de la indicada carretera; por haberse demostrado que el mismo fue resuelto. Además, se denegó la tutela por no haberse demostrado que exista una partida presupuestaria y porque se estaría demandando el cumplimiento de la SCP 300/2012, aspecto que no podría ser considerado porque la acción popular no sería el mecanismo idóneo para ejecutar lo peticionado. Asimismo,

denegó la acción popular porque, a través de este mecanismo de control tutelar, no podría establecerse la abrogatoria de la Ley 005.

Desde el punto de vista de derecho procesal constitucional y, concretamente, desde una perspectiva argumentativa, esta decisión es arbitraria porque omite abordar, de manera integral, los problemas jurídicos planteados en la acción popular. En este contexto, de la lectura de la demanda de acción popular, se establece el planteamiento de dos problemas jurídicos sustantivos esenciales: 1) Las denuncias por los daños medioambientales que ocasionaría la construcción de esta carretera; y, 2) La denuncia sobre una consulta previa incumpliendo los requisitos establecidos por la SCP 0300/2012 [789].

En cuanto al primer problema jurídico planteado, la crítica académica es la misma que se realizó en cuanto a la SCP 1158/2013 de 26 de julio [790], toda vez que se omitió considerar el problema jurídico en su integralidad. En este contexto, el contrato de adjudicación no es el único acto administrativo que se abordó en la denuncia, sino también otros actos y medidas administrativas y legislativas que debieron ser analizadas por la justicia constitucional a la luz de los derechos de la Madre Tierra y en el marco de la acción popular preventiva, tal como se señaló en el anterior acápite.

En segundo lugar, el Tribunal de garantías omitió abordar el segundo gran problema jurídico sustantivo planteado: la supuesta omisión de realizar la consulta previa a los pueblos indígenas que habitan el TIPNIS en coherencia con los criterios establecidos en la SCP 0300/2012.

En cuanto a este aspecto, de manera arbitraria, el Tribunal de garantías señaló que, a través de la acción popular no se podría exigir el cumplimiento de esta sentencia, argumento que carece de razonabilidad y que es contrario al mandato de la propia SCP 0300/2012, la cual, de manera expresa, en la disposición octava, estableció que, ante el incumplimiento de los términos desarrollados referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas.

Por tanto, es evidente que el razonamiento del Tribunal de garantías implica una arbitraria denegatoria de justicia en cuanto a derechos de los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

El TCP, en revisión, a través de la SCP 0762/2014 de 15 de julio, confirmó la decisión del Tribunal de garantías y denegó la tutela por las siguientes razones: en primer lugar, por una supuesta existencia de cosa juzgada constitucional por haberse ya pronunciado el control de constitucionalidad en relación a esta denuncia en la SCP 1158/2013 de 26 de julio (FJ III.3); y segundo, por la imposibilidad de abrogar la Ley 005 a través de la acción popular.

Argumentativamente, la decisión del TCP es arbitraria. En primer lugar, porque desde el constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador que sustenta la

[789] Esta sentencia ya fue analizada en el numeral 6 de este capítulo.

[790] Esta sentencia fue analizada en el numeral 6.1 de este capítulo de tesis.

acción popular, en este mecanismo, cuando se deniega la tutela, la decisión no adquiere cosa juzgada constitucional, criterio consagrado por el estándar jurisprudencial más alto contenido en la SCP 0176/2012 de 14 de mayo, desarrollado de manera específica en el capítulo sexto de este trabajo [791].

Esta característica —es decir, que la acción popular no adquiere calidad de cosa juzgada cuando se deniega la tutela— asegura que este mecanismo de tutela de derechos transindividuales sea un mecanismo emancipador, con presupuestos de orden procesal constitucional distintos a los de los otros mecanismos de tutela, como la acción de amparo constitucional, de libertad o de protección de privacidad, para que se brinde así una protección reforzada a los históricamente oprimidos: los pueblos indígenas.

Lo expresado precedentemente evidencia que la denegatoria de tutela por cosa juzgada constitucional, argumentativamente inaplica el estándar jurisprudencial más alto que, de acuerddo a la SCP 2233/2013, es precedente en vigor y fuente directa de derecho, lo que implica una manifesta arbitrariedad en relación a una petición vinculada a derechos de pueblos indígenas.

Además, la referida SCP omitió abordar en su integralidad —y en el contexto de los hechos expuestos por los accionantes— los problemas jurídicos sustantivos que, tal como ya se señaló, son dos: i) Las denuncias por los daños medioambientales que ocasionaría la construcción de esta carretera; y, ii) La denuncia sobre una consulta previa cumpliendo los requisitos establecidos por la SCP 0300/2012 que ya fue analizada precedentemente.

En relación al primer problema jurídico planteado, tal cual ya se señaló, argumentativamente, es arbitrario haberla denegado por cosa juzgada constitucional y, más arbitrario aún, haber convalidado la SCP 1158/2013 de 26 de julio, porque, tal como se fundamentó, en cuanto a esta decisión, el contrato resuelto no es el único acto denunciado, sino que por los datos de esta sentencia existen otras medidas administrativas y legislativas que debieron ser analizadas en la tipología de la acción popular preventiva, a la luz de los principios pro natura y pro pueblos indígenas a efectos de utilizar mecanismos dialógicos acordes con el modelo polifónico de justicia constitucional y destinados a la emisión de medidas de prevención y restauración para Vivir Bien y en armonía.

En cuanto al segundo problema jurídico de orden sustantivo planteado, el TCP, de manera arbitraria, omitió considerar la denuncia sobre incumplimiento de requisitos a la consulta previa, cuando, por mandato de la disposición octava de la SCP 0300/2012, debía analizar por esta vía cualquier denuncia sobre incumplimiento a los presupuestos establecidos por esta decisión en cuanto a este derecho. Esta omisión de análisis, nuevamente evidencia la denegatoria de justicia constitucional a los pueblos indígenas y, por ende, un silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos.

Finalmente, debe señalarse que el TCP, en la SCP ahora analizada, denegó la tutela por una supuesta imposibiidad de abrogar la Ley 005 a través de la acción popular (SCP 0762/2014, FJ III.3, de 7 julio).

[791] Ver capítulo sexto, numeral 11.

Argumentativamente, este resultado interpretativo carece de razonabilidad. Primero, porque descontextualiza el contenido de la acción popular que se resume en el acápite I.1.1 de esta sentencia, el cual, como se verifica de su lectura, no solicita la abrogación de la Ley 005, tal como se indica en el FJ III.3 de la referida SCP.

En efecto, la referida sentencia, al resumir el contenido de la demanda, precisa que los accionantes refieren que el gobierno nacional «ha obtenido un financiamiento internacional del Brasil, aprobado mediaante Ley 005 de 7 de abril de 2010, e incluyó este presupuesto en la Ley Financial de la gestión respectiva» (I.1.1), antecedentes que son invocados por la parte accionante en el contexto de su denuncia de afectación de derechos medioambientales y de omisión de realizar la consulta previa en los términos descritos en la SCP 0300/2012.

Lo descrito precedentemente debe preocupar a una academia crítica, por los costes en cuanto a legitimidad de este TCP, ya que esta instancia, al ser la máxima garante del respeto a derechos, debe regirse fielmente a lo alegado por las partes, sin incurrir en omisiones, adiciones o descontextualización de denuncias contrarias al principio de verdad material y con la única finalidad de denegar tutela.

De acuerdo a un modelo polifónico de justicia constitucional, en esta problemática, el TCP tenía el rol esencial de verificar si, para la emisión de este acto legislativo, previamente se realizó la consulta en los términos establecidos por la SCP 0300/2012, a fin de conceder o denegar la tutela dentro del ámbito de aplicación de la acción popular que es el mecanismo idóneo para la tutela de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por lo tanto, éste era el objeto de la acción interpuesta, lo que significa que el segundo argumento utilizado para denegar la tutela, es decir, por una supuesta imposibilidad de abrogar la Ley N.° 005 a través de la acción popular, es un argumento incoherente y descontextualizado respecto del contenido de la acción popular activada, por lo que, sin duda, esta decisión es arbitraria debido a una manifesta incongruencia interna. Por lo afirmado, la sentencia señalada evidencia que el TCP utiliza argumentos procesales erróneos, contrarios a la naturaleza jurídica de la acción popular y descontextualizados, para denegar la tutela a los históricamente oprimidos, sin ingresar al análisis de fondo de la problemática.

Lo expuesto implica que las formas procesales arbitrariamente utilizadas por el máximo contralor de constitucionalidad son un obstáculo para el acceso a la justicia constitucional de los pueblos indígenas. Este análisis invita a reflexionar sobre la importancia de la imparcialidad y la independencia del TCP para una real materialización de un modelo polifónico de justicia constitucional orientado a dar eficacia a derechos de los históricamente oprimidos.

6.4.- La Sentencia del Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza

Como consecuencia de la denegatoria de justicia constitucional y, por ende, de la desprotección de derechos en el ámbito interno de los pueblos indígenas habitantes del corazón del TIPNIS, los líderes indígenas Fabián Gil y Marqueza Tecon denunciaron al

Estado Plurnacional de Bolivia ante el Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza, con sede en Alemania.

Esta instancia, en base al informe de la comisión que realizó la visita *in situ* al TIPNIS, entre el 15 y 22 de agosto de 2018 y el 15 de mayo de 2019, pronunció la sentencia final que determinó la vulneración de los derechos de la Madre Tierra y de los pueblos indígenas del TIPNIS, estableciendo 12 medidas de cumplimiento inmediato (Sentencia final TIPNIS, A.2) [792].

En este apartado se abordará esta decisión. En primer lugar, porque la misma ilustra la importancia de la utilización de métodos dialógicos, esenciales para que, desde principios constitucionales como el de verdad material, el *pro actione* y el *iura novit curia*, se puedan identificar elementos esenciales que superen la verdad formal, para una efectiva protección de los pueblos indígenas y los derechos de la naturaleza. En segundo lugar, porque, a partir de esta decisión, se puede evidenciar un escenario de debilidad institucional por las disfunciones sistémicas descritas en el capítulo quinto, en referencia a la forma de selección de altas autoridades del TCP o al proceso de juicio de responsabilidades para magistradas y magistrados de este máximo órgano de control de constitucionalidad. Por lo que, en este escenario, como sucedió en este caso, dichas disfunciones sistémicas pueden afectar a la independencia judicial y, en consecuencia, silenciar la voz de los pueblos indígenas en el ámbito interno para favorecer decisiones gubernamentales contrarias a sus derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad.

En este orden, ya en el análisis de esta decisión, debe señalarse que la denuncia fue analizada a la luz de todos los tratados internacionales ratificados por el Estado Plurinacional referentes a derechos de pueblos indígenas, a la Constitución y a la normativa infraconstitucional interna, como la Ley N.° 71 de Derechos de la Madre Tierra. Asimismo, como parámetro normativo de análisis y en coherencia con el principio de progresividad, se analizó el caso a la luz de los avances de la Constitución del Ecuador.

También se invoco el denominado «Gran Derecho» [793], como marco ético que inspira a la Declaración, «y que postula que todos somos parte del universo», por lo que «tenemos que respetarnos mutuamente, y consecuentemente, reconocer y aceptar el valor intrínseco de la Madre Tierra» (Sentencia final TIPNIS; A, párr.5). En base a este razonamiento, la citada sentencia, concluye afirmando que

[792] Esta sentencia fue firmada por Tom Goldtooth, Cormac Cullinam, Vandana Shiva, Osprey Orielle Lake, Simonetta Fraudatario, Fernando Lolanas, Ute Coczy, Maristella Svampa, Atossa Soltani, Nmimmo Bassey, Shish Kothari, Enrique Leff, Franceso Martone, Antoni Pigrau, Casey Camp Horinek, Antonio Elizalde Hevia, Ruth Nyambura, Horacio Machado Aráoz, Rita Segato, Valeria Cabanes, Arturo Escóbar, Rocío Silva-Satiestema, Patricia Gualinga, Blanca Chacoso, Yaku Pérez y Mario Melo.

[793] De acuerdo a la sentencia final del TIPNIS, el «Gran Derecho» es un término utilizado por el autor Cormac Cullinan en *El Derecho Salvaje. Un manifiesto por la justicia de la Tierra* (2018). Esta sentencia establece que, en la versión del libro traducida al español, Ramiro Ávila define el «Gran Derecho» como «el conjunto de relaciones entre todos los seres y entes que existimos y que tenemos más en común de lo que nos imaginamos» (Sentencia final TIPNIS; A.5, nota 1).

> …es por tanto necesario proteger a todas las especies que conviven con la especie humana, lo que implica que no se puede continuar cosificando a la Naturaleza, considerándola como una mera mercancía a la cual solo podemos aprovechar, explotar, degradar, miniminar y hasta silenciar (*ibid.*).

Entre los antecedentes mencionados por esta sentencia —que fueron recolectados en el marco de mecanismos dialógicos utilizados por este tribunal—, se encuentra la denuncia sobre las implicaciones del proyecto carretero Villa Tunari-San Ignacio de Moxos que pretendería atravesar el corazón del TIPNIS. Se describen los daños que este proyecto podría ocasionar a sus comunidades, a los bosques, ríos, y animales; la represión a los pueblos indígenas en movilizaciones pacíficas, como la de Chaparina el año 2011; y la promulgación de la Ley N.° 969 de 13 de agosto de 2017, la cual anuló la intangibilidad del TIPNIS consignada en la Ley N.° 180 de 24 de octubre de 2011 (Sentencia final TIPNIS; B, párr.7).

Asimismo, se establecío que el TIPNIS tiene una doble categoría de protección, por lo que debe disponer de una estrategia de cogestión entre los representantes orgánicos de los pueblos indígenas y el Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP), de acuerdo al art. 385.II de la Constitución boliviana[794]. En este contexto, de acuerdo al Plan de Manejo —y al respectivo Plan de Operativización— elaborado por la Subcentral del TIPNIS y el SERNAP, la decisión analizada precisó que se se ha categorizado a este territorio como Zona Núcleo de extrema protección, debido a que se constituye en el área más biodiversa y frágil del TIPNIS (Sentencia final TIPNIS; B, párr. 21).

Asimismo, se precisó la clasificación como zona de manejo tradicional para la preservación de ecosistemas con mínima intervención asociados a los sistemas productivos tradicionales indígenas de caza, pesca y recolección; y como zona de aprovechamiento de recursos naturales, donde las comunidades pueden usar y aprovechar los recursos con fines comerciales, a través de Planes de Manejo específicos que aseguren la sostenibilidad (*ibid.*).

Se señaló también que, al interior del TIPNIS, el Estado boliviano ha realizado labores de exploración y explotación petrolera que comprometen, aproximadamente, el 35% de este territorio indígena y Parque Nacional, y que también en el sur del TIPNIS existe un área denominada «area de colonización», conocida también como Polígono 7, que está habitada por migrantes andinos que se dedican a la producción de hoja de coca (Sentencia final TIPNIS; B, párrs. 23-24). En este contexto, la citada sentencia advirtió cambios radicales en las formas de vida tradicional de las familias indígenas como consecuencia de la creciente colonización en el área sur del TIPNIS.

Se reparó, también, en el análisis sobre el riesgo de la ampliación anual de la frontera agrícola para la deforestación. En ese marco, se señaló que el TIPNIS perdió 46.000

[794] El art. 385, en su primer parágrafo señala que las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país; cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable. El segundo parágrafo establece que en en casos en los cuales exista sobreposición de áreas protegidas y territorios indígenas originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas.

hectáreas de bosque entre 2000 y 2014, siendo la tasa de pérdida forestal en el Polígono 7 ocho veces más alta que en el resto del TIPNIS (Sentencia final TIPNIS; B, párr. 27). Asimismo, se advirtió que, en dicho polígono, entre 2015 y 1016 se produjo un aumento del 43% de las plantaciones de coca y que, en 2017, se informó sobre la existencia de 1.109 hectáreas (ha) de cultivos de hoja de coca, cifra que representaría 709 ha más de las 400 ha, oficialmente reportadas por el gobierno (Sentencia final TIPNIS; C, párr. 29).

En cuanto a la construcción de la carretera, este Tribunal hizo referencia tanto al Documento Base de Contratación (DBC) como a la Licitación Pública Internacional 001/2008 de la cual emergió el contrato de construcción de la carretera y el contrato de préstamo para su financiamiento que estableció un solo tramo carretero de una longitud de 306 km; sin embargo, se refirió que ésta fue dividida en tres tramos, a pesar de las recomendaciones del SERNAP y del Viceministerio de Transporte como Organismo Sectorial Competente. Según los datos consignados en esta sentencia, el referido viceministerio recomendó considerar la integralidad de todo el proyecto en sus tres tramos (Sentencia final TIPNIS; B, párr. 35-37).

Se señaló también que el 2016 se concluyó el tramo I con una extensión de 47.30 km, desde Villa Tunari hasta Isinuta en el extremo sur, fuera del TIPNIS. En otro extremo, el segundo trazo, comprendió los tramos de San Ignacio de Moxos hasta Monte Grande, sector en el que existe una carretera sin pavimentación en actual ejecución.

El tramo II tendría una extensión de 82 km fuera del TIPNIS. En este marco, se señaló que el año 2015, el gobierno anunció la modificación de este tramo carretero ampliando su extensión en 48.3 km hasta Santo Domingo al interior del TIPNIS, sin contar con nuevos estudios o licencias correspondientes (Sentencia final TIPNIS; B, párrs. 39-40).

En base a mecanismos diálogicos utilizados, la referida sentencia establece, también, que, entre 2017 y 2018, el gobierno boliviano habría ejecutado la construcción de tres puentes al interior del TIPNIS en el denominado tramo II: Puente Isiboro, Puente Ibuelo y Puente Sazama, todos ellos en el Polígono 7 (Sentencia final TIPNIS; B, párr. 41).

En relación a la precisión fáctica, la sentencia consideró a la Octava marcha de los Pueblos Indígenas en defensa del TIPNIS, iniciada el 15 de agosto de 2011. Así, en base a un Informe Defensorial, se resaltó la violenta represión policial ocurrida en la localidad de Chaparina el 25 de septiembre de ese año; también, se precisó que el 24 de octubre de 2011, por la presión de esta marcha, la ALP aprobó la Ley N.° 180 que prohibió la construcción de la controversial carretera por el TIPNIS y declaró la intangibilidad de este territorio (Sentencia final TIPNIS; C.3, párrs. 43-44).

También se hizo referencia a la Ley 222 que condicionó el carácter intangible del TIPNIS a una consulta. Se consideró también la Novena marcha indígena iniciada el 29 de abril de 2012 en rechazo de la Ley 222 y en defensa de la Ley 180, que llegó a La Paz después de 61 días (Sentencia final TIPNIS; C.3, párrs. 45-46).

La citada sentencia señaló, por otra parte, que, a pesar del rechazo de los pueblos indígenas que habitan el corazón del TIPNIS, se inició un proceso de consulta entre el 27 de julio y el 7 de diciembre de 2012 y que, según información gubernamental, de 69

comunidades visitadas, 58 aceptaron ser consultadas. De éstas, 55 se pronunciaron a favor de la construcción de la carretara. Sin embargo, el referido documento señala que, según el Informe de la Federación Internacional de Derechos Humanos y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de La Paz —instituciones que acompañaron la consulta y emitieron un informe paralelo al del gobierno—, al menos 30 comunidades visitadas rechazaron el proyecto carretero Villa Tunari-San Ignacio; además de existir varias observaciones al proceso mismo de consulta (Sentencia final TIPNIS: c.3, párrs. 48-49).

Finalmente, esta sentencia estableció que el 13 de agosto de 2017, el gobierno, después de un proceso de aprobación parlamenaria vertiginoso, promulgó la Ley N.° 969 que dispone la abrogación de la Ley N.° 180, «…en el marco de los resultados de la consulta previa, libre e informada…». Esta sentencia estableció, además, que la nueva norma (vigente a la fecha de emisión de la referida sentencia), elimina la calidad de intangibilidad del TIPNIS y crea las condiciones jurídicas para desarrollar obras de infraestructura vial al interior de este territorio (*ibid.*: párr. 50).

En base a los hechos citados, la sentencia estableció que se «…evidencia la relación entre el referido proyecto vial e intereses estatales y privados sobre el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables del TIPNIS» (*ibid.*: D.2; párr. 69). Asimismo, estableció que

> …la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos ampliará y profundizará la colonización hacia la zona núcleo del TIPNIS generando las condiciones para la producción de hoja de coca sobre el pedemonte y la articulación del «polígono siete» con las áreas de colonización que se pretenden establecer al norte en el área colindante con Bosque de Chimanes. Esto podría significar la pérdida del 64.5% del bosque en 18 años, aproximadamente 610.848 hectáreas de selva serían desboscadas, que son el hábitat de miles de especies animales (incluyendo mamíferos, pájaros, anfibios, insectos), plantas y territorio de Yuracarés, Tsimanes y Moxeños Trinitarios. El impacto ambiental no será solo en el territorio del TIPNIS, sino también en áreas vecinas como la ciudad de Cochabamba que ya sufre sequías (*ibid.*: párr. 72).

La sentencia también refirió que

> …la política de ampliación de las actividades hidrocarburíferas que promueve el Gobierno boliviano supondría efectos negativos sinérgicos y acumulativos sobre el ambiente del TIPNIS causando una inminente contaminación y aún mayor deforestación sobre áreas que debieran ser estrictamente conservadas según la zonificación establecida en el Plan de Manejo, a su vez tendría impactos negativos para la supervivencia del modelo adaptativo indígena (*ibid.*: párr. 73).

En cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, la referida setencia estableció que

> …de seguir construyéndose la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos socavará las condiciones ambientales en las que se fundamenta el modelo social, político, productivo y cultural de los pueblos indígenas. La constante expansión —física y demográfica— del 'polígono siete' y posible articulación a través del TIPNIS con

> otras áreas de similar producción supone la paulatina desaparición, asimilación o expulsión de los indígenas (*ibid.*: párr. 79).

Lamentablemente, la referida sentencia no se refirió al razonamiento del TCP que, tal como se desarrolló, viabilizó la consulta *ex post* sin medidas reparatorias ni sancionatorias. Sin embargo, en el marco de la normativa vigente, en cuanto a la consulta previa, estableció lo siguiente:

> El ejercicio del derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado cristaliza uno de los pilares de los derechos indígenas, como es el de la participación. El Estado boliviano al no haber realizado la consulta, y la búsqueda de consentimiento, de forma previa a la planificación, licitación, adjudicación y contratación de la empresa constructora de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos; al no haber respetado las instituciones y procedimientos indígenas; al no haber actuado de buena fe manipulando el proceso de consulta con prebendas; al no haber informado adecuadamente a los sujetos consultados sobre la condición de intangibilidad como medida de protección y no como obstáculo al desarrollo; ha impedido a los pueblos indígenas del TIPNIS el ejercicio pleno de su derecho a la consulta y consentimiento libre, previa e informada, a su vez que ha violado el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y la autonomía y el derecho a definir sus propias formas de desarrollo (*ibid.*: D.2; párr. 81).

El razonamiento antes citado es un entendimiento coherente con las obligaciones internacionales de respeto y garantía al derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa; y como se puede observar, se aparta del arbitrario criterio del TCP que en la SCP 0300/2012, viabilizó la consulta *ex post.*

En este marco, este criterio —para futuros casos— es un parámetro interpretativo de acuerdo a la SCP 0061/2010-R de 27 de abril[795], lo que implica que, a través de futuras acciones constitucionales, el TCP no puede aplicar el criterio incoherente con el bloque de constitucionalidad referente a la consulta *ex post*.

[795] Esta SCP establece «…junto a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que ha sido ratificada por el Estado Boliviano y que, por tanto, conforma el bloque de constitucionalidad (art. 410, CPE), se encuentran otros instrumentos internacionales no convencionales, como las reglas, principios y directrices sobre diferentes temas de derechos humanos. Estos instrumentos internacionales tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la CPE, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas. En ese sentido, todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías. En ese entendido, la Corte CIDH ha señalado que 'el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999 solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 115)'» (FJ III.3).

Los argumentos descritos confirman la crítica académica realizada en este capítulo a las SCP 1158/2013 de 26 de julio y SCP 0762/2014 de 15 abril, las cuales, a partir de una impronta monocultural y formalista denegaron la tutela, tornado a la acción popular absolutamente ineficaz para la protección de derechos de los pueblos indígenas habitantes del TIPNIS y de los derechos de la Naturaleza.

En efecto, como se refirió en este capítulo, la primera SCP citada, es decir la 1158/2013, denegó la acción popular en aplicación de la doctrina de cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo y sustentó que al haberse sesuelto el contrato con la empresa OAS SRL, no existiría riesgo para sustentar una futura afectación a los derechos de los pueblos indígenas del TIPNIS y los derechos de la Naturaleza.

Como puede observarse —tal como ya se señaló—, este razonamiento omitió la aplicación de metodos dialógicos acordes con el modelo polifónico de justicia constitucional que debieron ser aplicados por el TCP para identificar todos los factores de riesgo, como la actividad petrolera en la zona, las características y la incidencia del área de colonización en la vida de los pueblos indígenas y en la zona núcleo del TIPNIS, aspectos esenciales que ameritaban una tutela preventiva a través de la acción popular y que, por interpretaciones arbitrarias del máximo contralor de constitucionalidad —que generaron la ineficacia de este mecanismo tutelar— fueron identificados posteriormente por este tribunal internacional.

Además, si se hubiera asegurado la efectividad procesal que el modelo constitucional brindó a la acción popular, probablemente, mediante mandatos de prevención, se hubiera evitado la futura aprobación de la Ley 969 y otros actos violentos futuros que se llevaron a cabo en contra de los pueblos indígenas del TIPNIS, los cuales se relatan en la sentencia internacional que es objeto de este análisis.

Asimismo, si se hubieran aplicado los criterios de orden procesal constitucional de la acción popular en coherencia con su diseño constitucional, se habría podido evitar la ejecución en 2017 y 2018 de tres puentes en la zona, construcción realizada a pesar del rechazo de los pueblos indígenas a este proyecto de infraestructura vial. Lamentablemente, tuvo que ser un Tribunal Internacional el que determine la responsabilidad del Estado Plurinacional de Bolivia por afectación a estos derechos, porque el orden constitucional fue mutado por interpretaciones arbitrarias del máximo contralor de constitucionalidad.

En efecto, el Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza concluyó señalando que el Estado Plurinacional de Bolivia violó los Derechos de la Naturaleza y de los pueblos indígenas del TIPNIS. También reiteró que el Estado debe cumplir sus obligaciones de respetar, proteger y garantizar los Derechos de la Madre Tierra, según lo establecido en el propio marco jurídico nacional y en la normativa internacional conexa (*ibid.*: E, párr. 84).

En este marco, como sanción al gobierno boliviano, se dispusieron 12 medidas de cumplimiento inmediato, consistentes en:

El deber de asegurar la paralización inmediata y definitiva de cualquier tipo de avance en la construcción de infraestructura vial en el denominado tramo II del TIPNIS, entre Isinuta y Monte Grande.

El deber de abrogar la Ley N.º 969 y la posterior elaboración y promulgación de una ley que garantice la conservación y protección del TIPNIS, prohíba la construcción de una carretera que atraviese su zona núcleo, a la vez que respete los derechos de los pueblos indígenas que ahí habitan.

El deber de reconocer el derecho territorial y autonomía del área de las exconcesiones forestales de Bosque de Chimanes a favor del Territorio Indígena Multiétnico para garantizar el control y gestión de la zona norte del TIPNIS.

El deber de adoptar medidas efectivas para detener el avance de la colonización hacia la zona núcleo del TIPNIS.

El deber de anular los planes de expansión de prospección petrolera en el TIPNIS a través de la derogación de aquellos artículos del DS 0676 que establecen concesiones de bloques petroleros al interior del Parque Nacional y Territorio Indígena.

El deber de identificar y sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos durante la intervención a la marcha indígena en Chaparina (2011).

El deber de reconocer la responsabilidad estatal en la falta de justicia sobre el caso Chaparina y de ofrecer disculpas públicas por parte del presidente del Estado.

El deber de aplicar, efectivamente, las normas y las leyes que garanticen la efectiva defensa, protección y conservación de los derechos de la Madre Tierra, en especial, con la puesta en vigencia de la Defensoría de la Madre Tierra (la cual, a nueve años de su creación, por la ley N.º 071, aún no entra en funcionamiento).

El cese de las presiones para disciplinar y controlar a los movimientos sociales, sobre todo a las organizaciones indígenas; situación que afecta gravemente a su capacidad de organización y autonomía, reduciendo su potencialidad para defender la Madre Tierra.

El deber de garantizar a los pobladores indígenas el cumplimiento de su papel fundamental como defensores de la Madre Tierra, sobre todo en el mantenimiento de sus ciclos de vida y salud integral en el TIPNIS y en el resto del territorio nacional.

El deber de retomar las medidas de vigilancia, control y participación social por parte de la sociedad civil para que ésta pueda ejercer su papel de fiscalizadora y defensora de los derechos de la Naturaleza en el TIPNIS.

> El deber de promover, con urgencia, políticas y leyes que garanticen el cumplimiento de las obligaciones estatales en virtud de otros tratados y acuerdos internacionales, incluida la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio 169 de la OIT, y otras disposiciones relacionadas con el medio ambiente, la biodiversidad y los derechos básicos de las comunidades y los pueblos.

Ahora bien, la sentencia citada amerita, sin desviarnos del objeto de este trabajo, proponer una breve reflexión en cuanto a sus efectos en el Estado de Bolivia. En este orden, es importante señalar que la compentencia de esta instancia emergió de la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, la cual se reunió en la ciudad de Cochabamba, del 19 al 22 de abril de 2010. Este documento fue el primer instrumento internacional de la sociedad civil y fue suscrito por 142 delegados de países asistentes, entre ellos, delegados del Estado boliviano.

Por ello, en base a lo descrito, desde el derecho internacional de los derechos humanos, debe analizarse si las decisiones del Tribunal Internacional para los Derechos de la Naturaleza, cuya competencia emerge de un instrumento internacional suscrito por la sociedad civil, genera efectos vinculantes para el Estado boliviano y si sus interpretaciones generan estándares internacionales que deben ser asumidos en el ámbito interno. Asímismo, será importante precisar si la omisión de cumplimiento a lo dispuesto por este tribunal y a las interpretaciones desarrolladas podría ser tutelada a través de una acción popular.

En base a los problemas jurídicos formulados, en primer lugar, debe señalarse que el derecho internacional de los derechos humanos, tal como se desarrolló en el capítulo cuarto de este trabajo [796], tiene fundamento en dos principios esenciales, que a su vez son pautas constitucionalizadas de interpretación en el caso boliviano: los principios de progresividad y de prohibición de regresividad. A su vez, es importante precisar que el derecho internacional de los derechos humanos tiene también un sistema plural de fuentes jurídicas, entre ellas los instrumentos internacionales con fuerza vinculante y los estándares internacionales emergentes de los órganos autorizados, como es el caso de la Corte CIDH en el Sistema Interamericano; los principios de dereho internacional y la costumbre internacional.

En coherencia con lo señalado, las decisiones de este Tribunal emergen de principios que, además, conllevan la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a derechos de la Naturaleza y a derechos colectivos de los pueblos indígenas. Por tanto, en primer lugar, los principios son una fuente directa del derecho internacional de los derechos humanos, lo que implica que, para no incurrir en regresividad, el Estado debe asumirlos. Además, es pertinente citar que estos principios deberán ser aplicados por el TCP, a la luz del estándar jurisprudencial más alto contenido en la SC 0061/2010-R de 27 de abril, por lo que las medidas ordendadas por este tribunal internacional deben ser consideradas como parámetros interpretativos para el análisis de vulneración de derechos,

[796] Ver cuarto capítulo, numeral 6.1.

tanto de los pueblos indígenas del TIPNIS como de la Madre Tierra, en el marco de los problemas jurídicos que planteó la denuncia internacional.

Asimismo, en una interpretación coherente con los principios de progresividad y prohibición de regresividad, el reconocimiento de los derechos de la Naturaleza y las interpretaciones realizadas en cuanto a estos derechos y a los derechos de los pueblos indígenas, son también parámetros interpretativos que deben ser utilizados por el TCP, no solamente en acciones populares, sino en cualquier tipo de procedimiento constitucional, para así evitar incurrir en regresividades.

Por otra parte, debe considerarse que este tipo de declaraciones, como es el caso de la Declaración aprobada por la Conferencia Mundial de los pueblos sobre el Cambio Climático y los derechos de la Madre Tierra, son respetadas por todos los Estados por costumbre internacional, la cual constituye una fuente de derecho. Por lo tanto, es evidente que el Estado boliviano debió cumplir, de buena fe, las 12 medidas ordenadas en el caso analizado.

Los argumentos de derecho internacional de los derechos humanos descritos tienen aún mas fuerza en los Estados de tipo Plurinacional, como es el caso de Bolivia, ya que la plurinacionalidad y su interdependencia con el pluralismo, tal como se desarrolló en el capítulo cuarto [797], conllevan un pluralismo jurídico de tipo igualitario con fuerza vinculante en un contexto de un pluralismo de fuentes jurídicas. Por ello, los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación consagrado en los arts. 2 y 30.I de la Constitución, pueden suscribir instrumentos como la Declaración aprobada por la Conferencia Mundial de los pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra. En consecuencia, a partir de los principios de plurinacionalidad y pluralismo, la aplicación de este instrumento, los criterios interpretativos y las decisiones del Tribunal Internacional para los derechos de la Naturaleza, en un contexto de pluralismo de fuentes jurídicas, tendrán efecto vinculante para el Estado Plurinacional de Bolivia, de forma consistente con los principios de progresividad y prohibición de regresividad consagrados en el artículo 13.I de la Constitución.

Sin duda, el razonamiento antes señalado evidencia que los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, no solo advierten sobre la necesidad de brindar una lectura desde otros vértices de la soberanía monopolizada por el Estado, sino también del derecho internacional de los derechos humanos en relación al tradicional *soft law*, por lo que, el modelo de Estado Plurinacional genera un tránsito sustancial del clásico concepto del Estado-Nación y del monopolio normativo del Estado.

En consecuencia, puede colegirse que, en caso de incumplimiento de las medidas establecidas por este tribunal internacional en relación al TIPNIS, queda expedita la vía de la acción popular, la cual, tal como se desarrolló en el capítulo sexto de este trabajo [798], es el mecanismo de tutela esencial para la interpretación de derechos colectivos de los pueblos indígenas desde enfoques emancipatorios.

---

[797] Ver capítulo cuarto, numeral 4.

[798] Ver capítulo sexto, numeral 3.

Luego del análisis de esta sentencia del Tribunal Internacional para los Derechos de la Naturaleza —y después de haber realizado el estudio específico de las decisiones del TCP en cuanto al TIPNIS— se puede colegir que, en este caso, existió una impronta monocultural y una visión extremadamente formalista dirigida a denegar la tutela a los pueblos indígenas del TIPNIS, lo que evidencia que éste es un caso emblemático que devela la arbitrariedad de las decisiones del máximo contralor de constitucionalidad. Por ello, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009, la situación de muchos pueblos indígenas no ha cambiado en cuanto a las barreras al acceso a la justicia propias de un constitucionalismo monocultural descrito en el capítulo tercero.

7.- Caso del pueblo no contactado Pacahuara y del pueblo indígena Takana La Selva (Pando): La omisión de la reparación integral de daños con enfoque intercultural

En este análisis dinámico de jurisprudencia es importante, también, hacer referencia a la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero [799]. En este caso, la acción popular fue presentada por el presidente de la Central Indígena de Pueblos Originarios de la Amazonía de Pando (CIPOAP), institución que aglutina a los pueblos originarios del departamento de Pando, contra el director departamental del INRA Pando, el director departamental de la (ABT), el responsable de la Unidad Operativa de Bosque y Tierra de Riberalta, el Gobernador de Pando, el representante de la Secretaría de Medio Ambiente, Forestal de Tierra y Recursos Hídricos del Gobierno Autónomo Departamental de Pando y contra el Alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Nueva Esperanza del mismo departamento.

En la citada acción se denunció que el pueblo indígena Pacahuara —que es un pueblo no contactado, en aislamiento voluntario, nómada y afectado en su existencia por las actividades de varias empresas madereras que en su territorio talan los arboles de castaña, palmito y explotan sus recursos en base a supuestas concesiones forestales— fue obligado a abandonar su territorio ancestral, afectándose además su forma de vida, sus usos y costumbres y su decisión de no entrar en contacto. Asimismo, se denunció la afectación de los derechos a la comunidad Tacana la Selva, que es un pueblo contactado que vive también en este sector.

Tal como se precisió en el anterior capítulo [800], éste es un caso emblemático que, en cuanto a pueblos no contactados y en contacto inicial, generó estándares jurisprudenciales más altos por parte del TCP, entre ellos: i) el reconocimiento expreso a su situación de alta vulnerabilidad agravada por la violación a sus derechos emergente de la explotación de sus recursos; ii) el principio de no contacto y; iii) el principio de inversión de la carga de la prueba en cuanto a su existencia, toda vez que debe ser el Estado el encargado de probar su existencia y no así el pueblo indígena (SCP 0014/2013-L, FJ III.9.1, de 20 de febrero).

La referida SCP 0014/2013-L, además, al asumir las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cuanto a pueblos no

[799] Esta decisión fue suscrita por los siguientes magistrados: Blanca Isabel Alarcón Yampasi, Macario Lahor Cortez Chávez y Carmen Silvana Sandoval Landívar.

[800] Ver séptimo capítulo, numeral 2.7.

contactados, consagró el deber reforzado de protección a estos pueblos en situación de alta vulnerabilidad. En ese orden, señaló que se deben tomar, entre otras medidas, la demarcación de tierrras o la delimitación de zonas de amortiguamiento, a través de medidas específicas y reforzadas, entre ellas, la realización de estudios previos de reconocimiento, que deberán incluir un análisis antropológico que contenga estudios sobre la tradición oral en la zona de influencia, las relaciones de parentesco con posibles comunidades cercanas y las evidencias físicas con un periodo de registro no mayor de tres años encontradas por un equipo técnico de trabajo de campo que sustente la existencia de un pueblo en aislamiento o en situación de contacto inicial, medidas que deben ser asumidas a través de herramientas dialógicas con organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la protección de los pueblos en aislamiento (FJ III.9.1).

Las medidas reforzadas para pueblos no contactados y en situación de contacto inicial tienen la finalidad de brindar una protección especial y acorde con su situación de particular vulnerabilidad, por lo que, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional y del activismo judicial descrito en el capítulo quinto de este trabajo [801], la sola concesión de tutela o la emisión de exhortaciones no son suficientes para proteger a estos pueblos indígenas que, además, por los antecedentes de este caso, se encuentran en una situación de sistémica violencia por parte de empresas madereras de la zona.

En coherencia con lo señalado, desde un análisis de orden procesal constitucional y argumentativo, se advierte que si bien el TCP, mediante la SCP 0014/2013-L de 20 de febrero, concedió la tutela a favor de dichos pueblos indígenas, sin embargo, la parte dispositiva de este fallo, de manera expresa, señala: «En cuanto a los daños y perjuicios no se puede establecer en esta instancia» (Parte dispositiva).

Esta decisión de la parte dispositiva de la analizada SCP es contraria al modelo constitucional y polifónico de justicia constitucional, ya que, tal como se desarrolló en el capítulo quinto de este trabajo [802], una de las finalidades de este mecanismo tutelar, para lograr el equilibrio y la armonía, es el establecimiento de la reparación integral de daños con enfoque intercultural, que será posible a través de mecanismos dialógicos que deberán ser supervisados de oficio por parte del TCP.

En efecto, recuérdese que la doctrina de reparación integral de daños ha sido desarrollada por estándares internacionales de la Corte CIDH así como también por órganos con roles contenciosos e interpretativos del SUDH, como es el caso del Comité de Derechos Humanos. En este orden, en el marco del ejercicio del control de convencionalidad descrito en el capítulo cuarto de este trabajo [803], el TCP debe aplicar esta doctrina en control tutelar de constitucionalidad, pero, además, a la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, debe brindarle un enfoque intercultural, que solo será posible a partir de mecanismos dialógicos como los diálogos interjurisdiccionales e interculturales que, desde la especificidad de cada pueblo indígena, aseguren

[801] Ver capítulo quinto, numeral 3.1.

[802] Ver numeral 3.2.

[803] Ver numeral 6.b.

la restauración y el equilibrio para Vivir Bien. Al respecto, los mecanismos dialógicos en caso de pueblos no contactados deben ser aplicados con las organizaciones que aglutinan a los pueblos indígenas, ya que el Estado debe respetar y asegurar la vigencia del principio de no contacto.

En relación al a reparación integral de daños, debe recordarse que, de manera expresa, en una coherente interpretación del Código Procesal Constitucional y en ejercicio del control de convencionalidad, el TCP, en la SCP 0019/2018-S2 de 28 de febrero, por primera vez asumió en una acción tutelar la doctrina de la reparación integral de daños [804], toda vez que, desde el mandato del art. 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, rige el principio reparatorio, en virtud del cual quien vulnera un derecho debe repararlo [805]. Además, en este contexto, el artículo 113.I de la Constitución estabece: «La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna», consagrando así el derecho a la víctima a la reparación de daños [806].

Por otra parte, la reparación integral de daños, lamentablemente, tardó casi diez años en ser aplicada por el máximo contralor de constitucionalidad desde la vigencia de la Constitución de 2009, ya que el TCP, como en el caso ahora analizado, brindó una visión patrimonialista a la reparación de daños, perspectiva desde la cual consideró su cuantificación en vía civil ordinaria y no así en vía de control tutelar de constitucionalidad [807].

---

[804] Esta SCP estableció que la reparación integral de daños contenía los siguientes criterios: 1) *La restitución,* que tiene la finalidad de lograr el restablecimiento de la situación de la víctima al momento anterior a la violación; 2) *La indeminización*, que pretende la reparación por daños materiales físicos o mentales, gastos incurridos o pérdidas de ingresos (desde esta dimensión, se repara no solo el daño material, sino también el daño moral o psicológico, el daño familiar y el daño al proyecto de vida); 3) *La rehabilitación*, que busca la atención psicosocial y médica requerida; 4) *La satisfacción*, que pretende el reconocimiento público y simbólico de la vulneración que sufrió la víctima, este reconocimiento esta destinado a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que puediere haber sufrido por la violación de sus derechos (estas medidas pueden traducrise, por ejemplo, en actos públicos de desagravio y disculpas públicas por vulneración a derechos); 5) *Las garantías de no repetición* buscan evitar que se repitan las violaciones, por lo que buscan mitigar los daños colectivos que puedan presentarse a futuro, promoviendo la formulación de políticas públicas o medidas estatales destinadas a corregir la situación identificada que pueda generar más casos de vulneración a derechos (FJ III.4).

[805] El artíulo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reza: «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

[806] El derecho a la víctima a la reparación de daños desde el artículo 113.I de la Constitución fue desarrollado por la SCP 0628/2018-S2 de 8 de octubre de 2018 (FJ III.4.)

[807] La jurisprudencia anterior a la SCP 0019/2018-S2, estableció los alcances de la calificación de daños y perjuicios, así, mediante el AC 09/00-CDP de 20 de noviembre de 2000, relacionado con la calificación de daños y perjuicios, establece que el contenido del derecho a la reparación debe circunscribirse a lo siguiente: «…1) la pérdida o disminución patrimonial que haya sufrido la parte damnificada como consecuencia del acto ilegal cometido en su contra, 2) los gastos que la recurrente ha tenido que efectuar para lograr la reposición del derecho conculcado…». Por su naturaleza, estos criterios debían ser cuantificados desde este enfoque, no en la vía constitucional, sino en la vía civil ordinaria. En este sentido, el AC 0004/2014-CDP de 1 de septiembre, señaló: «…descartando así otros aspectos al margen,

En base a lo señalado, a pesar de la concesión de tutela a los pueblos indígenas afectados en este caso, la denegatoria de aplicar la doctrina de reparación integral de daños es absolutamente incoherente con la esencia misma del modelo polifónico de justicia constitucional y con las pautas constitucionalizadas de interpretación, en virtud de las cuales, el TCP, en este caso —como lo hizo en la SCP 0019/2018-S2—, debió ejercer control de convencionalidad y aplicar la doctrina de reparación integral de daños, además, con enfoque intercultural.

La aplicación de la reparación integral de daños con enfoque intercultural implica que, en particular, se adopten medidas de rehabilitación y garantías de no repetición a partir de herramientas dialógicas, como son los diálogos interjurisdiccionales e interculturales que, además, involucren a autoridades públicas para la eficaz protección de los derechos de estos pueblos altamente vulnerables.

En el caso concreto, las mismas medidas establecidas por esta sentencia como deberes reforzados que debe cumplir el Estado en relación a pueblos no contactados o en contacto inicial, debieron ser asumidas como medidas de restitución en relación al pueblo no contactado Pacahuara y al pueblo indígena Takana la Selva [808], como el deber de delimitar su territorio, asegurar las medidas destinadas a su protección integral en relación a concesiones forestales y precautelar su integridad y existencia como pueblos altamente vulnerables.

Además, desde la garantía de no repetición [809], el modelo polifónico de justicia constitucional tendrá una incidencia en la formulación de políticas públicas a partir de mandatos emergentes de una tutela reforzada a un grupo de atención prioritaria, razón por la cual, es esencial que sean asumidas por el TCP cuando se establezca la vulneración de derechos y, por ende, se conceda la tutela, como sucedió en este caso.

En el caso concreto, era esencial adoptar garantías de no repetición con enfoque intercultural a favor de estos pueblos indígenas altamente vulnerables, especialmente por la situación sistémica de violencia a la cual se encuentran sometidos estos pueblos, por lo que, para prevenirla y sancionarla se necesita una política pública integral, diseñada desde la voz de los históricamente oprimidos, la cual hubiera sido posible desde una garantía de no repetición pública con efectos obligatorios para los órganos de poder.

En coherencia con lo señalado, se concluye afirmando que la sola concesión de tutela solo cumplirá los efectos formales de una decisión constitucional, pero no asegurará que

---

cuyo reclamo en su caso, corresponderá a otras vías legales, no pudiendo desnaturalizarse la esencia de la justicia constitucional…».

808 Recuérdese que, de acuerdo a la SCP 0019/2018-S2, *las medidas de satisfacción* pretenden el reconocimiento público y simbólico de la vulneración que sufrió la víctima. Este reconocimiento está destinado a generar en la víctima un sentimiento de reconocimiento positivo como consecuencia de los daños que pudiere haber sufrido por la violación de sus derechos. Estas medidas pueden traducirse, por ejemplo, en actos públicos de desagravio y disculpas públicas por vulneración a derechos.

809 Como se señaló, de acuerdo a la SCP 0019/2018-S2, *las garantías de no repetición* buscan impedir que se repitan las violaciones y mitigar los daños colectivos que puedan presentarse a futuro, por lo que promueven la formulación de políticas públicas o medidas estatales destinadas a corregir la situación identificada que pueda generar más casos de vulneración a derechos (FJ III.4).

estos pueblos estén realmente protegidos, por lo que, sin duda, si no se aplica la doctrina de reparación integral de daños frente a vulenración de derechos de pueblos indígenas, no se cumplirá el fin procesal de la acción popular que, como se señaló, es el de restablecer el equilibrio y la armonía.

De acuedo a lo señalado, a pesar de la omisión de la SCP ahora analizada, es importante resaltar que la SCP 0019/2018-S2 allanó el camino para la reparación integral de daños en control tutelar, por lo que, a partir de esta decisión, esta temática ya no es, ni debe ser, un *tabú constitucional*.

8.- Caso del Sindicato Agrario Blanco Rancho (Cochabamba): La carga probatoria

Desde la perspectiva procesal constitucional, es neceario realizar un análisis específico en cuanto a la SCP 0048/2013-L de 6 de marzo, como otra decisión contraria al modelo constitucional vigente[810]. En este caso, el representante de base del Sindicato Agrario Blanco Rancho, ubicado en la jurisdicción de Villa Rivero (Punata, Cochabamba), activó acción popular contra el director departamental a.i. del INRA Cochabamba.

En esta acción se denunció que se formuló demanda de saneamiento de sus tierras emitiéndose resolución de saneamiento simple a pedido de parte. A pesar de ello, varias personas pretendieron avasallarlas de manera violenta, por lo que se solictó a la autoridad demandada la adopción de medidas precautorias, las cuales fueron concedidas y están vigentes a pesar de los recursos administrativos interpuestos por terceros, a través de los cuales se confirmó esta decisión cautelar.

Se denunció, también, que, posteriormente, la autoridad ahora demandada dispuso la medida precautoria de desalojo, así como la demolición de las construcciones existentes en Rancho Blanco; sin embargo, la autoridad demandada vulneró los derechos a la propiedad comunal agraria, al trabajo, al debido proceso y a la petición, al no haber logrado el cumplimiento de las medidas precautorias y de desalojo ordenadas.

El TCP, en revisión, revocó la decisión del juez de garantías que concedió la tutela y denegó la misma porque los accionantes no probaron la existencia de algún elemento de identidad cultural, idioma, organización territorial, territorialidad ancestral, ritualidad y cosmovisión propia, entre otros (FJ III.4). Asimismo, por el transcurso del tiempo, se modularon los efectos del fallo y se mantuvieron subsistentes las resoluciones emitidas por los jueces de garantías en mérito a la concesión de tutela que fue revocada por el TCP (Parte dispositiva).

Por lo expuesto, desde un enfoque procesal constitucional, se advierte la arbitrariedad de esta decisión, ya que, tal como se señaló en el capítulo quinto de este trabajo[811], el modelo polifónico de justicia constitucional, acorde con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización debe utilizar mécanismos dialógicos

[810] Suscriben la sentencia los magistrados: Blanca Isablel Alarcón Yampasi, Macario Lahor Cortez Chávez y Zenón Hugo Bacarreza Morales. Las magistradas Carmen Silvana Sandoval Landívar y Edith Vilma Oroz Carrasco son de voto disidente.

[811] Ver numeral 3.3.

en procedimientos constitucionales, entre ellos, los diálogos interjurisdiccionales y los peritajes antropológico-culturales, los cuales, precisamente están destinados a identificar elementos culturales esenciales para construcciones plurales de derechos.

Además, tal como lo establecen las SCP 0645/2012 de 23 de julio y SCP 0006/2016 de 14 de enero, y de acuerdo a lo previsto por el art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, existen otros criterios que deben ser cumplidos para identificar a un pueblo indígena, como el de la autoidientificación [812], criterio que puede ser establecido a partir de los mecanismos dialógicos que debe utilzar el TCP en accions populares.

Estos mecanismos dialógicos propios de un modelo polifónico de justicia constitucional son relevantes para identificar aspectos esenciales de antropología jurídica que, en el marco de la transdisciplinariedad, deben ser considerados por el TCP, como, por ejemplo, la característica de los sindicatos y sus raíces comunitarias vinculadas a comunidades y pueblos indígenas originario campesinos, aspectos que fueron desarrollados en el tercer capítulo y que deben ser considerados por el TCP, a través de los peritajes antropológico-culturales, los cuales deben ser solicitados de oficio por el máximo contralor de constitucionalidad, más aún, cuando la Secretaría Técnica del TCP tiene una unidad específica para realizar este tipo de informes transdisciplinarios [813].

Por lo expuesto, el denegar la tutela alegando arbitrariamente una carga de la prueba sobre la existencia de un pueblo indígena, como lo hizo el TCP en este caso, es absolutamente arbitrario y evidencia la preocupante situación en el Estado, puesto que, el TCP, sin ningún sustento en pautas constitucionalizadas de interpretación puede mutar mandatos de la Constitución y del bloque de constitucionalidad con la finalidad de hacer prevalecer requistos formales contrarios al modelo polifónico de justicia constitucional, a fin de denegar el acceso a la justicia a los históricamente oprimidos.

9.- Caso del ayllu Jesús de Machaca (Potosí)

En el análisis dinámico de juriprudencia realizado, desde el lente de los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador que deben guiar la lectura de presupuestos procesales en acciones populares, se ha identificado como otra decisión que merece un análisis específico la SCP 0169/2014-S1 de 19 de diciembre [814].

Esta acción fue activada por las autoridades del ayllu Jesús de Machaca, contra el gerente general de la Administración Autónoma para Obras Sanitarias (AAPOS) Potosí, alegando que dicha autoridad vulneró sus derechos colectivos a la consulta previa, al haber omitido su participación en el proceso de adecuación de concesiones y contratos de explotación de recursos de su territorios, a la libre determinación y territorialidad, a ser parte de la estructura general del Estado, a la protección de sus lugares sagrados, a vivir en un medio ambiente sano, a la participación en los beneficios de la explotación

[812] Ver capítulo séptimo, numeral 2.2.

[813] Ver capítulo quinto, numeral 3.3.

[814] La resolución fue suscrita por los magistrados: Macario Lahor Cortez Chavez y Juan Oswaldo Valencia Alvarado.

de los recursos naturales en sus territorios y al uso y aprovechamento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, derechos contenidos en los arts. 16.I; 30.III.10, 15, 16, 17 y 18; 343; 352; 373 y 403 de la Constitución; arts. 1, 11, 21, 23, 24, 25 y 26 de la CADH; y, arts. 4 y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En base a los hechos alegados y derechos denunciados como lesivos, solicitaron se conceda la tutela y se disponga que AAPOS:

> De inicio al proceso de concertación con el Ayllu Jesús de Machaca, con la intervención del Estado, para la adecuación de su concesión sobre las aguas de su territorio, según las condiciones previstas en la CPE.
>
> Se abstengan los demandados de seguir contaminando su territorio con tubos, desagües de aguas residuales y demás afectaciones al suelo y subsuelo.
>
> Se ordene la prohibición de negar el acceso y circulación por zonas de su territorio.
>
> Se ordene la concertación de las condiciones de su participación en la gestión ambiental y aprovechamiento de las lagunas que se encuentran dentro del territorio, bajo la supervisión del Estado.
>
> Se priorice la instalación del servicio de agua potable a todas la familias de la comunidad.
>
> El cese del ilegal aprovechamiento y venta de sus aguas contaminadas y residuales a empresas, disponiéndose que dichos derechos y beneficios pasen directamente a su comunidad.
>
> Se ordene la anulación de contratos, convenios u otros instrumentos jurídicos que hayan pretendido soslayar el proceso de adecuación constitucional sin incluir la participación y consulta previa a los pueblos originarios afectados; y;
>
> Se les otorgue fotocopias legalizadas de todas las concesiones, contratos, convenios u otro tipo de instrumentos jurídicos referidos a la explotación y aprovechamiento de sus aguas y otros recursos naturales que se encuentran en su territorio, además de los montos percibidos sobre las aguas de sus lagunas.

Del contenido de la acción popular analizada, se establece que el caso planteaba los siguientes problemas jurídicos sustantivos: 1) El análisis desde el bloque de constitucionalidad en cuanto a la adecuación de las concesiones de agua en el territorio del Ayllu Jesús de Machaca; 2) La observancia o inobservancia de la consulta previa de acuerdo a los estándares jurisprudenciales más altos contenidos en el bloque de constitucionalidad; 3) El respeto o en su caso la vulneración de los derechos de la Madre Tierra por contaminación en el territorio del citado Ayllu; 4) El acceso al servicio de agua potable a todas las familias de la comunidad; 5) La participación de la comunidad en las decisiones y en

los beneficios de la explotación de sus recursos; y, 6) El dercho al acceso a la información pública del Ayllu Jesús de Machaca en cuanto a todas las contrataciones públicas realizadas en su territorio.

El Tribunal de garantías que conoció esta acción, denegó la tutela, alegando lo siguiente:

> Que, el Decreto Supremo 071 de 9 de abril de 2009 creó la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico y a través de una resolución administrativa regulatoria específica se concedió licencia a AAPOS Potosí para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario en el área de servicios establecidos en el contrato de concesión, así como la autorización para el uso y aprovechamiento del recurso hídrico de las fuentes de agua, observando la normativa sectorial y ambiental.
>
> Que, AAPOS, en virtud a la referida licencia, es únicamente administrador del recurso hídrico para el consumo de la población potosina, ya que el propietario de esos recursos naturales sería el Estado boliviano, de acuerdo al art. 339 de la Constitución, por lo que «cualquier acción que pretenda modificar o alterar el régimen jurídico aplicable a todas las EPSAS del país, deberá ser dirigida contra la primera autoridad del Estado Boliviano y/o las instancias del nivel central del gobierno».
>
> Que, mediante nota expresa, AAPOS respondió a la solicitud formulada por los comunarios del ayllu Jesús de Machaca, a través de la cual se les pidió la presentación de planos topográficos del ayllu, la ubicación de sus viviendas, terrenos, zonas de riego, de pastizales y el número de habitantes, petitorio que nunca cumplieron.
>
> Los comunarios del ayllu venden aguas residuales a las empresas mineras de Jungie Mining Industry SRL y Manquiri, sin haber demostrado su derecho propietario ni personería jurídica, lo que, desde el criterio del Tribunal de garantías, implica que este ayllu debe ser investigado por el Ministerio Público, por un desvío de agua a través de tuberías de 250 milímetros; y,
>
> No se puede supeditar el interés colectivo de la ciudad de Potosí a los intereses particulares «de un minúsculo grupo de personas»; tampoco es viable anular contratos suscritos entre el Estado Plurinacional de Bolivia y AAPOS Potosí (SCP 0169/2014-S1, FJ I.2.6, de 19 de diciembre).

El razonamiento transcrito realizado por el Tribunal de garanías de Potosí refleja el pensamiento monocultural, excluyente y basado en formalismos y ritualismos extremos que constituyen infranqueables barreras al acceso a la justicia constitucional, especialmente para pueblos indígenas.

En este escenario, recuérdese que, en el capítulo tercero, se describió la historia del constitucionalismo boliviano desde la perspectiva de los pueblos indígenas y se demostró

las históricas barreras al acceso a la justicia que existieron para ellos y otros grupos históricamente discriminados. Por esta razón, se señaló, en el quinto capítulo, la importancia del modelo polifónico de justicia constitucional para la construcción plural de derechos desde las voces de los históricamente oprimidos, modelo plenamente amparado por el constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador que sustenta los mandatos de la Constitución democrática de 2009.

Lamentablemente, la decisión ahora analizada, desde el razonamiento del Tribunal de garantías, evidencia, en principio, graves falencias argumentativas, primero porque se omite considerar todos los problemas jurídicos planteados por este pueblo indígena en su acción popular; y, segundo, porque se omite realizar una ponderación intercultural, alegándose simplemente y sin mayor fundamentación la prevalencia del interés colectivo frente a un «grupo minúsculo de personas» (*sic*), es decir, que el Tribunal de garantías ni siquiera reconoce su carácter de pueblo indígena titular de derechos, persistiendo todavía la lógica monocultural de los derechos exclusivamente individuales y el concepto universal del bien común, el cual desconoce todo enfoque intercultural basado en la diversidad cultural. Por ello, este caso ilustra la vigencia de una Constitución formal plurinacional y de operadores de justicia que generan una Constitución material que consolida denegatoria de justicia constitucional a los pueblos indígenas y a otros grupos históricamente oprimidos.

La arbitraria decisión del Tribunal de garantías analizada, en revisión, fue revocada por el TCP, a través de la SCP 0169/2014-S1 de 9 de diciembre, instancia que concedió, en parte, la acción popular porque el gerente general de AAPOS Potosí vulneró el derecho al acceso al agua potable del ayllu Jesús de Machaca y su derecho a la salubridad pública en cuanto al acceso a las condiciones básicas y necesarias para vivir saludablemente.

Al analizar los precedentes en vigor contenidos en esta decisión, se puede advertir que se asumen estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a la naturaleza procesal constitucional de la acción popular (FJ III.1); y en cuanto al derecho al agua (FJ III.2); sin embargo, el cuestionamiento se encuentra en la razón jurídica de la decisión, por varias razones, entre ellas, la omisión de abordar los seis problemas jurídicos sustantivos que a partir de los hechos, los derechos denunciados como afectados y el petitorio, planteó el caso concreto, de hecho, para el análisis del caso concreto, el TCP redujo su análisis al acceso al agua potable de la comunidad (FJ III.3), omitiendo, de manera arbitraria, considerar los cinco restantes problemas jurídicos sustantivos que debían ser analizados por el TCP.

El lenguaje hegemónico de subordinación y discriminación que todavía utiliza el TCP se advierte en la razón jurídica de esta sentencia, ya que el análisis se inicia con la siguiente frase:

> …del impreciso y extenso memorial de demanda, se advierte que entre los derechos acusados de vulnerados se encuentra el derecho al agua potable, y en razón a ello solicitan se priorice la instalación de dicho servicio a todas las familias de la comunidad… (SCP 0169/2014-S1, FJ III.3, de 9 de diciembre).

Como se puede advertir por el tenor literal de la referida sentencia, en esta parte de la decisión, el TCP redujo el problema jurídico sustantivo al acceso al agua potable y, de

manera arbitraria e inmotivada, al catalogar el memorial de acción popular de «impreciso» y «extenso», invisibilizó los otros problemas jurídicos que el caso planteaba, silenciando así las voces de los históricamente oprimidos en relación a relevantes reivindicaciones de derechos colectivos, entre ellos, los derechos a la consulta previa, a la participación en los beneficios de la explotación de sus recursos y al acceso a la información pública, entre otros.

Asimismo, el TCP, desde el análisis exclusivo al derecho al acceso al agua potable del ayllu Jesús de Machaca, vinculó este derecho con el derecho a la salubridad pública y concedió la tutela parcialmente. Para este fin, estableció que, para que el Estado cumpla su deber de provisión de agua potable, no puede exigirse la carga de la prueba a un pueblo indígena a fin de justificar su incumpliento en cuanto a la provisión y dotación de este servicio básico, argumento coherente con el principio pro-pueblos indígenas y con el modelo polifónico de justicia constitucional.

En cuanto a los otros derechos denunciados como lesivos, la referida SCP, de manera sucinta, se refirió a la consulta previa y estableció lo siguiente:

> En lo que respecta a los otros derechos acusados de vulnerados, como la consulta previa, reconocida a favor de los pueblos indígenas sobre toda medida legislativa o administrativa susceptible de afectarles (…); sin embargo, la consulta previa si bien se trata de un derecho fundamental de carácter colectivo inherente a los pueblos y naciones indígenas que está directamente vinculado con el derecho de los miembros de estos pueblos a la tierra, el territorio y los recursos naturales no renovables, no es menos evidente que es un deber de carácter obligatorio para el Estado el realizarlas en el marco del cumplimiento de las obligaciones constitucionales e incluso internacionales (considerando el bloque de constitucionalidad reconocido por el art. 410 de la CPE), con el objeto de buscar la paz social y evitar conflictos sociales que pudieran suscitarse, por lo que el realizar las consultas resulta necesario en los casos en que existan proyectos a gran escala o gran impacto, para obtener el consentimiento de las comunidades que pudieran verse afectadas, es por lo tanto una obligación indelegable por parte del Estado, en ese sentido se ha pronunciado la (SCP 300/2012 de 18 de junio); no siendo competencia de AAPOS que es una entidad que únicamente obtiene licencia de la AAPS para la prestación del servicio de agua potable y alcantarillado sanitario y el uso y aprovechamiento del recurso hídrico para proveer de agua a la ciudad de Potosí, en tal razón no puede convocar para la realización de la consulta a los habitantes del ayllu «Jesús de Machaca», por tanto corresponde dendegar la tutela respecto a este derecho colectivo que tienen los pueblos originarios campesinos (SCP 0169/2014-S1, FJ III.3, de 9 de diciembre).

El entendimiento desarrollado es arbitrario y absolutamente contrario a los estándares internacionales sobre la consulta previa que fueron descritos en el capítulo séptimo, ya que un tema es el consentimiento —que, de acuerdo a la Corte CIDH debe ser obtenido en tres casos: proyectos a gran escala, proyectos que impliquen el tratamiento, reciclaje,

almacenamiento o retiro de material tóxico y en casos que implique desplazamientos forzados para los pueblos indígenas— y otro es el ejercicio del derecho a la consulta previa e informada, que tiene carácter obligatorio para los Estados, tal como lo estableció la SCP 300/2012 a la cual se hace referencia y que también fue desarrollada en este capítulo [815]

Afirmar que la consulta previa no es obligatoria y se circunscribe a casos en los que se exige el consentimiento, transcribiendo un entendimiento referido a los estándares internacionales referentes al consentimiento, tal como lo hizo el TCP en el razonamiento transcrito, implica mutación flagrante de la Constitución a través de un vicio argumentativo, porque el texto constitucional, en el art. 30.II.15 consagra el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinas

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

Sin embargo, tal como se señaló, este mandato constitucional es modificado arbitrariamente por una decisión constitucional. Es decir, un poder constituido usurpa, en el ejercicio de sus funciones, los roles de un poder constituyente, aspecto que socaba los pilares mismos del Estado Constitucional Plurinacional de Derecho.

Asimismo, el citado razonamiento implica falta de lealtad procesal y, por ende, mala fe del máximo contralor de constitucionalidad, en términos de valoración del cumplimiento de obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos reforzados de los pueblos indígenas [816].

Además, tal como se señaló en el capítulo quinto [817], el modelo polifónico de justicia constitucional debe guiarse por resultados argumentativos emergentes de construcciones plurales acordes con pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos que justifiquen la razonabilidad, proporcionalidad y objetividad de la decisión y, por ende, su *conformidad* con el bloque de constitucionalidad. En este sentido, el resultado interpretativo asumido por el TCP, en cuanto a la consulta previa a pueblos indígenas, es contrario a las pautas constitucionalizadas de interpretación contenidas en los arts. 410, 13.I, 13.IV, 14.II, 109.I y 256 de la Constitución, que a su vez son interdependientes de los arts. 1.1, 24 y 29 de la CADH, lo que evidencia la arbitrariedad del TCP y su sesgo monocultural que, de manera impune —por las deficiencias del proceso del juicio de responsabilidades en el Estado Plurinacional de Bolivia—, impide materializar el ejercicio de sus derechos a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

---

[815] Esta sentencia fue desarrollada en el numeral 6 de este capítulo.

[816] En el capítulo cuarto, numeral 6, se desarrolló el principio de la *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, las obligaciones internacionales de respeto y garantía a derechos deben ser cumplidas de buena fe.

[817] Ver capítulo quinto, numeral 3.1.

Asimismo, esta decisión es contraria al estándar jurisprudencial más alto en cuanto a consulta previa consagrado en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, por lo que al inaplicar de manera arbitraria dicho estándar, se incurrió en un trato diferenciado arbitrario contrario al artículo 14.II de la Constitucion [818].

Esta sentencia tambien señala lo siguiente:

> En relación a su petitorio […] al manifestar su intención de ser parte del Directorio de AAPOS y que las ventas supuestamente que realiza esta entidad a las empresas mineras se comparta los réditos y sea destinado al uso por parte de la comunidad […]; al respecto cabe precisar que, en cuanto al primero, no se encuentra dentro de la naturaleza jurídica de la acción popular, por tanto, no corresponde pronunciamiento alguno (SCP 0169/2014-S1, FJ III.3, de 9 diciembre).

Este es otro razonamiento arbitrario y contrario al tenor literal expresado del art. 30.II.5 [819] y al modelo de Estado Plurinacional asumido por la Constitución de 2009. Además, el referido razonamiento desconoce el alcance del art. 135 de la Constitución que establece que los derechos colectivos se encuentran dentro del ámbito de protección de la acción popular.

Además, se advierte que la resolución analizada omite, arbitrariamente, hacer referencia a las denuncias de contaminación y, por ende, afectación de los derechos de la Madre Tierra y a la solicitud de acceso a información pública reclamada por este pueblo indígena a través de la acción popular, derechos que forman parte del ámbito de protección de la acción popular y que debieron, a través de mecanismos dialógicos, generar una construcción plural de derechos para, en su caso, aplicar mandatos de prevención, restauración y reparación integral de daños en coherencia con el paradigma del *Suma Qamaña*, desarrollado en el capítulos quinto de este trabajo [820].

El análisis realizado en cuanto a la citada sentencia evidencia el sesgo monocultural y formalista del TCP y la cultura de impunidad existente que produce razonamientos jurisprudenciales absolutamente contrarios al modelo constitucional sin consecuencia alguna para las o los magistrados que suscriben este tipo de decisiones. Esto implica que es preciso reflexionar, profundamente, sobre la garantía de independencia judicial en el Estado Plurinacional de Bolivia, en los términos expuestos en el capítulo quinto de este trabajo [821].

---

[818] Esta sentencia fue desarrollada en el capítulo séptimo, numeral 2.3.

[819] El art 30.II.5 de la Constitución establece que, en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta norma, las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: «[…] 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado».

[820] Ver el numeral 3.1.

[821] Ver el numeral 4.

10.- Caso ayllu Jatun Mankasaya (Potosí): La autorrestricción de la cesación de los efectos del acto denunciado como lesivo

Se ha identificado también a la SCP 0389/2015-S1 de 24 de abril como contraria al diseño constitucional de la acción popular y a sus presupuestos de orden procesal constitucional. En este caso, el ayllu Jatun Mankasaya, ubicado en el municipio de Puna (Potosí), denunció que los concejales de ese municipio y el presidente de la urbanización Tres Cruces Alcatuyo, del mismo municipio, vulneraron sus derechos a la libre determinación y territorialidad, al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos, así como también a la consulta, debido a que en el proyecto de cambio de uso de suelo y delimitación urbana de centros poblados de dicho municipio, el cual tiene por objeto delimitar el radio urbano y recaudar fondos por el cobro de impuestos municipales a la propiedad. En este sentido, mediante la Ordenanza Municipal OM 027/2012 de 18 de octubre, fusionaron el sector denominado Tres Cruces Alcatuyo, el cual se sobrepone a una parte de su territorio, para convertirlo en un centro urbano denominado Centro Urbano de Belén, decisión que afectaría al territorio de la comunidad de Alcatuyo que forma parte del ayllu Jatun Mankasaya, imponiendo, además, un concepto occidental y poscolonialista ajeno a la cosmovisión indígena originaria y a las formas de administración de su territorio.

El TCP, a través de la SCP 0389/2015-S1 de 21 de abril[822], confirmó la resolución del Juez de garantías y denegó la acción popular porque la decisión asumida por las autoridades demandadas mediante Ordenanza Municipal 027/2012 no contaría con la homologación que establece el Reglamento Específico de la Norma Municipal que aprueba la delimitación del radio o área urbana. Pero, además, de forma posterior a los hechos sucedidos, las autoridades demandadas emitieron la OM 25/2013, que dejó sin efecto la cuestionada resolución, por lo que el TCP aplicó la autorrestricción jurisprudencial del hecho superado (FJ III.4).

Tal como se señaló en el capítulo sexto de este trabajo[823], en el marco del principio de máximo informalismo que debe guiar la acción popular, la autorrestricción de los hechos superados no es coherente con su naturaleza jurídica ni con los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural, porque es importante, en estos conflictos, que el modelo polifónico de justicia constitucional genere la armonía y el equilibrio y pueda adoptar mandatos de prevención, mandatos de restauración y de reparación integral de daños con enfoque intercultural si fuera el caso.

En la presente problemática, la denegatoria de tutela por esta autorrestricción jurisprudencial, no restituyó la armonía y el equilibro entre la comunidad y el municipio de Puna y, de hecho, impidió que se adopten mecanismos dialógicos esenciales para el Vivir Bien y en armonía. Además, en el caso concreto, para evitar conflictos futuros, hubiera sido esencial que el TCP analice los problemas jurídicos sustantivos planteados, máxime

[822] Esta decisión fue suscrita por los magistrados Macario Lahor Cortez Chavez y Tata Efren Choque Capuma.

[823] Ver capítulo sexto, numeral 13.2.

cuando ya se disponía de un estándar jurisprudencial más alto en la SCP 0487/2014 de 25 de febrero, que planteó el mismo problema jurídico, especialmente para asumir mandatos de restauración y mandatos de no repetición.

La sentencia analizada es otro caso que evidencia el extremado formalismo del TCP que, para evitar analizar los problemas sustantivos que plantea el caso concreto prefiere aplicar una autorrestricción jurisprudencial contraria al principio de máximo informalismo de la acción popular y denegar la tutela sin realizar el análisis del problema jurídico sustantivo planteado.

11.- Caso del Pueblo Indígena Guaraní

En el análisis dinámico de jurisprudencia realizado también es importante citar la SCP 0089/2016-S2 de 15 de febrero, la cual emergió de una acción popular presentada por el presidente nacional de la Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) y por el presidente del Consejo de Capitanes Guaraní de Santa Cruz, contra el entonces presidente del Estado, Juan Evo Morales Ayma, por la vulneración de sus derechos a la consulta previa, libre e informada; al reconocimiento como pueblo indígena y sus sistemas normativos; a la libre determinación y autonomía; a la tierra y al territorio; a la conservación, reconstitución y protección de su medio ambiente; a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y a la participación en los órganos e instituciones del Estado, toda vez que la autoridad demandada no consultó previamente a los pueblos indígenas originarios que representan, antes de emitir los DS 2195, 2298, 2366 y 2368 [824].

El TCP confirmó la resolución del tribunal de garantías y denegó la acción popular sin ingresar a analizar los problemas jurídicos sustantivos que planteó el caso concreto, alegando que el cuestionamiento de normas de carácter general debe ser realizado a través del control normativo de constitucionalidad y no así mediante la acción popular (SCP 0089/2016-S2, FJ III.3, de 15 de febrero).

En el capítulo sexto, esta autorrestricción jurisprudencial fue analizada de manera concreta, por ser contraria al modelo constitucional y por no responder a los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario e intercultural [825].

En efecto, tal como ya se señaló, dicha autorrestricción jurisprudencial no debió ser aplicada por el TCP en el caso concreto para denegar la denuncia de este pueblo in-

[824] El DS 2195 tiene por objeto establecer un mecanismo para la asignación porcentual de la compensación financiera por impactos socio ambientales de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos, cuando se desarrollen en Territorios Indígena Originario Campesinos (TIOC), tierras comunales, indígenas o campesinas. El DS 2298 tiene por objeto modificar y complementar el DS 2903 de 16 de febrero de 2007 referente al Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas. El DS 2366 tiene por objeto establecer las medidas para el aprovechamiento de los recursos hidrocarburíferos en todo el territorio nacional, en el marco de su carácter constitucional, estratégico y de interés público para el desarrollo del país, vinculado a la reducción de la extrema pobreza en comunidades que habitan las áreas protegidas y la gestión integral de los sistemas de vida. El DS 2368 tiene por objeto establecer los mecanismos necesarios para la construcción y/u operación de ductos en proyectos que se constituyan de interés nacional.

[825] Ver capítulo sexto, numeral 13.6.

dígena en cuanto a la vulneración de sus derechos colectivos a la consulta previa y a la territorialidad, entre otros, ya que en el marco del activismo judicial propio del modelo polifónico de justicia constitucional descrito en el capítulo quinto [826], se debió ejercer a través de este mecanismo tutelar, tal como se desarrolló en el capítulo cuarto [827], control de convencionalidad en relación a los estándares más altos vigentes en cuanto a consulta previa y derecho a la territorialidad [828], para luego realizar ponderaciones acordes con el bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, el no analizar los problemas sustantivos planteados implica una denegatoria de justicia constitucional arbitraria y basada en formalismos y ritualismos contrarios al modelo constitucional vigente, lo que evidencia la línea de pensamiento monocultural del TCP y sustenta la brecha de implementación que existe de la Constitución de 2009, por operadores del sistema que todavía no responden a los criterios y pautas constitucionalizadas de interpretación, lo que se traduce en obstáculos infranqueables, especialmente para los pueblos indígenas, en cuanto al acceso a la justicia constitucional.

En el caso del pueblo guaraní, que activó esta acción, su situación de vulnerabilidad y de desprotección se agrava, ya que, tal como se señaló en el sexto capítulo [829], la Constitución boliviana no brinda a las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos la legitimación activa para activar la acción de inconstitucionalidad abstracta, que es el mecanismo al cual remite la decisión ahora analizada, lo que implica que, para acceder a la justicia constitucional, este pueblo tendría que recurrir a un diputado, un senador, al Defensor del Pueblo y las autoridades con legitimación activa para activar la acción de inconstitucionalidad abstracta de acuerdo al art. 202.1 de la Constitución [830], lo que genera una barrera al acceso a la justicia constitucional para pueblos indígenas.

En el marco de lo señalado, el acceso a la justicia constitucional, vía acción de inconstitucionalidad abstracta, se dificulta más para los pueblos indígenas, ya que, de acuerdo a la Ley del Régimen Electoral de 30 de junio de 2010, solamente existen siete circunscripciones especiales para diputadas y diputados indígena originario campesinos [831], las

---

826 Ver capítulo quinto, numeral 3.1.

827 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

828 Ver capítulo séptimo, numeral 2.4.

829 Ver numeral 13.6.

830 De acuerdo a esta disposición constitucional, tienen legitimación activa para activar la acción de inconstitucionalidad abstracta la presidenta o presidente del Estado, senadoras y senadores, diputadas y diputados, legisladores, legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

831 El artículo 50.1 de la Ley del Régimen Electoral establece: «Para efecto de la elección de autoridades y representantes a nivel nacional, departamental, regional, municipal y de las autonomías indígena originario campesinas, se establecen las siguientes circunscripciones electorales: Para la elección de autoridades y representantes nacionales: a. Una circunscripción nacional, que incluye los asientos electorales ubicados en el exterior, para Presidenta o Presidente y Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado Plurinacional; b. Nueve (9) circunscripciones departamentales para Senadoras y Senadores; c. Nueve (9) circunscripciones departamentales para Diputadas y Diputados plurinominales; d. Setenta (70) circunscripciones uninominales para Diputadas y Diputados uninominales; e. Siete (7) circunscripciones especiales para Diputadas y Diputados indígena originario campesinos.

cuales no son proporcionales a la cantidad de naciones y pueblos indígenas existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia [832], lo que implica que la mayoría de los pueblos indígenas no tienen una real representación en la ALP. Por tanto, este es otro factor que dificulta el acceso de los pueblos indígenas al control normativo de constitucionalidad.

Además, esta falta desproporcional de representividad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la ALP, limita más el acceso a la justicia constitucional a través del control normativo de constitucionalidad para pueblos indígenas en un sistema hiperpresidencialista como el boliviano, el cual fue abordado en el capítulo quinto [833]. En este escenario, la mayor parte de las denuncias de los pueblos indígenas versan sobre derechos a la territorialidad, consulta previa y explotación de recursos naturales, que suelen contraponerse a los proyectos gubernamentales de desarrollo los cuales, en un escenario hiperpresidencialista, tienden a prevalecer con el aval del máximo contralor de constitucionalidad. Éste silencia la voz de los históricamente oprimidos, a través de interpretaciones viciadas y de autorrestricciones arbitrarias —como la ahora analizada—, destinadas a suprimir su acceso a la justicia constitucional, lo que, sin duda, favorece la ejecución de proyectos gubernamentales dirigidos a la exploración y explotación de recursos naturales en flagrante violación de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por los fundamentos expuestos, es esencial, para una justicia constitucional accesible y oportuna, brindarle a la acción popular una interpretación coherente con el bloque de constitucionalidad. En ese marco, es evidente que, en el caso concreto, a través de este mecanismo de control tutelar de constitucionalidad, el TCP —y también los jueces y Tribunales de garantías— brinden a las normas de carácter general un sentido conforme al bloque de constitucionalidad, por ejemplo, recurriendo al ejercicio del control de convencionalidad y al método de aplicación directa y preferente de derechos [834], lo que implica que no deben aplicar esta arbitraria autorrestricción jurisprudencial.

En este caso concreto, después de la denegatoria de tutela por parte del TCP, a través del control normativo de constitucionalidad, el entonces Defensor del Pueblo presentó dos acciones de inconstitucionalidad concretas cuestionando los DS 2195 y 2366. Los

---

832 El art. 5 de la Constitución establece: «Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco». Estos idiomas oficiales representan la diversidad de 36 naciones y pueblos indígenas, aunque, por supuesto, los pueblos indígenas no se reducen a este número. Aunque existen pocas investigaciones al respecto, una de las más recientes (Tamburini, 2012, p. 9) identifica solo en tierras bajas, 58 territorios indígenas con tierras comunitarias delimitadas, sin contar los territorios de pueblos indígenas que se encuentran en proceso de titulación. Estos datos grafican la necesidad de una representación proporcional en la ALP, ya que siete circunscripciones especiales indígena originario campesinas no es una representación proporcional para un Estado Plurinacional en el cual existen diversidad de naciones y pueblos indígena originario campesinas.

833 Ver numeral 4.

834 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

resultados interpretativos asumidos en ambos casos reflejan un silenciamiento arbitrario a las voces de los históricamente oprimidos, lo que implica que los vicios argumentativos y las autorrestricciones formalistas, para pueblos indígenas y en casos de relevancia por la magnitud de proyectos vinculados a la explotación de sus recursos naturales, no solamente se presentan en acciones populares, sino también en control normativo de constitucionalidad. Por su importancia, en los siguientes párrafos se abordarán estas dos acciones de inconstitucionalidad abstracta.

11.1.- La acción de inconstitucionalidad abstracta contra el DS 2195

Esta acción de inconstitucionalidad abstracta fue presentada por el entonces Defensor del Pueblo contra el DS 2195 de 26 de noviembre de 2014, en sus arts. 4 y 6 denunciando su incompatibilidad con los arts. 2; 30.II.4 y 15; 109.II; 403.I y 410 de la Constitución; 3, 23 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; 1.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ;1.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; y, 6.1; 7.1 y 15 del Convenio 169 de la OIT.

En el contexto descrito se denunció que el art. 4, numeral I, del cuestionado DS, al establecer que el alcance de la compensación por obras o proyectos hidrocarburíferos se materializará mediante un acuerdo entre el titular de las actividades hidrocarburíferas y los beneficiarios, debiendo establecer en tal documento —entre otros aspectos— los proyectos a ser financiados, desconocería el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, porque el destino del monto de compensación no puede ser objeto de negociación y/o apropiación del titular de las actividades, obras o proyectos, ya que esta decisión correspondería de manera privativa a los beneficiarios, en función a sus necesidades sociales, económicas, culturales y cosmovisión.

Se cuestionó, también, el art. 4 en su parágrafo segundo del referido DS, por determinar el procedimento de distribución de las compensaciones ante la existencia de dos o más beneficiarios y establecer que el encargado de dirimir, de oficio y unilateralmente, la distribucion porcentual de las compensaciones entre beneficiarios en caso de no llegase a un acuerdo en el plazo de 180 días, será un órgano del Estado, lo que afecta el principio de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

El TCP, a través de la SCP 0052/2016 de 30 de mayo [835], declaró la improcedencia de esta acción de inconstitucionalidad abastracta. Para este efecto, invocó los requitos disciplinados en el art. 24 del Código Procesal Constitucional y estableció, de manera arbitraria, el requisito a la parte accionante de la carga argumentativa para acciones de inconstitucionalidad abstracta a la luz del AC 0441/2014-CA de 4 de diciembre [836].

---

[835] Esta SCP fue suscrita por los magistrados Juan Oswaldo Valencia Alvarado, Macario Lahor Cortez Chávez y Mirtha Camacho Quiroga.

[836] Este auto constitucional estableció lo siguiente: «…no cabe duda que el desarrollo de la argumentación jurídico constitucional constituye un requisito de ineludible observancia a efectos de admisibilidad y procedencia de la acción de inconstitucionalidad concreta».

Este auto constitucional se refiere a la carga argumentativa exigida para la acción de inconstitucionalidad concreta; sin embargo, en contra de la garantía de reserva de ley, solamente para denegar el acceso a la justicia constitucional sin ingresar al análisis de fondo de los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso concreto, el TCP extendió, arbitrariamente, la carga argumentativa a las acciones de inconstitucionalidad abstracta (FJ III.2).

Desde la perspectiva procesal constitucional, se advierte que esta SCP, sin cumplir con pautas constitucionalizadas de interpretación, jurisprudencialmente y en contra del sentido del Código Procesal Constitucional que, de manera clara, tal como ya se analizó en el numeral seis [837], estableció una fase de admisibilidad para el análisis del cumplimiento de requisitos de forma en acciones emergentes de control normativo de constitucionalidad. Sin embargo, a pesar de esta previsión y en contra del principio de preclusión, solo para declarar la improcedencia de la acción y no ingresar al análisis de los problemas sustantivos que plantea el caso, de manera expresa se señala lo siguiente:

> …resulta imprescindible la exposición de una correcta argumentación que permita al juzgador, establecer con claridad la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma; de suceder lo contrario, aun cuando la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional hubiera admitido la acción de inconstitucionalidad, es posible declarar su improcedencia por falta de fundamentos jurídicos constitucionales que justifiquen una decisión de fondo, en apego a lo dispuesto por los arts. 24.I.4 y 27.II.c) del CPCo [838] (SCP 0052/2016, FJ III.3, de 30 de mayo).

El entendimiento transcrito contiene un vicio argumentativo contrario a la garantía de reserva de ley, ya que de acuerdo al artículo 109.2 de la Constitución boliviana [839]; y, en armonía con la OC 6/86, toda restricción a derechos debe ser realiaza por ley [840]; y además, debe ser razonable y proporcional.

---

[837] Ver nota 34.

[838] El artículo 24.I.4 establece que: «En las acciones de inconstitucionalidad, la identificación de la disposición legal y las normas impugnadas, así como las normas constitucionales que se consideren infringidas, formulando con claridad los motivos por los que la norma impugnada es contraria a la Constitución Política del Estado».

El artículo 27.II.c establece: «La Comisión de Admisión rechazará las acciones, demandas, consultas y recursos en los siguientes casos: c. Cuando carezca en absoluto de fundamento jurídico constitucionales que justifiquen una decisión de fondo».

[839] El artículo 109.II de la Constitución establece: «Los derechos y sus garantías solo podrán ser regulados por la ley».

[840] La Opinión Consultiva OC 006/86 estableció que la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades debe cumpir con las siguientes condiciones concurrentes: 1) Debe tratarse de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida; 2) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas; y 3) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas; con la aclaración que debe tratarse de leyes formales, es decir, de leyes adoptadas por el órgano legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución, pues, para la Corte, este procedimiento no solo inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que

De acuerdo a lo anotado, sin duda, esta carga argumentativa al accionante, en los términos señalados por esta SCP, no se encuentra contenida en el Código Procesal Constitucional. Pero, además, esta limitación al acceso a la justicia constitucional, vía jurisprudencial, no cumple criterios de razonabilidad ni proporcionalidad, ya que, entre otros, es contraria al principio constitucional del *iura novit curia* que fue desarrollado en el capítulo cuarto [841].

Además, se advierte que el TCP, en el razonamiento restrictivo realizado, omitió utilizar el test de razonabilidad y proporcionalidad, lo que, argumentativamente, inscribe esta decisión en la arbitrariedad. En este marco, la omisión de consideración del principio del *irura novit curia* y del principio procesal de preclusión, a partir del resultado interpretativo transcrito, debió tener sustento en el referido test, ya que, sin duda, el establecer que en fase de debate de fondo se pueda observar requisitos de forma y, por ende, anular el auto constitucional de admisión a pesar de que tal como se señaló, la fase para analizar requisitos de forma procesalmente precluye con la emisión de dicho auto de admisión, implica una restricción al acceso a la justicia constitucional que solo tendría sustento en la medida en la cual el TCP justifique su decisión en el referido test.

Al margen de lo anotado, debe señalarse, también, que, en base al viciado entendimiento realizado por el TCP en el FJ III.3, esta decisión, en la razón jurídica, incurrió además en arbitrariedades vergonzosas desde el punto de vista argumentativo, ya que, para aplicar en el caso concreto el entendimiento restrictivo generado, señaló que el accionante formuló una primera demanda de inconstitucionalidad abstracta sobre las mismas disposiciones normativas impugnadas en esta acción de inconstitucionalidad abstracta, la cual fue rechazada mediante auto constitucional expreso. Sin embargo, se señala que «el mismo sujeto», haciéndose alusión al Defensor del Pueblo, interpuso esta acción de inconstitucionalidad, contra las mismas disposiciones impugnadas.

En el marco de este razonamiento, de manera taxativa, la referida sentencia señaló:

> Habiéndose procedido al contraste y verificación de ambas demandas, se evidencia que la que motiva la presente acción de inconstitucionalidad abstracta contra los arts. 4 y 6 del DS 2195, es una transcripción literal de la primera demanda que fue rechazada por este Tribunal, ante la inexistencia de fundamentación jurídico-constitucional que ameritase la realización de test de constitucionalidad alguno, con la salvedad de que en el segundo escrito se ha adicionado el numeral 4 en el que se hace mención a la anterior demanda de inconstitucionalidad; y, han sido insertados dos párrafos al inicio del numeral 5, mismo que ya fueron objeto de referencia previamente. En este contexto, revisada, como ha sido nuevamente, la pretensión formulada por el accionante, resulta ser evidente que la carga argumen-

permite a las minorías expresarse y proponer iniciativas distinas. La Corte añade que esta exigencia de ley formal se encuentra en todas las Constituciones y tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, conforme a la cual los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por ley, como expresión legítima de la voluntad de la nación.

841 Ver numeral 6.b.

> tativa expuesta en el memorial de demanda carece de la más mínima fundamentación jurídico constitucional que permita a esta jurisdicción efectuar el control normativo de constitucionalidad de las normas demandadas a efectos de verificar si entre ellas y la Norma Suprema, existe contradicción o no (SCP 0052/2016, FJ III.4, de 30 de mayo).

Esta transcripción evidencia lo que en este trabajo se califica como *vergonzosa argumentación*, ya que, en principio, omitió citarse al Auto de Admisión 0441/2015-CA de 28 de diciembre y con la finalidad de justificar la declaratoria de «improcedencia de la acción» hace mención a una anterior acción de inconstitucionalidad abstracta que fue denegada, también arbitrariamente, por supuesta falta de argumentación jurídica, sin considerar que el auto de admisión identificado admitió esta nueva acción. Además, esta decisión, sin mayor motivación, simplemente señala que la acción presentada por el Defensor del Pueblo, «carece de la más mínima fundamentación jurídico constitucional», sin justificar las razones por las cuales se llega a esta conclusión.

Al ser este un trabajo académico, esta *vergonzosa argumentación* no puede ser soslayada, ya que la afirmación de una supuesta carencia de la más mínima fundamentación jurídico-constitucional, es contraria al principio constitucional de verdad material, aspecto que se advierte por la simple lectura del resumen de la demanda realizado en la misma SCP objeto de este análisis (I.1).

En el referido resumen de la demanda se identifica con claridad la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona, así como las normas constitucionales consideradas como vulneradas y se explica las razones de la inconstitucionalidad demandada. Por lo tanto, argumentativamente, no se advierte que la acción carezca «de la más mínima fundamentación jurídico constitucional» como afirmó el TCP, para declarar la improcedencia de la acción sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que planteaba el caso concreto.

Lo descrito precedentemente, en un Estado Constitucional Plurinacional comunitario de derecho, es muy grave, ya que el afectar el principio de verdad material, para favorecer decisiones de autoridades públicas, sustenta el cuestionamiento realizado en este trabajo al principio de independencia del TCP en un escenario hiper-presidencialista [842] y evidencia el silenciamiento a las voces de los pueblos indígenas por parte del propio guardián de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

11.2.- La acción de inconstitucionalidad abstracta contra el DS 2366

El Defensor del Pueblo presentó también una acción de inconstitucionalidad abstracta demandando la inconstitucionalidad del art. 2.I y II del DS 2366 de 20 de mayo por ser contrario a los arts. 2, 30.II.4, 30.II.15, 33, 302.I.11, 343, 385, 403 y 410.II de la Constitución; 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas; 1.1. y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

[842] Ver capítulo quinto, numeral 4.

1.1.2 y 12.2 inc. b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6.1 incs. a), b) y c), 7.1 y 15 del Convenio 169 de la OIT, y párrafo treceavo del Preámbulo del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro-Brasil, de 5 de junio de 1992.

De acuerdo a la denuncia, la disposición observada establece la realización de actividades hidrocarburíferas de exploración en las diferentes zonas y categorías de áreas protegidas, en las cuales habitan veinte pueblos indígenas, sin que se les haya realizado la consulta previa y sin su participación previa a la emisión de esta normativa.

El TCP, a través de la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre [843], declaró la constitucionalidad del art. 2.I en la frase: «Se permite el desarrollo de actividades hidrocarburíferas de explotación en diferentes zonas y categorías de áreas protegidas»; y, III en las locuciones: «…del área protegida» del DS 2366 de 20 de mayo de 2015.

Asimismo, esta sentencia instó a los pueblos indígenas que habitan las áreas protegidas de Bolivia a que, en el ejercicio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta previa en relación a la norma hoy impugnada (Parte dispositiva).

Esta SCP aplica el entendimiento restrictivo en cuanto a la consulta previa contenida en la SCP 00300/2012 de 18 de junio, que ya fue analizada en el numeral sexto de este capítulo, por lo tanto, se asume la postura de la consulta *ex post* sin medidas reparatorias para el Estado ni previsiones sancionatorias para servidores públicos que inicien actos legislativos o administrativos sin consulta previa (SCP 0064/2016, FJ III.2, de 1 de septiembre).

En base a este criterio jurisprudencial restrictivo, en el juicio de constitucionalidad, el TCP señaló:

> Consiguientemente y conforme concluyó también la indicada Sentencia en el análisis del caso concreto que le correspondió realizar en aquella oportunidad, el hecho de que la Ley —instrumento que en ese momento era objeto de control de constitucionalidad— no tenga carácter previo, no es fundamento para declarar su inconstitucionalidad, lo cual empero, no implica que la consulta no deba realizarse, sino que ésta permanece como obligación del Estado. El razonamiento anterior es aplicable al caso que ahora se examina, en el que, según la denuncia del accionante, se promulgó la norma impugnada, sin que se haya realizado el proceso de consulta previa a las NPIOC directamente afectados, lo cual, conforme se vio, no puede determinar la declaratoria de inconstitucionalidad que se pretende; sin embargo, ello no significa tampoco que la consulta como tal se encuentre definitivamente descartada o desahuciada, sino que debe realizarse, de lo contrario, los PIOC perjudicados pueden interponer la acción popular que corresponda, para la protección de sus derechos colectivos en la medida y en el momento en que exista amenaza o vulneración cierta y efectiva a éstos, tomando en cuenta que la

[843] Esta sentencia fue suscrita por los magistrados Juan Oswaldo Valencia Alvarado, Macario Lahor Cortez Chavez, Zenón Hugo Bacarreza Morales y Mirtha Camacho Quiroga.

> disposición normativa cuestionada reviste un carácter de generalidad abstracta, a partir de lo cual será posible estructurar un proceso de consulta apropiado a cada PIOC, a través de sus instituciones, normas y procedimientos propios de buena fe y de manera concertada e informada e inclusive, previa a la ejecución del proyecto, plan, medida o acto de que se trate (*ibid.*, FJ III.5).

La referida SCP no solo declaró la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas, sino que también exhortó al Órgano Ejecutivo, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y en resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, a propiciar y facilitar el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de concertar la elaboración del procedimiento de consulta previa, mediante la cual se dará una respuesta positiva o negativa respecto al objeto del DS 2366.

Finalmente, se señaló que, ante el incumplimiento de los términos desarrollados en la referida sentencia, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas.

Es lamentable evidenciar que el entendimiento de la consulta *ex post* contenido en la SCP 0300/2012 de 18 de junio, el cual implica una flagrante regresividad en cuanto a derechos de pueblos indígenas, sigue siendo asumida de manera arbitraria y errónea en el ámbito interno como precedente en vigor [844], lo que evidencia que la arbitraria permisión de realizar este tipo de consultas sin reparación de daños a pueblos indígenas y sin consencuencias sancionatorias para servidores públicos, por una decisión arbitraria del máximo contralor de constitucionalidad, se ha convertido en una práctica constitucionalizada en el Estado y en una herramienta jurisprudencial para que sea silenciada la voz de los históricamente oprimidos.

En este orden, se evidencia que el Estado no garantizó al pueblo indígena guaraní el acceso a la justicia, ni a través de la acción popular ni tampoco mediante la acción de inconstitucionalidad abstracta. Esto lleva al siguiente cuestionamiento: ¿Tienen voz los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional? Lamentablemente, las decisiones analizadas en este capítulo evidencian que no, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009.

12.- La denuncia de la comunidad Puca Huasi en cuanto a la vulneración del debido proceso en una dimensión colectiva (Chuquisaca)

En el análisis dinámico de jurisprudencia realizado se identificó, también, la SCP 1013/2016-S2 de 7 de octubre [845], emergente de una acción popular interpuesta por

---

[844] En el capítulo sexto, numeral 2, se desarrolló la doctrina del estándar jurisprudencial más alto contenida en la SCP 2233/2013, en virtud de la cual el precedente en vigor —por ende, fuente directa de derecho— es el entendimiento jurisprudencial más favorable al derecho coherente con el principio de progresividad. Desde esta perspectiva, el entendimiento de la consulta *ex post* contenido en la SCP 0300/2012 nunca podrá ser precedente en vigor.

[845] Esta SCP fue suscrita por los magistrados Mirtha Camacho y Zenón Hugo Bacarreza Morales.

las autoridades de la comunidad campesina Puca Huasi del municipio de Monteagudo (provincia Hernando Siles, Chuquisaca) contra magistrados del Tribunal Agroambiental, por la vulneración del derecho al debido proceso en sus elementos de motivación, congruencia, pertinencia y razonabilidad, vinculados a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, al juez natural y a la defensa.

En esta acción se denunció que este pueblo indígena planteó demanda incidental de recusación contra los magistrados del Tribunal Agroambiental, quienes anticiparon criterio de fondo antes de conocer el caso. A pesar de ello, se conformó el tribunal con los magistrados que emitieron una sentencia en su contra y quienes, ahora, a través del Auto Interlocutorio Definitivo 03/2015 de 1 de octubre, rechazaron la recusación formulada, sin exponer las razones suficientes para ello.

El TCP, a través de la SCP 1013/2016-S2 de 7 de octubre, confirmó la resolución del Juez de garantías y denegó la acción popular porque el auto interlocutorio objetado, que fue emitido en mérito a una resolución de recusación por parte de la comunidad Puca Huasi en un proceso ante el Tribunal Agroambiental, no estaría vinculado con derechos colectivos (FJ III.3).

En el capítulo 7 se fundamentaron las dimensiones del debido proceso y sus elementos. En ese marco, se estableció que el debido proceso, en vía administrativa o ante tribunales de justicia en casos en los cuales se discuten derechos de pueblos indígenas, tenía una dimensión colectiva tutelable a través de la acción popular [846].

A pesar de la vigencia de un debido proceso en su dimensión colectiva, lamentablemente, de manera arbitraria, el TCP desconoció los estándares jurisprudenciales más altos en vigor y, sin mayor motivación, denegó la tutela a este pueblo indígena, sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo.

Al estar el debido proceso en su dimensión colectiva dentro del ámbito de protección de la acción popular, la denegatoria de tutela ahora analizada evidencia que éste es otro caso de argumentación jurídica arbitraria que deniega el acceso a la justicia constitucional a los históricamente oprimidos.

13.- La denuncia de la comunidad indígena San Martín Tapaca Pacahura en relación a sus derechos al hábitat, al domicilio y al debido proceso (Pando)

También en este análisis dinámico de jurisprudencia, es necesario hacer referencia a la SCP 0801/2017-S2 de 14 de agosto [847], emergente de una acción popular presentada por la comunidad indígena San Martín Tacana Pacahuara, del municipio Santos Mercado (provincia Federico Román, Pando), contra los magistrados del Tribunal Agroambiental y un Juez Agroambiental, por la vulneración de sus derechos al hábitat, al domicilio y al debido proceso.

[846] Ver capítulo séptimo, numeral 2.7.

[847] Esta decisión fue suscrita por los magistrados Mirtha Camacho Quiroga y Zenón Hugo Bacarreza Morales.

En esta acción popular, la comunidad accionante alegó ser propietaria de la Tierra Comunitaria de Origen (TCO), con respaldo del respectivo título ejecutorial, con posesión pacífica en terrenos cultibables y no cultibables y con una nómina de 120 comunarios. Sin embargo, alegaron que fueron demandados por personas que llegaron del altiplano por reivindicación y mejor derecho propietario ante el juez agroambiental de Pando, autoridad que declaró probada su demanda, decisión contra la cual activaron recurso de casación que fue declarado infundado por las autoridades ahora demandadas.

En la referida acción popular, se denunció que las autoridades demandadas no consideraron las características del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador; no efectuaron la interpretación del derecho a partir de los postulados de plurinacionalidad y pluralismo, flexibilización de los requisitos formales y reconducción procesal, porque omitieron considerar los derechos al hábitat, territorio, uso y aprovechamiento de los recursos naturales en el marco de la cosmovisión de esta comunidad indígena respecto a su territorio, toda vez que homologaron la renuncia a su territorio ancestral y a los recursos naturales que les corresponden, además de establecer plazos para el desalojo de su territorio, bajo amenazas de usar la fuerza pública.

El TCP confirmó la resolución del Juez de garantías y denegó la tutela porque los derechos denunciados no estarían dentro del ámbito de protección de la acción popular. En este marco, de manera expresa, la sentencia señala:

…si bien es cierto que denuncia la vulneración del derecho al hábitat junto a los derechos a la vivienda y al debido proceso, no es menos evidente que, en realidad, cuestiona la interpretación normativa efectuada por las autoridades jurisdiccionales agroambientales en la resolución de la demanda de reivindicación y mejor derecho propietario sobre terrenos en litigio (SCP 0801/2017-S2, FJ III.1, de 14 de agosto).

La referida sentencia agrega lo siguiente:

> Como se advierte, los hechos fácticos esgrimidos por la parte accionante evidencian que se trata de un conflicto de derecho propietario sobre tierras de propiedad comunaria colectiva entre dos comunidades campesinas que fue resuelto por la jurisdicción agroambiental; y son precisamente las resoluciones de primera y última instancia, respectivamente, emitidas por dicha jurisdicción, las cuales se identifican como actos vulneradores de sus derechos, respecto de las cuales el accionante impugna la labor hermenéutica desarrollada por las autoridades demandadas; es decir, mediante la presente acción popular, en realidad se pretende la protección del derecho individual al debido proceso; lo cual no es posible en esta acción de tutela (*ibid.*).

Los razonamientos transcritos evidencian una lamentable y arbitraria denegación de justicia constitucional a un pueblo indígena, sin analizar el problema jurídico sustantivo, primero, porque el debido proceso, en su dimensión colectiva, está dentro del ámbito de protección de la acción popular, tal como lo establecieron los estándares jurisprudenciales

ciales más altos desarrollados en el capítulo séptimo [848]; y, segundo, porque existe una incongruencia interna en el análisis del caso concreto, ya que, en una primera parte, se hace referencia a un conflicto entre tierras de propiedad comunitaria y, luego, sin mayor motivación, se colige arbitrariamente que, mediante esta acción, se pretende la protección del derecho individual al debido proceso y, por esta razón, de forma arbitraria se deniga la tutela sin realizar el análisis de los problemas sustantivos que plantea el caso concreto.

La decisión analizada evidencia que el TCP, a título de autorrestricciones y en base a razonamientos carentes de sustento en pautas constitucionalizadas de interpretación, deniega la tutela y vía jurisprudencial, vulnerando flagrantemente la Constitución democrática de 2009.

14.- Caso del pueblo indígena Quila Quila (Chuquisaca)

Quila Quila es un pueblo ancestral cuyas tierras y autoridades fueron respetadas incluso en la Colonia y en la época liberal, en la cual entró en vigencia la Ley de Exvinculación abordada en el capítulo tercero [849]. Sin embargo, desde el año 2006 cuando se inició la petición de titulación colectiva de tierras al amparo de la Ley INRA, sus derechos a la territorialidad y otros han sido sistemáticamente vulnerados. En la actualidad, en el marco de un modelo de Estado Plurinacional, por decisiones arbitrarias del TCP que serán abordadas en este acápite, su situación es aún más incierta que en la época colonial.

14.1.- La exigencia de personería jurídica

Las autoridades del pueblo indígena Quila Quila interpusieron acción popular contra el director nacional a.i.; el director departamental y los profesionales jurídicos de control de calidad del INRA, por la vulneración de sus derechos a la libre existencia, a la identidad cultural, a la libre determinación, territorialidad y a la titulación colectiva de tierras y territorio, porque en el proceso de saneamiento de tierras colectivas realizado, en desconocimiento del derecho a la autoidentificación de pueblos indígenas consagrado en el art. 1 del Convenio 169 de la OIT fueron notificados con un informe técnico, a través del cual se les conminó a presentar su personería jurídica para continuar con el trámite de saneamiento colectivo de sus tierras en aplicación de la Ley de Reconducción de la Reforma Agraria N.° 3545 de 28 de noviembre de 2006, que modificó la Ley N.° 1715 de 18 de octubre de 1996, denominada Ley INRA; conminatoria que se sustentó también en el DS 29215 de 2 de agosto de 2007.

Contra esta decisión, invocándose la aplicación directa del art. 1.2 del Convenio 169 de la OIT, que consagra el derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas, este pueblo interpuso recurso de revocatoria, el cual fue rechazado, ratificándose, por tanto, la exigencia de la presentación de su personería jurídica para continuar el trámite de saneamiento colectivo de tierras.

---

[848] Ver numeral 2.7.

[849] Ver numeral 5.

Contra estas decisiones, las autoridades del pueblo indígena Quila Quila activaron la acción popular que ahora se analiza, alegando que, de acuerdo a los artículos 13.I y VI, 256 y 410 de la Constitución, debe aplicarse con preferencia a la normativa interna, el art. 1 del Convenio 169 de la OIT, por lo que la exigencia de la personalidad jurídica afecta sus derechos colectivos a la territorialidad, entre otros.

Por su parte, las autoridades demandadas, en el informe presentado en audiencia, señalaron que, para la titulación colectiva de tierras, se debe cumplir con el procedimiento establecido por la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria y sus modificaciones incorporadas por la Ley 3545 y los DS 25763 y 29215. En este marco, precisaron que, de manera expresa, el artículo 369.II del DS 29215 establece que ningún título podrá ser emitido sin la previa acreditación de identidad o la personalidad jurídica del titular, por lo que las decisiones cuestionadas tendrían respaldo en normativa expresa.

El tribunal de garantías concedió la acción popular interpuesta por este pueblo indígena, porque, entre otros argumentos, las autoridades demandadas omitieron cumplir el art. 1 del Convenio 169 de la OIT que, de acuerdo al art. 256 de la Constitución, es de aplicación preferente.

El TCP, en revisión, a través de la SCP 0242/2014-S3 de 18 de diciembre, revocó la resolución del tribunal de garantías y denegó la tutela, en base a la autorrestricción jurisprudencial en virtud de la cual, a través de la acción popular no puede analizarse una norma de carácter general.

De manera textual, esta sentencia estableció lo siguiente:

> Ahora bien, de lo descrito precedentemente se establece de manera incuestionable que los accionantes subsumen el objeto de la acción popular en una presunta inconstitucionalidad, por cuanto, en los hechos no se alega que el INRA habría cometido algún acto en concreto que se constituya en lesivo a sus derechos colectivos y difusos, sino que la expresión de agravios está referida a que las normas que regulan el procedimiento del proceso agrario de titulación de tierras comunitarias de origen, serían contrarias a un instrumento internacional de Derechos Humanos, cual es el Convenio 169 de la OIT, parte de nuestro bloque de constitucionalidad; por lo que, en concreto, lo que impugnan los accionantes es que los demandados inobservaron el contenido de una norma internacional de aplicación directa al procedimiento agrario tantas veces referido, lo que implica en los hechos una denuncia de una presunta inconstitucionalidad de la norma que prevé el procedimiento de titulación de tierras comunitarias de origen (SCP 0242/2014-S3, FJ III.2, de 18 de diciembre).

Asimismo, en este caso, el TCP estableció que los accionantes equivocaron la vía constitucional para que su pretensión sea atendida, estableciendo que la denuncia debe ser conocida por el control normativo de constitucionalidad (*ibid.*). En base a estos fundamentos, revocó la decisión del tribunal de garantías y denegó la acción popular formulada por este pueblo indígena.

En el capítulo sexto se señaló que la autorrestricción en virtud de la cual se deniega la acción popular por una supuesta incompatibilidad de analizar normas de carácter general por esta vía, no es coherente con las pautas constitucionalizadas de interpretación ni con el modelo constitucional vigente [850].

En efecto, esta autorrestricción jurisprudencial destinada a denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo del problema jurídico planteado, desconoce los métodos constitucionalmente reconocidos por la Constitución para la materialización de derechos a través de las acciones tutelares, entre ellos, el de aplicación directa y preferente de derechos con sustento en los artículos 13.I, 13.IV, 109.I y 256 de la Constitución boliviana, los cuales fueron desarrollados en el capítulo cuarto [851].

En efecto, el modelo polifónico de justicia constituional, con sustento en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, en caso de verificar la existencia de una contradicción de norma interna con norma de derecho internacional de los derechos humanos, por mandato constitucional, debe ejercer control de convencionalidad y aplicar de manera preferente la norma más favorable al derecho en discusión, tal como se argumentó en el capítulo cuarto [852].

En coherencia con lo señalado, tal como se fundamentó en el capítulo quinto de este trabajo [853], el modelo constitucional boliviano, al consagrar en el artículo 109.I los principios de igualdad jerárquica de derechos, aplicación directa y directa justiciabilidad, moldeó un modelo argumentativo a través de las cinco acciones tutelares que, a su vez, deben enmarcarse a prespuestos procesales constitucionales descolonizadores y emancipatorios para una eficacia de derechos en el marco de un acceso a la justicia plural. En este orden, para la tutela de derechos transindividuales, entre ellos los derechos colectivos, a través de las acciones tutelares deben aplicarse derechos de manera directa y preferente, tal como lo establece el referido artículo 109.I de la Constitución, en coherencia con las demás pautas constitucionalizadas de derechos contenidas en los artículos 13.I, 13.IV y 256 de la Constitución.

Lo señalado precedentemente implica que el ejercicio del control de convencionalidad en Bolivia tiene tres vías concretas: i) a través de la aplicación directa y prefente de estándares más altos a ser realizadas por las autoridades judiciales o administrativas en cualquier proceso judicial o procedimiento adminstrativo al amparo de las pautas constitucionalizadas de interpretación; ii) a través de las acciones tutelares, entre ellas la acción popular; y, iii) a través del control normativo de constitucionalidad, que se activa mediante las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta.

En el orden de ideas expresado, el TCP, en la SCP 1617/2013 de 4 de octubre, estableció expresamente lo siguiente:

---

850 Ver capítulo sexto, numeral 13.6.

851 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

852 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

853 Ver numeral 3.

> …deben mencionarse a los arts. 13 y 256 de la CPE, que introducen dos principios que guían la interpretación de los derechos fundamentales: la interpretación pro persona (*pro homine*) y la interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. En virtud a la primera, los jueces, tribunales y autoridades administrativas tienen el deber de aplicar aquella norma que sea más favorable para la protección del derecho en cuestión —ya sea que esté contenida en la Constitución o en las normas del bloque de constitucionalidad— y de adoptar la interpretación que sea más favorable y extensiva al derecho en cuestión; y en virtud a la segunda (interpretación conforme a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos), tienen el deber de —ejerciendo el control de convencionalidad— interpretar el derecho de acuerdo a las normas contenidas en tratados e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados o a los que se hubiere adherido el Estado, siempre y cuando, claro está, declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución; obligación que se extiende, además, al contraste del derecho con la interpretación que de él ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme lo ha entendido la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (FJ III.1).

Como puede advertirse, en coherencia con las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, el ejercicio del control de convencionalidad, no está, ni puede estar limitado al control normativo de constitucionalidad.

En contra de estándares más altos desarrollados por el propio TCP para el ejercicio del control de convencionalidad, la SCP ahora analizada, asume los resabios de los modelos jurisdiccionales concentrados cuyo epicentro del ejercicio del control de constitucionalidad es el ámbito del control normativo; empero, en el caso boliviano, desde el lente del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, el mandato contenido en el art. 109.I de la Constitución, más bien, prioriza el control de constitucionalidad en el control tutelar, en coherencia con un acceso oportuno, eficaz y menos formalista para las personas y colectividades.

Lo expresado significa que el ejercicio del control de convencionalidad, más bien, por mandato constitucional, debe ser potenciado a través de las acciones de defensa, entre ellas la popular; aunque también a través del control normativo de constitucionalidad. Sin embargo, este control no puede atribuirse de manera exclusiva a éste último ámbito, por lo que la autorrestricción aplicada por el TCP es contraria al diseño constitucional vigente y al modelo polifónico de justicia constitucional.

14.2.- El ejercicio del control de convencionalidad en cuanto a la aplicación directa y preferente del derecho a la autoidentificación

Al haber denegado, arbitrariamente, la acción popular interpuesta por el pueblo indígena Quila Quila y al encontrarse pendiente la resolución que debía admitir o rechazar el trámite y la resolución final del proceso de saneamiento de Tierra Comunitario de Origen (TCO) en favor de este pueblo indígena, se activó la acción de inconstitucionalidad concreta cuestionando la constitucionalidad de los arts. 357 y 396.II del DS 29215 de 2 de agosto

de 2007, disposiciones que exigen a los pueblos indígenas la presentación de personería jurídica para la prosecución de los trámites de saneamiento de tierras [854].

En esta acción de inconstitucionalidad concreta, el pueblo indígena de Quila Quila argumentó que las disposiciones normativas citadas son contrarias a los artículos 30.II.1, 4 y 6; y, 410.II de la CPE; 1.2 del Convenio 169 de la OIT y 33 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que consagra el derecho de los pueblos indígenas a la autoidentificación. En ese sentido, se denunció que la exigencia de la personalidad jurídica responde a la lógica de un Estado monocultural y no así a un modelo de Estado Plurinacional, por lo que esta exigencia no brindaría una protección adecuada al derecho a la territorialidad de las naciones y pueblos indígena orginario campesinos.

El TCP, a través de la SCP 0006/2016 de 14 de enero, suscrita por el pleno de esta instancia [855], declaró la inconstitucionalidad del presupuesto «Personalidad Jurídica», prevista en los arts. 357 inc. a) y 396.II del Decreto Supremo 29215 de 2 de agosto de 2007.

Esta decisión invocó, como precedente en vigor, para el ejercicio del control de convencionalidad, la SCP 1617/2013 de 4 de octubre (FJ III.3), la cual establece que este ejercicio puede ser realizado por cualquier juez, tribunal o autoridad administrativa; es decir, el precedente en vigor que, en el marco de la autorrestricción formulada por el TCP, fue incumplido por la SCP 0242/2014-S3 de 18 de diciembre y que ocasionó la revocatoria de la resolución del tribunal de garantías y la denegatoria de tutela a este pueblo indígena en la citada acción popular.

En efecto, a la luz del precedente en vigor contenido en la SCP 1617/2013 de 4 de octubre, y de otro entendimiento confirmador de línea contenido en la SCP 0972/2014 de 27 de mayo, el TCP, en el ámbito del control normativo de constitucionalidad, a través de la SCP 0006/2016 de 14 de enero, ejerció control de convencionalidad y estableció el estándar jurisprudencial más alto en cuanto al derecho a la autoidentificación de los pueblos indígenas, ya que estableció el deber de las autoridades de aplicar, de manera directa y preferente, este derecho consagrado en el bloque de constitucionalidad. En este marco, señaló que la obtención de la personería jurídica se constituye «…en un requisito intrascendental para acceder al derecho a la territorialidad» (FJ III.4), por ser esta exigencia

[854] El art. 357 de este DS señala: «Las solicitudes de dotación de Tierras Comunitarias de Origen serán presentadas por escrito, acompañando lo siguiente: a) La personalidad jurídica del peticionante; en caso de no existir, una certificación que acredite que se encuentra en trámite, con cargo a su presentación posterior; b) Documentos que acrediten la representación de las autoridades indígenas u originarias, o de sus representantes convencionales; c) Acta de asamblea del pueblo indígena u originario solicitante en la que conste su voluntad de iniciar el saneamiento de Tierra Comunitaria de Origen; d) Relación de comunidades, lugares o equivalentes que integran la persona jurídica del solicitante, según sus características; y e) Croquis de ubicación que individualice la tierra objeto de la solicitud». Por su parte, el art. 396 del mismo DS establece: «II. Ningún título podrá ser emitido sin la previa acreditación de identidad o la personalidad jurídica del titular, además del pago por la tierra o de tasas de saneamiento y catastro, según corresponda».

[855] Esta SCP fue suscrita por los magistrados: Zenón Hugo Bacarreza Morales, Mirtha Camacho Quiroga, Tata Efrén Choque Capuma, Neldy Virginia Andrade Martínez, Ruddy José Flores Monterrey y Macario Lahor Cortez Chávez.

«...contraria al mandato inserto en el art. 1 del Convenio 169 de la OIT, de aplicación directa» (*ibid.*).

En el contexto expuesto, la citada sentencia señaló que otro criterio para la definición de pueblos indígenas como titulares de derechos colectivos es el siguiente:

> La conciencia de su identidad indígena o tribal, que deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio, por lo que de acuerdo a la referida disposición, además del criterio descrito en el art. 1.1.b del citado Convenio, el criterio de la 'autoidentificación' reconocido por el art. 1.2 del Convenio 169, también debe ser considerado por las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia para efectos de reconocimiento de derechos colectivos de los PIOC (SCP 0006/2016, FJ III.4, de 14 de enero).

Como puede advertirse, la referida SCP 0006/2016 constituye un avance importantísimo para el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a partir del ejercicio de su derecho a la autoidentificación. Sin embargo, este precedente pudo haber sido establecido en la acción popular interpuesta por este pueblo indígena, que tal como se señaló, fue denegada en aplicación arbitraria de una autorrestricción. Esta denegatoria de tutela obligó a este pueblo indígena a activar la acción de inconstitucionalidad concreta, la cual, aunque despues de dos años de la inicial denuncia realizada vía control tutelar, consagró el derecho a la autoidentificación.

14.3.- La vulneración de los derechos a la territorialidad y otros del pueblo indígena Quila Quila

Esta acción popular fue presentada por las autoridades del pueblo indígena Quila Quila contra el entonces ministro de Desarrollo Rural y Tierras y la directora a.i. del INRA, por la vulneración de sus derechos al debido proceso en su elemento, motivación y fundamentación en su dimensión colectiva, a los principios de seguridad jurídica, verdad material, a su libre existencia, a su identidad cultural, a su libre determinación y territorialidad, y a la titulación colectiva de tierras y territorios.

En esta acción, se denunció que el 16 de octubre de 2006, en base a la demanda del pueblo indígena Quila Quila, se inició el saneamiento de tierras en la modalidad de titulación colectiva (SAN-TCO), procedimiento que, para la titulación colectiva de tierras, contó con la participación de los ayllus involucrados y los sindicatos campesinos tanto de las comunidades Yurubamba, Quyuli, Talula, Purunquila como también de los representantes de la organización sindical denominada Federación Única de Trabajadores de Pueblos Originarios de Chuquisaca (FUTPOCH), entre los cuales se consolidaron acuerdos interinstitucionales e interorgánicos, de acuerdo a la normativa vigente [856].

[856] De manera específica, en la acción popular refieren que el 7 de mayo de 2009 se suscribieron actas de entendimiento entre las comunidades Yurubamba, Quyuli, Talula, Purunquila y el sindicato para la titulación colectiva de tierras. Asimismo, refieren que, en fechas 27 de marzo y 1 de abril de 2009, con la finalidad de viabilizar el proceso de saneamiento en la modalidad CAT-SAN y SAN-TCO, se suscribieron actas de entendimiento interorganizacional e interinistitucional con la organización sindical Federa-

Refirieron que, en base a los citados acuerdos, la Dirección Departamental del INRA-Chuquisaca emitió las resoluciones determinativas de las áreas de saneamiento de TCO para los polígonos 881, 882 y 877, por lo que, luego de cumplir con la certificación de viabilidad emitida por el Ministerio de Desarrollo y Medio Ambiente, se inició el saneamiento en los referidos polígonos [857], cumpliéndose con todos los requisitos y procedimentales exigidos por la norma [858]. Sin embargo, denunciaron que, a pesar de la vinculatoriedad de la SCP 0006/2016 de 14 de enero —la cual fue analizada en el anterior acápite—, el INRA Nacional emitió dos resoluciones administrativas [859] anulando el proceso de saneamiento de los polígonos 877, 881 y 882; sin considerar que todos los trámites de saneamiento se sujetaron a las normas agrarias y constitucionales y que fueron de conocimiento público e interinstitucional, y con la participación de todos los actores, entre ellos los miembros provinciales de las Centralías de Quila Quila, Maragua, Punilla, Ayllu, autoridades originarias, representante de los Consejos Nacionales de Ayllus y Markas del Qollasuyu (CONAMAQ), representante del Viceministerio de Tierras, INRA Nacional, INRA Departamental Chuquisaca, Defensor del Pueblo y Derechos Humanos.

Se denunció también que la decisión de anulación no solo afecta el derecho a la territorialidad de este pueblo indígena por el tiempo irrazonable transcurrido desde el inicio del trámite hasta la fecha de presentación de este mecanismo tutelar, sin que el Estado haya cumplido con su obligación de delimitar el territorio de este pueblo indígena.

---

ción Única de Trabajadores de Pueblos Originarios de Chuquisaca (FUTPOCH), los Ayllus de Qhara Qhara Suyu y el INRA Nacional para el saneamiento de tierras en la zona de Quila Quila, que se encuentra dentro de los municipios de Sucre y Yotala. También refieren que, el 19 de noviembre de 2009, se celebró un acuerdo de planificación y gestión de recursos económicos con los dirigentes sindicales y el director del INRA-Chuquisaca para la socialización de los resultados.

857 El inicio del saneamiento de estos polígonos fue realizado a través de las la Resoluciones Administrativas de Inicio del Proceso de Saneamiento RI SAN TCO-DDCH N.° 001/2010 de 19 de abril de 2010 y 002/2010 de 7 de mayo de 2010. Posteriormente, la planificación se realizó conforme a las normas técnicas de mensura directa e indirecta y con la participación de las autoridades de cada polígono de las TCO, procediéndose a la verificación de mojones y elaboración de los planos catastrales tal como lo evidencia un informe de 31 de agosto de 2010.

858 Los accionantes señalaron que, en la etapa de campo del procedimiento común de saneamiento de TCO, se realizó el relevamiento de información de campo y la campaña pública de mensura catastral de todos los predios identificados en los polígonos y en las TCO, constándose la función social de los beneficiarios y de los terceros identificados. Refirieron que, posteriormente, se elaboraron los informes de conclusiones del polígono que fueron debidamente socializados y aceptados por los beneficiarios directos de las TCO y por terceros. Actos que fueron realizados sin ninguna observación.

859 La Resolución DN-UFA-RES009/2015 de 14 de agosto, fue emitida por el INRA y dispuso anular obrados correspondientes al proceso de Saneamiento de Tierras Comunitarias de Origen de la Organización de Pueblos Indígenas Originarios de la *marka* Quila-Quila-Polígono 877 hasta el Relevamiento de Información de Campo y de los Terceros Identificados en su interior, así como los actuados posteriores, Informes Técnicos, Legales, Informe de Conclusiones e Informe de Cierre. El Informe DN-UFA-RES 002/2016 dispuso anular obrados correspondientes al Polígono 881. La DN-UFA-RES 003/2016, de 17 de marzo, dispuso anular obrados correspondientes al polígono 882. La Resolución Administrativa 155/2016 de 8 de agosto, rechazó el recurso de revocatoria presentado por este pueblo indígena y confirmó las resoluciones cuestionadas. Luego, la Resolución Jerárquica 023/2016 de 4 de noviembre, resolvió el recurso jerárquico activado por este pueblo indígena y confirmó las resoluciones cuestionadas, por lo que esta acción popular se presentó contra todas las decisiones administrativas descritas.

Asimismo, se denunció que las autoridades demandadas, en contra del principio de verdad material, aplicaron excesivos ritualismos y formalismos que no pueden ser utilizados en demandas de pueblos indígenas, ya que, de acuerdo a los estándares internacionales, el Estado tiene el deber de adoptar procedimientos sencillos para la titulación del territorio de los pueblos indígenas.

Por su parte, las autoridades demandadas, a través de informes presentados en esta acción popular señalaron que la anulación de los procesos de saneamento que se habían iniciado hacía más de diez años, no cumplían con requisitos formales esenciales, por lo que la decisión asumida no implicaría vulneración a derechos colectivos del pueblo indígena de Quila Quila (I.2.2) [860].

Los terceros interesados que intervinieron en audiencia, autoridades de la Central de Quila Quila, autoridades originarias de las Comunidades Picachulo, Tacchi, Humaca, Purunquilla, Lecopaya, Coyuli, Ulupica, Talula Chullchuta y Sisipuco, las cuales, para contextualizar la problemática sustentan una visión de sindicato basada en la titulación individual y no colectiva de tierras, señalaron que la demanda de saneamiento de tierras de origen solicitada por la «autonombrada» Organización de Pueblos Indígenas Originarios de la Marka Quila Quila de la Nación Qhara Qhara Suyo, se hubiera llevado a cabo con documentos falsos presentados a nombre de sus comunidades, por lo que se apersonaron ante el INRA «con la finalidad de aclarar estos aspectos y que finalizó en conflictos que paralizaron dicha demanda» (I.2.4). Además, señalaron que las resoluciones impugnadas se encuentran debidamente fundamentadas, por lo que solicitaron la denegatoria de esta acción popular.

El juez de garantías concedió la tutela y dejó sin efecto las cuestionadas resoluciones; empero, estableció que, en cuanto a la reparación de daños y perjuicios demandados, no correspondería su determinación en acciones populares.

La concesión de tutela por parte del juez de garantías sostuvo que este pueblo indígena inició su trámite para el saneamiento de su territorio el año 2006, proceso que tuvo varios obstáculos burocráticos y exigencias adminsitrativas y legales, a pesar de haberse consagrado en la Constitución la garantía de su libre existencia y su libre determinación, así como la consolidación de sus territorios. Sin embargo, las autoridades encargadas de velar por sus derechos, luego de movilizar toda una logística adminsitrativa y técnica, propia de sus competencias, al haberse socializado y verificado los requisitos técnicos y

[860] Arguyeron, también, que el INRA no realizó, en su momento, la mensura perimetral, lo que vulneró los arts. 155 y 159 del DS 29215 porque el trabajo de campo es la principal prueba y las demás serían complementarias. Señalaron, también, que la anulación de este proceso emerge de las denuncias presentadas al INRA, en virtud de las cuales se realizó una inspección ocular *in situ* del polígono 881, a partir de la cual se concluyó que, en el referido polígono, en el predio denominado «Organización de Pueblos indígenas Originarios de la Mara Quila Quila», no se hubiera efectuado la verificación en forma directa de la función social, aspecto que desnaturaliza el verdadero objeto de la Reforma Agraria. Afirmaron también que se verificó la existencia de mejoras, así como residencia y trabajos en el área. Además, señalaron que «las once actas de abandono consignan o registran las mismas coordenadas que no recaen sobre el expediente agrario 2884 'COYULI'» (I.2.2). Refieren, también, que algunas actas no se encontrarían elaboradas por funcionarios habilitados, entre otros aspectos formales observados, por lo que su subsanación no implicaría la vulneración de los derechos colectivos denunciados como lesivos.

legales, con la incorporación de todos los actores involucrados en proceso de saneamiento, entre ellos los ahora accionantes que proporcionaron todos los antecedentes legales y ancestrales sobre su existencia y en una permanente movilización de sus representantes conforme a las instrucciones del INRA; sin embargo,

> …a título de control de calidad con criterios inverosímiles y flagrante vulneración de derechos, pese a la inmediación de la SCP 0006/2016 que recuerda el tratamiento legal de interpretación de las normas cuando se trata de Pueblos Indígena Originarios, optan por disponer la anulación de todo el proceso de saneamiento de tierras SAN-TCO de los polígonos 877, 881 y 882, motivando con ello la transgresión al derecho a la territorialidad, tierra y territorio, provocando mayores contratiempos como gastos inútiles y confrontación entre integrantes del mismo pueblo y vecinos, postergando indefinidamente la efectividad de dichos derechos (I.2.5).

La referida resolución estableció, también, que las decisiones cuestionadas a través de esta acción popular

> …provocan una visible transgresión a los principios de favorabilidad y *pro actione*, por cuanto priman el interés particular o de grupo sobre los intereses colectivos con el agravante de que esos derechos colectivos, además, son de grupos vulnerables dadas sus condiciones de instrucción, naturaleza, sus usos y costmbres, que rayan incluso en actos de discriminación (I.2.5).

También se señaló que fueron afectactos los principios de seguridad jurídica, verdad material, de buena fe y presunción de legitimidad (*ibid.*).

Es importante resaltar el razonamiento del juez de garantías que, para su decisión, consideró los principios constitucionales de verdad material, *pro actione* y de favorabilidad y también ejerció control de convencionalidad en relación a estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, y aunque este tribunal de garanías concedió la tutela, desde el punto de vista argumentativo, no precisó, con claridad, los problemas jurídicos que este complejo caso planteaba; uno de ellos, la colisión de derechos colectivos sustentados por un pueblo autoidentificado como indígena con las pretensiones de personas autoidentificadas como campesinas y pertenecientes a sindicatos que sostienen una visión individual de tierra agraria, problema jurídico que, desde el modelo polifónico de justicia constitucional, en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en el capítulo cuarto [861]; y a la luz de los estándares internacionales de protección de derechos humanos, ameritaban una ponderacíon intercultural para plantear una decisión acorde con el bloque de constitucionalidad. Lamentablemente, esta labor no fue realizada de acuerdo a los criterios de argumentación plural descritos [862], aunque la concesión de tutela es coherente con el bloque de constitucionalidad.

[861] Ver capítulo cuarto, numeral 6.

[862] Ver capítulo quinto, numeral 3.2

También se observa la negativa del juez de garantías de aplicar la reparación de daños, con el argumento de la improcedencia de este pedido para las acciones populares (I.2.5), ya que, tal como se señaló en el capítulo sexto de este trabajo [863] —y también en el numeral séptimo de este capítulo—, la vulneración de derechos genera la obligación de reparación de daños, los cuales, a su vez, deben tener un enfoque intercultural y que comprenden no solamente al daño material o inmaterial, sino también a las medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación y garantías de no repetición que, además, deben ser emitidas con enfoque intercultural.

Estas tres últimas medidas eran de necesaria aplicación en este caso, especialmente por los conflictos sociales en la zona. En efecto, las medidas de rehabilitación, con un enfoque intercultural, podrían haber hecho posible la vigencia de diálogos interculturales con enfoque restaurativo para Vivir Bien y en armonía, lo cual asegura que, en el marco del modelo constitucional vigente, se cumpla con la finalidad de este mecanismo tutelar. Lamentablemente, dichas medidas no fueron asumidas por el juez de garantías a pesar de la concesión de la tutela.

Posteriormente, el TCP, en revisión, a través de la SCP 0018/2018-S1 de 1 de marzo [864], revocó la decisión del juez de garantías, denegó la acción popular y además:

> Exhortó al INRA a desarrollar el procedimiento de saneamiento de manera inmediata y considerando la calidad de pueblo indígena [865].
>
> Ordenó la notificación a la directora a.i. del INRA para el cumplimiento de la referida exhortación; y,
>
> Llamó la atención al juez de garantías por la resolución que concedió la tutela a este pueblo indígena [866].

---

863 Ver capítulo sexto, numeral 7.

864 Esta SPC fue suscrita por las magistradas Karem Lorena Gallardo Sejas y Georgina Amusquivar Moller.

865 De manera expresa señaló lo siguiente: «Se exhorta al INRA que en el marco del procedimiento efectivicen el proceso de saneamiento ahora impugnado, pero sea de la forma más inmediata posible en consideración a los antecedentes del caso concreto y de la calidad de pueblo indígena y originario que ostentan los accionantes, debiendo desarrollar un trabajo efectivo, eficiente y rápido que garantice la legalidad y legitimidad de los trabajos requeridos dentro del proceso de saneamiento de la 'Organización de pueblos indígenas originarios de la *marka* Quila Quila', correspondiente a los polígonos 877, 881 y 882».

866 Esta llamada de atención obedece al siguiente razonamiento: «Este órgano especializado de control de constitucionalidad, no puede abstraerse de emitir pronunciamiento respecto a la actuación del Juez de garantías, quien, como consecuencia de la concesión de la tutela, dispuso: '…la remisión por parte de las autoridades accionadas, de los antecedentes del proceso de titulación de tierras del Pueblo Indígena Originario *Marka* Quila Quila, correspondiente a los Polígonos 877, 881 y 882, a la autoridad ejecutiva llamada por ley para la extensión de los títulos correspondientes a su favor…» (*sic*), determinación que resulta excesiva e incompatible con la normativa procedimental que regula el proceso de saneamiento de tierras, tal como la prevista en el DS 29215» (FJ III.4). En este marco, se señaló que «se advierte que el Juez de garantías, desconociendo las etapas procedimentales agrarias en cuanto al saneamiento, emitió una orden emergente de la tutela concedida, transgrediendo el procedimiento provocando que pudiere ocasionarse una suerte de incumplimiento de etapas, al disponer la remisión de antecedentes a

La decisión ahora analizada que, desde la perspectiva de derecho procesal constitucional es arbitraria, en cuanto a la denuncia de afectación al debido proceso en sus elementos de fundamentción, motivación y congruencia vinculados a los principios de seguridad jurídica y verdad material, señaló lo siguiente:

> Bajo este contexto jurisprudencial y dentro de la problemática planteada, es preciso señalar que de los antecedentes cursantes en obrados, pese a la mención de la dimensión colectiva del derecho al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación y congruencia realizada por los accionantes, como representantes de un pueblo indígena, este Tribunal evidencia una falta de certeza en la aludida esencia colectiva del referido derecho y sobre el cual se invoca la tutela constitucional vía acción popular, por cuanto a partir de los argumentos expuestos, tanto por los sujetos procesales como por los terceros interesados dentro de la presente acción de defensa, y de la verificación de antecedentes, se tiene que, en el proceso de saneamiento —que fuere anulado por las Resoluciones Administrativas impugnadas— lo que está en litigio es, precisamente, el saneamiento y titulación de tierras, a decir de unos, colectivas y contrapuesto por los otros, titulación individual, situación que no permite concluir en la efectiva naturaleza colectiva del derecho invocado, ni tampoco asumirlo dentro de los derechos individuales homogéneos, circunstancia generada a partir de una controversia fáctica (FJ III.3.1.1).

El razonamiento jurídico transcrito no contiene ningún sustento de razonabilidad argmentativa, ya que el TCP omitió identificar con claridad uno de los problemas neurálgicos de este complejo caso; es decir, la colisión de derechos colectivos —entre ellos, a la territorialidad—, sustentados por un pueblo autoidentificado como indígena, con las pretensiones de personas autoidentificadas como campesinas y pertenecientes a sindicatos que defienden una visión individual la propiedad agraria, problema jurídico que, desde el modelo polifónico de justicia constitucional, en el marco de las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en el capítulo cuarto [867], debía ser resuelto a través de la ponderación intercultural de derechos.

De acuerdo a lo anotado, en vez de identificar con claridad este problema jurídico y realizar la labor de ponderación intercultural, el referido fallo, alegó

---

la autoridad ejecutiva llamada por ley para la extensión de los títulos correspondientes, cuando de una interpretación de las normas agrarias esta permisibilidad y exigencia solo es posible cuando el proceso de saneamiento ha cumplido con todas las etapas procedimentales agrarias y además con la condición *sine qua non* de que la resolución final de saneamiento esté ejecutoriada, circunstancia que no aconteció en el caso de examen, en el cual, como se tiene dicho, el proceso de saneamiento —cuya anulación es cuestionada vía proceso constitucional— se encontraba en etapa de campo, deviniendo de ello en la inejecutabilidad del fallo constitucional dictado por la autoridad judicial —constituida en Juez de garantías— al ser incompatible con la normativa procedimental agraria que regula el trámite de los procesos de saneamiento de tierras, provocando además se genere inseguridad jurídica para todas las partes procesales intervinientes en el proceso de saneamiento» (FJ III.4).

867 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

> …una falta de certeza en la aludida esencia colectiva del referido derecho y sobre el cual se invoca la tutela constitucional vía acción popular y peor aún, arguyó que no se puede 'concluir en la efectiva naturaleza colectiva del derecho invocado, ni tampoco asumirlo dentro de los derechos individuales homogéneos, circunstancia generada a partir de una controversia fáctica' (FJ III.3.1.1).

Como puede advertirse, el resultato interpretativo transcrito en su tenor literal evidencia la omisión arbitraria del TCP de desarrollar una coherente argumentación jurídica plural basada en pautas constitucionalizadas de interpretación, por lo que esta grave deficiencia argumentativa incide, como en el caso concreto, en el desarrollo de entendimientos jurisprudenciales arbitrarios y destinados a denegar tutela a los históricamente oprimidos.

En base al razonamiento transcrito —que, tal como se señaló, contiene evidentes vicios argumentativos—, la sentencia analizada refirió que «excepcionalmente» se ingresaría a conocer el fondo de la denuncia de vulneración del derecho al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación y congruencia vinculados a los principios de seguridad jurídica y verdad material (FJ III.3.1.1).

Esta supuesta «excepcionalidad», de acuerdo a la sentencia referida, tendría sustento en el principio *pro actione*, el cual, tal como se fundamentó en el capítulo quinto [868], implica la flexibilización de presupuestos procesales para la prevalencia de la justicia material. Sin embargo, en este caso, el problema jurídico versa sobre una colisión de derechos que amerita el deber de ponderación intercultural y, no así, una «excepcional» flexibilización procesal para ingresar al análisis de fondo del problema jurídico.

Lo expuesto precedentemente implica que el razonamiento argumentativo viciado del TCP genera no solo obstáculos arbitrarios al acceso a la justicia para un pueblo indígena, sino también una pedagogía constitucional equivocada y contraria a la naturaleza procesal de la acción popular que podría ser aplicada en casos futuros, lo que además implicaría consolidar mutaciones constitucionales, vía jurisprudencia constitucional, y carentes de toda razonabilidad.

En base a esta supuesta «excepcionalidad» invocada para el análisis de fondo de la problemática, el TCP, sin identificar con claridad todos los problemas jurídicos que planteaba este complejo caso, centró su análisis únicamente en el debido proceso desde una dimensión adjetiva y no sustantiva [869]. En ese marco, realizó una contrastación de congruencia formal o de primer orden [870], entre las peticiones administrativas y los puntos resueltos.

En efecto, de la lectura de los argumentos consignados en el FJ III.3.1.2, se evidencia que la ampulosidad de los mismos reflejan una contrastación formal de congruencia, sin embargo, argumentalmente, se omite identificar el problema jurídico sustantivo que plantea la acción popular, es decir, la colisión de derechos colectivos —entre ellos, a la

---

[868] Ver capítulo quinto, numeral 4.

[869] El debido proceso en su dimensión sustantiva fue desarrollado por el TCP en la SCP 0683/2013 de 3 de junio, FJ III.5.

[870] La argumentación de primer orden fue desarrollada en el capítulo quinto, numeral 8.2.

territorialidad—, sustentados por un pueblo autoidentificado como indígena, con las pretensiones de personas autoidentificadas como campesinas y pertenecientes a sindicatos que se adscriben a una visión individual de la propiedad agraria.

En el contexto descrito, el análisis ponderativo que le correspondía realizar al TCP debió consignar, en el marco de la demanda de acción popular, los principios de verdad material, prevalencia de la justicia material y otros principios que, en el orden constitucional vigente, son pautas constitucionalizadas de interpretación para pueblos indígenas de acuerdo a lo señalado en el capítulo cuarto [871], por lo que el TCP no debió limitarse a un simple análisis de coherencia formal porque, además, este análisis no consideró, en su integridad, los problemas jurídicos sustantivos planteados por este pueblo indígena en su acción popular.

De acuerdo a lo señalado, es evidente que la argumentación jurídica plural debió identificar si el problema jurídico sustantivo incidía en la premisa normativa, en la premisa fáctica o en ambas, para luego, a través de la argumentación e interpretación acorde con pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos, realizar la reconstrucción de cualquiera de las premisas para brindar un resultado interpretativo acorde con el bloque de constitucionalidad, criterios argumentativos que fueron desarrollados en el capítulo quinto [872].

En base a los criterios argumentativos descritos, la normativa interna que sustentó la nulidad del proceso, denunciada como atentatoria de derechos colectivos del pueblo indígena Quila Quila, debió ser reconstruida, es decir, interpretada en coherencia con todos los estándares vigentes para pueblos indígenas en cuanto a los derechos a la territorialidad, los cuales fueron desarrollados en el capítulo séptimo de este trabajo [873].

De acuerdo a lo anotado, argumentalmente, para la labor de ponderación intercultural, debió señalarse si esta premisa normativa interpretada de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, a la luz de los principios constitucionales de verdad material, pro-pueblos indígenas y pro-accione, que son pautas constitucionalizadas de interpretación y que expresamente fueron invocados por este pueblo indígena en esta acción popular, debieron prevalecer ante una aplicación ritualista de normas agrarias invocadas por personas adscritas a un sindicato campesino, para luego, en el marco de diálogos interculturales e interjurisdiccionales, concluir en una concesión o denegatoria de tutela; y, en caso de concederse la tutela, en el marco del diseño constitucional vigente, aplicarse la reparación integral de daños con enfoque intercultural, para consolidar así el equilibrio y la armonía comunitaria en coherencia con los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador.

Lamentablemente, la labor argumentativa descrita —y que tiene sustento en el diseño constitucional vigente tal cual se desarrolló en el capítulo cuarto [874]— fue omitida por el

[871] Ver capítulo cuarto, numeral 6.

[872] Ver capítulo quinto, numeral 8.2

[873] Ver numeral 2.4.

[874] Ver numerales 6 al 8.

TCP y, en base a una argumentación viciada, se revocó arbitrariamente la concesión de tutela establecida por el Juez de garantías y se denegó la accción popular formulada por el pueblo indígena de Quila Quila, en base a razonamientos de orden formalista inaplicables a pueblos indígenas en un Estado Plurinacional.

Esta omisión advierte sobre una postura extremadamente formalista del TCP que, únicamente, consideró cuestiones de congruencia formal y revocó la concesión de garantías invisibilizando y omitiendo resolver el problema jurídico planteado en su integridad, lo que evidencia la arbitrariedad de esta denegatoria de tutela y la afectación por parte del TCP de los derechos colectivos de este pueblo indígena.

Debe agregarse, también, que, para el análisis del debido proceso, el TCP omitió analizar otro problema jurídico esencial que planteó el caso concreto: la prohibición de anulación de oficio de actos administrativos, garantía que, en su dimensión individual, se encuentra consagrada en la Ley de Procedimientos Administrativos y en la SCP 1074/2010-R de 23 de agosto (FJ III.4.3) que contiene el estándar jurisprudencial más alto.

De acuerdo a esta argumentación, el TCP omitió analizar este problema jurídico y contextualizar los estándares jurisprudenciales más altos citados al debido proceso en su dimensión colectiva, por lo que es evidente su arbitrariedad.

Se advierte también que el TCP, en cuanto a la denuncia sobre vulneración de los derechos colectivos a la libre existencia, a la identidad cultural, a la libre determinación y territorialidad a la tutulación colectiva de tierras y territorios, señaló que

> …a más de que los accionantes no expresaron argumento alguno ni explicaron de qué forma se estarían vulnerando dichos derechos, este Tribunal tampoco advierte que hubiese existido una lesión o amenaza de lesión de los mismos, por cuanto la Resolución Jerárquica hoy impugnada no se refirió de manera alguna a la identidad cultural, a la libre determinación y territorialidad, a la titulación colectiva de tierras y territorios; y, menos asumió determinación alguna al respecto, denotándose, más bien, que la decisión del INRA de anular el proceso de saneamiento en base a los antecedentes y denuncias presentadas, tiene por objeto no solo evitar vicios de nulidad a futuro tanto para los ahora accionantes como para terceros que alegan a su vez ser parte de la Comunidad y que también se constituirían en un grupo vulnerable, sino que, incluso, su finalidad fue precisamente proteger en forma indirecta los derechos colectivos invocados al sanear el proceso para evitar —se reitera— nulidades futuras que puedan perjudicar a los propios accionantes y sus derechos (FJ III.3.1.1).

Como puede advertirse, el TCP fundamentó una revocatoria de concesión de tutela a un pueblo indígena y denegó la misma en base a una prevalencia de cuestiones formales, sin realizar un análisis de dichos formalismos o ritualismos a la luz de los principios de verdad máterial, *pro actione* y pro-pueblos indígenas y de los estándares internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas consagrados en el bloque de constitucionalidad que debieron ser materializados en el marco de una ponderación intercultural y de acuer-

do a mecanismos como los diálogos interculturales, interjurisdiccionales y los peritajes antropológico-culturales.

Al margen de todo lo anotado, en este caso se advierte una incongruencia interna en la sentencia analizada, ya que, tal como se señaló, a partir de vicios argumentativos se revocó una concesión de tutela y se denegó la acción popular activada por el pueblo indígena Quila Quila en defensa de sus derechos colectivos; sin embargo, en la parte dispositiva, se exhortó al INRA a desarrollar el procedimiento de saneamiento de manera inmediata y considerando la calidad de pueblo indígena.

Como puede advertirse, esta misma sentencia —que omitió considerar la calidad de un pueblo indígena autoidentificado para realizar una labor de ponderación intercultural—, de manera contradictoria a su decisión arbitraria de denegar la tutela peticionada, exhorta a la autoridad demandada a considerar esta calidad de pueblo indígena del accionante y a realizar un proceso de saneamiento inmediato; criterios que debieron ser utilizados por el TCP en esta decisión, en vez de revocar la tutela concedida por el Juez de garantía y denegar la acción popular.

Las sentencias analizadas evidencian que, en un Estado Plurinacional como el boliviano, emergente de un proceso constituyente plural en el cual tuvieron amplia participación los pueblos indígenas, su situación no ha mejorado, e incluso ha empeorado, como en el caso del pueblo indígena Quila Quila, cuyo derecho a la territorialidad fue respetado en la Colonia y en el periodo liberal del Estado-Nación. Sin embargo, en un modelo de Estado Plurinacional, por interpretaciones arbitrarias de servidores públicos, avaladas por el TCP, este pueblo indígena, que lucha por la titulación colectiva de sus tierras desde hace más de diez años, aunque sea poseedor de títulos de dominio de data colonial y posesión ancestral sobre sus territorios, corre el riesgo de desmembrarse en caso de que, por efecto de la nulidad arbitrariamente determinada por las autoridades demandadas, prevalezca la visión individual de titulación de tierras, lo que pondría en riesgo su existencia misma y desconocería todos los derechos de los pueblos indígenas que se encuentran absolutamente desprotegidos en el ámbito interno, debido al sesgo monocultural del TCP.

15.- Caso de la comunidad de Chuquiña y del Sindicato Alba Rancho (Oruro)

También es importante señalar que la SCP 1132/2017-S2 de 23 de octubre es otro caso que evidencia una decisión arbitraria y contraria al diseño constitucional vigente [875]. Esta acción fue presentada por comunarios y descendientes de los comunarios de las comunidades Chuquiña-Matajpampa, Rancho Chuquiña y contribuyentes del ayllu Chariri San Juan, parte del Consejo de Awquis del Cuerpo de Autoridades Originarias de Marka Saucarí (provincia Saucarí, Oruro), contra el gerente general y el gerente de Administración y Finanzas de la Empresa Minera Inti Raymi SA Emirsa, por la vulneración de sus derechos a un hábitat adecuado, al medio ambiente, al agua y a la vida.

[875] Esta SPC fue suscrita por los magistrados Zenón Hugo Bacarreza Morales y Macario Lahor Cortez Chávez.

De acuerdo a la denuncia, la referida empresa habría causado daños ambientales por la contaminación de las aguas, terrenos de pastoreo y cultivo de la zona de Chuquiña de la Marka Saucarí, por la apertura de un canal para la filtración de las aguas mezcladas con contaminantes químicos contenidas en las lagunas de evaporación utilizadas en los procedimientos mineros de explotación de la mina Kori Kollo. En este contexto, se denunció, además, que los demandados incumplieron las recomendaciones efectuadas por el Viceministerio de Medio Ambiente, Biodiversidad, Cambios Climáticos y de Gestión y Desarrollo Forestal, dependiente del Ministerio de Medio Ambiente y Agua, el Plan de Cierre de la gestión 2007 y el Informe final de Auditoria Ambiental. Asimismo, se señaló que la referida empresa no dotó de agua potable a la comunidad en el marco de sus compromisos.

El TCP, en revisión, confirmó la resolución de la Jueza de garantías y denegó la acción popular aplicando la autorrestricción jurisprudencial de los hechos controvertidos, en cuanto a la denuncia de contaminación medioambiental. En este marco, sustentó la inexistencia de un estudio técnico actualizado

> …que dé cuenta que tales imfracciones ambientales aún no han sido remedidas y continúan ocasionando daños al medio ambiente pese al Plan de Cierre de las labores en la citada mina y sus programas de mitigación y remediación de daños ambientales previstos por la explotación minera… (FJ III.4).

La referida SCP señala también que:

> …no se observa la acreditación objetiva de la lesión de los derechos difusos o colectivos de la comunidad de Chuquiña, ahora invocados, máxime si no existe una conclusión del Viceministerio de Medio Ambiente, Biodiversidad, Cambios Climáticos y de Gestión y Desarrollo Forestal o de la Autoridad Ambiental Competente que refleje el estado actual sobre la alegada contaminación de aguas (*ibid*.).

De manera expresa, la citada SCP afirmó lo siguiente:

> …si bien es cierto que, de acuerdo con los informes de laboratorio de agua emitidos por la Unidad de Saneamiento Básico y Vivienda dependiente del Gobierno Autónomo Departamental de Oruro, las muestra obtenidas en los puntos de referencia el 4 de octubre de 2013, correspondientes a la salida del tanque de almacenamiento de Villa Chuquiña, del grifo de la pila de la escuela «Mario Vaca Guzmán» y de una vivienda, y concluyó en el dictamen que dicho liquido elemento no era apto para el consumo humano, este tema no puede ser analizado desde la perspectiva de la acción popular, en razón a que, de acuerdo con la amplia jurisprudencia constitucional desarrollada en el Fundamento Jurídico III.3.2, los recursos hídricos son objeto de tutela cuando los mismos se encuentran en la superficie o son subterráneos y constituyen recursos finitos, cumpliendo una función social, cultural y ambiental que no son susceptibles de apropiación, entendiéndose que se tratan de aguas provenientes de ríos, lagunas, manantiales, susceptibles de tutela cuando los mismos son amenazados de contaminación, desvío, etc., situación en

> el caso no acontece debido a que el agua contaminada proveniente de cisternas, correspondiendo su denuncia a otra instancia, en el entedido que tal suministro no objeto de comercialización (FJ III. 4).

El tenor literal de los razonamientos transcritos debe preocupar, sobremanera, a una academia crítica, ya que implica una flagrante vulneración de la Constitución de 2009. En este sentido, es evidente que éste es un caso muy grave, vinculado no solo a derechos de la Madre Tierra en territorio indígena, sino también, con derechos a la salubridad pública y, por ende, a la vida de los miembros de esta comunidad, por lo que esta sentencia, al favorecer arbitrariamente a la empresa minera demandada con una denegatoria de tutela —sin analizar los problemas jurídicos que plantea el caso concreto— se configura como un caso paradigmático de denegación de acceso a la justicia constitucional.

En efecto, de acuerdo a lo desarrollado en el capítulo sexto de este trabajo, se estableció que la autorrestricción de los hechos controvertidos en acciones populares no es coherente con la naturaleza procesal constitucional diseñada por el constituyente boliviano para este mecanismo tutelar de defensa [876], ya que deben aplicarse principios constitucionales como el principio precautorio y el pro natura [877], lo que implica que en este mecanismo tutelar, a diferencia de la acción de amparo constitucional, no se aplica el principio de certeza jurídica, es decir que, frente a una duda razonable, debe preferirse la concesión de tutela a efectos de emisión en el marco de herramientas dialógicas, de mandatos de prevención, de restauración y demás medidas necesarias para evitar la afectación a derechos comprendidos en el ámbito de aplicación de la acción popular.

Lo señalado anteriormente es coherente con la naturaleza preventiva de la acción popular, tal como se describió en el capítulo sexto de este trabajo [878], por lo que, en el caso concreto, en base a tipología preventiva de la acción popular, tanto la Jueza de garantías como el TCP no podían denegar la tutela y, más bien, debieron analizar los problemas sustantivos que el caso planteaba y adoptar mandatos de prevención, restauración y otras medidas destinadas a evitar la vulneración de los derechos denunciados. Más aún, cuando el propio TCP, de manera taxativa, en su sentencia, hace referencia a un informe de laboratorio cuyo dictamen concluyó que el líquido elemento destinado a la comunidad «no era apto para el consumo humano» (FJ III.3), lo que evidencia que, para el TCP, la vida de los miembros de un pueblo indígena debe ser sacrificada por ritualismos formales inadmisibles orientados a favorecer, arbitrariamente, a una empresa minera.

Esta misma autorrestrición es utilizada por el TCP en la SCP 0676/2019-S3 de 4 de octubre, decisión que resolvió una acción popular interpuesta por el Sindicato Agrario Alba Rancho, a través de la cual se denunciaron afectaciones a derechos colectivos y de la Madre Tierra por parte de una empresa extractivista. Lamentablemente, y sin ingresar al análisis de fondo de la problemática, el máximo contralor de constitucionaliad denegó la tutela por hechos controvertidos.

---

[876] Ver capítulo sexto, numeral 13.1.

[877] Ver capítulo sexto, numerales 9 y 13.1.

[878] Ver numeral 6.1.

Entonces, lo descrito precedentemente refleja que el poder de las empresas dedicadas a la explotación de recursos naturales en Bolivia prevalece en los tribunales y que las autorrestricciones jurisprudenciales, que son obstáculos formales que impiden el análisis de los problemas jurídicos sustantivos que planteen los pueblos indígenas a través de acciones populares, son herramientas eficaces para los intereses particulares de empresas extractivistas y para el silenciamiento de los históricamente oprimidos.

16.- Caso de la comunidad de Irupana en relación a la vulneración de sus derechos al agua (Potosí)

En el análisis dinámico de jurisprudencia se identificó también la SCP 0037/2018-S4 de 12 de marzo como una decisión arbitraria y contraria a la naturaleza procesal de la acción popular en el marco del diseño constitucional vigente[879]. En esta acción popular, autoridades de la comunidad de Irupana demandan al jilanko del Cabildo y corregidor de la comunidad de Cutimarca, ambas del ayllu Chayantaka (provincia Rafael Bustillo, Potosí), alegando la vulneración de sus derechos al agua como derecho colectivo, y al debido proceso, en su elemento de la garantía de la defensa.

En esta acción se alega que los miembros de la comunidad demandada habrían desconocido el derecho de uso de la vertiente de agua de Tultunqiri, que les abastece desde hace más de cien años y habrían ignorado la recomendación de las diferentes autoridades originarias y estatales para llegar a una solución conciliatoria sobre el conflicto, por lo que, de acuerdo a la denuncia, se desvió el total del curso de las aguas de dicha vertiente hacia la comunidad demandada, lo que afectó a la comunidad accionante y, en especial, a a las niñas, niños y adolescentes que se educan en la dos unidades educativas de la referida comunidad.

El TCP, en revisión, confirmó la resolución de la Jueza de garantías y concedió la tutela en cuanto al derecho al agua; sin embargo, de manera arbitraria, denegó la misma en cuanto al derecho al debido proceso, en base a lo siguiente: «No es posible conceder la tutela solicitada con relación al derecho al debido proceso en el elemento de la garantía de defensa, debido a que no constituye un derecho colectivo susceptible de protección vía acción popular» (SCP 0037/2018-S2, FJ III. 2, de 12 de marzo).

Como ya se advirtió en otros casos, el debido proceso tiene una dimensión individual y también una dimensión colectiva vinculada a naciones y pueblos indígena originario campesinos, tal como lo establecen los estándares jurisprudenciales más altos desarrollados en el capítulo séptimo[880], por lo que la denegatoria de tutela, alegándose que este derecho no estaría comprendido en el ámbito de protección de la acción popular, es arbitraria y evidencia el silenciamiento —por el máximo contralor de constitucionalidad—, de la voz de los históricamente oprimidos.

---

879 Esta decisión fue suscrita por los magistrados Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano e Iván Espada Navía.

880 Ver capítulo séptimo, numeral 2.7.

De la misma manera, en este caso y en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, hubiera sido esencial para restituir el equilibrio y la armonía entre las comunidades en conflicto, asumir la doctrina de reparación integral de daños con enfoque intercultural, en los términos descritos en el capítulo sexto.

17.- Caso de la comunidad Conda Arriba en cuanto a la vulneración del derecho al agua

De la misma forma, se identificó la SCP 0146/2018-S3 de 10 de mayo como una decisión arbitraria y contraria a la naturaleza procesal de la acción popular [881]. Esta acción popular fue presentada por comunarios de la localidad de Conda Arriba del municipio de Pocona (provincia Carrasco, Cochabamba) contra particulares, por el cierre de válvulas del tanque de agua que provee de este líquido elemento y por su desvío hacia el río, lo que provocaría desabastecimiento y restricción de acceso al agua y vulneraría los derechos de la comunidad y de la Unidad Educativa «Pascual Morales».

El TCP, en revisión, confirmó la resolución de la Jueza de garantías y denegó la tutela porque, a través de la SCP 1293/2015-S3 de 30 de diciembre, se habría concedido la tutela en cuanto al mismo problema jurídico que plantea el caso y en relación a las mismas partes procesales, señaló también que en esta decisión, se ordenó la notificación al Defensor del Pueblo, para que, en el marco de las facultades establecidas en el art. 218.I de la Constitución, realice el seguimiento respectivo, precautelando el cumplimiento de los derechos humanos colectivos en la comunidad Conda Arriba. Además, se exhortó al Ministerio de Medio Ambiente y Agua para coadyuvar con el Gobierno Autónomo Municipal de Pocona en la implementación de proyectos de distribución de agua destinada al consumo humano, realizando la verificación de las fuentes existentes en la referida comunidad (SCP 0146/2018-S3, FJ III.2, de 10 de mayo).

En base a los argumentos señalados, el TCP, en revisión, confirmó la resolución de la Jueza de garantías y denegó la tutela porque

> …en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la cosa juzgada constitucional opera sobre la parte resolutiva o *decisum* conforme precisó la doctrina constitucional, por lo que, al exitir el mismo objeto en ambas acciones y el mismo petitorio, no incumbe emitir pronunciamiento alguno, por concurrir en la presente causa cosa juzgada constitucional, correspondiendo a los accionanes acudir ante el Tribunal de Garantías, denunciando el incumplimiento de la Sentencia Constitucional Plurinacional indicada, a efectos de lo previsto en el art. 16 del CPCO (*ibid.*).

En el capítulo sexto se señaló que una característica esencial de la acción popular era el principio de máximo informalismo, a partir del cual y con mayor razón en realación a peticiones de pueblos indígenas, el control plural de constitucionalidad debía realizar reconducciones procesales de oficio para la prevalencia de la justicia material, más allá de

[881] Esta decisión fue suscrita por los magistrados Brígida Celia Vargas Barañado y Orlando Ceballos Acuña.

formalismos o ritualismos extremos [882]. En este marco, en el caso concreto, es evidente que la vulneración a derechos colectivos, entre ellos al agua, continúa a pesar de la decisión anterior del TCP, por lo que el modelo polifónico de justicia constitucional, debe restituir el equilibrio y la armonía para Vivir Bien.

Entonces y por lo afirmado, en este caso, desde los lineamientos de orden procesal constitucional de la acción popular, que deben ser analizados desde una visión descolonizadora y emancipatoria, no debió denegarse la tutela por cosa juzgada constitucional, sino más bien, el Juez de garantías y el TCP, en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, debieron reconducir la acción popular al procedimiento de queja por incumplimiento, para que así se respeten los derechos denunciados como afectados, los cuales ya fueron tutelados en una acción anterior, pero que no fueron cumplidos por la autoridad demandada.

18.- Caso de la comunidad indígena originaria Huancané (La Paz)

También, en este análisis dinámico de jurisprudencia, se identificó la SCP 0231/2018-S3 de 11 de junio, como arbitraria, desde la perspectiva procesal constitucional [883]. En esta acción popular interpuesta por la comunidad indígena originaria Huancané contra la secretaría general de la comunidad Villa Curupampa y otros miembros de esta comunidad y también de la Subcentral Pacollo, todos de la provincia Larecaja (La Paz), se denunció la vulneración de los derecho a la paz, al trabajo colectivo y al acceso a las tierras comunitarias y/o colectivas para su uso, goce y disfrute, alegando que los comunarios demandados desconocieron e incumplieron las determinaciones asumidas en la jurisdicción ordinaria y comunitaria respecto al conflicto de *aynocas*, por lo que ejercerían actos violentos y avasallamientos sin permitir a los accionantes realizar trabajos agrícolas en las tierras colectivas que son de propiedad de ambas comunidades.

El TCP, en revisión, confirmó la resolución del tribunal de garantías y denegó la acción popular alegando que este mecanismo tutelar

> …no se encuentra orientada en sentido de exigir el cumplimiento de fallos emitidos en sede judicial, en el entendido de que constriñe a la instancia correspondiente su ejecución a través de los medios e instrumentos pertinentes y adecuados en el marco del ejercicio de sus competencias (SCP 0231/2018-S3, FJ III.2, de 11 de junio).

Asimismo, el TCP denegó la tutela porque

> …se evidencia que la parte impetrante de tutela en resguardo de sus derechos acudió a la vía agroambiental y a la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina (JIOC), instancia que bajo sus procedimientos y normas comunitarias propias tiene la potestad de hacer cumplir sus determinaciones en el marco de la cooperación que

[882] Ver capítulo sexto, numeral 4.

[883] Esta SCP fue suscrita por los magistrados Orlando Ceballos Acuña y Brígida Celia Vargas Barañado.

> establece la ley, ya que las decisiones o sanciones pronunciadas poseen el mismo valor que las sentencias que se emiten en la jurisdicción ordinaria (*ibid.*).

Es importante señalar que, efectivamente, las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina son de cumplimiento obligatorio. Sin embargo, cuando existe un conflicto entre pueblos indígenas —lo que implica la dificultad de lograr el cumplimiento de estas decisiones—, precisamente es la acción popular la que, a través de mecanismos dialógicos como los diálogos interjurisdiccionales, debe resguardar el cumplimiento de dichas decisiones y, en su caso, emitir los mandatos de cooperación en el marco de lo establecido por la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Sin embargo, el denegar la tutela por los argumentos descritos en esta decisión, no restituye la armonía entre las comunidades en conflicto, sino que, más bien, las mantiene latentes por una falta de tutela pronta, oportuna e incoherente con el modelo polifónico de justicicia constitucional.

Además, en coherencia con lo señalado, hubiera sido importante que la sentencia, en el análisis del problema sustantivo que planteó el caso concreto, desarrolle una construcción plural de derechos a través de diálogos interjurisdiccionales del derecho a la paz en el marco del paradgima del Vivir Bien; sin embargo, la arbitraria denegatoria de tutela, impidió que el TCP desarrolle este derecho.

19.- Caso de la comunidad campesina Pata Lajastambo (Chuquisaca)

Otra sentencia contraria a la naturaleza procesal descolonizadora y emancipatoria de la acción popular es la SPC la 0511/2018-S4 de 12 de septiembre [884]. Esta acción fue presentada por miembros de la comunidad campesina Pata Lajastambo contra el alcalde del Gobierno Autónomo Municipal de Sucre y también contra el presidente y el expresidente del Concejo Municipal de Sucre, denunciando la vulneración a los derechos colectivos a existir libremente, a su dignidad, a la libre determinación, a preservarse como comunidad campesina, a la tierra y territorio, y a la consulta previa, porque el Gobierno Autónomo Muncipal de Sucre habría suscrito un convenio con la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Sucre (ELAPAS), comprometiendo la entrega de parte de sus parcelas, ubicadas en la comunidad campesina de Kucho Tambo, para la construcción de una Planta Potabilizadora de Agua; y también emitió resoluciones administrativas, leyes municipales y ejecutó actos materiales en su territorio para iniciar el trámite de expropiación, sin habérseles consultado previamente, pese al derecho que las comunidades tienen de participar de todas las decisiones que les puedan afectar.

El TCP, en revisión, revocó la decisión del Juez de garantías y denegó la acción popular porque los accionantes

> …demandan la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio ocasionado y se les pague la indemnización que corresponda, por la afectación que resulta directa a sus intereses individuales; y la suma de éstos, en

[884] Esta SCP fue suscrita por los magistrados René Yván Espada Navía y Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano.

> definitiva no configura el ámbito de protección de la acción popular, sino más bien, la llamada acción de grupo, puesto que se origina en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en una acción única para obtener la respectiva reparación y que a pesar de referirse a intereses comunes, cada uno de estos se puede individualizar en relación con el dao cuya reparación se persigue, o la amenaza que se pretende que cese; caso en el cual, lo que se busca, en realidad, es la protección de intereses particulares de sectores específicos de la población (SCP 0511/2018-S4, FJ III.4, de 12 de septiembre).

La decisión del TCP de revocar la concesión de tutela que brindó la Jueza de garantías en este caso, es absolutamente arbitraria, tal como se argumentará en este acápite, puesto que en el marco del artículo primero del Convenio 169 de la OIT, existen elementos objetivos y subjetivos para identificar a un pueblo indígena que deben ser considerados por el TCP en cada petición de tutela vinculada a derechos de pueblos indígenas.

En el caso concreto, *prima facie*, es importante resaltar la resolución de la jueza de garantías, la cual hace referencia expresa a una inspección judicial, es decir una visita *in situ* a la comunidad, en la cual, en términos literales consigandos en la sentencia que ahora se analiza, «se pudo advertir la existencia de una comunidad campesina, cuya personalidad jurídica se encuentra reconocida por Resolución Administrativa Gubernamental CH/503 de 12 de noviembre de 2014, emitida por el Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca; asimismo, se constata la posesión de la nueva Directiva realizada el 7 de mayo de 2017 en la comunidad 'Pata Lajastambo', perteneciente a la 'Central Linfi', provincia Oropeza del Departamento de Chuquisaca» (*ibid.*: FJ I.2.5).

De la misma forma, la cuestionada sentencia, al transcribir los argumentos de la Jueza de garantías, señala que:

> En el lugar se pudo advertir la existencia de más de catorce comunarios que se identificaron como pertenecientes a la comunidad de «Pata Lajastambo» por lo que, se tiene evidenciada su existencia, y además que sus miembros comparten identidad cultural, territorio, idioma y cosmovisión, encontrándose las personas del lugar autoidentificadas con la misma; por lo tanto, se encuentra legalmente reconocida al tenor de los arts. 21.1 y 30.I de la CPE (*ibid.*).

Como puede advertirse, en primer lugar debe destacarse la metodología dialógica utilizada por la Jueza de garantías, a partir de la cual, en el marco de una visita a la comunidad, estableció los criterios objetivos y subjetivos para la identificación de este pueblo indígena en coherencia con en el artículo primero del Convenio 169 de la OIT, por lo que en base a dichos criterios, ingresó al análisis de los problemas jurídicos sustantivos planteados, luego, realizó una construcción plural de derechos a partir de enfoques interculturales y concedió la tutela emitiendo además mandatos de consenso y diálogo entre el Gobierno Autónomo Municipal de Sucre y la comunidad accionante.

La decisión de la jueza de garantías, desde los lineamientos del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, ejemplifica la importancia del modelo poli-

fónico de justicia constitucional para la vigencia de derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; lamentablemente, el TCP, de manera arbitraria y en flagrante omisión de métodos dialógicos esenciales para una ponderación intercultural de derechos, revocó esta decisión paradigmática y denegó la tutela, lo que implicó un evidente favorecimiento sin argumentación jurídica razonable a las autoridades gubernamentales demandadas, aspecto que nuevamente devela el debate de la independencia judicial tan cuestionada en el Estado Plurinacional.

En efecto, la arbitraria decisión del TCP, de manera literal, señala lo siguiente:

> …pues si bien existe una pluralidad de personas; empero, el interés que persigue cada una de ellas es individual y no así colectivo ni difuso, toda vez que se trata de derechos e intereses individuales que tiene un origen común, por ello han sido denominados como intereses accidentalmente colectivos; sin embargo, en estos casos, las personas demandan la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio ocasionado y se les pague la indemnización que corresponda, por la afectación que resulta directa a sus intereses individuales; y la suma de éstos, en definitiva no configura el ámbito de protección de la acción popular, sino más bien, la llamada acción de grupo…(*ibid.*: FJ III.4).

En base a lo antes anotado, la citada sentencia establece:

> Ahora bien, ingresando al análisis de los extremos mencionados, en la presente demanda, así como de los antecedentes adjuntos en la misma, es posible determinar que quienes activaron la presente acción tutelar son las Autoridades Naturales de «Pata Lajastambo» (…), comunidad indígena originario campesina, que según Resolución Administrativa Gubernamental CH/503 de 12 de noviembre de 2014, emitida por el Gobernador del Gobierno Autónomo Departamental de Chuquisaca, fue reconocida en su personalidad jurídica, como subsistente en el municipo de Sucre (*ibid.*).

Asimismo, la mencionada SCP refirió lo siguiente:

> Ahora bien, partiendo de dicho concepto, en la especie se evidencia que los accionantes resultan ser Autoridades Naturales de la comunidad 'Pata Lajastambo', quienes solicitan el resguardo de los derechos colectivos de su comunidad, ante las acciones que estuviera asumiendo el Gobierno Autónomo Municipal de Sucre, que a su decir, pretendiera desmembrar parte de su territorio para para la construcción de la Planta Potabilizadora de Agua para la ciudad de Sucre, sin habérseles realizado una consulta previa; de donde se desprende que, en el fondo reclaman una supuesta vulneración de un derecho colectivo materializado, tal como se lo planteó en el caso, en la expropiación de cuatro parcelas demonidadas según su registro de inscripción en DDRR, como 'pequeña propiedad', y que corresponden a cuatro propietarios claramente identificados, de los cuales tres de ellos se adhirieron a la presente acción como miebros integrantes de la comunidad 'Pata Lajastambo' (*ibid.*).

Asimismo, se hace referencia a tres comunarios que presentaron un memorial de autoridades de Kuchu Tambo, señalando que su comunidad se encuentra al frente de la comunidad accionante y que «en su momento comunicaron al Gobierno Autónomo Municipal de Sucre su conformidad con la construcción de la Planta Potabilizadora de Agua porque les beneficiará tanto a ellos como al municipio de Sucre» (*ibid.*).

En base al memorial de tres personas presentado ante el TCP y al amparo de la verificación documental de cuatro parcelas registradas como pequeña propiedad agraria pertenecientes, supuestamente, a cuatro propietarios identificados, la SCP referida desestimó la legitimación activa de las autoridades de Pata Lajastambo, así como la de los tres comunarios que presentaron la acción, razonamiento a partir del cual se denegó la tutela, concluyéndose que

> …aun cuando se demandaron derechos colectivos como el derecho a existir libremente vinculado a la dignidad, a la libre determinación, a preservarse como comunidad campesina, a la tierra y territorio y a la consulta previa; sin embargo, existe una afectación claramente identificable como individual y no así colectiva y mucho menos difusa… (*ibid.*).

En este contexto se señaló:

> Extremos que desestiman la legitimación activa en la presente acción extraordinaria tanto de las Autoridades Naturales de Pata Lajastambo que plantearon la presente acción de defensa, como de los tres comunarios propietarios de las parcelas sometidas a proceso de expropiación… (*ibid.*).

En base a lo señalado, debe aclararse, en primer lugar, tal como ya se señaló, que no es la finalidad de este trabajo establecer la existencia o inexistencia de la vulneración de derechos denunciados por la parte accionante, ya que dicho análisis merecería una investigación académica específica; sino, más bien, se pretende demostrar la omisión arbitraria del TCP de aplicar mecanismos dialógicos para el análisis de casos concretos; y, el incumplimiento a los estándares jurisprudenciales más altos de orden procesal constitucional desarrollados por este máximo contralor de derechos en el Estado para acciones populares.

De la misma forma, a través de este análisis de jurisprudencia, se pretende verificar el sustento de las decisiones del TCP en criterios razonables de argumentación jurídica plural al amparo de pautas constitucionalizadas de interpretación que generen consensos interculturales con estándares internacionales desarrollados tanto por la Corte CIDH, en el SIDH o los Comités, en el SUDH.

Desde la perspectiva anotada, en el caso concreto se observa una decisión arbitraria del TCP porque, metodológicamente, omite utilizar diálogos interjurisdiccionales e interculturales, peritajes antropológico-culturales y soslaya los elementos identificados por la Jueza de garantías a partir de una visita *in situ* a la comunidad.

En este marco, nuevamente desde el «método del escritorio» —que resalta un pensamiento aún extremadamente formalista y monocultural del TCP— se cuestiona incluso la legitimación activa de autoridades de una comunidad, solo en base a un análisis arbitrario

por no tener sustento en ningún mecanismo dialógico que contemple a los históricamente oprimidos, es decir los pueblos indígenas.

Este caso —y todos los analizados en este capítulo— develan que, en un Estado Plurinacional, su TCP deniega, sistemáticamente, acciones populares a pueblos indígenas careciendo del sustento necesario asentado en pautas constitucionalizadas de interpretación que brinden razonabilidad a sus decisiones, en ausencia absoluta de mecanismos dialógicos y en prescindencia completa de los alcances del modelo polifónico de justicia constitucional.

En este caso concreto —contra los alcances del derecho a la libre determinación y otros derechos colectivos como la libre existencia y la autoidentificación, entre otros— se desestima, de manera absolutamente arbitraria, su legitimación activa [885], es decir, se desconoce la representatividad propia de un pueblo indígena, razonamiento contrario al artículo 2 y 30.I de la CPE [886].

Esta desestimación de la legitimación activa, además, genera un arbitrario incumplimiento de los estándares jurisprudenciales más altos emergentes del diseño constitucional de la acción popular, puesto que, para activar esta acción popular, la legitimación activa es amplia, tal como se desarrolló en el capítulo sexto de este trabajo [887], lo que implica que la misma no podría ser 'desestimada' para justificar una denegatoria de tutela.

Además, argumentativamente y en coherencia con las pautas constitucionalizadas de interpretación descritas en el capítulo cuarto de este trabajo [888], para que la decisión ahora analizada no sea considerada arbitraria, toda vez que los elementos del caso evidencian una colisión de derechos, el TCP, al amparo de mecanismos dialógicos, debió realizar una labor de ponderación intercultural y someter su decisión al test de proporcionalidad con enfoque intercultural para justificar así la razonabilidad de la decisión y su sometimiento real al bloque de constitucionalidad, labor que debiera realizarse en el marco de un modelo polifónico de justicia constitucional tal como se describió en el capítulo sexto [889].

Lamentablemente, los párrafos de la parte de la razón jurídica de la decisión textualmente transcritos evidencian que los resultados interpretativos nunca fueron sometidos al test de proporcionalidad con enfoque intercultural, omisión que justifica la calificación de arbitraria a dicha decisión.

En efecto, a partir de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, tal como se señaló en el capítulo quinto, al haber sido los pueblos indígenas históricamente discriminados, se encuentran en las denominadas categorías sospechosas o criterios

---

885 De manera expresa, la citada sentencia afirma: «Extremos que desestiman la legitimación activa en la presente acción extraordinaria tanto de las Autoridades Naturales de 'Pata Lajastambo' que plantearon la presente acción de defensa, como de los tres comunarios propietarios de parcelas sometidas a proceso de expropiación».

886 Ver capítulo séptimo, numeral 2.2.

887 Ver capítulo sexto, numeral 5.

888 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

889 Ver capítulo cuarto, numeral 8.5.

prohibidos de discriminación, por lo que se presume que los actos, decisiones, políticas públicas, normativa o jurisprudencia emitida en relación a ellos es discriminatoria, presunción que, para ser desvirtuada, genera para los Estados miembros tanto del Sistema Intermericano como del Universal, la carga argumentativa y probatoria.

Por lo expuesto, en todos los casos vinculados a estos criterios prohibidos de discriminación, entre ellos, los pueblos indígenas, debe justificarse la razonabilidad de toda decisión a través del test de proporcionalidad, el cual, en el contexto de un Estado Plurinacional como el boliviano, debe tener un enfoque intercultural a partir de pautas interculturales de interpretación, como en el caso del paradigma del Vivir Bien que tiene un estándar jurisprudencial más alto en la SCP 0481/2019-S2 de 12 de septembre [890].

La omisión de estos criterios, propios de un modelo polifónico de justicia constitucional, por parte del TCP, y la denegatoria de tutela, incumpliendo herramientas dialógicas que son de carácter vinculante para el control de constitucionaliad en el marco de los principios constitucionales de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, tornan arbitraria la referida SCP y, también, develan un pensamiento monocultural y formalista dominante en el TCP.

Asimismo, la denegatoria de tutela sin haber aplicado criterios coherentes de argumentación jurídica plural y sin haber realizado diálogos interjurisdiccionales e interculturales y peritajes antropológico-culturales, impide que el TCP consolide la armonía y el equilibrio para Vivir Bien, como fin esencial del Estado. Del mismo modo, impide que, si fuera el caso, se aplique una doctrina de reparación integral de daños con enfoque de interculturalidad que incluya mandatos dialógicos y restaurativos para recuperar la armonía y el equilibrio en una sociedad plural.

20.- Caso de la comunidad indígena Quetena Chico (Potosí)

En esta línea, también es importante analizar la SCP 0700/2018-S3 de 25 de septiembre de 2018. Esta acción popular fue presentada por las autoridades de la comunidad Indígena Quetena Chico de Potosí, contra el director nacional ejecutivo del Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP), denunciando la vulneración de sus derechos colectivos a la consulta previa obligatoria, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, la libre determinación y la territorialidad, porque la autoridad demandada firmó con las autoridades de las comunidades de Quetena Grande y Quetena Chico un Convenio Marco estipulando su participación en la administración de la Reserva Nacional de Fauna Andina Eduardo Avaroa, acuerdo que no se cumplió, por lo que dicha reserva continúa siendo administrada por esta entidad pública que, además, recauda ingresos por concepto de visitas turísticas.

En el contexto señalado, denuncian también que las referidas recaudaciones ingresaban a un fondo social del cual participaban en la distribución las comunidades originarias de la región y del cual, a la comunidad ahora accionante se le asignaba un porcentaje de

[890] Ver capítulo cuarto, numeral 8.2.

24.7% de acuerdo a lo establecido en la Resolución Administrativa DE-033/2017 de 29 de marzo. Sin embargo, dicha resolución no fue cumplida, por lo que, el 28 de febrero de 2018, solicitaron a esta entidad, su inmediato cumplimiento, solicitud que no fue respondida. Es más, de acuerdo a esta denuncia, la máxima autoridad ejecutiva de esta entidad, de manera verbal, habría instruido considerar, en el Plan Operativo Anual (POA) reformulado 2018 de la Reserva Nacional de Fauna Andina Eduardo Avaroa, la inclusión, únicamente, del 18.7 % de participación en el fondo social para Quetena Chico.

Denunciaron, también, que, posteriormente, en una reunion de emergencia sostentida con el área administrativa y legal del SERNAP, se ratificó este incumplimiento y se anunció la emisión de otra resolución administrativa, la cual hubiera sido emitida sin su conocimiento y, por ende, privaría a la comunidad a una participación justa en estos fondos.

Las autoridades demandadas, en su informe presentado, de manera expresa señalaron que «el 16 de octubre de 2017, a raíz del Informe Técnico INF/DA 239/2017 de 10 de octubre, mediante la Resolución Administrativa DE-81/2017, se revocó la Resolución Administrativa DE-033/2017 cuya distribución porcentual era inaplicable jurídicamente y adolecía de vicios de nulidad en su aprobación» (I.2.2). Además, las autoridades demandadas sostuvieron que la Resolución Administrativa DE-033/2017 no gozaba de legalidad y legitimidad, «más al contrario, era lesiva a los derechos de la comunidad Quetena Grande» (*ibid.*).

En la SPC ahora analizada se resumió, también, la participación del corregidor de la comunidad Quetena Grande, quien, entre otros aspectos, señaló que «viabilizar el incremento pretendido por Quetena Chico produciría un déficit que tendrían que asumir Quetena Grande y el SERNAP». Además, refieren que la vía que debió seguirse era la administrativa y no así la acción popular.

El juez de garantías concedió, en parte, la tutela, disponiendo que en diez días hábiles el SERNAP, en coordinación con las instituciones competentes, elabore los informes pertinentes a efectos de evitar conflictos entre las comunidades para generar y consensuar el porcentaje que les corresponda (I.2.4).

El Juez de garantías estableció que, de acuerdo al artículo 30.15 de la Costitución, a pesar de tratarse de un área protegida por el Estado, debió realizarse una consulta previa a las comunidades de Quetena Grande y Quetena Chico

> …para conocer su posición y la distribución de derechos (I.2.4); además, el Juez de garantías, en una ponderación intercultural de derechos, estableció que el SERNAP, a través de su máxima autoridad ejecutiva (MAE), emitió la Resolución Administrativa DE-033/2017 unilateralmente en favor de Quetena Chico, cuando correspondía convocar y conocer la posición de Quetena Grande (*ibid.*).

También, la referida autoridad señaló que la autoridad, ahora demandada, emitió la Resolución Adminsitrativa DE-081/2017, sin aviso y sin convocar a ambas comunidades. Asimismo, precisió que

> …no era factible anular ninguna resolución hasta que, previamente, se elaboren los informes técnicos de cada comunidad, debiendo el SERNAP emitir una determinación ecuánime, fundamentada y motivada que detalle los porcentajes de participación igualitaria de las comunidades (*ibid.*: I.2.4).

Es importante resaltar el razonamiento del juez de garantías que concedió, en parte, la tutela, solamente en relación al derecho a la consulta previa, aunque omitió motivar las razones por las cuales denegó la tutela en relación a los demás derechos colectivos denunciados como lesivos. A pesar de esta falta de motivación, ordenó que en diez días hábiles el SERNAP, en coordinación con las instituciones competentes, elabore los informes pertinentes a efectos de evitar conflictos entre las comunidades para generar y consensuar el porcentaje que les corresponda, decisión que propicia la generación de diálogos interculturales.

Lamentablemente, el TCP, en revisión, revocó la decisión de concesión en parte de tutela y denegó en su totalidad la acción popular presentada por las autoridades de la Comunidad Indígena Quetena Chico [891], en base a las siguientes autorrestricciones, contrarias al modelo constitucional vigente: 1) Que la acción popular no es el mecanismo idóneo para exigir el cumplimiento de resoluciones administrativas; y, 2) La existencia de hechos controvertidos.

En efecto, se afirmó que el SERNAP, en el marco del principio de autotutela, se encuentra facultado a ejecutar sus propios actos, argumento a partir del cual, de manera taxtativa se señala que

> …este Tribunal no se encuentra facultado para ejecutar o hacer cumplir las resoluciones firmes de otros órganos de la jurisdicción común o las que emerjan de un procedimiento administrativo, como consecuencia de una acción popular. No obstante, si la autoridad pese a los medios a su alcance y su obligación de hacer cumplir sus propias resoluciones, no lo hace, dicha postura deviene de un acto ilegal o medida de hecho; y, el Tribunal Constitucional Plurinacional se encontrará facultado para conceder la tutela a objeto de que la precidata autoridad ejecute sus resoluciones, más no así disponer el cumplimiento… (FJ III.4).

Argumentalmente, este razonamiento es arbitrario por dos razones: primero, porque esta autorrestricción es absolutamente contraria a un modelo polifónico de justicia constitucional orientado a la construcción plural de derechos a través de métodos dialógicos y pautas interculturales de interpretación. Entonces, de acuerdo a lo anotado y desde los postulados de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, los presupuestos de orden procesal constitucional de este mecanismo tutelar, por la naturaleza de los derechos que tutela, están exentos de los formalismos y ritualismos que impidan la prevalencia de la justicia material por aspectos formales, porque su ámbito de protección es aplicable a toda acción u omisión de servidores públicos o particulares que vulnere derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

[891] Esta SPC fue suscrita por los magistrados Orlando Ceballos Acuña y Brígida Celia Vargas Barañado.

Asimismo, en el capítulo sexto [892] se estableció que la acción popular se caracteriza por su carácter autónomo, lo que implica que el análisis de los problemas jurídicos que se planteen, vinculados a derechos colectivos, no pueden estar condicionados a mecanismos intraprocesales de defensa ni a mecanismos intraprocesales de ejecución de decisiones judiciales o adminsitrativas, a diferencia de la acción de amparo constitucional, por cuanto, es evidente que la aplicación de esta autorrestricción jurisprudencial para denegar la tutela es absolutamente arbitraria.

Además, el razonamiento del TCP transcrito, argumentalmente, es incoherente porque a partir de un «no obstante» incurre en una incongruencia interna, ya que establece que podría entrar al análisis del problema jurídico sustantivo, aunque no para exigir el cumplimiento de una decisión vinculada con derechos colectivos.

Este resultado interpretativo, al margen de plantear la indicada incongruencia interna, no tiene sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación de derechos [893]. Establecer que, a través de la acción popular, no se puede exigir el cumplimiento de una decisión, no tiene sustento alguno, puesto que, en caso de que un eventual incumplimiento afecte un derecho colectivo, no existe ninguna razón para brindar una interpretación restrictiva a la acción popular, por lo tanto, el anotado resultado interpretativo carece de razonabilidad y en consecuencia enmarca a esta decisión en la arbitrariedad.

La referida sentencia señala también lo siguiente:

> …sin embargo, en el caso que nos ocupa, los accionantes a través de toda su argumentación, no lograron demostrar o generar una duda razonable acerca de la negativa de la autoridad demandada de ejecutar la resolución reclamada; en razón a que la Resolución Administrativa DE-033/2017 fue revocada por la Resolución Administrativa DE-81/2017 (FJ III.4).

El razonamiento transcrito, argumentalmente, no se circunscribe al problema jurídico sustantivo que plantea el caso concreto. En efecto, el problema esencial de la denuncia realizada, a través de esta acción popular, fue la afectación de derechos a la consulta previa y otros de la comunidad Indígena Quetena Chico, por haberse afectado, sin su consentimiento previo, los ingresos que debe recibir por las visitas turísticas a su territorio ancestral. En este marco, aplicar la autorrestricción de la falta de certeza o establecer que la parte accionante no generó una «duda razonable» en cuanto a la negativa de la autoridad demandada de ejecutar la resolución cuestionada por haberse aprobado una nueva decisión, implica una desviación argumentativa del problema jurídico sustantivo planteado, con la finalidad de denegar arbitrariamente la tutela a un pueblo indígena.

Asimismo, de manera expresa, la SCP analizada señaló:

> …la petición de los accionantes que alegaron la lesión de sus derechos colectivos a la consulta previa obligatoria y a la participación en los beneficios de la explotación

[892] Ver numeral 4.

[893] Ver capítulo cuarto, numeral 6.

> de los recursos naturales en sus territorios cuya supuesta transgresión afectó por conexitud -según exponen- sus derechos a la libre determinación y a la territorialidad; escapa a la legalidad y a la legitimidad, pues no únicamente ignora los precitados límites competenciales, sino también transgrede la racionalidad pretendiendo el cumplimiento de una determinación administrativa que se encuentra extinta, es decir, no tiene vida en el ámbito adminstativo e incluso al presente se inició un proceso interno en contra de los servidores públicos que la emitieron por encontrarse indicios de responsabilidad, tras identificarse vicios de nulidad en la Resolución Administrativa DE-033/2017 (Conclusión II.3 y FJ III.4).

Este razonamiento también implica un desvío argumentativo, es decir, un alejamiento arbitrario del problema jurídico planteado por el pueblo indígena, para así denegar, sin mayor fundamento, la tutela peticionada por este pueblo indígena.

En el mismo párrafo, la sentencia señaló:

> No obstante, respecto al incremento porcentual dispuesto en su favor por la precitada Resolución, no se tiene certeza de que la supresión de ese derecho expectaticio sea ilegal; pues conforme a las Conclusiones II.2 y 3, existe controversia respecto a la legalidad de la Resolución indicada lo que dio lugar a que sea revocada (FJ III.4).

En este marco, el TCP aplica la autorrestricción de los hechos controvertidos y, por ende, deniega la tutela sin analizar el problema jurídico sustantivo que plantea el caso concreto.

Resulta absolutamente arbitrario denegar la tutela pedida por la comunidad Indígena Quetena Chico por hechos controvertidos, ya que esta autorrestricción, tal como se señaló en el capítulo sexto [894], es absolutamente contraria a los presupuestos de orden procesal constitucional de la acción popular que deben enmarcarse en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización. En ese sentido, más bien, en estos casos, a la luz del modelo polífonico de justicia constitucional destinado a la construcción plural de derechos a partir de herramientas dialógicas que escuchen a los históricamente oprimidos, tanto los jueces y tribunales de garantías, como el TCP, en acciones populares, deben generar diálogos interjurisdiccionales e interculturales, para restituir así el equilibrio y la armonía en el marco de razonamientos que superen la lógica binaria del ganador-perdedor [895]; y, que más bien, consolide el Vivir Bien como fin esencial del Estado Plurinacional de Bolivia.

Como puede observarse, este es otro caso que evidencia una línea de pensamiento monocultural, formalista y carente de criterios argumentativos plurales y coherentes con las pautas constitucionalizadas de interpretación consignadas en la Constitución democrática de 2009, en ese marco, este tipo de decisiones arbitrarias implican una denegatoria al acceso a la justicia para pueblos indígenas, lo que, además, evidencia la brecha de im-

[894] Ver numeral 13.1.

[895] Ver capítulo sexto, numeral 7.

plementación de la Constitución, que si bien asegura formalmente la vigencia plena de derechos colectivos de pueblos indígenas a través de mecanismos de directa justiciabilidad como la acción popular, pero que, por decisiones arbitrarias, prevalece una Constitución material que no dista de la línea del pensamiento constitucional monocultural y excluyente imperante en el país hasta antes de la reforma Constitucional de 2009, tal como se desarrolló en el capítulo tercero de este trabajo.

21.- Caso de la comunidad indígena Vilasaca por la vulneración de sus derechos a la territorialidad y otros conexos (Potosí)

Esta acción popular fue presentada por comunarios de la comunidad Vilasaca contra autoridades indígena originario campesinas de la Marka Llica (Potosí), alegando la vulneración de sus derechos a la tierra y territorio, al debido proceso colectivo y la valoración razonable de la prueba, porque los comunarios de Vilasaca —una comunidad originaria fronteriza con Chile— serían propietarios de sus tierras ancestrales; sin embargo, refieren que las autoridades demandadas incumplieron la Declaración Constitucional Plurinacional 0086/2017-S1 de 17 de octubre y, por ende, afirmaron que se quebrantó la armonía y el equiibrio para volver al *qhapaj* ñan y a encontrar el *Suma Qamaña*, al cercenar el territorio de su comunidad con la Resolución del Concejo de Autoridades Originarias 06/2017 de 27 de diciembre, decisión cuestionada a través de esta acción popular.

Refieren que la referida resolución ratificaría puntos limítrofes que no estaban acordes a la realidad, legalidad y justicia, al haber sido ésta emitida en base a criterios parcializados a favor de las comunidades de Murmuntani y Bella Vista, quienes, de acuerdo a la denuncia, no hubieran presentado ni demostrado su derecho propietario, además de no existir constancia de la intervención de la población de Vilasaca en la suscripción de dicha decisión.

Además, señalaron que la decisión cuestionada no se adecuaría a los fundamentos jurídicos de la DCP 0086/2017-S1 de 17 de octubre y atentaría a su derecho a la territorialidad por haber ratificado la Resolución de Justicia Indígena Originario Campesina 003-2012, sin valorar prueba, tampoco brindar razones jurídicas ni de las normas, principios, valores y procedimientos propios de la JIOC, por lo que sería inaplicable al haber sido impuesta sin tomar en cuenta el Acta de Pacaloma de 21 de octubre de 1954 que definió los límites territoriales entre las comunidades en conflicto.

El Juez de garantías, por su parte, denegó la tutela solicitada por las siguientes razones: 1) La resolución del Concejo de Autoridades Originarias 06/2017 acató, a cabalidad, la DCP 0086/2017-S1 de 17 de octubre y brindó estricto cumplimiento a los artículos 30.III, 190.I, 203 y 289 de la Constitución, 5 de la Ley del Órgano Judicial y 12 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional; 2) No se evidenciaría la afectación al derecho a la territorialidad de la comunidad de Vilasaca, ni los demás derechos denunciados como vulnerados, porque no se emitió una nueva resolución, sino solo se cumplió la referida Declaración Constitucional Plurinacional.

El TCP, mediante SCP 0558/2018-S3 de 1 de octubre [896], denegó la tutela y confirmó la resolución del juez de garantías, aplicando la autorrestricción jurisprudencial en virtud de la cual, a través de la acción popular, no puede exigirse el cumplimiento de resoluciones emitidas en otros procesos constitucionales.

De acuerdo a la arbitraria autorrestricción jurisprudencial utilizada por el TCP, la sentencia analizada señaló:

> …de la lectura y comprensión de la acción presentada, se tiene que la misma alude en los hechos una denuncia de incumplimiento de la DCP 0086/2017-S1, ya que esta no habría sido ejecutada en los términos precisados por el Tribunal Constitucional Plurinacional, además que tampoco se habría efectuado una debida fundamentación y valoración de la prueba a tiempo de emitirse la Resolución de Concejo de Autoridades Originarias 06/2017; lo que hace colegir que los accionantes, mediante la presente acción popular, pretenden denunciar un posible incumplimiento de la Declaración Constitucional Plurinacional indicada; sin tomar en cuenta que esta no puede ser conocida ni resuleta por una Sentencia Constitucional Plurinacional emergente de una acción tutelar; toda vez que, para ello la normativa procesal constitucional vigente estableció un mecaniso idóneo para denunciar el incumplimiento de resoluciones constitucionales, tal como se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.2 del presente fallo constitucional, que en lo principal indica que de acuerdo al art. 16 del Código Procesal Constitucional (CPCo), la tarea de hacer cumplir y ejecutar los fallos emanados de este Tribunal, le corresponde a la autoridad que conoció la acción en su condición juez o tribunal de garantías (FJ III.3).

En el capítulo sexto de este trabajo se estableció que esta autorrestricción es contraria al diseño constitucional vigente [897]. En este marco, debe resaltarse, tal como también se señaló en el indicado capítulo, que a la luz del principio de máxima informalidad que estructura la acción popular, en coherencia con un modelo polifónico de justicia constitucional, los jueces y tribunales constitucionales están obligados a realizar, de oficio, las reconducciones procesales, ya que desde la óptica procesal propia de la acción popular, tal como también se desarrolló [898], los presupuestos procesales de esta acción tutelar deben ser interpretados a la luz de la descolonización y, por ende, para la materialización de derechos, de acuerdo a los principios de prevalencia de la justicia material y el *iura novit curia* [899], debe flexibilizarse ritualismos procesales que impliquen barreras al acceso a la justicia constitucional para lograr así el equilibrio y la armonía destinada al Vivir Bien.

Además, en peticiones de pueblos indígenas, por la histórica situación de asimetría para el acceso a la justicia en la que se encuentran, tal como se desarrolló en el capítulo

---

[896] Esta resolución fue suscrita por los magistrados Brígida Celia Vargas Barañado y Orlando Ceballos Acuña.

[897] Ver capítulo sexto, numeral 13.5.

[898] Ver capítulo sexto, numeral 4.

[899] *Ibid.*

tercero [900], la SCP 0645/2012 de 23 de julio [901], estableció el deber de realizar reconducciones procesales de oficio en peticiones vinculadas a estos sectores históricamente oprimidos. Entonces, de acuerdo al estándar jurisprudencial más alto descrito, la autorrestricción aplicada en este caso por el TPC y la consecuente denegatoria de tutela sin realizar la reconducción procesal que en la vía de queja por mora o incumplimiento pudiera generar diálogos interculturales, torna a esta decisión arbitraria [902].

En caso de no haberse realizado la reconducción procesal por el juez o tribunal de garantías —como sucedió en este caso—, ésta debió ser realizada por el TCP, estableciendo lineamientos procesales coherentes con un modelo polifónico de justicia constitucional para el conocimiento de la petición, en el marco del procedimiento de queja por mora o incumplimiento.

En este orden, debe aclararse que el TCP, tal como se evidenció en el capítulo sexto (en el cual se realizó el análisis dinámico de jurisprudencia en cuanto a la reconducción procesal [903]), ha utilizado este mecanismo, únicamente, en control tutelar, es decir, realizó la reconducción de una acción tutelar a otra (por ejemplo, de una acción de amparo constitucional a una acción popular). Sin embargo, en una correcta interpretación procesal de este mecanismo procesal, en el marco de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización y en coherencia con los principios de prevalencia de la justicia material y el *iura novit curia* [904], la reconducción procesal debe ser realizada no solo en el marco del control tutelar de constitucionalidad sino en relación a cualquier procedimiento constitucional.

De acuerdo a lo señalado, considerando que la reconducción procesal debe ser realizada de manera obligatoria en peticiones de pueblos indígenas, el caso concreto planteaba un problema jurídico central de orden procesal que, en vez de denegar la tutela en aplicación de la referida autorrestricción jurisprudencial, debió haber sido resuelto por el TCP: la aplicación de la reconducción procesal en relación a cualquier proceso constitucional regulado por la Constitución y el Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, tal como se señaló en el capítulo quinto [905], el control de constitucionalidad tiene dos ámbitos: uno de control preventivo —en el cual se encuentran todos los procesos de consulta normativa previa— y el proceso de consulta de autoridades de naciones y pueblos indígena originario campesinos en relación a la aplicación de sus nor-

---

900 Toda la historia del constitucionalismo desde la voz silenciada de los pueblos indígenas fue desarrollada en el capítulo tercero. La narración realizada en este capítulo contiene un relato no visibilizado por la doctrina constitucional más utilizada en Bolivia, que se caracterizó y aún se caracteriza por ser monocultural y excluyente.

901 Ver capítulo sexto, numeral 4.

902 En efecto y de acuerdo a los postulados del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, debió aplicarse la reconducción procesal de oficio para que el juez de garantías conozca la causa a través del procedimiento de queja por incumplimiento, en el marco del art. 16 del Código Procesal Constitucional.

903 Ver capítulo sexto, numeral 4.

904 Ver capítulo cuarto, numeral 8.4.

905 Ver numeral 4.1.

mas que, además, es un paradigma de proceso constitucional intercultural y está sujeto a presupuestos procesales descolonizadores, tal como se señaló en el capítulo cuarto [906].

Por su parte, en el control posterior de constitucionalidad existen cuatro ámbitos esenciales: el control normativo de constitucionalidad [907], el control competencial de constitucionalidad [908], el control tutelar de constitucionalidad (en el cual se encuentra la acción popular [909]) y el ámbito de otros procedimientos constitucionales [910].

La reconducción procesal, a la luz del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador, debe ser realizada en relación a todos los procedimientos constitucionales antes anotados, especialmente por su sustento en los principios de prevalencia de la justicia material y del principio *iura novit curia* [911]. En este orden de ideas, el caso concreto evidencia que el TCP, en un proceso de consulta de autoridades de naciones y pueblos indígenas en relación a la aplicación de sus normas, emitió la Declaración Constitucional Plurinacional DCP 0086/2017-S1 de 17 de octubre [912]; la cual, habría sido incumplida por las autoridades indígenas demandadas en esta acción popular. En ese orden, es evidente que existe un conflicto entre comunidades indígenas, por lo que, a través de la acción popular que tiene un enfoque procesal descolonizador y emancipatorio, se debe buscar el equilibrio y la armonía. En este sentido, correspondía al TCP, reconducir la acción popular al procedimiento de queja por incumplimiento, para que sea conocido por la Sala Especializada que pronunció la citada DCP y resuelva esta denuncia a través de mecanismos diálogicos como los diálogos interculturales e interjurisdiccionales y también los peritajes antropológico-culturales, tal como se desarrolló en el capítulo quinto [913]. Solo de esta forma se descolonizarán los procedimientos constitucionales.

---

906 Ver capítulo cuarto, numeral 4. En este acápite, se desarrolla los alcances de la DCP 0006/2013 de 5 de junio.

907 Ver capítulo quinto, numeral 4.1.

908 Ver capítulo quinto, numeral 4.1.

909 Ver capítulo quinto, numeral 4.1.

910 Ver capítulo quinto, numeral 4.1.

911 También, en base a los principios de prevalencia de la justicia material y del principio *iura novit curia*, la reconducción procesal debe ser realizada en vía ordinaria y administrativa.

912 En esta consulta de autoridades indígena originario campesinas, en relación a la aplicación de sus normas, la agente municipal de la comunidad de Murmuntani, municipio de Llika (Potosí), consultó sobre el conflicto de límites territoriales al interior de las comunidades de Vilasaca, Bella Vista y Murmuntani. El TCP, mediante DCP 0086/2017-S1 de 17 de octubre, dispuso la inaplicabilidad de la consulta por no haber sido efectuada por las autoridades que conocieron y resolvieron el presente caso. Esta declaración instruyó al Consejo de Autoridades Originarias de la *marka* de Llica, en el marco del derecho al ejercicio de un sistema jurídico propio reconocido constitucionalmente, pueda resolver el conflicto ratificando una de las resoluciones emitidas por la misma instancia o emitiendo una nueva resolución, conforme a los fundamentos señalados en la presente declaración, cuyo cumplimiento será obligatorio por parte de las comunidades de Murmuntani, Bellavista y Vilasaca (numeral segundo, parte dispositiva).

913 Ver capítulo quinto, numeral 3.3.

Lamentablemente, se evidencia, en este caso, que, nuevamente, prevalecen las formalidades y ritualismos extremos y subsisten las barreras al acceso a la justicia constitucional de los históricamente oprimidos.

22.- Caso de la reserva natural de Tariquía y de sus comunidades indígenas (Tarija)

En el análisis dinámico de jurisprudencia realizado se identificó, también, la SCP 1079/2017-S1 de 3 de octubre, por contener graves vicios argumentativos y formalismos extremos destinados a denegar la tutela a pueblos indígenas, tal como se argumentará en los siguientes párrafos.

Esta acción popular fue presentada por el responsable del Comité de Defensa de Tariquía, en representación de las comunidades Pampa Grande, Motovi, Arechales, San José y San Pedro (Tarija), contra el expresidente Juan Evo Morales Ayma, alegando la vulneración a sus derechos a la consulta previa obligatoria contenida en los arts. 30.II.15 de la Constitución; art. 19 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y, art. 6 del Convenio 169 de la OIT, porque la autoridad demandada, antes de promulgar el DS 2366 de 20 de mayo de 2015[914], omitió realizar la consulta previa obligatoria a las comunidades campesinas que viven dentro de la Reserva de Flora y Fauna de Tariquía, a pesar de que la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre, en su parte resolutiva, exhortó al Órgano Ejecutivo a propiciar y facilitar el diálogo necesario para concertar la consulta previa con las naciones y pueblos indígena originario campesinos. En este contexto, se solicitó se conceda la tutela y se disponga la realización de la consulta previa, en cumplimiento de la SCP antes citada.

La autoridad demandada, mediante informe escrito de 12 de agosto de 2017, señaló, entre otros aspectos, los siguientes:

> Que el DS cuestionado establecía que los ministerios de Hidrocarburos y Energía; y, el de Medio Ambiente y Agua, tenían bajo su cargo la ejecución y cumplimiento. Por lo que, para el caso de análisis, correspondía su notificación como terceros con la acción tutelar, al igual que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), pues al haberse solicitado la suspensión del DS 2366, así como las actividades, obras o proyectos que se estaban desarrollando, podrían afectarse sus intereses.
>
> Que el DS 2366 era una norma de carácter general, que no repercutía de forma específica sobre los derechos de la parte accionante, además debía considerarse que no ejecutó acto alguno para materializar el citado DS, no encontrándose facultado para tal efecto.
>
> Que la parte impetrante de tutela no identificó, de forma específica, con qué acto u omisión hubiera lesionado sus derechos, tomando en cuenta que lo único que hizo fue emitir una norma de carácter general, en sujeción al procedimiento establecido por ley para tal fin.

[914] El objeto de este DS fue desarrollado en la nota 78 de este capítulo.

> Que la parte accionante basó sus acusaciones en sospechas, supuestos o conjeturas infundadas de posibles daños, sin identificar quienes realizaban la «propaganda pro exploración» «seduciendo» a los miembros de la comunidad; de forma que se limitó a realizar inferencias y expresar que el DS 2366 era contrario a la CPE; empero, tal extremo no resultaría materia tutelable a través de la acción popular, más aún considerando que la citada norma ya pasó un control de constitucionalidad y fue declarada constitucional por la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre. En este marco, también señaló que la acción carece de congruencia entre los hechos, derechos denunciados como lesivos y petitorio (I.2.2).

El informe del entonces presidente de Bolivia señaló, además, que, tratándose de una norma de carácter general y abstracta, la acusada falta de consulta previa a la emisión del DS 2366 —que ya había sido tratada como problemática y contaba con un fallo constitucional—, no causaba ninguna afectación de los derechos colectivos de la parte accionante, más aún cuando la consulta se ejecutaría ante la existencia de un proyecto hidrocarburífero específico que identifique al área determinada. (*ibid.*).

Esta autoridad señaló, también, que ningún proceso de consulta o participación se realizó con las comunidades de la Reserva de Tariquía, debido a que el Proyecto «Adquisición Integral Magnetotelúrica Sudandino Sur Fase II», que se llevaba a cabo con sobreposición con la Reserva, tenía categoría III; y, la norma no contemplaba ningún proceso de consulta o participación para dicha categoría, además de no existir ningún proyecto que amerite el trámite de licencia ambiental (*ibid.*).

La Jueza de garantías de Padcaya (Tarija) denegó la tutela en aplicación de la autorrestricción referente a la carga argumentativa a la parte accionante, la cual, tal como se señaló en el sexto capítulo [915], es contraria a la naturaleza procesal de la acción popular. Asimismo, la citada autoridad jurisdiccional estableció que del contenido y antecedentes de la acción popular, no se evidenciaría que el Estado, a través de sus autoridades, se hubieran negado a realizar la consulta, ni que deliberadamente se efectúen actos tendientes al incumplimiento de la misma (I.2.4).

La referida autoridad estableció, también, que el desarrollo de actividades hidrocarburíferas de explotación no requería consulta previa obligatoria, pues la misma, de conformidad con el artítulo 30.15.II de la Constitución, se encontraba prevista para la explotación, aspecto concordante con el artículo 403.I del texto constitucional (*ibid.*).

La jueza de garantías no sustentó, argumentalmente, este resultado interpretativo en ninguna de las pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos descritas en el capítulo cuarto de la Constitución [916]. Más bien, su análisis incurrió en una flagrante afectación del principio de progresividad, ya que el referido resultado interpretativo genera una evidente regresividad en cuanto al derecho a la consulta previa, máxime cuando el estándar jurisprudencial más alto contenido en la SCP 300/2012 —y que fue desarrollada

[915] Ver numeral 13.3.

[916] Ver capítulo cuarto, numeral 6.

en el numeral sexto de este capítulo— brindó un alcance extensivo a la consulta previa, so solo limitado a recursos no renovables [917].

En base a este análisis, es evidente que, argumentalmente, se omitió identificar el problema jurídico planteado en el caso, en términos claros, y se omitió utilizar elementos argumentativos como el control de convencionalidad y el estándar jurisprudencial más alto, descritos en los capítulos quinto y sexto de este trabajo [918], por lo que dicha decisión es arbitraria.

El TCP, en revisión, a través de la SCP 1079/2017-S1 de 3 de agosto, confirmó la resolución de la Jueza de garantías y, sin ingresar al análisis de fondo de la problemática, a partir de una autorrestricción jurisprudencial, denegó la tutela [919].

En el análisis del caso concreto, de manera específica señaló:

> En el presente caso, la relación de hechos resultó completamente confusa, incluso llegando a cambiar los hechos alegados en la audiencia de consideración de la acción popular, identificando nuevos hechos como la inexistencia del proceso de licencia ambiental para el Proyecto «Adquisición Integral Magetotelúrica Sudandino Sur Fase II», aspectos que no guardan relación con la autoridad demandada (FJ III.4).

De acuerdo a la lectura del contenido de esta acción popular —que se consigna en los puntos I.1.1; I.2.1; I.1.2; y, I.1.3 de la SCP 1079/2017-S1 de 3 de agosto—, el resultado argumentativo consignado en esta decisión es contrario al principio de verdad material. En este escenario, este análisis académico, por la lectura del contenido de la acción popular, no observa falta de precisión ni ausencia de claridad en la demanda, la cual contiene los elementos esenciales que debe tener toda acción tutelar. En ese sentido, se denunció la falta de consulta previa a las comunidades Pampa Grande, Motovi, Arechales, San José y San Pedro; se identificó el derecho denunciado como lesivo: la consulta previa; y el petitorio se refirió a la solicitud de realización de consulta previa a los pobladores de las comunidades campesinas de la Reserva de Flora y Fauna Tariquía sobre el DS 2366, en el marco de lo establecido por la SCP 0064/2016. Elementos que demuestran que el TCP, de manera arbitraria, con la única finalidad de denegar la tutela a estos pueblos indígenas, faltó al principio de verdad material al alegar falta de claridad en esta acción popular.

Por lo expuesto, el criterio utilizado por el TCP para denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática y así favorecer decisiones gubernamentales, solo puede ser calificado de arbitrario, vergonzoso e incoherente con la naturaleza de la acción popular que, tal como se señaló en el quinto capítulo de este trabajo, debe enmarcarse en los lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional [920].

---

[917] Los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al derecho a la consulta previa fueron descritos en el capítulo séptimo, numeral 2.3.

[918] Ver capítulo cuarto, numeral sexto y capítulo sexto, numeral 2.

[919] Esta decisión fue suscrita por Tata Efren Choque Capuma y Juan Oswaldo Valencia Alvarado.

[920] Ver capítulo quinto, numeral 4.

Entonces, la afirmación de una «relación de hechos confusa», no solamente es contraria a la verdad material consignada en la redacción de esta misma sentencia, sino que, además, es absolutamente incoherente con el principio de máxima flexibilización procesal que es la característica de la acción popular, tal como se describió en el sexto capítulo [921].

Precisamente, las características dialógicas del constitucionalismo plurinacional, comunitario y descolonizador pretenden superar el lenguaje mediado del «memorial» para generar verdaderos diálogos interjurisdiccionales e interculturales que, con mayor razón, deben aplicarse en relación a peticiones vinculadas a derechos de pueblos indígenas, para evitar así obstáculos al acceso a la justicia, porque, tal como se demostró en este caso y en los casos analizados en este capítulo, la forma y los ritualismos extremos son utilizados por el máximo contralor de constitucionalidad y, también, por los jueces y tribunales de garantías, para denegar tutela, lo que hace que exista una profunda brecha de implementación de la Constitución. Esta situación evidencia, además, que la historia del constitucionalismo boliviano —descrita en el capítulo tercero— no ha variado sustancialmente para los pueblos indígenas, a pesar de la CPE de 2009.

Al margen de lo señalado, para denegar la tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática, el TCP señaló lo siguiente:

> Por otra parte, se tiene una amplia argumentación (tanto en la acción popular escrita como en la ampliación efectuada en audiencia), donde la parte accionante alega la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada; objetando que la autoridad demandada no hubiera cumplido con efectuar la consulta previa libre e informada a los Pueblos que representa antes de emitir el DS 2366; es decir, cuestiona el incumplimiento de una formalidad relativa a la creación de la norma legal objetada, lo cual implica un cuestionamiento a su validez, que requiere un control normativo, que en el caso de análisis ya se ha realizado y tiene un pronunciamiento constitucional reflejado en la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre; naturalmente se trata de un objeto de examen que no condice la naturaleza de la acción popular, ya que excede a su ámbito de protección… (SCP 1079/2017-S1, FJ III.4, de 3 de agosto).

Este razonamiento carece de razonabilidad argumentativa porque contiene una contradicción argumentativa interna, ya que en el párrafo anterior se señaló que los hechos no eran claros; sin embargo, en este párrafo se identifica en términos claros el problema jurídico planteado en el memorial de la parte accionante («donde la parte accionante, alega la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada; objetando que la autoridad demandada, no hubiera cumplido con efectuar la consulta previa libre e informada a los Pueblos que representa antes de emitir el DS 2366» [*sic*]).

Lo expuesto evidencia que, en el primer razonamiento, se utiliza un criterio para justificar una denegatoria de tutela (falta de claridad); y, en otro párrafo, se describe en términos claros el problema jurídico planteado desde el memorial de la acción popular,

[921] Ver capítulo sexto, numeral 4.

para denegar la tutela en base a otros argumentos, también carentes de razonabilidad argumentativa, tal como se evidenciará a continuación.

En efecto, la narrativa discursiva del análisis del caso concreto en esta SCP, a partir del problema jurídico planteado, que para este párrafo, ya no es confuso para el TCP, refiere que:

> …debe tomarse en cuenta que reiterada y vasta jurisprudencia constitucional ha hecho referencia a la imposibilidad de cuestionar o 'reanalizar' problemáticas que ya han sido resueltas por la justicia constitucional, a través de una nueva acción tutelar —como ocurre en el presente caso— (*ibid.*).

El resultado interpretativo se expone sin justificar el objeto y causa que generó la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre. Por esta razón, únicamente con la findalidad de cumplir los objetivos académicos de este trabajo —es decir, el análisis sobre aspectos de orden procesal constitucional que fueron determinantes para la denegatoria de tutela sin ingresar al análisis de fondo de la problemática— es importante plantear una reflexión sobre los efectos procesales de la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre, análisis que ya fue desarrollado en el numeral 11.b de este capítulo.

En este marco, como ya se señaló, el TCP, para realizar el test de constitucionalidad en control normativo de constitucionalidad, asumió el razonamiento de la SCP 300/2012, también analizada en el numeral sexto de este capítulo, por lo que consagró, de manera arbitraria la consulta *ex post* sin consecuencias reparatorias ni sancionatorias, tal como ya se fundamentó en este trabajo [922], por lo que, sin duda, tanto la SCP 300/2012, como la SCP 0064/2016, son absolutamente abritrarias y tienen la finalidad de silenciar la voz de los históricamente oprimidos. Esto quiere decir que todo el avance que se tuvo en un proceso constituyente plural, en una sociedad todavía excluyente, es desconocido arbitrariamente por un poder constituido que se ampara en argumentaciones jurídicas viciadas para denegar justicia constitucional a los pueblos indígenas.

Ahora bien, la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre, invocada por la SCP 1079/2018-S1 —ahora analizada—, de manera específica hizo una remisión jurisprudencial a la vía tutelar a través de la acción popular para el conocimiento de denuncias específicas de pueblos indígenas sobre la violación al derecho a la consulta previa; y, además, en la parte dispositiva, instó

> …a los PIOC habitantes de las áreas protegidas de Bolivia que en ejercio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta previa en relación a la norma hoy impugnada (parte dispositiva).

Entonces, en el caso que ahora se analiza, es decir la SCP 1079/2017-S2, al denegarse la tutela al amparo de la SCP 0064/2016, es evidente que el TCP consigna un razonamiento

[922] Ver numeral sexto de este capítulo de tesis.

incongruente y arbitrario, contrario al mandato expreso de esta última decisión, porque es esta misma sentencia la que hace una remisión jurisprudencial a la acción popular, por lo que, sin duda, debió ingresarse al análisis de fondo de los problemas jurídicos planteados y no denegarse la tutela sin realizar este análisis.

En efecto, la SCP 1079/2017-S2 señala:

> Por otra parte, se tiene una amplia argumentación (tanto en la acción popular escrita como en la ampliación efectuada en audiencia), donde la parte accionante alega la vulneración del derecho a la consulta previa, libre e informada; objetando que la autoridad demandada no hubiera cumplido con efectuar la consulta previa libre e informada a los Pueblos que representa antes de emitir el DS 2366; es decir, cuestiona el incumplimiento de una formalidad relativa a la creación de la norma legal objetada, lo cual implica un cuestionamiento a su validez, que requiere un control normativo, que en el caso de análisis ya se ha realizado y tiene un pronunciamiento constitucional reflejado en la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre; naturalmente se trata de un objeto de examen que no condice la naturaleza de la acción popular, ya que excede a su ámbito de protección; asimismo, debe tomarse en cuenta que reiterada y vasta jurisprudencia constitucional ha hecho referencia a la imposibilidad de cuestionar o 'reanalizar' problemáticas que ya han sido resueltas por la justicia constitucional, a través de una nueva acción tutelar —como ocurre en el presente caso— (FJ III.4).

Nótese la omisión expresa de este razonamiento a la remisión que la SCP 0064/2016 de 1 de septiembre hace en relación a la acción popular para casos concretos. De manera específica, debe advertirse que la referida sentencia insta a los pueblos indígenas a un diálogo que será posible a través de la acción popular, por lo que la negativa de la acción popular en este caso y en base a un pronunciamiento constitucional previo, argumentativamente implica una incongruencia con la SCP 0064/2016 y una flagrante afectación al principio constitucional de verdad material.

23.- Caso de la comunidad Todos Santos (Oruro) y el derecho a la consulta previa

Ésta es una acción popular presentada por la Autoridad Originaria y Concejo Educativo de la Unidad Educativa la Rivera, por el vicepresidente de la Junta Escolar 2018 de Carangas, Autoridad Originaria y Junta Escolar de Todos Santos —todos de la provincia Puerto de Mejillones (Oruro)— contra el ministro de Eduación y el director departamental de Educación de Oruro.

En esta acción de denunció la afectación a los derechos a la consulta previa, porque mediante Resolución Ministerial RM 0422/2016 de 8 de agosto, el Minsiterio de Educación autorizó el procedimiento para el cambio de nombre de Distrito Educativo, emitiéndose, en consecuencia, la Resolución Administrativa RA 114/17 de 11 de abril de 2017, mediante la cual, la Dirección Departamental de Educación de Oruro aprobó la creación de la Dirección Distrital de Educación de Paria Soracachi con un régimen especial; sin embargo, mediante Resolución Administrativa 115/17 de la misma fecha, se

resolvió ratificar la Dirección Distrital de Educación de Sabaya, ampliando su jurisdicción y competencia administrativa al Distrito Educativo de La Rivera, afectando sus intereses de tratamiento especial al encontrarse ubicados, como pueblo indígena, en la frontera.

En efecto, los accionantes alegaron que, a través de la Resolución Administrativa RA 160/17 de 5 de mayo de 2017, se creó la Dirección de Núcleo La Rivera-Todos Santos-Carangas, reduciéndoles de ser una Dirección Distrital a una de Núcleo, sin que, a dicho efecto, se hubiera respetado su derecho a la consulta previa.

El juez de garantías denegó la tutela con los siguientes argumentos:

> Que la consulta previa, en relación a pueblos indígenas, solamente procede en cuanto a la adpoción de medidas legislativas o administrativas en casos de explotación de recursos no renovables en territoiros indígena originario campesinos.
>
> Que el derecho a la educación no se encuentra dentro del ámbito de protección de la acción popular.
>
> Que los solicitantes de tutela confunden el derecho a la consulta previa con el consenso exigido en la adopción de medias adminsitrativas, pretendiendo obtener tutela constitucional en base a la primera parte del art. 30.II.15 de la Constitución.
>
> Que no se identificó a cabalidad el derecho o garantía constitucional que se considera vulnerado, lo que impide tutelar el derecho a la consulta previa.
>
> Que no se advertiría que, con el pronunciamiento de las resoluciones administrativas señaladas por los impetrantes de tutela, se hubiera acreditado grave amenaza o vulneración de derechos e intereses colectivos circunscritos al patrimonio público, espacio público, seguridad pública y humana, salubridad púbica, medio ambiente, autodeterminación de los pueblos indígena originario campesinos y acceso a servidios públicos (FJ I.2.3).

Como puede observarse, el juez de garantías, sin sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación a derechos descrita en el capítulo cuarto [923], con la finalidad de denegar la tutela, restringió el derecho a la consulta previa, solamente a supuestos de explotación de recursos naturales, resultado interpretativo que, sin duda, es contrario a los estándares vigentes en el bloque de constitucionalidad, boliviano, en particular al establecido expresamente en la SCP 0300/2012, decisión que, tal como se señaló en el numeral 6 de este capítulo, de manera expresa estableció que la consulta previa a los pueblos indígenas no puede restringirse a casos de explotación de recursos naturales [924].

Asimismo, estableció que el derecho a la educación no se encuentra protegido por la acción popular, sin considerar que el artículo 13.I de la Constitución, de manera con-

[923] Ver numeral 6.

[924] Los estándares jurisprudenciales más altos en consulta previa se desarrollaron también en el capítulo séptimo, numeral 2.3.

creta, consagra el principio de interdependencia de derechos y, además, la jurisprudencia constitucional, tal como se anotó en el capítulo sexto de este trabajo, consagró también la procedencia de la acción popular en el marco de interdependencia de derechos [925]. En este caso, es evidente que existe una interdependencia entre el derecho a la consulta previa y a la educación, por lo que, sin duda, a partir de dicha conexitud, debió analizarse el problema sustantivo que plantea el caso a través de la acción popular.

El juez de garantías denegó la acción popular alegando una supuesta «confusión entre el derecho a la consulta previa con el consenso exigido en la adopción de medias adminsitrativas, pretendiendo obtener tutela constitucional en base a la primera parte del art. 30.II.15 de la Constitución», sin embargo, omitió, al amparo de pautas constitucionalidazadas de interpretación, establecer esta supuesta diferencia.

Finalmente, el juez de garantías invocó autorrestricciones jurisprudenciales contrarias a la naturaleza procesal de la acción popular; entre ellas, la acreditación de una supuesta grave amenaza al derecho y una supuesta omisión de identificación con claridad de los derechos denunciados como afectados, las cuales, tal como se explicó en el capítulo sexto, son contrarias al diseño constitucional vigente [926].

En revisión, el TCP, mediante SCP 0366/2019-S4 de 18 de junio, confirmó esta decisión y denegó la tutela [927], afirmando que

> …dentro del catálogo de derechos que la Constitución Política del Estado reconoce en su art. 30 en favor de la NPIOC, se halla previsto en el parágrafo II.15 del referido artículo, el derecho a la consulta previa […]. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renobables en el territorio que habitan; precepto constitucional que si bien implicaría la existencia de un derecho de orden colectivo, éste se circunscribiría a la posible afectación que los pueblos y naciones indígena originarios pudieran sufrir en los territorios que habitan a través de la adopción de medidas legislativas o administrativas que tendieran afectar sus tierras, territorio y los recursos naturales que en éstos se encuentran; sus propias formas de organización y administración interna en base a sus usos y costumbres y/o su autodeterminación y autogobierno; situación que no se presenta en el caso concreto, en el cual, las determinaciones asumidas por el Ministerio de Educación y la Dirección Departamental de Educación de Oruro, se traducen en actos de reorganización administrativa y reestructuración del sistema educativo estatal que, conforme a lo establecido por el art. 298.II.17 de la CPE, se constituye en una comptencia exclusiva del nivel central del Estado y que, conforme se sostuvo previamente, no afecta en absoluto la integridad cultural, territorial, adminsitrativa y competencial de los municipios de la Rivera, Todos

[925] Ver capítulo sexto, numeral 3.

[926] Ver capítulo sexto, numeral 13.3.

[927] Esta SCP fue suscrita por los magistrados Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano y René Yván Espada Navía.

> Santos y Carangas del departamento referido, así como tampoco atenta contra su derecho a la autodeterminación y autogobierno (FJ III.2).

En términos argumentativos, y en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, el resultado interpretativo al cual arribó el TCP para justificar una denegatoria de tutela en el caso concreto, no cumple con los criterios de argumentación jurídica plural descritos en el capítulo quinto de este trabajo [928], ni con las pautas constitucionalizadas de interpretación desarrolladas en el capítulo cuarto [929]. Además, es absolutamente contraria al estándar más alto contenido en la SCP 0300/2012 que estableció que la consulta previa no se reduce a la explotación de recursos naturales, tal como se señaló en el numeral sexto de este trabajo.

En base a lo señalado, se evidencia que la SPC ahora analizada es absolutamente arbitraria y deja a los pueblos indígenas sin voz y, por ende, sin acceso a una justicia coherente con un modelo polifónico de justicia constitucional.

24.- Caso de la Organización Indígena Originaria Campesina de la Unión de Hortaliceros del Trópico (UNIHORT) (Cochabamba)

La Organización Indígena Originaria Campesina de la Unión de Hortaliceros del Trópico (UNIHORT) presentó una acción popular contra el director departamental del INRA, alegando la vulneración a sus derechos a existir libremente, a su libre determinación, a la territorialidad y al ejercicio de sus sistemas políticos y jurídicos de elección de sus representantes.

En este contexto, señalaron que las autoridades demandadas desconocieron su facultad de elegir a sus representantes como parte del ejercicio de su derecho a la libre determinación, así como el reconocimiento otorgado por la jurisdicción constitucional como pueblo indígena originario campesino, al haberse cuestionado su representación a tiempo de presentar el memorial de 6 de junio de 2019, en el que se solicitó la nulidad del proceso de saneamiento, cuando debieron pronunciarse sobre el fondo del asunto en el marco del nuevo inicio del proceso de Saneamiento Simple de Tierras Comunitarias de Origen (SAN-TCO) del predio denominado Alba Rancho.

El TCP, mediante SCP 0107/2020-S3 de 16 de abril, conformó la resolución de la Sala Constitucional Segunda y denegó la tutela alegando que el representante pedía la protección de un derecho individual (FJ III.3).

Esta decisión desconoce el ámbito de protección de la acción popular y, nuevamente, omite identificar el problema jurídico que plantea el caso en coherencia con el principio de verdad material y en armonía con el modelo polifónico de justicia constitucional, por lo que este se constituye en otro caso destinado a silenciar, mediante argumentaciones arbitrarias, a los históricamente oprimidos.

---

928 Ver capítulo quinto, numeral 3.2.

929 Ver capítulo cuarto, numeral 6.

25.- Caso de la comunidad Huachacalla (Potosí)

Esta acción popular fue interpuesta por la comunidad de Huachacalla (Potosí) contra el alcalde muncipal y los concejales del Gobierno Autónomo Municipal, alegando la vulneración a los derechos de su comunidad a la consulta previa, al espacio público, a la libre existencia, a la identidad cultural y al ejercicio de sistemas jurídicos, políticos y prácticas de la comunidad acordes con su cosmovisión.

Los accionantes alegan que, a través de la Ordenanza Municipal 047/2005, se amplió el radio urbano municipal de la ciudad de Potosí, afectando el territorio de su comunidad, decisión asumida sin haber efectuado una consulta previa, lo que produjo una asimilación forzada que provocará un etnocidio, ante la inminencia de la desaparición cultural de ese pueblo indígena, dado que, a consecuencia de esa medida legislativa y administrativa, la comunidad tuvo que someterse a la normativa municipal, lo que implicó la transferencia individual de 86 lotes de terreno y la consiguiente cesión de un porcentaje de su territorio ancestral destinado a espacios municipales, los cuales fueron ocupados ilegalmente por terceros con la permisibilidad de las autoridades municipales, quienes no asumieron las medidas adecuadas para garantizar que esos espacios públicos cumplan con los fines de la norma municipal, y sobre todo, se constituyan en un área de reproducción cultural que asegure la pervivencia de la comunidad.

La Sala Constitucional de Potosí que conoció el caso concedió la tutela por haberse vulnerado los derechos colectivos denunciados por este pueblo indígena. Sin embargo, el TCP, a través de la SCP 0086/2020-S4 de 14 de abril, deniega la tutela alegando que la consulta previa sería aplicable desde la Constitución de 2009, al señalar:

> Al respecto, cabe señalar que la figura de la consulta previa fue instituida en Bolivia a partir de la vigencia de la nueva Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009, que en su art. 403, reconoce el derecho a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; norma constitucional que no puede aplicarse retroactivamente a hechos ocurridos años antes de su vigencia, dado que la Constitución Política del Estado tiene vigencia plena en el tiempo a partir de su promulgación, lo que significa que sus normas se aplican a todos los hechos acaecidos a partir de su vigencia y a los casos que se encuentran en transición y que no fueron definidos bajo las normas constitucionales abrogadas; y el caso que se analiza no fue planteado en vigencia de la anterior Constitución; por lo que, no se encuentra en transición. En este sentido, el art. 123 de la Norma Suprema, que establece que la ley solo dispone para lo venidero y no tendrá efecto retroactivo, salvo en materia laboral cuando lo determine expresamente a favor del trabajador; en materia penal, cuando beneficie al imputado; en materia de corrupción para investigar, procesar y sancionar los delitos cometidos por servidores públicos contra los intereses del Estado y en los casos señalados por la Constitución, último supuesto que no comprende a la consulta previa, puesto que no existe una disposición constitucional que disponga su aplicación retroactiva (FJ III.5.3).

Ahora bien, tal como se planteó en el capítulo tercero, Bolivia ratificó el Convenio 169 de la OIT mediante Ley 1257 de 1991, por lo que este instrumento, en coherencia con lo señalado en el capítulo cuarto, forma parte del bloque de constitucionalidad, lo que implica, en principio, que la decisión del TCP desconoce los mandatos contenidos en los arts. 410, 13.I, 13.IV, 109.I y 256 de la Constitución, por lo que es absolutamente arbitraria y está destinada a silenciar la voz de los históricamente oprimidos en favor de autoridades gubernamentales del nivel municipal y de particulares.

Asimismo, la Constitución de 2009, en el preámbulo y en los arts. 2 y 30 consagra derechos colectivos de aplicación directa a las naciones y pueblos indígenas a partir de su carácter ancestral, por lo que el reconocimiento de derechos no es una concesión de la nueva CPE, sino que responde a la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y a un proceso constituyente plural que consagró mandatos de restitución territorial, reconstitución de instituciones y de igualación en el marco de esta existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Por tanto, evidentemente, la denegatoria de tutela por este argumento es absolutamente arbitraria.

Además, el TCP, en la referida SCP 0086/2020-S4 estableció que existió una asimilación voluntaria, por decisión de la comunidad y que, por más de 15 años, asumieron las costumbres, normas, educación, cultura y otros aspectos pertenecientes a convivencia urbana «a la que por decisión propia se integraron», por lo que no correspondería retrotraer esta asimilación «dado que la evolución constante de su nuevo modo de vida transformó su realidad» (FJ III.5.3).

Para establecer el razonamiento transcrito, el TCP no utilizó diálogos interculturales, ni el respaldo de un peritaje antropológico cultural. Por el contrario, desde una visión monocultural, fundó su razonamiento en una presunción de desmembración voluntaria, sin un análisis contextual de la situación de este pueblo a lo largo de la historia. Además, esta afirmación desconoce arbitrariamente los mandatos de restitución territorial, reconstitución de instituciones propias y los procesos de igualación establecidos por un proceso constituyente plural.

La denegatoria arbitraria de tutela en relación a la comunidad Huachacalla impide, además, que se aplique una reparación integral de daños con enfoque intercultural. En este sentido, en contra de los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, el TCP opta por silenciar a los históricamente oprimidos y convalidar relaciones de opresión y asimetría, a pesar de la vigencia de un modelo de Estado Plurinacional.

26.- Conclusiones

En coherencia con el objetivo general plateado para este trabajo, en este capítulo, luego de un análisis dinámico de jurisprudencia, se identificaron casos emblemáticos que reflejan la impronta monocultural y formalista del TCP en acciones populares vinculadas a denuncias de naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Estos casos, a pesar de la vigencia de la CPE de 2009 —que emergió de un proceso constituyente plural en el cual los pueblos indígenas tuvieron una amplia participación—

reflejan su silenciamiento sistémico, especialmente en cuanto a los derechos a la consulta previa, a la territorialidad y al debido proceso en su dimensión colectiva.

En efecto, el haber considerado en este capítulo todos los casos que, según criterios de orden procesal constitucional, son contrarios al modelo constitucional vigente, evidencia que este silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos obedece a aspectos estructurales y no así a situaciones aisladas.

En esta línea, el análisis de los casos realizado en este capítulo advierte graves disfunciones sistémicas, entre ellas, la falta de una composición plural en el TCP que incide en una impronta monocultural y extremadamente formalista del máximo contralor de constitucionalidad y que se materializa en autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional.

Asimismo, los casos identificados en este capítulo muestran graves —y en algunos casos vergonzosos— vicios argumentativos del TCP, debido a omisiones en la justificación de los resultados interpretativos en pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos contenidas en los artículos 410, 13.I, 13.IV, 14.II, 109.I y 256 de la CPE.

En otros casos, se han evidenciado interpretaciones arbitrarias y desfavorables a los pueblos indígenas por no abordarse en su integridad los problemas jurídicos de orden sustantivo que se plantea; incluso, se ha identificado casos en los cuales, el máximo contralor de constitucionalidad, para denegar la tutela en relación a denuncias de naciones y pueblos indígena originario campesinos, razonó en contra del principio de verdad material, por lo que, a pesar de la vigencia de la Constitución democrática de 2009 y de un modelo polifónico de justicia constitucional enmarcado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, la voz de los históricamente oprimidos sigue siendo silenciada a través de arbitrarias barreras y obstáculos al acceso a la justicia constitucional.

En el análisis realizado en este capítulo se ha observado que, en la mayoría de los casos, las denegatorias de tutela —sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso concreto y en aquellos casos en los cuales luego de ingresarse al análisis de fondo se realizaron interpretaciones con graves y vergonzosos vicios argumentativos— han favorecido al Órgano Ejecutivo y también a empresas que realizan labores de exploración o explotación de recursos naturales, viabilizándose de esta manera, medidas legislativas y administrativas que desconocen derechos colectivos de naciones y pueblos indígena originario campesinos y también derechos de la Naturaleza.

Los casos analizados en este capítulo, al no ser aislados —sino, más bien, al reflejar un problema sistémico— visibilizan la dificultad de materializar un modelo polifónico de justicia constitucional en una cultura todavía monocultural, extremandamente formalista y discriminatoria, por lo que estas barrerras imposibilitan la generación de construcciones plurales y dialógicas de derechos acordes con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Además, las decisiones identificadas evidencian que existe un silenciamiento sistémico a los históricamente oprimidos, el cual impide la consolidación de un modelo polifónico de justicia constitucional orientado a asegurar, de manera eficaz, sus derechos.

Este silenciamiento sistemático a la voz de los históricamente oprimidos es una consecuencia directa de las disfunciones orgánicas del TCP, por causas como la forma de elección de las altas autoridades del Tribunal y las debilidades del diseño constitucional y normativo del juicio de responsabilidades, factores que inciden directamente en la garantía de independencia judicial, lo que deriva en decisiones como las analizadas, orientadas a viabilizar medidas legislativas y administrativas gubernamentales y también a favorecer a empresas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales en Bolivia.

No podría soslayarse, por otra parte, la ausencia de carrera constitucional en los vocales de las salas constitucionales y también en los jueces y tribunales de garantías en las provincias. En esta línea, también debe advertirse sobre la inexistencia de carrera constitucional en las funciones de abogados asistentes o letrados a nivel del TCP.

Al margen de lo señalado, en el análisis realizado se evidenció, también, que uno de los derechos colectivos más afectados con las decisiones arbitrarias del TCP es el de la consulta previa a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En efecto, el estudio de casos realizado demostró que a partir de la SCP 0300/2012, el máximo contralor de constitucionalidad dio la venia al Estado boliviano para realizar consultas *ex post* sin consecuencias reparatorias ni sancionatorias. En consecuencia, en el caso del TIPNIS, del pueblo Guaraní y de la reserva de Tariquía, entre otros, se ha observado que el Estado boliviano, en territorios indígenas, lleva a cabo medidas legislativas y administrativas sin cumplir con los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a la consulta previa; y, que la acción popular, por autorrestricciones jurisprudenciales y argumentaciones viciadas, no ha sido eficaz para la protección de este derecho colectivo, a pesar de su naturaleza procesal constitucional que desde el diseño constitucional vigente le brinda un carácter descolonizador y emancipatorio para los históricamente oprimidos, en el marco de los modelos polifónicos de justicia constitucional.

Otro derecho afectado por las decisiones arbitrarias analizadas es el de la territorialidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respecto al que, en muchos casos —como el del pueblo indígena Quila Quila, entre otros— prevalecen visiones formalistas y extremadamente ritualistas que implican barreras infranqueables al acceso a la justicia constitucional para pueblos indígenas y hacen que la acción popular pierda su eficacia procesal.

También se ha identificado afectaciones al derecho al debido proceso en su dimensión colectiva, ya que existen decisiones constitucionales que, a pesar de la existencia de estándares jurisprudenciales más altos que consagran a este derecho en su dimensión colectiva, deniegan la tutela peticionada alegando que el mismo no se encontraría en el ámbito de protección de la acción popular.

Otra impronta monocultural y contraria a las pautas constitucionalizadas de interpretación se advierte en la reparación integral de daños con enfoque intercultural. En

ese orden, se han identificado sentencias en las cuales, a pesar de concederse la tutela, se rechazó la reparación de daños alegándose, arbitrariamente, que este aspecto no se encontraría en el ámbito de protección de la acción popular.

Entre estos casos, se ha identificado el del pueblo no contactado Pacahuara y el del pueblo indígena Takana La Selva, en el cual, desde el modelo polifónico de justicia constitucional y para una eficaz protección de estos pueblos altamente vulnerables, era esencial aplicar una reparación de daños con enfoque intercultural que, además, contara con una supervisión de la decisión de oficio por parte del control tutelar de constitucionalidad por la sistémica situación de acoso y violencia a la que se encuentran sometidos por parte de empresas madereras que explotan sus recursos en la zona. En este caso, lamentablemente, se concedió la tutela, sin embargo, al no aplicarse la reparación integral de daños con enfoque intercultural, esta concesión tuvo un carácter netamente formal y no restaurador del equilibrio y la armonía, que es la finalidad procesal de la acción popular.

También se ha identificado la recurrente utilización de autorrestricciones jurisprudenciales, entre ellas, la exigencia de la carga argumentativa a la parte accionante. Estas autorrestricciones jurisprudenciales constituyen obstáculos de orden procesal constitucional para el acceso a la justicia constitucional de los históricamente oprimidos y desconocen la naturaleza procesal de la acción popular enmarcada a los lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional.

En el marco de la interdependencia que existe entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y derechos de la Naturaleza, los casos analizados en este capítulo han evidenciado que el TCP, en acciones populares, sustenta rechazos de tutela en arbitrarias autorrestricciones jurisprudenciales y, en muchos casos, en argumentos viciados y vergonzosos que desconocen los avances y la progresividad de estos derechos en el bloque de constitucionalidad. En este contexto, se advierte que es el TCP, el que, en un escenario de hiperpresidencialismo y fuertes cuestionamientos a su independencia judicial, viabiliza de manera arbitraria el camino a proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en flagrante vulneración tanto de derechos de los pueblos indígenas como de derechos de la Naturaleza.

Las decisiones arbitrarias analizadas demuestran que el TCP, vía jurisprudencial, realiza mutaciones constitucionales contrarias a la voluntad constituyente, lo que socaba los pilares mismos del Estado Constitucional Plurinacional de derecho y nos invita a reflexionar si, verdaderamente, en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional encuadrado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, se cuenta con un Tribunal Constitucional ¿Plurinacional?, o si estamos frente a nuevas formas procesales constitucionales dirigidas a una nueva colonización de los históricamente oprimidos.

CONCLUSIONES FINALES

La esperanza y la desilusión son los hilos narrativos de esta investigación, tejida, en una primera parte, a partir del ideal emancipatorio del constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural y del modelo de Estado diseñado con los hilos multicolores de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, perfectamente entrelazados en el histórico proceso constituyente iniciado el año 2006, el cual contó con una amplia participación de los pueblos indígenas. Sin embargo, la desilusión se contrapone a la esperanza porque, en el Estado Plurinacional de Bolivia todavía perviven las lógicas de dominación, jerarquización y discriminación, en clave monocultural, racista y patriarcal, que se sirven del tcp para el silenciamiento de los históricamente oprimidos.

El trabajo desarrollado planteó mirar el derecho y el derecho constitucional con los dos ojos, para así superar un pensamiento constitucional históricamente monocultural, homogeneizante y excluyente para los pueblos indígenas; además, describió los horizontes emancipatorios diseñados desde los nuevos constitucionalismos dialógicos latinoamericanos y su cauce en los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador planteado por la nueva Constitución Política del Estado (cpe) de 2009, luego de un histórico proceso constituyente.

En efecto, después de históricas luchas de reivindicación de derechos, la Asamblea Constituyente (2006-2008) fue un proceso emancipatorio y de refundación del Estado. El proceso constituyente emergió de las voces de los históricamente oprimidos —los pueblos indígenas— denominados por la Constitución como *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, terminología que agrupa a los pueblos indígenas de tierras bajas (la Amazonía); a pueblos indígenas que adoptan la forma de comunidades campesinas como consecuencia del proceso de reforma agraria, de los procesos de mestizaje y de los fenómenos migratorios; y a pueblos originarios de tierras altas (altiplano).

A la luz de los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización que se transversalizan, tanto en la parte dogmática como orgánica de la cpe, estos pueblos

históricamente oprimidos plantearon procesos de restitución territorial, reconstitución de instituciones y de igualación, teniendo para este fin un rol esencial el modelo polifónico de justicia constitucional en manos de un tcp con composición plural y sujeto a pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos para evitar decisiones arbitrarias.

Este modelo polifónico de justicia constitucional cuestiona el tradicional pensamiento constitucional de las todopoderosas togas negras, pensamiento basado en visiones jerarquizadas y monoculturales del derecho, así como en interpretaciones discriminatorias, homogeneizantes y extremadamente ritualistas que subordinan a las juezas y jueces constitucionales a un modelo racional normativista enraizado en un monismo de fuentes jurídicas.

De acuerdo a lo anotado, la denominación de modelo polifónico de justicia constitucional, desde los tejidos de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, denota el reconocimiento de la diversidad cultural y la visibilización de las históricas relaciones de asimetría y desventaja de los pueblos indígenas, para que, desde sus voces plurales y diversas, de acuerdo a sus cosmovisiones y diversos saberes, el tcp, empleando métodos dialógicos, construya pluralmente derechos y consagre procesos de restitución territorial, reconstitución institucional y de igualación, en contextos de reciprocidad, complementariedad, armonía y equilibrio para vivir bien.

Entonces, por lo afirmado, este trabajo, en Estados plurinacionales, como es el caso de Bolivia, plantea superar las matrices europeas o norteamericanas de los modelos de control de constitucionalidad o las de los modelos caracterizados como mixtos o híbridos, para que, desde la óptica de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, la polifonía de los históricamente oprimidos exprese una construcción plural de derechos.

Esta polifonía de los históricamente oprimidos para la construcción plural de derechos, en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad, será posible en la medida en que, el tcp, de acuerdo a una composición plural igualitaria, utilice diálogos interjurisdiccionales o interculturales, a partir de los cuales deberá aplicar enfoques interculturales de derechos para así desarrollar interpretaciones que efectivicen sus derechos y que conlleven la asunción de mandatos de prevención, restauración y de reparación integral de daños con enfoque intercultural, en un marco de pluralismo jurídico igualitario.

En coherencia con lo señalado, se concluye que el diseño constitucional boliviano ampara la vigencia plena del modelo polifónico de justicia constitucional, a partir del cual, las autoridades jurisdiccionales que ejercen control de constitucionalidad deberán desarrollar procedimientos constitucionales interculturales que aseguren una argumentación jurídica plural enmarcada en las pautas constitucionalizadas de interpretación contenidas en la Constitución.

De acuerdo a la argumentación propuesta en este trabajo, se establece que una de las primeras pautas constitucionalizadas de interpretación de derechos se encuentra contenida en el art. 410 de la Constitución, referente al bloque de constitucionalidad, el cual debe ser aplicado con enfoque intercultural, para que así, a través de un modelo polifónico de justicia constitucional, se materialicen derechos de los históricamente oprimidos, de

acuerdo a un catálogo abierto de derechos contenidos en la Constitución, en tratados internacionales y en estándares internacionales de protección, para así generar, mediante métodos dialógicos y pautas interculturales de interpretación, consensos interculturales que superen la visión exclusivamente condicionada al principio de universalidad de los derechos en aras a su construcción plural y coherente con la voz de los históricamente oprimidos.

Asimismo, el activismo judicial postulado por este modelo polifónico de justicia constitucional, se enmarca en principios de progresividad y prohibición de regresividad, que aseguran que los derechos de los históricamente oprimidos no sean aplicados o interpretados de manera limitativa, restrictiva o regresiva en relación a los estándares jurisprudenciales más altos contenidos, ya sea en precedentes del tcp o en estándares internacionales de protección a derechos.

En el modelo polifónico de justicia constitucional, la interpretación conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad es otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos. En este sentido, en coherencia con el diseño constitucional vigente, el modelo de racionalidad normativa propio de un Estado monista debe ser superado para así consolidar un sistema plural de fuentes jurídicas en el marco del pluralismo jurídico igualitario, por lo que las autoridades de las diferentes jurisdicciones y el tcp están obligados a interpretar las normas pluralmente concebidas, de conformidad con la Constitución y el bloque de constitucionalidad con enfoque intercultural.

Otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos contenida en el artículo 13.iv de la Constitución se refiere al ejercicio del control de convencionalidad, por lo que el modelo polifónico de justicia constitucionalidad postula la aplicación directa y preferente de derechos que estén contenidos en los estándares más altos internos o internacionales para evitar la regresividad y para que el Estado Plurinacional cumpla de buena fe de sus obligaciones internacionales de respeto y garantía a los derechos de los históricamente oprimidos.

Asimismo, desde los alcances del modelo polifónico de justicia constitucional, el ejercicio del control de convencionalidad con enfoque intercultural plantea la utilización de mecanismos dialógicos entre el Estado y el Sistema Interamericano y el Universal de protección a derechos, por lo que este ejercicio, en clave decolonial, asegura un lenguaje horizontal de derechos construidos pluralmente, para que los avances en derechos de los pueblos indígenas que se realicen en el ámbito interno también generen una aplicación directa y preferente en estos sistemas de protección a derechos.

Otra pauta constitucionalizada de interpretación de derechos que también caracteriza al modelo polifónico de justicia constitucional se encuentra contenida en el art. 256 de la Constitución que consagra el principio de favorabilidad, a partir del cual, las autoridades de las diversas jurisdicciones y, en particular, el tcp deben realizar interpretaciones destinadas a superar todo ritualismo extremo y contrario al modelo constitucional para el acceso de los históricamente oprimidos a la justicia plural.

Asimismo, en base a esta pauta de interpretación, en un modelo polifónico de justicia constitucional, las autoridades jurisdiccionales deben realizar interpretaciones favorables

orientadas a consolidar procesos de restitución territorial, reconstitución de sus instituciones e igualación. A partir de esta pauta, deben generarse criterios interpretativos como, por ejemplo, el de *presunción de ancestralidad*, contenido en la scp 0572/2014 de 10 de marzo, en virtud del cual se presume que los territorios reclamados por los pueblos indígenas tienen carácter ancestral, salvo que el Estado pruebe lo contrario.

Otra pauta constitucionalizada que sustenta la vigencia del modelo polifónico de justicia constitucional se encuentra en el art. 109.i de la cpe que consagra los tres grandes principios del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador: el de igual jerarquía de derechos en clave decolonial, el de aplicación directa de derechos y el de directa justiciabilidad, estos principios configuran el esquema de derechos basado en el paradigma del vivir bien .

En efecto, por mandato del proceso constituyente plural y en coherencia con los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, la cpe superó la teoría generacional de derechos y, a efectos de una directa justiciabilidad, consagró la igual jerarquía entre derechos individuales y transindividuales, con mecanismos de directa justiciabilidad a través de la tutela subjetiva, objetiva y colectiva, disciplinados en las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, cumplimiento y popular.

En esta igualdad jerárquica, además, la Madre Tierra y todo ser sintiente ya no son objeto de protección, sino, más bien, son titulares de derechos. En este contexto, por mandato constitucional, la Madre Tierra y todo ser sintiente cuentan con un mecanismo de directa justiciabilidad: la acción popular, la cual representa, en su diseño, el ideal de la descolonización del derecho procesal constitucional y, por ende, se enmarca a los postulados del modelo polifónico de justicia constitucional.

Además, la pauta constitucional contenida en el art. 109.i de la cpe consagra el modelo argumentativo plural y el valor normativo de la Constitución y del bloque de constitucionalidad al establecer la aplicación directa de derechos, lo que implica que toda autoridad jurisdiccional ordinaria, todo servidor y servidora públicos, toda autoridad de la jurisdicción indígena originario campesina; las y los vocales de las Salas Constitucionales en capitales de departamento, así como las juezas o jueces que en provincias, actúen como tribunales de garantías y el tcp, no necesiten ley de desarrollo para aplicar directamente derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad y, en caso de existir una ley, en el marco de una concepción plural del ordenamiento, deben brindarle un sentido conforme al bloque de constitucionalidad con enfoque de interculturalidad.

Además, en una interpretación sistémica del art. 109.i con los artículos 1, 8 y 9 de la Constitución y en coherencia con el constitucionalismo plurinacional intercultural y descolonizador, las autoridades indígena originario campesinas, en esta jurisdicción, deben aplicar directamente los derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad de manera directa y en el marco de pautas interculturales de interpretación, como el paradigma del vivir bien sistematizado en la scp 0481/2019-S2 que, tal como se fundamentó en este trabajo, implica superar la visión exclusiva del principio de universalidad de derechos y la generación de consensos interculturales a partir de métodos dialógicos enmarcados en

un pluralismo jurídico igualitario acorde con el Estado Plurinacional, para así restituir el equilibrio y armonía en el marco de la reciprocidad y complementariedad, para vivir bien.

La aplicación directa de derechos, en clave decolonial, obliga también al tcp a construir pluralmente derechos, a partir de mecanismos dialógicos, como los diálogos interjurisdiccionales e interculturales, que están destinados a consagrar la voz de los históricamente oprimidos, por lo que, en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, la acción popular es la herramienta idónea para estas construcciones plurales, así como para consolidar procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación.

Asimismo, se colige que los mandatos de igual jerarquía, aplicación directa y directa justiciabilidad de derechos, son criterios esenciales para la fundamentación del sistema plural de control de constitucionalidad en clave decolonial, ya que, a partir de estos principios y en coherencia con la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, a diferencia del control concentrado de constitucionalidad de matriz eurocéntrica, el modelo de control de constitucionalidad boliviano, de acuerdo al modelo argumentativo vigente, centra la mirada en el control tutelar de constitucionalidad, es decir, en las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, de cumplimiento y popular.

Lo señalado precedentemente es sustancial para entender el modelo constitucional boliviano y también su sistema de control de constitucionalidad, ya que el control normativo de constitucionalidad que comprende a la acción de inconstitucionalidad abstracta y concreta, y al recurso contra tributos ilegales, debe tener un carácter residual, en particular, por los obstáculos de orden procesal constitucional para los históricamente oprimidos.

Lo señalado tiene una gran importancia en términos de acceso a la justicia constitucional, ya que el control normativo de constitucionalidad no asegura procedimientos interculturales que contemplen la voz directa de los históricamente oprimidos. Por ejemplo, la legitimación activa en la acción de inconstitucionalidad abstracta es restrictiva para los pueblos indígenas, ya que, para activarla, éstos deben acudir ante la presidenta o presidente del Estado, senadores o senadoras, diputados o diputadas, legisladores o legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas, autoridades que están legitimadas para activar esta acción de acuerdo al art. 202.1 de la Constitución.

En el Estado Plurinacional de Bolivia, la acción de inconstitucionalidad abstracta asume el diseño eurocéntrico del control de constitucionalidad de la ley y evidencia un carácter contrario a los postulados del constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador, ya que, en un Estado Plurinacional, las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que no se hayan constituido en autonomías indígena originario campesinas, no tienen legitimación activa para acceder a este mecanismo, lo que fundamenta, entre otras razones, la importancia de fortalecer los modelos polifónicos de justicia constitucional para la justiciabilidad de derechos colectivos de los históricamente oprimidos, a través de la acción popular, cuya naturaleza procesal debe ser leída en clave decolonial.

Por su parte, la acción de inconstitucionalidad concreta, especialmente a nivel de la Comisión de Admisión del tcp, tiene una visión procesal constitucional extremadamente

ritualista y formalista que ocasiona la denegatoria de este tipo de acciones constitucionales e impide el ingreso al análisis de fondo de la problemática, lo que se traduce, en muchos casos, en un infranqueable obstáculo al acceso a la justicia constitucional para los históricamente oprimidos. Además, los casos que son resueltos por el pleno del tcp, por la ausencia de composición plural y por la visión monocultural que prevalece en el máximo contralor de constitucionalidad, no contemplan mecanismos dialógicos y, más bien, consagran una verticalidad del control de constitucionalidad; criterios que, tal como se argumentó a lo largo de este trabajo, son absolutamente contrarios al modelo polifónico de justicia constitucional.

Por ello, se concluye que la acción popular, en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, es la herramienta de justiciabilidad eficaz para la construcción plural de derechos destinada a la consagración de procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación. Por esta razón, en este trabajo académico, se realizó un análisis dinámico de la jurisprudencia emanada del tcp, para identificar así, en clave decolonial, los rasgos procesales característicos de este mecanismo de control tutelar.

En efecto, para mirar con los dos ojos la acción popular, se concluye que ésta es una acción tutelar que asume un procedimiento constitucional descolonizador y coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional, ya que tiene varios rasgos procesales destinados a consolidar el acceso a la justicia plural a los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, se caracteriza por consagrar una legitimación activa amplia que, en particular, en el caso de los pueblos indígenas, permite que cualquier autoridad comunitaria active este mecanismo, sin necesidad de cumplir con ritualismos procesales de raigambre occidental, como la presentación de poderes de representación. En este contexto, este mecanismo tutelar, en un Estado Plurinacional como Bolivia, asegura el acceso a una justicia plural en el marco del respeto a las formas y procedimientos propios para la designación de sus autoridades y ejercicio de sus sistemas políticos.

En coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional y tal como lo estableció jurisprudencialmente el tcp, las reglas de legitimación pasiva también podrán ser flexibilizadas de acuerdo a los principios del *iura novit curia* y prevalencia de la justicia material, lo que asegura —a través de la acción popular—, el acceso a la justicia constitucional para los históricamente oprimidos.

Además, se concluye que, en coherencia con un modelo polifónico de justicia constitucional, la tutela de derechos transindividuales tiene una faceta preventiva y reparadora para su eficaz protección. En este contexto, además, se concluye que estos derechos transindividuales comprenden a los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a los derechos de la Madre Tierra y de todo ser sintiente en el marco del paradigma biocéntrico y a otros derechos transindividuales, como la salubridad y seguridad públicas o los derechos de usuarias, usuarios, consumidoras o consumidores, entre otros.

En la faceta preventiva, tal como lo establece el modelo polifónico de justicia constitucional, un activismo judicial coherente con el modelo argumentativo vigente y de acuerdo a las pautas constitucionalizadas de interpretación, deberá aplicar principios

como el precautorio, el pro natura, entre otros, para así, frente a amenazas a vulneraciones vinculadas a derechos transindividuales, emitir mandatos de prevención, mandatos de responsabilidad compartida para la prevención y mandatos de restauración del equilibrio, entre otras medidas o acciones de restitución del equilibrio y la armonía que deben ser asumidas por un sistema plural de control de constitucionalidad.

Estos mandatos o medidas que deberán ser asumidas por la acción popular en su faceta preventiva, superan la tradicional lógica de las exhortaciones en control tutelar de constitucionalidad y generan obligaciones para servidoras y servidores públicos a fin de restituir la armonía y el equilibrio para vivir bien, por lo que deberán ser cumplidas a partir de mecanismos dialógicos que contemplen la voz de los históricamente oprimidos.

Por su parte, de acuerdo al modelo polifónico de justicia constitucional, las autoridades que ejerzan control de constitucionalidad a través de esta acción de defensa, en su faceta reparadora, mediante un procedimiento intercultural exento de formalismos extremos e interpretado en clave decolonial, deben, a través de construcciones plurales de derechos y mecanismos dialógicos, restaurar el equilibrio y reparar los daños de manera integral y con un enfoque intercultural coherente con el constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural.

Asimismo, en coherencia con el modelo polifónico de justicia constitucional, a través de la acción popular debe aplicarse la doctrina de reparación integral de daños, con enfoque intercultural, la cual contemple la restitución y otras medidas coherentes con el constitucionalismo plurinacional intercultural y también armónicas con el avance de la doctrina de reparación integral de daños desarrollada por la cidh, así como también criterios de reparación asumidos por el sudh.

Por otra parte, es importante concluir que, de acuerdo al modelo polifónico de justicia constitucional y, en particular, con la finalidad de asegurar verdaderos procesos de restitución territorial, reconstitución institucional y de igualación, el tcp debe aplicar, de oficio, mecanismos de supervisión a sus decisiones para garantizar de esta manera la eficacia plena de sus fallos y consolidar el vivir bien como fin esencial del Estado.

Entre otros rasgos procesales esenciales de la acción popular coherentes con el modelo polifónico de justicia constitucional, es importante abordar el tema probatorio. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha consagrado estándares jurisprudenciales más altos que establecen la inversión de la carga de la prueba a la parte con legitimación pasiva, especialmente para acciones populares presentadas por pueblos indígenas; también ha establecido la valoración razonable de la prueba, razonabilidad que debe ser entendida en clave decolonial y en el marco de los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad; sin embargo, en la mayoría de las acciones populares conocidas por el tcp, los estándares jurisprudenciales más altos son desconocidos.

Además, en una lectura descolonizada del derecho procesal constitucional, la jurisprudencia del tcp analizada en este trabajo estableció, a la luz de la naturaleza de los derechos que son tutelados por la acción popular, la inexistencia de cosa juzgada en acciones populares que son denegadas, lo que significa que estas acciones pueden ser nuevamente presentadas y ameritarán un nuevo examen por parte de las autoridades que

ejercen control tutelar de constitucionalidad, aspecto que es coherente con el modelo polifónico de justicia constitucional y con el acceso a la justicia constitucional para los históricamente oprimidos.

Lamentablemente, luego de un análisis dinámico de la línea jurisprudencial, se han identificado autorrestricciones jurisprudenciales desarrolladas por el tcp basadas en criterios ritualistas, homogeneizantes y discriminatorios para el acceso a la justicia a los históricamente oprimidos, puesto que están destinadas a denegar la tutela sin ingresar al análisis del problema jurídico sustantivo que plantea el caso.

Estas autorrestricciones jurisprudenciales son contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional que asegura el máximo informalismo y la descolonización del derecho procesal constitucional y, por tanto, se contraponen al modelo constitucional vigente, así como al constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural. Por otra parte, estas autorrestricciones jurisprudenciales, como se evidencia en este trabajo, han sido la causa para el silenciamiento, en el Estado Plurinacional, de la voz de los históricamente oprimidos.

Por ejemplo, la autorrestricción jurisprudencial referente a los hechos controvertidos fue asumida por el tcp para denegar acciones populares en casos en los cuales no existiría certeza por controversia de hechos. Esta línea que el máximo contralor de constitucional aplicó a las acciones de amparo constitucional y, luego, a las acciones populares, es absolutamente contraria a los criterios interpretativos que deben asumir las autoridades jurisdiccionales en el marco de la acción popular en su faceta preventiva, la cual no requiere certeza jurídica, sino, en caso de duda, obliga a las autoridades jurisdiccionales a aplicar los principios precautorio o pro natura a partir de los cuales deberá emitir mandatos o medidas de prevención o de responsabilidad compartida para la prevención y restauración del equilibrio, entre otros.

El desconocimiento de estas pautas de interpretación y de la naturaleza preventiva de la acción popular denota el actuar de las todopoderosas togas negras, caracterizadas por visiones monoculturales que se amparan en ritualismos extremos, los cuales, por su carácter arbitrario, son barreras infranqueables para el acceso a la justicia de los históricamente oprimidos.

Asimismo, este trabajo, en un análisis dinámico de línea jurisprudencial, ha identificado la utilización de otras autorrestricciones jurisprudenciales por parte del tcp en acciones populares, como la de «los hechos superados» o «el cambio de circunstancias», a partir de las cuales, cuando el tcp considera que el acto u omisión denunciado como lesivos hubiese cesado en sus efectos, deniega la tutela sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso concreto.

Estas autorrestricciones jurisprudenciales utilizadas de manera arbitraria por el tcp, tienen fundamento en una concepción extremadamente formalista del derecho procesal constitucional y desconocen la característica de procedimiento constitucional intercultural de la acción popular, ya que, en todos los casos identificados en este trabajo en los cuales se ha aplicado esta autorrestricción, se ha denegado la tutela sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos y sin aplicar la doctrina de reparación integral de daños

con enfoque intercultural, puesto que, aún en el supuesto de la cesación del efecto del acto u omisión denunciados como lesivos, el control de constitucionalidad, para restituir el equilibrio y la armonía, debe aplicar toda la doctrina de reparación integral de daños con enfoque de interculturalidad, tal como se señaló en este trabajo.

En cuanto al cambio de circunstancias, el tcp ha establecido que se deberá denegar la tutela sin analizar el problema sustantivo que plantea el caso concreto cuando desaparezca la amenaza denunciada. En los casos identificados en este trabajo que utilizan esta autorrestricción, el tcp no ha cumplido la carga argumentativa para sostener, de manera razonable y coherente con un modelo polifónico de justicia constitucional, la desaparición de las amenazas y, por tanto, sin mayor fundamentación ni motivación ha denegado la tutela sin ingresar a analizar los problemas sustantivos que plantea el caso concreto.

Para este tipo de denegatorias arbitrarias de tutela, el máximo contralor de constitucionalidad tampoco ha utilizado mecanismos dialógicos que den voz a los históricamente oprimidos; de hecho, en la mayoría de los casos, la aplicación de esta autorrestricción favorece a decisiones gubernamentales y a proyectos extractivistas de recursos naturales, por lo que el tcp, al no ingresar al análisis sustantivo de todos los problemas jurídicos que plantea el caso concreto convalida graves lesiones a derechos, especialmente de pueblos indígenas y de la Madre Tierra.

El análisis dinámico de jurisprudencia realizado evidencia, también, la frecuente utilización, por parte del tcp, de la autorrestricción jurisprudencial en virtud de la cual se exige la carga argumentativa a la parte accionante como criterio esencial para analizar los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso concreto. Este trabajo ha evidenciado también que, en muchos casos —y, en particular, en aquellos vinculados a derechos de pueblos indígenas y de la Madre Tierra— a pesar de haberse cumplido con criterios razonables de argumentación, el tcp ha denegado la tutela sin ingresar al análisis de fondo de los problemas jurídicos sustantivos que plantea el caso, invocando esta autorrestricción jurisprudencial de manera contraria al principio de verdad material, es decir, a los antecedentes del caso, lo que evidencia la arbitrariedad con la que el máximo contralor de constitucionalidad silencia a los históricamente oprimidos.

En este trabajo se fundamentó el carácter informal y la lectura en clave decolonial que debe realizarse de la acción popular y de sus presupuestos de orden procesal constitucional, en armonía con el modelo polifónico de justicia constitucional y el constitucionalismo plurinacional comunitario e intercultural. Lamentablemente, la autorrestricción referente a la exigencia de la carga argumentativa a la parte accionante es contraria al activismo judicial y al modelo argumentativo plural basado en los principios del *iura novit curia* y de prevalencia de justicia material y es un presupuesto con fundamento ritualista que no responde a la descolonización del derecho procesal constitucional y que, más bien, tiene la finalidad —en un Estado Plurinacional—, de silenciar a los históricamente oprimidos por obstáculos formales contrarios al modelo constitucional vigente.

En este trabajo, luego de un análisis dinámico de jurisprudencia, se han identificado también otras autorrestricciones contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional, como, por ejemplo, aquella que establece la imposibilidad de hacer cumplir, a través de

la acción popular, otras decisiones emergentes de otros procesos constitucionales o de acciones populares.

Esta autorrestricción es contraria al modelo polifónico de justicia constitucional porque, en caso de versar el problema jurídico sobre el incumplimiento de una decisión constitucional, en vez de denegar la tutela aplicando esta medida, deben, tanto el tcp como los jueces constitucionales que conocen en primera instancia la acción popular, utilizar la reconducción procesal para así brindar eficacia a los derechos de los históricamente oprimidos.

Este trabajo identificó también otra autorrestricción que fue el argumento para denegar reiteradamente peticiones de pueblos indígenas sin analizar el problema jurídico sustantivo que plantea cada caso, específicamente. En efecto, en casos de graves vulneraciones a derechos de pueblos indígenas y de la Madre Tierra —que serán resumidos más adelante— el tcp estableció la autorrestricción referente a la imposibilidad de analizar el cuestionamiento de normas generales a través de la acción popular.

Esta autorrestricción jurisprudencial es contraria a las pautas constitucionalizadas de interpretación contenidas en el art. 109.i de la Constitución que consagran la igualdad jerárquica de derechos, su aplicación directa y su directa justiciabilidad. En ese sentido, tal como ya se afirmó, el modelo constitucional boliviano, por su sencillez y accesibilidad para las personas y colectividades, centra la mirada en el control tutelar de constitucionalidad, a través del cual, a partir de las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos contenidas en los arts. 410, 13.i, 13.iv, 8, 9, 14.ii, 109.i y 256 de la Constitución, debe dársele a las normas internas concebidas pluralmente un sentido conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad para la eficacia plena de los derechos de los históricamente oprimidos.

A pesar del diseño constitucional vigente, esta autorrestricción evidencia la visión todavía monocultural, ritualista y arraigada a una matriz constitucional eurocéntrica que no es coherente con el diseño constitucional boliviano, emergente de un proceso constituyente en el cual los históricamente oprimidos tuvieron una importante participación. De hecho, esta autorrestricción tiene la finalidad de silenciar a los históricamente oprimidos, ya que, al remitir el cuestionamiento de normas generales a la acción de inconstitucionalidad abstracta, que es un mecanismo de control normativo de constitucionalidad, se suprimen las posibilidades de acceso a la justicia constitucional para pueblos indígenas afectados por normas generales que vulneren sus derechos. Esto debido a que, tal como se señaló, las autoridades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos no tienen legitimación activa para iniciar este mecanismo constitucional.

En la investigación realizada, el análisis dinámico de línea jurisprudencial identificó estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a derechos transindividuales tutelables a través de la acción popular, entre ellos, se destacan las construcciones plurales en cuanto a los derechos a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, el derecho a la autoidentificación, el derecho al hábitat desde la cosmovisión indígena, a la propiedad colectiva, a la territorialidad, a la consulta previa, al agua, al debido proceso colectivo, al acceso a la justicia con enfoque intercultural, entre otros.

Este trabajo también identificó importantes estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a derechos reforzados de los pueblos en aislamiento voluntario y en contacto inicial. Estas interpretaciones, si bien implican un avance importante en los procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación, empero, todavía omiten utilizar los mecanismos dialógicos y los demás lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional.

Asimismo, se identificaron estándares jurisprudenciales más altos en cuanto a otros derechos transindividuales, entre ellos, los derechos de la Madre Tierra. En cuanto a estos derechos, se advierte que el tcp todavía no ha desarrollado jurisprudencialmente todos los alcances del paradigma biocéntrico y que su jurisprudencia aún tiene una concepción antropocéntrica basada en los derechos medioambientales, aunque algunas sentencias sin mayor argumentación mencionen a la Pachamama o Madre Tierra.

Tampoco se han utilizado mecanismos dialógicos propios del modelo polifónico de justicia constitucional y en la mayoría de los casos se ha omitido emitir mandatos de prevención, restauración y de reparación integral de daños con enfoque intercultural. En los casos en los cuales se ha concedido la tutela, tampoco se han establecido mecanismos de supervisión de oficio de las decisiones del tcp.

En el análisis dinámico de jurisprudencia realizado, en cuanto a seres sintientes, tampoco se aplicó el paradigma del vivir bien y, si bien en algunos casos se concedió la tutela, no se los consideró titulares de derechos, sino objeto de protección en el marco de una interdependencia con los derechos medioambientales.

Existen también estándares importantes en cuanto a derechos a la salubridad pública, de usuarias, usuarios, consumidoras y consumidores, derecho a la energía eléctrica, al acceso a servicios de telecomunicaciones, a la paz, democracia, al espacio público, al patrimonio histórico, cultural y natural, aunque, el tcp, en estos casos, omitió realizar construcciones plurales de derechos y aplicar métodos dialógicos propios del modelo polifónico de justicia constitucional.

Asimismo, en base al análisis dinámico de jurisprudencia en acciones populares vinculadas a denuncias de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, puede concluirse que la investigación realizada evidencia el silenciamiento de la voz de los históricamente oprimidos por parte del tcp, instancia que, en contra de los lineamientos de un modelo polifónico de justicia constitucional acorde con un sistema plural de control de constitucionalidad, para denegar tutela, aplica autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo constitucional e interpretaciones arbitrarias que no encuentran sustento en las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos.

Este silenciamiento a los históricamente oprimidos se genera en un contexto en el cual, el tcp no tiene una real composición plural, lo que impide la construcción plural de derechos a través de mecanismos dialógicos enmarcados en el modelo polifónico de justicia constitucional. Además, esta ausencia de composición plural reproduce visiones monoculturales, homogeneizantes y ritualistas de matriz eurocéntrica que se traducen en obstáculos infranqueables al acceso a la justicia para los históricamente oprimidos y

que impiden la consolidación de procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación.

Asimismo, las autorrestricciones utilizadas para denegar tutela a los históricamente oprimidos sin ingresar al análisis de fondo de los problemas jurídicos que se plantean, así como las argumentaciones jurídicas arbitrarias destinadas a suprimir o limitar sus derechos colectivos, en todos los casos analizados favorecen a las decisiones gubernamentales y a proyectos capitalistas extractivistas, lo que justifica los serios cuestionamientos al tcp en cuanto a su independencia e imparcialidad y devela la imperiosa necesidad de reformular los procesos de selección de magistradas y magistrados, así como del juicio de responsabilidades.

Así, entre las interpretaciones arbitrarias identificadas a partir de un análisis dinámico de jurisprudencia, destaca el caso de la comunidad Cahua Chico, cuya acción popular fue resuelta a través de la scp 1971/2011-R de 7 de diciembre, la cual identificó, de manera arbitraria, el problema jurídico que el caso planteaba y, en vez de desarrollar el derecho a la autoidentificación, sin mayor argumentación se denegó la acción alegándose que ésta no puede responder a motivaciones meramente subjetivas o particulares. Esta decisión refleja a las todopoderosas togas negras destinadas a silenciar a los históricamente oprimidos de manera absolutamente contraria al modelo polifónico de justicia constitucional y al modelo constitucional vigente.

También, en el análisis dinámico de línea jurisprudencial realizado en este trabajo, se identificó la acción popular presentada por la Comunidad Villa Flor de Pucara, resuelta a través de la scp 0176/2012 de 14 de mayo, la cual, de manera contraria al modelo argumentativo plural, denegó la tutela sin realizar diálogos interculturales y sin aplicar una ponderación intercultural dirigida a restituir el equilibrio y la armonía. Este es otro caso que evidencia la visión monocultural, homogeneizante, ritualista y todavía de matriz eurocéntrica prevaleciente, a pesar de la vigencia de un constitucionalismo plurinacional comunitario y descolonizador.

Se identificaron también casos de denegatoria de tutela a pueblos indígenas contrarios al modelo polifónico de justicia constitucional, entre ellos la petición de la comunidad La Tamborada, resuelta a través de la scp 2057/2012 de 8 de noviembre, en la cual, el tcp omitió aplicar la reconducción procesal, a pesar de que la scp 0645/2012 establece el deber de la jurisdicción constitucional de aplicar la reconducción procesal en peticiones de pueblos indígenas.

Uno de los casos emblemáticos analizados en este trabajo versó sobre las varias denuncias del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure (tipnis). Este caso, tal como se argumentó, puede calificarse como la crónica del silenciamiento a los históricamente oprimidos por parte del tcp.

En efecto, este caso devela una práctica sistemática de argumentaciones arbitrarias y autorrestricciones jurisprudenciales orientadas a denegar la tutela y a favorecer decisiones gubernamentales contrarias al mandato constitucional. El análisis realizado refleja, también, el poder tanto de las empresas como de los grandes capitales transnacionales en un tcp que, a la luz de estas decisiones, no podría ser calificado como plurinacional.

Las tres acciones populares presentadas para la defensa de derechos del tipnis —denegadas arbitrariamente por el tcp— fueron contextualizadas según una inicial decisión contenida en la scp 0300/2012 de 18 de junio, emergente de dos acciones acumuladas de inconstitucionalidad abstracta. Tal como se argumentó en este trabajo, el máximo contralor de constitucionalidad, en control normativo, sin aplicar métodos dialógicos coherentes con un modelo polifónico de justicia constitucional, de manera arbitraria y contraria a los estándares internacionales desarrollados en cuanto a la consulta previa, brindó un resultado interpretativo que disciplina jurisprudencialmente la consulta *ex post,* sin ningún tipo de mandato reparatorio para los pueblos indígenas del tipnis y sin ninguna medida destinada a sancionar a las servidoras o servidores públicos que realicen actos o medidas legislativas o administrativas previas a la consulta.

Posteriormente, considerando que la scp 0300/2012 de 18 de junio, estableció que cualquier vulneración a derechos colectivos de los pueblos del tipnis podía ser tutelada a través de la acción popular, se activó este mecanismo tutelar a través del cual se denunció la iniciación de actos legislativos y administrativos para la construcción de un tramo carretero adjudicado a la empresa oas, sin haber realizado una consulta de buena fe a estos pueblos indígenas.

El tcp, a través de la scp 0120/2013 de 31 de enero, sin ingresar al análisis de fondo del problema jurídico que planteaba la petición, denegó la tutela aplicando arbitrariamente la autorrestricción de la carga probatoria a la parte accionante y, sin sustento en ninguna pauta constitucionalizada de interpretación, incorporó esta autorrestricción como un requisito de contenido de la acción popular, criterio contrario a la naturaleza procesal de esta acción de defensa y, por ende, vulneratorio de las reglas básicas de un debido proceso constitucional.

Lo expresado evidencia que el tcp, en lugar de utilizar métodos dialógicos para la construcción plural de derechos —y, en base a ellos, desde la voz directa de los históricamente oprimidos, resolver esta acción popular—, con la única finalidad de denegar la tutela sin ingresar al análisis del problema sustantivo aplicó arbitrariamente una autorrestricción jurisprudencial absolutamente contraria al modelo polifónico de justicia constitucional, para, sin mayor motivación, favorecer decisiones gubernamentales e intereses de una empresa transnacional, silenciando así a los históricamente oprimidos.

Posteriormente, un grupo de ciudadanos presentó otra acción popular alegando la vulneración al derecho a un medio ambiente sano, derecho que estaría afectado por la construcción del tramo ii de la carretera (Isinuta-Monte Grande), obra adjudicada sin consulta previa a la empresa constructora oas srl.

Tanto el Tribunal de garantías como el tcp, sin analizar en su integridad el problema jurídico planteado y omitiendo aplicar métodos dialógicos —especialmente con los pueblos indígenas de la zona como directos afectados—, desde una visión monocultural, únicamente analizó la resolución del contrato de fecha 11 de mayo de 2012 y, al no aplicar métodos dialógicos, invisibilizó otros actos que debieron ser considerados a efectos de aplicar mandatos de prevención y restauración, actos que posteriormente fueron considerados por un tribunal internacional en el marco de un modelo polifónico de justicia.

Posteriormente, un grupo de ciudadanos presentó una tercera acción popular, denunciando la vulneración de derechos de la Madre Tierra y a la consulta previa a pueblos indígenas del tipnis, denunciando la decisión unilateral del gobierno de construir la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, con un trazo que afectaría un área protegida y atravesaría el centro del tipnis que es la zona de máxima protección.

El tcp, a través de la scp 0726/2014 de 15 de julio, confirmó la decisión del Tribunal de garantías y denegó la tutela por una supuesta existencia de cosa juzgada y por la imposibilidad de abrogar la Ley 005 a través de la acción popular.

Esta decisión, nuevamente incurre en motivación arbitraria para silenciar a los históricamente oprimidos. En primer lugar, porque se aparta arbitrariamente del estándar jurisprudencial más alto, ya que la scp 0176/2012 establece que las acciones populares que deniegan la tutela no adquieren cosa juzgada material por la naturaleza de derechos que se tutela, por lo que, en base a este precedente, el tcp debió ingresar al análisis de fondo del problema jurídico planteado y no denegar la tutela por cosa juzgada.

Además, el segundo criterio utilizado es también arbitrario y contrario al modelo polifónico de justicia constitucional, porque es contrario al principio de verdad material sustentar que la petición fue la abrogatoria de la Ley 005 y, adicionalmente, porque, en casos en los cuales una norma interna es contraria a estándares internacionales más altos de protección a derechos, a través del control tutelar de constitucionalidad debe ejercerse control de convencionalidad y aplicarse directamente y con preferencia los derechos e interpretaciones más favorables y progresivas, en este caso, a pueblos indígenas y a la Madre Tierra.

El ejercicio del control de convencionalidad, tal como se desarrolló en este trabajo, se encuentra plenamente sustentado por las pautas constitucionalizadas de interpretación a derechos, por lo que su omisión y la aplicación de autorrestricciones arbitrarias, sin duda evidencia el silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos por parte del tcp.

En el caso del tipnis, como el tcp silenció a los históricamente oprimidos a través de autorrestricciones y argumentaciones arbitrarias —e, incluso, disciplinó la figura de la consulta *ex post* para favorecer a decisiones gubernamentales y a empresas transnacionales— Fabián Gil y Marqueza Teco Moyoviri, líderes indígenas, denunciaron al Estado ante el Tribunal Internacional por los Derechos de la Naturaleza.

Este Tribunal responde a un modelo polifónico de justicia, ya que tiene una composición plural, es decir no sólo prestigiosos académicos y académicas forman parte de esta instancia, sino también miembros de pueblos indígenas. Además, este Tribunal, en el caso de la denuncia del tipnis, recurrió a mecanismos dialógicos con los pueblos indígenas, lo que le permitió realizar construcciones plurales de derechos y aplicar principios como el de prevalencia de la justicia y el principio *iura novit curia*, propios de un activismo judicial enmarcado en este modelo polifónico de justicia y, por ende, determinar la responsabilidad internacional del Estado Plurinacional de Bolivia.

En efecto, este Tribunal, a través de la Sentencia de 15 de mayo de 2019, determinó la vulneración de derechos de la Madre Tierra y de los pueblos indígenas del tipnis

y estableció 12 medidas de cumplimiento inmediato. En el marco de la construcción plural de derechos, aunque no se refirió textualmente a la scp 0300/2012, consagró el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa y condenó los actos legislativos y administrativos previos a la consulta a los pueblos del tipnis.

Aunque el análisis de esta decisión emergente de un tribunal internacional excede el objeto de este trabajo, es importante resaltar que las medidas ordenadas no han sido cumplidas por el Estado, entre otras razones porque se alega la falta de vinculatoriedad, atribuyéndosele al Tribunal sólo un carácter moral, ya que la competencia del mismo no emergería de un tradicional tratado o convenio internacional.

Al respecto, este caso evidencia también la importancia de analizar el derecho internacional desde los fundamentos de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, ya que la competencia de esta instancia emergió de la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, la cual se celebró en la ciudad de Cochabamba del 19 al 22 de abril de 2010. Este documento, por otra parte, fue el primer instrumento internacional suscrito por pueblos indígenas, lo que implica que, en un Estado Plurinacional como Bolivia, su eficacia debe ser analizada en el marco de la cláusula de libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Por lo que, en el marco de un pluralismo jurídico igualitario y a la luz del principio de plurinacionalidad —principio estructurante del modelo de Estado— las medidas establecidas no tienen un alcance meramente moral, sino vinculante.

Lamentablemente, por la visión todavía monocultural del derecho —que incide en el análisis del derecho internacional— no se ha cuestionado el incumplimiento de estas medidas (lo que daría origen a otra investigación), sin embargo, sin exceder los límites de este trabajo, este caso nos invita a pensar y reflexionar los cambios del derecho interno y del derecho internacional desde la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, en aras a consolidar la eficacia de este tipo de convenios emergentes de la libre determinación de los pueblos indígenas.

Al margen de lo señalado, la decisión asumida por este Tribunal Internacional en el caso del tipnis pone de manifiesto la ineficacia, en vía interna, del control plural de constitucionalidad, el cual, en vez de garantizar los derechos de estos pueblos indígenas y de la Madre Tierra, se constituyó en la herramienta institucional para silenciar su voz.

Además, en el marco de un análisis dinámico de línea jurisprudencial, debe señalarse que el tcp, en otros casos, en contra de los lineamientos del modelo polifónico de justicia constitucional, ha omitido aplicar la reparación integral de daños con enfoque intercultural frente a vulneración de derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la scp 0014/2013-L, si bien generó estándares más altos en cuanto a la protección reforzada de pueblos no contactados o en contacto inicial, sin embargo, en la parte dispositiva estableció, de manera arbitraria, la imposibilidad de aplicar la reparación de daños, lo que generó que no se realice un seguimiento a los efectos concesorios de la tutela, impidiendo que se adopten medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición que debieron ser supervisadas, de oficio, por el tcp.

El análisis dinámico de jurisprudencia realizado en relación a acciones populares activadas por pueblos indígenas evidencia, también, la aplicación arbitraria de autorrestricciones jurisprudenciales como la referente al establecimiento de la carga de la prueba al pueblo indígena peticionante. En este marco, se identificó la scp 0048/2013-L de 6 de marzo, la cual, en relación a una denuncia del Sindicato Agrario Blanco Rancho vinculada al derecho a la territorialidad, en revisión, revocó la tutela y la denegó sin ingresar al análisis de los problemas jurídicos sustantivos que planteaba el caso concreto alegando que este pueblo indígena no probó su existencia, razonamiento contrario al modelo polifónico de justicia constitucional y a los estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al derecho a la autoidentificación de pueblos indígenas.

Además, esta denegatoria fue determinada sin realizar un peritaje antropológico-cultural y sin diálogos interculturales que hubieran sido determinantes para resolver el caso en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional. Por tanto, éste es otro caso que evidencia, debido a autorrestricciones jurisprudenciales arbitrarias, en lo referente a la carga probatoria sobre la existencia de un pueblo indígena, el silenciamiento por parte del tcp a los históricamente oprimidos.

También, con la finalidad de demostrar las barreras al acceso a la justicia constitucional a los pueblos indígenas, en el análisis dinámico de jurisprudencia realizado, se identificó la scp 0169/2014-S1 de 19 de diciembre, la cual desconoció los estándares jurisprudenciales en cuanto a la consulta previa, derecho que, tal como lo evidencia esta investigación, es uno de los más afectados por interpretaciones arbitrarias del tcp.

Asimismo, el trabajo realizado identificó, también, que los derechos del pueblo indígena guaraní, en cuyo territorio se desarrollan importantes actividades de explotación y exploración hidrocarburíferas, también fueron silenciados por el tcp, en base a autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional.

En efecto, la scp 0089/2016-S2 de 15 de febrero, la cual resolvió una acción popular activada por este pueblo indígena denunciando la emisión de los ds 2195, 2298, 2366 y 2368 sin consulta previa. Esta acción fue denegada por el tcp, sin ingresar al análisis sustantivo de los problemas jurídicos que planteaba el caso concreto, alegando que el cuestionamiento de normas de carácter general debe ser realizado a través del control normativo de constitucionalidad y no así mediante la acción popular.

Este criterio, tal como ya se explicó, es absolutamente contrario al modelo constitucional vigente y al modelo polifónico de justicia constitucional, y pone de manifiesto el silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos por el tcp.

Además, en este caso, queda en evidencia que las acciones de inconstitucionalidad abstracta, mecanismo al que remite arbitrariamente la citada sentencia, fueron absolutamente ineficaces para el resguardo de distintos derechos —como el derecho a la consulta previa del pueblo indígena guaraní— por lo que es evidente el silenciamiento a los pueblos indígenas y el favorecimiento arbitrario, por parte del tcp, a decisiones gubernamentales y empresas extractivistas.

En el análisis dinámico de línea jurisprudencial se advirtió, también, el silenciamiento, por parte del tcp, a las demandas del pueblo indígena Quila Quila, debido a que la scp 0018/2018-S2 de 1 de marzo, en el marco de un conflicto entre un pueblo indígena y sindicatos que postulan la titulación individual de tierras, omitió realizar una ponderación intercultural de derechos y ejercer control de convencionalidad para aplicar los estándares internacionales vinculantes al derecho a la territorialidad de los pueblos indígenas.

Otro caso emblemático de silenciamiento a la voz de los históricamente oprimidos es el de la reserva de Tariquía (Tarija) y de los pueblos indígenas que habitan esta zona. En este caso, el responsable del Comité de defensa de Tariquía, en representación de los pueblos indígenas que habitan esta reserva, presentó una acción popular denunciando la vulneración de derechos colectivos, entre ellos, la realización de medidas normativas y administrativas sin una consulta previa.

El tcp, mediante scp 1079/2017-S1 de 3 de octubre, denegó la acción popular presentada alegando una supuesta deficiencia argumentativa de la parte accionante. Este razonamiento del máximo contralor de constitucionalidad es contrario al principio de verdad material y a los antecedentes que se relatan en esta misma sentencia, los cuales evidencian una argumentación razonable que obligaba al máximo contralor de constitucionalidad a analizar los problemas sustantivos que planteaba el caso concreto. Además, tal como se argumentó en este trabajo, en acciones populares no puede exigirse a los accionantes la carga argumentativa, de acuerdo al principio de informalismo y en base a la lectura en clave decolonial que debe ser realizada en este mecanismo de control tutelar, por lo que se evidencia el arbitrario razonamiento del tcp destinado a silenciar a los históricamente oprimidos.

Asimismo, en el análisis realizado, se evidenció que la referida sentencia, para denegar la tutela, señaló que el caso en análisis ya tuvo un pronunciamiento en la scp 0064/2016 de 1 de septiembre; sin embargo, esta sentencia, en caso de vulneración de un derecho colectivo, como el de la consulta previa, de manera expresa establece que la vía de tutela será la acción popular, lo que revela una denegatoria arbitraria de tutela.

Además, la scp 0064/2016, invocada expresamente por la scp 1079/2017-S1, asumió el arbitrario entendimiento contenido en la scp 00300/2012 que convalida la consulta *ex post* sin ninguna sanción reparatoria para los pueblos indígenas afectados y sin ninguna sanción para servidoras o servidores públicos que vulneraron este derecho. Por lo tanto, en este caso, el tcp, en ejercicio del control de convencionalidad, debió aplicar los estándares jurisprudenciales más altos contenidos en el bloque de constitucionalidad en cuanto a consulta previa y, en consecuencia, no convalidar el arbitrario entendimiento referente a la consulta *ex post*.

Del análisis dinámico de jurisprudencia realizado se concluye, también, que uno de los derechos que, de manera recurrente, es desconocido por el tcp, es el de la consulta previa. En ese sentido, al margen de los casos ya señalados, se identificaron otras sentencias, entre ellas la scp 0366/2019-S4 de 18 de junio, la cual resolvió la acción popular presentada por la comunidad Todos Santos, brindándole un alcance restrictivo a este derecho y contrario al estándar jurisprudencial más alto contenido en la scp 0487/2014, al establecer que la

consulta previa únicamente debe ser respetada y es obligatoria en cuanto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan los pueblos indígenas.

Por otra parte, en relación al ejercicio de la consulta previa, se identificó la scp 0086/2020-S4 de 14 de abril, la cual denegó la acción popular presentada por la comunidad Huachacalla. Uno de los argumentos para esta denegatoria es que la consulta previa a pueblos indígenas es obligatoria y vinculante, únicamente a partir de la vigencia de la cpe de 2009, lo que implica un desconocimiento de los alcances a la consulta previa brindados por el Convenio 169 de la oit, por otros instrumentos internacionales referentes a derechos humanos, por los estándares de la cidh sobre consulta previa y por la propia Constitución, que sustentan los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a partir de su ancestralidad.

Debe realtarse, en consecuencia, que la Constitución, por los procesos de colonización y homogeneización sufridos por los pueblos indígenas, más bien plantea la consolidación de procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación, los cuales son absolutamente desconocidos por esta sentencia constitucional, cuyo razonamiento impediría su materialización en todas las peticiones de pueblos indígenas vinculadas a la consulta previa.

Otros casos de motivaciones arbitrarias o de aplicación de autorrestricciones jurisprudenciales contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional han sido identificados en la scp 1013/2016-S2 de 7 de octubre, scp 0801/2017-S2 de 14 de agosto, scp 1132/2017-S2 de 23 de octubre, scp 0037/2018-S4 de 12 de marzo, scp 0146/2018-S3 de 10 de mayo, scp 0231/2018-S3 de 11 de junio, scp 0511/2018-S4 de 12 de septiembre, scp 0700/2018-S3 de 25 de septiembre de 2018, scp 0558/2018-S3 de 1 de octubre, entre otras.

Del mismo modo, se identificó la scp 0107/2020-S3 de 16 de abril, en la cual se desconoció el derecho al ejercicio de los sistemas políticos y al derecho a la elección de sus representantes, de la organización indígena originaria campesina de la Unión de Hortaliceros del Trópico (unihort). En efecto, en este caso, para denegar la tutela, el tcp recurrió a una argumentación arbitraria basada en una identificación errónea del problema jurídico que planteó el caso concreto y omitió utilizar métodos dialógicos y estándares jurisprudenciales más altos en cuanto al derecho a la autoidentificación y a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Al ser la acción popular, desde el diseño constitucional de 2009, el mecanismo de control tutelar que debe ser aplicado en el marco del modelo polifónico de justicia constitucional por encarnar el ideal de la descolonización del derecho procesal constitucional, el análisis dinámico de jurisprudencia en acciones populares presentadas por los históricamente oprimidos demostró que esta herramienta de control tutelar de constitucionalidad, no en casos aislados, sino de manera recurrente —y, en especial, en cuanto a derechos a la consulta previa, a la territorialidad y al derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas— silencia su voz en base a autorrestricciones jurisprudenciales y argumentaciones arbitrarias contrarias al modelo polifónico de justicia constitucional.

La jurisprudencia del máximo contralor de constitucionalidad vinculada a acciones populares presentadas por pueblos indígenas advierte que, a pesar del diseño constitucional que sustenta un Estado Plurinacional enmarcado en los principios de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad y descolonización, el tcp, realmente, no tiene un carácter plurinacional, por varias razones, entre ellas, por una ausencia de composición plural, lo que genera que todavía se reproduzcan lógicas de pensamiento constitucional monoculturales, homogeneizantes, extremadamente ritualistas y discriminatorias hacia los pueblos indígenas.

Además, el cuestionamiento a la independencia judicial, por la forma de selección y por el diseño del juicio de responsabilidades a magistradas y magistrados del tcp es otro factor que impide la consagración del carácter plurinacional del máximo contralor de constitucionalidad. En este marco, las argumentaciones arbitrarias y el establecimiento de autorrestricciones jurisprudenciales dirigidas a favorecer decisiones gubernamentales y capitales transnacionales —en la mayoría de los casos vinculados a la industria extractivista— son elementos que fundamentan las razones por las cuales en el Estado Plurinacional de Bolivia se cuestiona la independencia judicial del tcp.

En consecuencia, este trabajo, en base a un análisis dinámico de jurisprudencia, ha evidenciado que el mandato de la plurinacionalidad y de la consagración de procesos de restitución territorial, reconstitución institucional e igualación para los históricamente oprimidos ha sido incumplido por el tcp.

En este sentido, a pesar de una inicial narratividad esperanzadora que identificó estándares jurisprudenciales más altos coherentes con el modelo de Estado y con el modelo polifónico de justicia constitucional, el estudio realizado pone de manifiesto la prevalencia de las todopoderosas togas negras que, desde una mirada hegemónica, monocultural, ritualista y discriminatoria, se contraponen a un modelo polifónico de justicia constitucional y a un derecho procesal constitucional construido en clave decolonial.

En suma, de acuerdo a lo señalado y a pesar del retroceso constitucional que fue demostrado en este trabajo, la desilusión no podrá con la esperanza, porque el ideal emancipatorio orientado a consagrar los procesos de restitución territorial, de reconstitución de instituciones y de igualación para los históricamente oprimidos, tiene varias polifonías que encontrarán nuevos momentos históricos para el tejido de los coloridos hilos de la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización; por tanto, este trabajo invita a mirar un horizonte y no así un final.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta.

ACOSTA, Alberto (2019). «Construcción constituyente de los derechos de la Naturaleza. Repasando una historia con mucho futuro». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 155-206.

ACOSTA, Alberto (2018). «Río Blanco, una sentencia histórica para los Derechos de la Naturaleza» (pp. 1-15). Disponible en: https://lalineadefuego.info/2018/08/08/rio-blanco-una-sentencia-historica-para-los-derechos-de-la-naturaleza-por-alberto-acosta/. Visitada 5 de enero de 2019.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2006). «La aspiración indígena a la propia identidad». En: *Revista Universum*, núm. 1. Santiago de Chile, pp. 106-119.

AGUILÓ BONET, Antoni Jesús (2010). «Hermenéutica diatópica, localismos globalizados y nuevos imperialismos culturales: orientaciones para el diálogo intercultural». En: *Cuadernos Interculturales*, vol. 8, núm. 14. Viña del Mar: Universidad de Playa Ancha, pp. 145-163.

AHUMADA RUIZ, Marian (2005). La Jurisdicción Constitucional en Europa. Navarra: Universidad de Navarra / Civitas.

ALBÓ, Xavier (2012). «Justicia Indígena en la Bolivia Plurinacional». En: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia.* DE SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (eds.). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg / Abya-Yala, pp. 201-248.

ALBÓ, Xavier (2005). *Ciudadanía étnico-cultural en Bolivia.* La Paz: CIPCA.

ALBÓ, Xavier (1993) ¿…y de Kataristas a *MNRistas?* La Paz: CEDOINUNITAS.

ALBÓ, Xavier (1992). «Bases étnicas y sociales para la participación aymara en Bolivia. La fuerza histórica del campesinado». En: KINGMAN GARCÉS, E. (comp), *Ciudades de los Andes. Visión histórica y contemporánea*. Quito: IFEA, pp. 375-388.

ALBÓ, Xavier y BARRIOS SUVELZA, Franz X. (2006). *Por una Bolivia plurinacional e intercultural con autonomías* (Documento de Trabajo 1/2006. Informe Nacional sobre Desarrollo Humano 2006, El estado del Estado en Bolivia). La Paz: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

ALBÓ, Xavier y BARNADAS, Josep M. (1990) *La cara india y campesina de nuestra historia.* La Paz: UNITAS-CIPCA.

ALBÓ, Xavier y QUISPE, Víctor (2004) *Quiénes son indígenas en los gobiernos municipales.* La Paz: CIPCA, Plural editores.

ALEXY, Robert (2003). «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático». En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 39-48.

ALEXY, Robert (2009). «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, enero-junio, México D.F.: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, pp. 3-14.

ALEXY, Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALMAGRO NOSETE, José (1980). *Justicia constitucio*nal. Madrid: Dykinson.

ALVARADO, Alcides (1994). *Del constitucionalismo liberal al constitucionalismo social. Teoría y práctica.* Sucre: Corte Suprema de la Nación.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I.; CIPPITANI, Roberto (coords.) (2013). *Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica*. Roma, Perugia, México: Università degli Studi di Perugia, Tecnológico de Monterrey

ANAYA, S. James (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta.

ANLEU QUIJADA Francisco Antonio. *Pluralismo Jurídico.* Tesis de Grado Universidad Rafael Landivar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala de la Asunción, noviembre de 2014 Disponible en: http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Anleu-Francisco.pdf. [consultado: 3 de noviembre de 2018*]*

ANTEZANA, Luis H. (1983). «Sistema y proceso ideológicos en Bolivia (1935-1979)». En:

ARAGÓN REYES, Manuel (2000). «La Constitución como paradigma». En: CARBONELL, Miguel (comp.). *Ensayos escogidos.* México D.F.: Porrúa / UNAM.

ARAGÓN REYES, Manuel (1998). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: CEPC.

ARAGÓN REYES, Manuel (1997). *El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ARANDIA LEDEZMA, Iván Carlos (2002). «Descentralización y relaciones intergubernamentales en Bolivia». En: *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, núm. 30, México D.F.: UAEM, pp. 56-84.

ARAUJO JUNIOR, Julio Jose (2018). *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural.* Río de Janeiro: Editora proceso.

ARELLANO, José Luis (1992). «El desarrollo cultural prehispánico en el altiplano y los valles interandinos». En: Meggers, Betty (coord.), *Prehistoria Sudamericana. Nuevas perspectivas*. Santiago de Chile: Taraxacum editora, pp. 51-68.

ARISTIZÁBAL ARBELÁEZ, Luis Hernando (1993). *Anotaciones sobre derecho indiano.* Bogotá: Facultad de Ciencias Sociales, Pontificia Universidad Javeriana.

ARISTÓTELES (1934). *La política.* Madrid: Nuestra Raza.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert (2012). «Derecho aplicable». En: ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert *et al.* (2012). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: Manual para operadores de justicia*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, pp. 43-62.

ARRARÁS, Astrid y DEHEZA, Grace (2005). «Referéndum del gas en Bolivia 2004: mucho más que un referéndum». En: Revista de Ciencia Política, vol. 25, N.° 2. Santiago: pp. 161-172.

ASIMOV, Isaac (1994). *El nacimiento de los Estados Unidos (1763-1816).* Madrid: Alianza editorial.

ASTUDILLO REYES, Cesar I. (2004). *Ensayos de Justicia Constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*. México D.F.: UNAM.

ATIENZA, Manuel (2016). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.

ATIENZA, Manuel (2001). *El sentido del Derecho.* Ariel: Barcelona.

ATIENZA, Manuel (1997). *Derecho y argumentación jurídica.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ATTARD BELLIDO, María Elena (2019). «Entre la diosa Themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakana». En: *Diálogo de Saberes*, núm. 50. Bogotá: Universidad libre de Colombia, pp. 79-100.

ATTARD BELLIDO, María Elena (2016). «Repensando los diálogos inter-jurisdiccionales desde el Abya Yala: La construcción plural de los derechos en un contexto multinivel». En: *Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional. Serie Documentos de Trabajo*, núm. 10. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 1-27.

ATTARD BELLIDO, María Elena y SERRUDO, Patricia (2020). «La protección jurídica a parejas del mismo sexo: su fundamento en la constitución democrática boliviana de 2009». En. *Teoria Jurídica Contemporânea. Periódico do Programa de Pós-Graduaçao em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro*, vol. 5, núm. 2, julho-dezembro. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, pp. 115-138. Disponible en: https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/27943

ÁVILA-FUENMAYOR, Francisco (2006). «El concepto de poder en Michel Foucault». *Telos*, vol. 8, n.° 2, mayo-agosto. Maracaibo: Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2019). «Los derechos humanos y los derechos de la Naturaleza en el neoconstitucionalismo andino. Hacia un necesario y urgente cambio de paradigma». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 109-134.

ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro (2011). «El derecho de la Naturaleza. Fundamentos». En: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos y PÉREZ FERNÁNDEZ, Camilo (eds.). *Los derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus derechos.* Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, pp. 35-70.

BAGNI, Silvia, (2019). «El aporte del derecho procesal constitucional al litigio estratégico sobre el cambio climático: comentarios y casos Urgenda y Juliana». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 333-364.

BALAGUER, María Luisa (2001). *El recurso de inconstitucionalidad.* Madrid: CPEC.

BARBERIS, Mauro (2003). «Neoconstitucionalismo, democracia e imperalismo de la moral». En: Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 262-283.

BARRIOS, Franz (2001). *Confusiones sobre lo federal y unitario: ¿hay una tercera vía?* En: *Semanario Pulso*. La Paz, de 21 a 27 de diciembre de 2001, p. 6.

BAZÁN, Víctor (2014). *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.

BAZÁN, Víctor (2012). «Estimulando sinergias de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad». En: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro: FUNDAP, pp. 12 y ss.

BAZÁN, José y MADRID, Raúl (1991). «Racionalidad y razonabilidad en el derecho». En: *Revista Chilena de Derecho*, *vol.* 18, núm. 2, mago-agosto, p. 180.

BECCARIA, Cesare (1822). *Tratado de los delitos y las penas.* Madrid: Imprenta De Albán.

BEDÓN GARZÓN, René (2016). «Meaning and Treatment of Nature Rights». *Ius Humani. Law Journal*, núm. 5, december 30, pp. 133-148.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2005). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).

BERNAL CAMARGO, Diana Rocío (2009). «Jurisdicciones constitucional y especial indígena colombianas». En: *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 31, jul.-dic. de 2009. Bogotá: Facultad de Derecho, Universidad Libre de Bogotá, pp. 245-261.

BHABHA, Homi (1994). *El lugar de la cultura*. Buenos Aires: Manantial.

BLACKSTONE, William (1979 [1753]). *Commentaries on the Laws of England.* 4 vols., Oxford: University of Chicago Press.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. (2000). «Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y *selfrestraint* judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico)». En: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, F. Javier (coord.), *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BOBBIO, Norberto (1993). *El positivismo jurídico.* Bogotá: Debate.

BOBBIO, Norberto (1993a). *Igualdad y libertad.* Barcelona: Paidós.

BOBBIO, Norberto (1990). *Contribución a la teoría del derecho.* Madrid: Debate.

BOBBIO, Norberto (1991). «Igualdad y dignidad de los hombres». En: *El imperio de los Derechos*, BOBBIO, Norberto (comp.), Madrid: Sistema, p. 39.

BONNECASE, Julien (1944). *La escuela de la exégesis en derecho civil.* México D.F.: J. M. Cájica.

BREÑA, Roberto (2015). «Carta Magna: Salvaguarda ante los abusos del poder». En: *Nexos*, 1 de julio, México D.F. Disponible en: https://www.nexos.com.mx/?p=25038

BURGOA ORIHUELA, Ignacio (1994). *El juicio de amparo*. México D.F.: Porrúa.

BRUIT, Héctor H. (1998). *América en el pensamiento político de las Casas.* São Paulo: Departamento de Historia de la Universidad Estatal de Campinas.

BUTLER, Judith (2016). *Deshacer el género.* Barcelona: Paidós.

BUTLER, Judith (2007). *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad.* Barcelona: Paidós.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco *et al.* (2004). *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Madrid: McGraw Hill.

CABALLERO FLORES, Deisy Marcela y LARGO LEAL, Carlos (2018). «Análisis jurídico de los alcances de las decisiones judiciales que otorgan derecho a contextos ambientales en Colombia». Disponible en: http://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/3370 [consultado: 5 de enero de 2021]

CAMINO, Vidal (2005). «El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* año XI, p. 439.

CANDIOTI, Miguel (2017), «Karl Marx y la teoría materialista-práctica de la enajenación del sujeto humano colectivo: Una propuesta para su reconstrucción». En: *Izquierdas*, N.° 32, Santiago de Chile, marzo.

CAPPELLETTI, Mauro (2007). *Obras: La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México D.F.: Porrúa / UNAM.

CAPPELLETI, Mauro (1986). «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la 'justicia constitucional'». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).

CAPPELLETTI, Mauro (1980). «El 'formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado». En: *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 13, enero-febrero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 61-103.

CARBONELL, Miguel (2007). «El neoconstitucionalismo en su laberinto». En: Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, pp. 9-29.

CARBONELL, Miguel, «Sobre la reforma constitucional y sus funciones» en Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. Carbonell, Miguel, Compilador Porrúa-UNAM, México, 2000. p.376

CÁRDENAS CONDE, Víctor Hugo (1998). «La lucha de un pueblo». En: ALBÓ, Xavier (comp.), *Raíces de América. El mundo aymara*. La Paz: Alianza Editorial, UNESCO, pp. 48-67.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond (1984). *La loi, expression de la volonté générale.* s.c: Económica.

CARRIÓ, Genaro R. (2009). «Nota sobre la entrevista de Alf Ross». En: *Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 7, núm. 13, Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, pp. 187-205.

CASILDA BÉJAR, Ramón (2004). «América Latina y el Consenso de Washington». En: *Boletín Económico de* ICE, núm. 1., mayo, pp. 19-38.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago (2005). *La poscolonialidad explicada a los niños*. Bogotá: Editorial Universidad del Cauca.

CELOTTO, Alfonso (2005). *La Corte Constitucional en Italia*. México D.F.: Porrúa.

CHIHUAILAF, Arauco (2008). «Los indígenas en el escenario político-social boliviano del siglo XX». En: *Sociedad y Discurso, Revista electrónica del Departamento de Español y Estudios Internacionales*. Aalborg: Universidad de Aalborg, pp. 33-54.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés (2012). «El largo camino de la jurisdicción indígena». En: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia.* DE SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (eds.). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg / Abya-Yala, pp. 275-379.

CHUQUIMIA ESCOBAR, René Guery (2012). «Historia, Colonia y derecho de los Pueblos Indígenas». En: De Sousa Santos, Boaventura y José Luis Exeni (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg / Abya-Yala, pp. 151-200.

CIDH, Garantías para la Independencia de las y los Operadores de Justicia. Hacia el Fortalecimiento del Acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas, 2013, párr. 50, disponible en:https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf)

COLÓN-RÍOS, Joel (2019). «Guardianes de la Naturaleza». En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; STORINI, Claudia y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 207-266.

COMANDUCCI, Paolo (2003). «Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico». En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 86-93.

COMBELLAS R. *El proceso constituyente y la Constitución de 1999.* En Revista Politeia, No. 30. Caracas: Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Venezuela, 2003ISBN pp 183-208.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW). (2010). «Observación General 28. Los Niñas y las Mujeres». Disponible en: http://www.right-to-education.org/es/resource/cedaw-recomenda-ci-n-general-28.

CONDARCO, Ramiro (2006). «Prehistoria de Bolivia». En: *Historia de Bolivia-Periodo prehispánico* I. *Tomo* II. La Paz: Fundación Cultural del Banco Central de Bolivia (FCBCB).

CONSEJO NACIONAL DE AYLLUS Y MARKAS DEL QULLASUYU (CONAMAQ) (2005). «Bases de la Constitución del Estado Plurinacional (versión preliminar)», pp. 10-11.

CONTRERAS, Manuel E. (1998). «Formulación, implementación y avance de la reforma educativa en Bolivia». En: *Revista Ciencia y Cultura*, núm. 3. La Paz: Universidad Católica Boliviana (UCB), pp. 55-76.

CÓRDOVA VINUEZA, Paúl (2018) ¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

CORREAS, Ó. El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante. En ORDÓÑEZ CIFUENTES, J (coord.) *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*. México: UNAM, 2003, IV Jornadas Lascasianas, pp 24-110.

CORTINA ORTS, Adela (1988). «La moral como forma deficiente de Derecho». En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía de Derecho*, núm. 5. Alicante: Universidad de Alicante, pp. 69-85.

CORZO SOSA, Edgar (1998). *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: CEPC.

COUTURE, Eduardo (1997). *Fundamentos de derecho procesal civil.* Buenos Aires: Ediciones de Palma.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (2000). *Tres lecciones sobre la Constitución*. Sevilla: Mergablum.

CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: CEC.

CUBELLS AGUILAR, Dolores (2016). «La justicia del corazón-O´tan. Armonía y derechos indígenas desde la sabiduría Tseltal en Chiapas. Descolonizando los derechos humanos, tejiendo interculturalidad». Tesis doctoral. Universidad de Valencia. Disponible en: http://roderic.uv.es/handle/10550/57025 [consultado: 6 de diciembre de 2018].

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo (2006). «Los *levellers* y el *agreement*: Hacia la teoría constitucional moderna». En: *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 3 (verano), Madrid: Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III, pp. 83-96.

DANDLER, Jorge (1975). *Disgregación política del campesinado y el proceso de una revolución inconclusa en Bolivia: el conflicto Cliza-Ucureña (1956-1964).* Lima: Cuadernos del CISEPA.

D'ATENA, Antonio (2004). «La vinculación entre constitucionalismo y protección de los Derechos Humanos». En: *Revista de Derecho Constitucional Europeo RedCE*, núm. 1, enero-junio, Granada: Universidad de Granada, Junta de Andalucía, pp. 293-306.

DÁVALOS, Pablo (2008). «El *sumak kawsay* (buen vivir) y las cesuras del desarrollo». En: *América Latina en Movimiento*. Disponible en: https://www.alainet.org/es/active/23920 [consulta: 14 de julio de 2009].

DE BEAUVOIR, Simone (1999). *El segundo sexo*. Buenos Aires: Sudamericana.

DE CABO MARTÍN, Carlos (2012). «Propuesta para un constitucionalismo crítico». Palabras del autor en ocasión a su designación como doctor Honoris Causa de la Universidad de Alicante. Disponible en: https://web.ua.es/en/protocolo/documentos/events/honoris/de-cabo-marti-carlos-2012/carlos-de-cabo-martin-speech-at-his-inauguration-as-dhc-by-the-ua.pdf [consultado: 22 de mayo de 2018].

DE CABO MARTÍN, Carlos (1997). «Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social». En: *Estudios doctrinales*, núm. 185. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. [en línea] [fecha de acceso 9 de diciembre de 2018]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Defensoría del Pueblo [en línea], [consulta: 28 de mayo de 2012]. Disponible en: http://www.defensoria.gob.bo/filespublicaciones/21SistemaJuridico.pdf.

DE GOUGES, Olympe (1789). *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*. Disponible en: http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf .

DE LA TORRE RANGEL, J.A. *El Derecho que sigue naciendo del pueblo. Movimientos sociales y pluralismo jurídico*, Aguascalientes: Eds. Coyoacán, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2012.

DEL REAL ALCALÁ, A. *La construcción de la plurinacionalidad desde las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia: Desafíos y Resistencias.* En Memoria Conferencia Internacional Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional. La Paz: CONCED, GTZ, 2010 . P 147-158.

DE MESA, José, GISBERT, Teresa y MESA GISBERT, Carlos D. (2003). *Historia de Bolivia* (5.ª ed.). La Paz: Gisbert y Cía.

DE MIGUEL, Ana (2007). «Los Feminismos a través de la Historia. Capítulo II. Feminismo Moderno». En: *Mujeres en Red. El Periódico Feminista*. Enero. Disponible en: http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1310.

DE OTTO, Ignacio (1995). *Derecho Constitucional*. Barcelona: Ariel, Barcelona.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá: Colección Dejusticia.

DE SANTOS SOUSA, Boaventura (2012) *La Reivindicación del Estado y el Estado Plurinacional.* En: OSAL, año VIII, No. 22. Buenos Aires: CLACSO [fecha de acceso 1 de junio de 2012]. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf [consultado: 1 de junio de 2012]

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2011). «Epistemologías del Sur». En: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n.° 54, julio-septiembre de 2011. Maracaibo: Universidad del Zulia.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2010). *Descolonizar el saber, reinventar el poder.* Montevidelo: Trilce.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho.* Madrid: Trotta.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2007). «La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional». En: *Revista Observatorio Social de América Latina* (OSAL), año VIII, n.° 22, septiembre. Buenos Aires: CLACSO. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf (consultado: 1 de junio de 2012), pp. 25-46.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2003). *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia.* Bilbao: Desclée de Brouwer.

DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos.* En: Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid: Trotta editores/ILSA, pp. 513-522.

DE VALLESCAR PALANCA, Diana (2001). «Coordenadas de la interculturalidad». En: *Diálogo filosófico*, N.° 51. Madrid.

DE VALLESCAR PALANCA, Diana (2000). «Hacia una racionalidad intercultural: cultura, multiculturalismo e interculturalidad». Tesis. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: https://eprints.ucm.es/4134/ [Consultada: 22 de mayo de 2018].

DE VILLAMOR MORGAN-EVANS, Elisenda (2000). «La libre investigación científica en el sistema jurídico continental: La teoría de François Gèny». En: F. Gèny, *Science et technique en droit privé positif*, vol. IV, pp. 40 y ss.

DIEZ DE PICAZO, L.M (2006). *Límites internacionales al poder constituyente.* En: Revista Española de Derecho Constitucional. No. 76, enero-abril, pp 17-28.

DIPPEL, Horst (2010). «El concepto de Constitución en los orígenes del constitucionalismo norteamericano (1774-1776)». En: *Fundamentos: Conceptos de Constitución en la historia*, núm. 6, Oviedo: Universidad de Oviedo, pp. 25-83.

DIPPEL, Horst (2005). «Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita». En: *Historia Constitucional*, núm. 6, septiembre. Seminario de Historia Constitucional «Martínez Marina», Universidad de Oviedo, pp. 181-199.

DORADO PORRAS, Javier (1997). *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*. Madrid: Dykinson.

DURÁN RIBERA, Willman Durán (2011). *Teoría y práctica de la argumentación jurídica*. Sucre: Centro de Estudios de Posgrado e Investigación, USFXCH.

DUSSEL, Enrique (2009). *Política de la Liberación Arquitectónica.* Vol. II. Madrid: Trotta.

DUSSEL, Enrique (2007). *Materiales para una política de la liberación*. Madrid: Plaza y Valdés.

DUSSEL, Enrique (2006). *Veinte tesis de política.* México D.F.: Siglo XXI editores.

DUSSEL, Enrique (1998). Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión. Madrid: Trotta.

DWORKIN, Ronald (2010). «Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales». En: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 113-144.

DWORKIN, R. (1994). ¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos *difíciles?.* En: El ámbito de lo jurídico. Crítica. Casanovas, P y Moreso, J. (comps.), Barcelona, pp. 475-512.

ELY, John Hart (1997). *Democracia y desconfianza*. Bogotá: Universidad de los Andes.

ESTERMANN, Josef (2009). *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un mundo nuevo.* La Paz: Instituto Superior Ecuménico Andino de Teología.

ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana (2019). «Neoconstitucionalismo ambiental y derechos de la naturaleza en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano: El caso de Colombia». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 365-388.

ETO CRUZ, Gerardo (2012). El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, México D.F.: Porrúa.

FACIO MONTEJO, Alda (1992). *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal).* San José de Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

FAIR, Hernán (2010). «Hacia una epistemología del neoliberalismo». En: *Pensar. Epistemología y Ciencias Sociales*, núm. 5. Rosario: Acceso Libre, pp. 136-148.

FALDIN, J. (1991). «La cerámica Chiripa en los valles Larecaja y Muñecas de La Paz». En: *Revista Pumapunku*, año 1, N.° 2. La Paz: Centro de Investigaciones Antropológicas Tiwanaku, pp. 119-147.

FALS BORDA, Orlando (2009). *Una sociología sentipensante para América Latina* (ant.). Moncayo, Manuel (comp.). Bogotá: Siglo del Hombre editores y CLACSO.

FAVOREU, Louis (1994). *Los Tribunales Constitucionales*. Barcelona: Ariel.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2002). *La justicia constitucional europea ante el Siglo* XXI. Madrid: Tecnos.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2003). *Estudios jurídico-constitucionales*. México D.F.: UNAM.

FERRAJOLI, Luigi (2009). «La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos». En: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Juan José; ATIENZA, Manuel (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 25-70.

FERRAJOLI, Luigi (2009a). «Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías». En: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Juan José; ATIENZA, Manuel. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 71-115.

FERRAJOLI, Luigi (2002). «Juspositivismo crítico y democracia constitucional». En: *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía de Derecho*, núm. 16. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

FERRAJOLI, Luigi (2001). «Pasado y futuro del estado de derecho». En: *Revista internacional de filosofía política*, núm. 17, pp. 31-46.

FERRAJOLI, Luigi (2001a). *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid: Trotta.

FERRAJOLI, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta.

FIORAVANTI, Maurizio (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días.* Madrid: Trotta.

FIX-ZAMUDIO, Héctor (1993). «Breve introducción al juicio de amparo mexicano». En: Ensayos sobre el Derecho de Amparo, México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJUNAM), pp. 26, 27.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2006). *El derecho de amparo en el mundo*. México D.F.: Porrúa.

FLORES JUBERÍAS, Carlos y TORRES PÉREZ, Mercedes (2001). «Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental». En: *Cuestiones Constitucionales, Revista mexicana de Derecho Constitucional*, N.° 5. México D.F., pp. 38-49.

FORNET-BETANCOURT, Raúl (2013). «Transformación intercultural de la filosofía». En: *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 18, núm. 62, julio-septiembre. Maracaibo: Universidad del Zulia, pp. 147-176.

FORNET-BETANCOURT, Raúl (2001). «Lo intercultural: el problema de su definición». Encuentro internacional sobre interculturalidad, Fundación CIDOB, noviem-

bre. Disponible en: http://www.cidob.org/content/download/2856/25604/version/2/file/05_betancour_cast.pdf [consultado: 22 de febrero de 2018].

FOUCAULT M. *La arqueología del saber*. Décimonovena edición. Aurelio Garzón del Camino (trad.) México: Siglo XX Editores; 1999. ISBN: 9788432313394.

FRASER, Nancy y Axel HONNETH (2003). *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*. New York, London: Verso.

FREIRE, Paulo (2005 [1970]). *Pedagogía del oprimido.* México D.F.: Siglo xxi editores.

FUNDACIÓN CONSTRUIR (2020). *Informe. Estado de Situación de la Justicia en Bolivia 2019*. La Paz: Plataforma ciudadana por el acceso a la justicia y los Derechos Humanos, Unión Europea. Disponible en: https://www.fundacionconstruir.org/wp-content/uploads/2020/09/Libro-Estado-de-la-Justicia-en-Bolivia-2019.pdf [consultado: 5 de mayo de 2021].

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (1973). «Los orígenes del Habeas Corpus». En: *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 31. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (pucp), pp. 48-59.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José Félix (2013). «El control de convencionalidad en el Perú». En: *Controle de convencionalidade: Um panorama latino-americano*. MARINONI, Luiz Guilherme y DE OLIVERA MAZZUOLI, Valerio (coords.), Brasilia: Gazeta Juridica Editora, pp. 146-167.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1972). *Revolución Francesa y Administración contemporánea.* Madrid: Taurus.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2003). «La teoría del derecho en tiempos de neoconstitucionalismo». En: CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 171-183.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1977). *Introducción al Estudio del Derecho.* Buenos Aires: Porrúa.

GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, El Recurso de Inconstitucionalidad, Trivium, Madrid, 1992, pp.19,20.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta. «El Control de Convencionalidad: Construcciones y dilemas». En: Eto Cruz, Gerardo: Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo II, 2013, (Tribunal Constitucional–Centro de Estudios Constitucionales, Lima). P 621.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. (2003). «Derecho y sociedad en América Latina: propuesta para consolidación de los estudios jurídicos críticos». En: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A. (eds.), *Derecho y*

sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), pp. 15-66. Disponible en: http://www.ilsa.org.co/biblioteca/EnClaveSur/EnclaveSur_3/En_clave_sur_3.pdf

GARDBAUM, Stephen (2014). «Proportionality and Democratic Constitutionalism». En: *Proportionalty an the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning.* Cambridge University Press, p. 180.

GARGARELLA, Roberto (2018). «La interpretación de la norma fundamental y la sala de máquinas de la Constitución». En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, ¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, pp. 197-212.

GARGARELLA, Roberto (coord.) (2010). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina el Caribe (CEPAL).

GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La Argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra.

GAVIRIA, C. *Sentencias: Herejías constitucionales.* Bogotá: Fondo de Cultura

Económica; 2003, ISBN: 958-38-0085-6.

GIDI, Antonio (2003). «Las acciones colectivas en Estados Unidos». En: *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México D.F.: Porrúa, pp. 1-25.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2005). *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos.* Buenos Aires: Ediar.

GLADSTONE, Leonel Júnior (2016). *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia.

GOLDSCHMIDT, Werner (1983). *Introducción filosófica al derecho.* Editorial Buenos Aires: Depalma.

GONZÁLEZ VINCEN, Felipe (1984). «El darwinismo social: Espectro de una ideología» En: *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), pp.163-176. Disponible en: https://boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1984-10016300176

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (2001). *Análisis de los Sistemas de Jurisdicción Constitucional*. Madrid: CEPC.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José (2000). *El Tribunal Constitucional*. Navarra: Aranzadi.

GORDILLO, José M. (2000). *Campesinos revolucionarios en Bolivia: Identidad, territorio y sexualidad en el Valle Alto de Cochabamba, 1952-1964*. Cochabamba: Universidad de la Cordillera.

GOTKOWITZ, Laura (2007). *La revolución antes de la revolución. Luchas indígenas por tierra y justicia en Bolivia 1880-1952.* La Paz: Plural editores, University Press.

GREBE LÓPEZ, Horst (1998). «*La crisis del patrón de desarrollo y la reforma del Estado.* En: Las Reformas Estructurales en Bolivia. La Paz: Fundación Milenio, 1998, pp 25-32.

GROPPI, Tania (2002).«¿Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendencias recientes de las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana». En: *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N.° 38-39, Valencia: Universitat de València, p. 70.

GROS ESPIELL, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 65.

GUAMÁN, Adoración y APARICIO, Marco (2019). «Los derechos de la Naturaleza y la lucha frente al poder corporativo en Ecuador. El caso Texaco-Chevron, los alcances del ecoconstitucionalismo y las deficiencias de los mecanismos de garantía y reparación». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 227-268.

GUASTINI, Riccardo (2007), «Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales». En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, año 2, núm. 8, agosto. Lima: Tribunal Constitucional, p. 637.

GUASTINI, Riccardo (2003). «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano». En: Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 48-67.

GUASTINI, Riccardo (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México D.F.: Fontamara.

GUASTINI, Riccardo (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: UNAM.

GUDYNAS, Eduardo (1999). «Concepciones de la naturaleza y desarrollo en América Latina». En: *Revista Persona y Sociedad,* núm. 13 (1). Santiago de Chile: ILADES, pp. 101-125.

GUZMÁN BRITO, Alejandro (2002) *El vocabulario histórico para la idea de constitución política.* En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ), núm. 24. Valparaíso: Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 267-313.

GUSY, Christoph (2000). «Las constituciones de entreguerras en Europa Central». En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho Púbico e Historia Constitucional*, núm. 2. Oviedo: Universidad de Oviedo, pp. 493-525.

HÄBERLE, Peter (2018). «Cultura y Derecho Constitucional». En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl, ¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, pp. 247-273.

HÄBERLE, Peter (2002). «La Constitución como cultura». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6. Bogotá: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 177-198.

Häberle, Peter, «El tribunal constitucional como poder político» en Revista de estudios políticos Nueva época , núm. 125, julio-septiembre, 2004, Madrid, pp. 10,11

HABERMAS, Jürgen (2010). *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

HABERMAS, Jürgen (1994a). *Die Einbeziehung des Anderen.* Suhrkamp: Fráncfort del Meno.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James y JAY, John (2010 [1780]). *El federalista*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica (FCE).

HART, H.L.A. (1994). *Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño.* En: El ámbito de lo jurídico. Crítica. Moreso J.J y otros (comps). Barcelona, pp. 327-350.

HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HEGEL, G. W. Friedrich (1999 [1821]). *Principios de la filosofía del derecho.* Barcelona: Edhasa.

HEGEL, G. W. F. (1979). *Sobre las maneras de tratar científicamente el derecho natural. Su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del derecho*. Madrid: Biblioteca Aguilar de Iniciación Jurídica.

HERNÁNDEZ-CASTRO, Gustavo (2017). «La teoría del conocimiento de Berkeley. Empirismo y colonialidad». En: *Revista Espiga*, vol. 16, N.° 33, Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia (UNED), pp. 93-106. Disponible en: https://revistas.uned.ac.cr/index.php/espiga/article/view/1768

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2005). *Introducción al derecho procesal constitucional*. México D.F.: Porrúa.

HERRERA FLORES, Joaquín (2006). «Derechos Humanos, interculturalidad y racionalidad de resistencia». En: Provencio Garrigós, Lucía (coord.), *La construcción social de las identidades colectivas en América Latina*.

HERRERA FLORES, Joaquín (2003). «Los Derechos Humanos en el contexto de la Globalización: Tres precisiones conceptuales». Exposición en Colóquio Internacional-Direito e Justiça no Século XXI. Coimbra, 29 al 31 de mayo de 2003. Disponible en: https://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/HerreraFlores.pdf. [consulta: 6 de junio de 2018].

HERRERA, Carlos Miguel (1994). «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución». En*: Revista de Estudios Políticos (*REP*)*, núm. 86, oct.-dic. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 195-227.

HOBBES, T. (1980). *Leviatán.* Segunda edición, Moya, C. (Intr.). Editora Nacional, Madrid.

HOEKEMA, André J. (2002). «Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario». En: *Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial. El otro derecho*, n.° 26-27. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA).

HOPENHAYN, Martin (1997). *Después del nihilismo: De Nietzsche a Foucault.* Santiago de Chile: Andrés Bello.

HUACO PALOMINO, Marco Antonio (2005). *Los trabajos preparatorios del Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.* La Paz: Fundación Konrad Adenauer.

HUANACUNI, F. *Vivir Bien/Buen vivir. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales*. En: ARKONADA K. (Coord.). Transiciones hacia el Vivir Bien. O la construcción de un nuevo proyecto político en el Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz: Ministerio de Culturas, 2012, ISBN: 9788498884685, pp. 130-146.

HUERTA, Carla (2004). «Savigny en el contexto actual de la interpretación». En: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XIV. México D.F.: UNAM, pp. 187-200.

JELLINEK, Georg (2000). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

KANT, Inmanuel (2006). *Crítica de la razón pura.* México D.F.: Taurus.

KANT, M. (2004). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres.* Madrid: Espasa-Calpe.

KELSEN, Hans (2011). «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 249-300.

KELSEN, Hans (2011 [1934]). *Teoría pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid: Trotta.

KELSEN, Hans (1995). ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Madrid: Tecnos.

KELSEN, Hans (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D.F.: UNAM.

KOCH, Harald (2003). «Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán». En: *Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México D.F.: Porrúa, pp. 251-262.

KROTZ, Esteban (1993). «La producción de la antropología en el Sur: características, perspectivas, interrogantes». En*: Alteridades*, vol. 3, n.° 6, México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

KROTZ, Esteban (2012). «¿Qué se aprende cuando se estudia antropología?». En: *Estudios en Antropología Social*, vol. 2, n.° 1. Buenos Aires: CAS / IDES.

KYMLICKA, Will (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.* Barcelona: Paidós.

KYMLICKA, W. *Filosofía política contemporánea. Una introducción.* GARGARELLA R. (trad) . Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1995, ISBN: 84-344-1801-0.

LAGARDE y DE LOS RÍOS, Marcela (2012). «Claves feministas para la despatriarcalización». En: *Mujeres en diálogo: avanzando a la despatriarcalización en Bolivia.* La Paz: Coordinadora de la Mujer, Presencia.

LAMPARELLO, Adam (2006). «The Unreasonableness of 'Reasonableness'. Review: Assessing Apellate Sentencing Jurisprudencia After Booker». En: *Federal Sentencing Reporter*, vol. 18, núm. 3, febrero, p. 177.

LARENZ, Karl (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho.* Barcelona: Ariel.

LEONEL, G. *El nuevo constituionalismo latinoamericano. Un estudio sobre Bolivia.* RODRÍGUEZ C. La Paz: Edición Molina&Asociados, 2017. ISBN: 9997462661.

LEVI MELLO DO AMARAL, Júnior (2008). «Proceso constitucional en Brasil. Nueva composición del STF y cambio constitucional». En*: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 12. Madrid.

LINARES, Juan Francisco (2015). *Razonabilidad de las leyes: El «debido proceso» como garantía innominada.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

LINS RIBEIRO, Gustavo (2001). «Post-imperialismo: para una discusión después del post-colonialismo y multiculturalismo». En: *Estudios Latinoamericanos sobre cultura y transformaciones sociales en tiempos de globalización*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), pp. 161-183. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/gt/20100912041021/10ribeiro.pdf (consultado: 30 de julio de 2018)

LOCKE, John (2005) [1690]. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo concerniente al verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil* (traducción, selección bibliográfica y notas: AMOR, Claudio y STAFFORINI, Pablo). Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes / Prometeo.

LÓPEZ, Diego (2015). «El cambio dogmático-jurídico como respuesta al cambio social: la labor del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la reconsideración del estatuto jurídico de los animales en Colombia». En: A. Montaña y A. Ospina (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo.* XV *Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 541-563.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco (2016). «Los pueblos indígenas en las constituciones de México». En: *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, vol. 29, núm. 82, septiembre-diciembre, México D.F.: Unidad Xochimilco, Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 161-180.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (1998). «La actualidad de la Filosofía del derecho de Hegel». En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, N.° 1. Disponible en: https://www.uv.es/cefd/1/Lopez.html

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (1999). *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid: Tecnos.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2006). *Razonamiento judicial: Fundamentos de derecho privado*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

LOZANO MIRALLES, Jorge y SACCOMANNO, Albino (2007). *El Tribunal Constitucional: Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

LUCAS, Stephen E. (1989). «Justifying America: The Declaration of Independence as a Rhetorical Document». En*:* BENSON THOMAS, W. (ed.), *American Rhetoric: Context and Criticism*. Carbondale: Southern Illinois University Press.

MACIONIS, John y PLUMMER, Ken (2007). *Sociología*. Madrid: Pearson.

MACKINNON, Catherine A. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado.* Valencia: Cátedra.

MAMANI CONDORI, C.B.. *Taraqu, 1866-1935: Masacre, guerra y «Renovación» en la biografía de Eduardo L. Nina Quispi. . La Paz: Aruwiyiri, 1991.*

MARC A. y COLLEYN J. P. ¿*Qué es la antropología?* Buenos Aires: Editorial Paidós, 2006, ISBN: 9788449317798, p 15-27.

MARGIOTTA, Costanza (2000). «Bobbio e Matteucci, su constitucionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci». En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 30, núm. 2. Il Mulino, pp. 387-426.

MARTÍNEZ, M. (2016). *Un nuevo paradigma para la ciencia del tercer milenio. Las nuevas utopías de la diversidad. Lo deseable vuelve a ser posible.* Universidad Bolivariana, Santiago.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2014). «El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría de la constitución democrática». En: *Teoría y práctica del Poder Constituyente*. Martínez Dalmau (ed.). Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 67-119).

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2012). «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo». En: *Revista General de Derecho Público Comparado*, N.° 11, julio, Madrid.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2011). «El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: Entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo». En: García Trobat, Pilar; Sánchez Ferriz, Remedio (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 815-826.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2009). «El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano». En: *Revista IUS*, n.° 23, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. Puebla: Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. «El rol del juez y su relación con el modelo constitucional». En: CÓRDOVA VINUEZA, Paúl. ¿Tienen los jueces la última palabra? Diálogos constitucionales y jurisdiccionales. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, pp. 281-289.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2019). *Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos.* En: Estupiñan Achury, L, Storini, C. y Martínez Dalmau, R. (edits. Académicos). La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático. Universidad Libre de Colombia. Primera Edición. Bogotá, pp. 31-47.

MARTÍNEZ DALMAU, R. y VICIANO PASTOR, R. (2017). *Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en américa latina.* En: Revista General de Derecho Público Comparado. No. 22, diciembre. Iustel, pp. 2-19.

MARTÍNEZ DALMAU, R y VICIANO PASTOR, (2011) R. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal*. En Revista General de Derecho Público Comparado, n. 9, pp 1-24.

MARTÍNEZ DALMAU, R. y VICIANO PASTOR (2010), R. *Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional*. En Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n. 25, pp 7-29.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén y Roberto VICIANO PASTOR (2013). *La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo.* En: El Otro Derecho, N.° 48, pp. 48-63.

MASLOW, A. *Motivación y Personalidad*. Tercera edición. Madrid: Editorial Díaz de Santos. 1991. ISBN: 8487189849, 9788487189845.

MATÍAS CAMARGO, Sergio Roberto (2016). «*La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo latinoamericano*». En: Diálogos de Saberes, n.° 44, enero-junio. Bogotá: Universidad Libre.

MATTEUCCI, Nicola (1996). *Positivismo giuridico e constituzionalismo.* Bolonia: Il Mulino.

MAY, James R. y DALY, Erin (2014). *Global Environmental Constitutionalism.* New York: Cambridge University Press.

MÉDICI, Alejandro (2017). «Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de la Constitución. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador». En: *Otros logos*, año 1, núm. 1. Neuquén: Centro de Estudios y Actualización de Pensamiento Político, Decolonialidad e Interculturalidad, Universidad Nacional del Comahue, pp. 94-124.

MEDINA, Javier (2010). *Mirar con los dos ojos: Insumos para profundizar el Proceso de Cambio como un diálogo de matrices civilizatorias.* La Paz: Wa-GUI.

MEDINACELI, Ximena (2006). *Historia de Bolivia: Período prehispánico 1* (vol. 1 de *Historia de Bolivia*). La Paz. Fundación Banco Central de Bolivia (FBCB).

MENESES, María Paula (2016). «Ampliando las epistemologías del sur a partir de los sabores: Diálogos desde los saberes de las mujeres de Mozambique». En: *Revista Andaluza de Antropología*, n.° 10. Coímbra: Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra.

MIGNOLO, Walter (2010). *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad, gramática de la descolonialidad.* Buenos Aires: Ediciones del Signo.

MIGNOLO, Walter (2007). «El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto». En: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón (eds.) (2007). *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

MONTAÑO, César y STORINI, Claudia (2019). «*Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar*» (pról.). En: En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edits.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 13-16.

MONTESQUIEU (1984). *Del espíritu de las leyes.* Madrid: Tecnos.

MORA-DONATTO, Cecilia (2002). *El valor de la Constitución Normativa*. México D.F.: UNAM.

MORAES, Germana de Oliveira y FREITAS, Raquel Coelho (2013). «O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay)». En: Antonio Carlos.

MORIN, Edgar (2001). *El método I. La naturaleza de la Naturaleza*. Madrid: Cátedra.

MUJICA, Elías (1996). «La integración sur andina durante el período Tiwanaku». En: Albó, Javier *et al*. (comp.), *La integración surandina cinco siglos después* (Estudios y debates regionales andinos, N.° 91). Cuzco: Centro de Estudios Regionales Andinos Bartolomé de Las Casas / Corporación Norte Grande Taller de Estudios Andinos / Universidad Católica del Norte de Antofagasta, pp. 81-115.

MULLALLY, S. *Gender, Culture and Human Rights.* Oxford: Hart Publishing, 2006, ISBN: 9781847311559.

NACIONES UNIDAS (2002), «Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión», E/CN.4/2002/97, 4 de febrero. Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4358.pdf?view=1

NACIONES UNIDAS (1986). «Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas» (por José R. Martínez Cobo), E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add. 4, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Disponible en: https://undocs.org/en/E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4

NACIONES UNIDAS, Principios Básicos de Naciones Unidas sobre Independencia Judicial. Estos principios fueron adoptados por las Naciones Unidas el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, Observación General Nº 32 Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90º periodo de sesiones, 2007, párrafo 19. Disponible en: http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf.

NASH ROJAS, Claudio (2013). «Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Anuario 2013*. Bogotá: Universidad del Rosario, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, pp. 489-509.

NASH ROJAS, Claudio (2009). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos.* México D.F.: Porrúa, 2009, p 30.

NARANJO MEZA, Vladimiro (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas.* Bogotá: Temis.

NIETZSCHE, Friedrich (1998). *Nihilismo. Escritos póstumos.* Barcelona: Península.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004). *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo* XXI. México D.F.: Porrúa.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2010). *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

NUSSBAUM, Martha C. (2007). Las *fronteras de la justicia: Consideraciones sobre la exclusión.* Barcelona: Paidós.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro (2016). «Teoría del Control de Convencionalidad». En: *Estudios Constitucionales*, año 14, núm. 1. Talca: Universidad de Talca, pp. 61-94.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Socual E/CN.4/2006/78, de 18 de enero de 2006. [consulta: 9 de agosto de 2018] Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4354.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2006/4354.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. *Informe y abusos de los derechos humanos en el contexto de las protestas en la República Bolivariana de Venezuela del 1 de abril al 31 de julio de 2017.* Ginebra, agosto de 2017. [consulta: 11 de noviembre de 2018] Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/VE/HCReportVenezuela_1April-31July2017_SP.pdf

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS *Proclamación de Teherán*, Proclamada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán el 13 de mayo de 1969. Doc. A/CONF.32/41 p. (1968), [en línea] [fecha de acceso 9 de diciembre de 2018]. Disponible en: http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/sl2ptichr.html

OVALLE FAVELA, José (2016). «Las acciones populares». En: *Revista Jurídicas* UNAM. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de México (UNAM), pp. 397-406.

PADILLA VILLARRAGA, Andrea (2019). «Animales no humanos: nuevos sujetos de derecho en el constitucionalismo latinoamericano». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 389-421.

PADILLA VILLARRAGA, Andrea (2015). «El giro judicial del movimiento animalista y el naciente derecho de los animales no humanos en las altas cortes colombianas». En: *Revista Controversia*, Núm. 204, Cali: Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP) / Instituto de Estudios Interculturales (IEI), Pontificia Universidad Javeriana, pp. 17-43. Disponible en: https://revistacontroversia.com/index.php?journal=controversia&page=article&op=view&path%5B%5D=182 [consultado: 29 de noviembre de 2018]

PANIKKAR, Raimon (1990). *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: San Esteban.

PARDO FALCÓ, Javier (1990). El Consejo Constitucional Francés, CEC: Madrid.

PAOLANTONIO, Martín Esteban (1987). «Antecedentes y evolución del constitucionalismo». *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 47, 15 de agosto. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, p. 195.

PÄRSSINEN, Martti (2005). *Tiwanaku: una cultura y un estado andinos.* La Paz: Cima editorial.

PARRAGUEZ, Manuel Jacques (2003). «Modelo de participación por afección: un modelo para el desarrollo de la ciudadanía local. 2008». En: *Polis Revista Latinoamericana*, n.° 5. Disponible en: https://journals.openedition.org/polis/6921 [consultado: 22 de junio de 2008].

PAVANI, Giorgia (2019). «Los derechos de la naturaleza, el territorio y la plurinación». En: Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia y Martínez Dalmau, Rubén (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 17-27.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2014). *Curso de derechos fundamentales: teoría general.* Madrid: Boletín Oficial del Estado (BOE) / Universidad Carlos III de Madrid.

PEGORARO, Lucio (2015). *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistema*. Turín: Giappichelli.

PEGORARO, Lucio (2011). *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación.* México D.F.: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAP).

PERELMAN, Chaïm (1979). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas.

PÉREZ DELGADO, Tomás (1997). «Europa siglo XX: Corta centuria, guerra larga». En: VACA LORENZO, Ángel (ed.), *Europa: Proyecciones y precepciones históricas*. Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 149-180.

PÉREZ JARABA, María Dolores (2010), «Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart». En: *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10/2010 (Segunda Época). Jaén: Universidad de Jaén, pp. 2 y ss.

PÉREZ LUÑO, Antonio (1993). *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

PINTO, Mónica (1997). «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En: AGREGÚ, M. y COURTIS, Ch. (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, p 45.

PISARELLO, Gerardo; MANRIQUE, Ricardo G. (2009). «Ferrajoli y las tareas del garantismo: Claves de una pasión razonada». En: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, Juan José; ATIENZA, Manuel (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 9-24.

PONCE, Esteban (2015). «Escepticismo, materialismo y clandestinidad: Los primeros escritos de Diderot». En: *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, N.° 29. Santa Fe de la Vera Cruz (Argentina), pp. 42-73. Disponible en: https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Topicos/article/view/7944/11507

POZZOLO, Susanna (2003). «Un constitucionalismo ambiguo». En: Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, pp. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid: Trotta.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2001). «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». En: *Derecho y proceso, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (AFDUAM), N.° 5, Madrid, pp. 201-228.

PRIETO SANCHIS, Luis (1987). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos.

QUIJANO, Aníbal (2014). «Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina». En: *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/ descolonialidad del poder*. Buenos Aires: CLACSO.

QUINTANA, Carlos (2007) *La capitalización boliviana (1994-2005).* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya Yala.

RADBRUCH, Gustav (1971) «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes». En: Radbruch, G.; Schmidt, E.; Welzel, H., *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, pp. 1-22.

RECASENS SICHES, Luis (1997). *Introducción al estudio del derecho*. México D.F.: Porrúa.

REINHARD, Johan (1991). «Tiwanaku: Ensayo sobre su cosmovisión». En: *Revista Pumapunku*, año 1, Núm. 2. La Paz: Nueva Época, 1991, pp. 7-66.

RENAU, M.D. *Ciudadanas y Políticas*, 1a Edición, Barcelona: Fundación Rafael Campalans, 2008, ISBN: 978-84-612-3799-9.

REQUENA, Mario (1996). *La experiencia de privatización y capitalización en Bolivia.* Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

RIVERA CUSICANQUI, Silvia (2011). «Descolonizar el género». En: *Otramérica (La chacra del pensar)*, 26 de noviembre. Disponible en: http://otramerica.com/opinion/descolonizar-el-genero/839

RIVERA CUSICANQUI, Silvia (1984). *Oprimidos pero no vencidos. Luchas del campesinado Aymara y Qhechuwa 1900-1980.* La Paz: La mirada salvaje.

ROCA, Encarnación y AHUMADA, Ángeles (2013). «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española». Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, octubre, p. 3.

RODRÍGUEZ ARRIAGADA, Marcelo (2014). «Demócrito: Una 'nueva' práctica de la filosofía». En: *Byzantion nea hellás. Revista Anual de Estudios Griegos, Bizantinos y Neohelénicos*, N.° 33. Santiago de Chile: Centro de Estudios Griegos, Neohelénicos y Bizantinos, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile. Pp. 101-118. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-84712014000100006&lng=es&nrm=iso

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María (1983). «El pensamiento filosófico-político de Baruch Spinoza». En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N.° 36, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, noviembre-diciembre, pp. 159-179.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2004). «El igualitarismo radical de John Rawls». En: ISEGORÍA. *Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 31. México D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana de México, pp. 95-114.

ROJAS, Farith (2010). «Nuevas condiciones de lenguajes de los derechos desde los pueblos indígenas». En: *Neoconstitucionalismo, Derechos Humanos y Pluralismo. Homenaje al Prof. Néstor Pedro Sägues*. Sucre: Ilustre Colegio de Abogados de Chuquisaca (ICACH); Fundación Tribunal Constitucional, pp. 118-130.

ROJO, R. *Por una sociología jurídica, del poder y la dominación*. En Sociologias. ano 7, no. 13. Porto Alegre: Universidad Federal do Rio Grande do Sul, 2005. ISSN: 1517-4522, pp 36-81.

ROMBOLI, Roberto (2011). «El Derecho Procesal Constitucional: Una reflexión en torno al significado y valor de las reglas procesales en el modelo de justicia constitucional previsto y realizado en Italia». En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *En torno al derecho procesal constitucional (un debate abierto y no concluido)*, México D.F.: Porrúa.

ROSENFELD, Michel (1994). «*Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity*». En: Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*. Durham: Duke University Press.

ROUSSEAU, Jean Jacques (1983 [1762]). *El contrato social,* Madrid: Sarpe.

RUFER, Mario (2012). «El habla, la escucha y la escritura. Subalternidad y horizontalidad desde la crítica poscolonial». En: CORONA, Sarah y KALTMEIER, Olaf (ed.). *En diálogo. Metodologías horizontales en Ciencias Sociales y Culturales.* México D.F.: Gedisa.

RUIZ MANERO, Juan (2012). «Bobbio y los conceptos de norma jurídicamente última». En: *Sequência*, núm. 64, julio. Florianópolis: Programa de Pós-Graduaçao em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pp. 39-56.

SAGÜÉS, Néstor P. (2001). *Teoría de la Constitución.* Buenos Aires: Astrea.

SALAZAR UGARTE, Pedro (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica (FCE).

SALGADO PESANTES, Hernán (2008). «El proceso constituyente del Ecuador. Algunas reflexiones». *Revista IIDH* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), n.° 48, San José de Costa Rica: IIDH. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23829.pdf

SALMÓN ALVEAR, Carlos (2002). «Nociones del amparo colectivo». En: *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil.* Guayaquil, pp. 193-203.

SÁNCHEZ BOTERO, E. *Justicia, multiculturalismo y pluralismo jurídico*. *cultural* [en línea]. Primer Congreso Latinoamericano «Justicia y Sociedad». Universidad Nacional de Colombia, 20 al 24 de octubre de 2003. [consulta: 9 de agosto de 2018] Disponible en: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/esther_botero.pdf, pp 17-36.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2007). *Contra una cultura anestesiada de los derechos humanos.* San Luis Potosí: Facultad de Derecho, Universidad San Luís Potosí.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2010). «Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos». En: *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 1 (segunda época), julio-diciembre. San Luis Potosí: Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, pp. 9-31. Disponible en: https://www.uaeh.edu.mx/investigacion/icshu/LI_DerFunda/Gro_Martha/RIIJ2010.pdf

SANDOVAL, Godofredo; ALBÓ, Xavier; GREAVES, Tomás (1983). *Chukiyawu, la cara aymara de La Paz. Nuevos lazos con el campo* (vol. 3). La Paz: Cuaderno de investigación CIPCA.

SANTIAGO SALAME, Soraya y GUARAYO LLANOS, Humberto (2014). «Interdialogando: Hacia la construcción plural del Derecho desde la cosmovisión de la Nación Yampara». En: KAS *Investigaciones. Análisis y reflexión política*, N.° 1, noviembre, La Paz: Konrad Adenauer Stiftung (KAS).

SAUMA SANKIS, Gabriela (s. p.). «Pluralismo Jurídico. Unidad IV. Módulo I. Segundo Curso de Formación y Especialización Judicial en Área Ordinaria». Sucre: Unidad de Formación y Especialización, Escuela de Jueces del Estado Plurinacional de Bolivia [2018].

SAUMA SANKIS, Gabriela (s. p.). «Derechos Humanos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos. Unidad XI. Módulo I. Segundo Curso de Formación y Especialización Judicial en Área Ordinaria». Sucre: Unidad de Formación y Especialización, Escuela de Jueces del Estado Plurinacional de Bolivia [2018].

SAVIGNY, Friedrich Karl Von (1994). *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma.

SARTORI, Giovanni (1987). *Elementi di teoria política.* Bolognia: Il Mulino.

SCHAVELZON, Salvador (2012). *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia. Etnografía de una Asamblea Constituyente.* La Paz: Plural.

SCHMITT, Carl (1998). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.

SCOTT, Joan W. (1986). «Gender: A Useful Category of Historical Analysis». En: *The American Historical Review*, vol. 91, N.° 5, dec. Oxford University Press, pp. 1056-1075.

SERRUDO SANTELICES, Patricia (2017). «Argumentación jurídica». (Texto elaborado para el Diplomado en Derecho Procesal Civil desde el Ámbito Constitucional). Sucre: CEPI.

SENNET, R. *El declive del hombre público*. Barcelona: Ediciones Península, 2002. ISBN-13: 978-8483074237.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario (1999). *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.

SHIBLEY HYDE, Janet y DELAMATER, John D. (2006) *Sexualidad humana*. México D.F.: MacGraw-Hill Interamericana.

SIEYÈS, Emmanuel (2019). ¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios. Madrid: Alianza editorial.

SIEYÈS, Emmanuel (1990). «Opinión del abate Sieyès sobre la cuestión del veto real en la sesión del 7 de septiembre de 1789». En: SIEYÈS, Emmanuel Joseph (1990), *Escritos y Discursos de la Revolución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SILVESTRE, A. (2014). *Democracia y representación -La Segunda República Francesa 1848-1852.* En: Urban Thoughts.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (2012). *Derechos Humanos y su protección constitucional*. México D.F.: Porrúa.

SPIVAK, Gayari (2003). «¿Puede hablar el subalterno?». En: *Revista colombiana de antropología*, vol. 39, en.-dic., 2003. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia.

STAVENHAGEN, Rodolfo (2007). *Los pueblos indígenas y sus derechos.* México D.F.: UNESCO.

STAVENHAGEN, Rodolfo (1990). *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*. México D.F.: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

STORINI, Claudia (2017). «Pluralismo Popular como paradigma de un constitucionalismo de la diferencia». En: *Constitucionalismo y nuevos saberes jurídicos*. Serie Estudios Jurídicos, vol. 41, octubre de 2017. Quito: Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar.

STORINI, Claudia (2017). «Constitucionalismo Latinoamericano: Efectividad de los derechos sociales». En*: Derecho Ecuador.com* [en línea], mayo. Disponible en: https://www.derechoecuador.com/constitucionalismo-latinoamericano [consulta: 9 de noviembre de 2018].

STORINI, Claudia (2007). «Hermenéutica y Tribunal Constitucional». En: *Foro, Revista de Derecho* (7). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), pp. 159-186.

STORINI, Claudia y QUIZHPE, Fausto (2019). «Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza». En: Estupiñán Achury, L.; Storini, C. y Martínez Dalmau, R. (edits.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 49-69.

STAVENHAGEN, R. *Derecho consuetudinario indígena en América Latina.* México: Instituto indigenista interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

STEINER, George (1960). *Después de Babel. Aspectos del lenguaje y la traducción.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica (FCE).

Supreme Court of the United States. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954), Argued December 9, 1952 Reargued December 8, 1953, Decided May 17.

García de Enterría Eduardo en Temas Básicos de Derecho Constitucional, T III, Civitas, Madrid, 2001. p.19.

Supreme Court of the United States. 410 U.S. 113 Roe v. Wade, Argued: December 13, 1971, Decided: January 22, 1973.

Supreme Court of the United States. 06-1195 U.S. Boumediene et al. v. Bush et al., Argued: December 5, 2007, Decided: June 12, 2008.

TALAVERA, Pedro (2008). «Interpretación, integración y argumentación jurídica». En: *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 6. Santa Cruz de la Sierra: El País, pp. 261-262.

TAMBURINI, Leonardo (2012). «La Jurisdicción indígena y las autonomías indígenas». En: *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia.* DE SOUSA SANTOS, Boaventura y EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (eds.). La Paz: Fundación Rosa Luxemburg / Abya-Yala, pp. 257-360.

TAPIA, Luis (2006). *La invención de lo común. Ciudadanía y gobierno multisocietal.* La Paz: Muela del Diablo Editores.

TAYLOR, Charles (2010). *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento».* México D.F.: Fondo de Cultura Económica (FCE).

TOCQUEVILLE, Alexis de (2002). *La democracia en América*. México D.F.: FCE.

TOURZH, Gerald (1988). *Conceptual change and the Constitution*. Boston: Pocock.

TREACY, Guillermo F. (2011). «Categorías sospechosas y control de constitucionalidad». En: *Lecciones y Ensayos*, núm. 89. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA).

TREMOLADA ÁLVAREZ, Eric y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2014). «Jerarquía constitucional y aplicación preferente del derecho de la integración. Elementos para la solución del posible conflicto entre derechos e integración». En: *Vniversitas*, vol. 63, núm. 128. Bogotá, pp. 382-408.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2013). «Pluralismo jurídico igualitario». Unidad de Descolonización. Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. N.° 040/2013, pp. 1-38.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *El Vivir Bien*. Unidad de Descolonización. Informe Técnico TCP/ST/UD/Inf. No. 025/2013, pp 1-18.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. *Metodología de la Chakana y su aplicación a la Consulta de AIOC,* pp 1-28.

TRIBUNAL CONTITUCIONAL PLURINACIONAL. Informe Técnico TCP/ST/UD/JIOC 007/2012 de 17 de julio, con referencia «Informe de Análisis Situacional del Pueblo Indígena Tacana», emitido por la Unidad de Descolonización.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. antecedentes Informe Técnico sobre «Pueblos Indígenas en Situación de Aislamiento» de 16 de mayo de 2012, de la Unidad de Tratados Internacionales y Asuntos Indígenas.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017). «Protocolo para juzgar con perspectiva de género». La Paz: Ministerio de Justicia, Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas, Derechos Humanos. Disponible en: https://www.tribunalagroambiental.bo/wp-content/uploads/2020/07/Protocolo.pdf

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2017). «Protocolo de actuación intercultural de las juezas y jueces, en el marco del pluralismo jurídico igualitario», octubre. La Paz: Oficina del Alto Comisionado, Naciones Unidas, Derechos Humanos. Disponible en: http://bo.pensamientopenal.org/wp-content/uploads/2018/06/Protocolo-actuaci%C3%B3n-Intercultural-de-las-juezas-y-jueces-marco-pluralismo-juridico-igualitario.pdf

TRUJILLO, Isabel (2015). «Iusnaturalismo tradicional clásico, medieval e ilustrado». En: Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 3-35.

TUBIÑO, Fidel (2005). «La interculturalidad crítica como proyecto ético-político». Ponencia presentada en el Encuentro Continental de Educadores Agustinos, Lima, 2005. Disponible en: http://oala.villanova.edu/congresos/educación/lima-ponen-02.html [consultado: 9 de agosto de 2018].

TUSSEAU, Guillaume (2011). *Para acabar con los modelos de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica*. México D.F.: Porrúa / IMDPC.

UPRIMNY-YEPES, Rodrigo (s.f.). «La 'uni-di-versalidad' de los derechos humanos: conflictos entre derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica» [en línea]. Disponible en: https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_48.pdf

UPRIMNY-YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel (2008). *Interpretación judicial: módulo de autoformación.* Bogotá: Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla».

UMPRIMNY-YEPES, Rodrigo *et al.* (2006). *Módulo de formación en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Instituto Interamericano de Derechos Huma-

nos. Disponible en: http://www.ejrlb.net/medios/docs/Derechos%20Humanos%20y%20Derecho%20Internacional%20Humanitario.pdf.

URIOSTE, Juan Cristóbal (2009). «La Constitución política del Estado en la Historia». En: *Reflexión Crítica de la nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung (KAS), pp. 67-108.

VALDIVIESO, J. *La igualdad de los hijos ante la ley.* La Paz: El País (Diario de circulación nacional), 30 de diciembre de 1994.

VALLEFÍN, Carlos A. (2010). *El amparo en Argentina: origen y trayectoria. Su espacio en América Latina*. México D.F.: Porrúa.

VÁZQUEZ, Daniel (2018). «Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles». *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos*, núm. 287. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 165.

VERNENGO, R. (1996). *Interpretación del Derecho.* En: El derecho y la justicia. *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.* Trotta, Madrid, pp. 239 y ss.

VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (2011). *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. Tomo III, vol. 1.

VICIANO PASTOR, Roberto (2019). «La problemática constitucional del reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador». En: Estupiñán Achury, L.; Storini, C. y Martínez Dalmau, R. (edits.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 137-154.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2017). «Crisis del estado social en Europa y dificultades para la generación del constitucionalismo social en América Latina». En: *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 22, diciembre. Madrid: Iustel, pp. 2-19.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2013). «La Constitución democrática, entre el n*eoconstitucionalismo* y el *nuevo constitucionalismo*». En: *El Otro Derecho*, núm. 48. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA), pp. 63-84.

VICIANO PASTOR, Roberto; MORENO GONZÁLEZ, Gabriel (2018). «Cuando los jueces declaran inconstitucional la Constitución: la reelección presidencial en América Latina a la luz de las últimas decisiones de las Cortes constitucionales». En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 165-198.

VILLORO, Luis (2012). *Estado plural, pluralidad de culturas.* México D.F.: Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo / El Colegio Nacional.

WALLERSTEIN, Immanuel (2007). *Universalismo europeo. El discurso del poder.* 2007. México D.F.: Siglo XXI editores.

WALSH, Catherine (2012). *Interculturalidad y Plurinacionalidad: Elementos para el debate constituyente.* Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Disponible en: http://www.reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/Interculturalidad%20y%20Plurinacionalidad.pdf [consultado: 9 de agosto de 2018].

WALSH, Catherine (2009). «El Estado Plurinacional e Intercultural: Complementariedad y complicidad hacia el 'Buen Vivir'». En: ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (comp.), *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad.* Quito: Abya-Yala.

WALSH, Catherine (2008). «Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado». En: *Tabula Rasa*, núm. 9. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, pp. 131-152.

WOLKMER, Antonio Carlos (2015). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva.

WOLKMER, Antonio Carlos (2006). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Sevilla: Mad.

WOLKMER, Antonio Carlos (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico.* Bogotá: ILSA.

WOLKMER, Antonio Carlos *et al.*, (2019). «Derechos de la Naturaleza: para un paradigma político y constitucional desde la América Latina». En: ESTUPIÑÁN ACHURY, L.; STORINI, C. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (edit.), *La Naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático.* Bogotá: Universidad Libre de Colombia, pp. 71-108.

WOLKMER y PETTERS MELO, Milena. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, pp. 103-124

WOLKMER, Antonio Carlos; Wolkmer, María de Fátima S. (2014). Repensando a natureza e o meio ambiente na teoría constitucional da América Latina. *Novos Estudios Jurídicos,* 19 (3), Disponible en: 994-1013. Dispon.vel em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676 >. Acceso el: 5 enero 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. (2003) «Pluralismo Jurídico e perspectivas para un novo constitucionalismo na América Latina». En Antonio Carlos Wolkmer y Milena Petters Melo. Constitucionalismo latino-americano: tendencias contemporáneas. Curitiba: Juruá. pp. 19-42.

WRÓBLEWSKI, Jerzy (2003). *Sentido y hecho en el derecho*. México D.F.: Fontamara.

YOUNG, Iris Marion (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra. (trad. Silvina Álvarez).

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2012). «Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena». En: *El Estado de Derecho hoy en América Latina. Libro en homenaje a Horst Schönbohm*. Aherens, H. (comp.) (2012). Asunción: Fundación Konrad Adenauer.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2007). «Hacia una jurisprudencia pluralista». En: *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) / Universidad de Friburgo. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_20.pdf., pp 377-415. [consultado : 9 de agosto de 2018]

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2006). «Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino». En: Berraondo López, Mikel (2006). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. (coord). Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 537-567.

YRIGOYEN FAJARDO, R. e YRIGOYEN FAJARDO, Z. *Pluralismo Jurídico y Jurisdicción indígena em el horizonte del constitucionalismo pluralista*. En: BALDI, C. A. (coord.). Aprender desde o sul: novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35-57.

YRIGOYEN FAJARDO, R (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.* Guatemala: Fundación Myrna Mack.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2011). *La* Pachamama *y el humano.* Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo / Ediciones Colihue.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2005). *Historia y constitución*. Trotta: Madrid.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2000). «La Constitución y sus normas». En: CARBONELL, Miguel (comp.). *Ensayos escogidos*. México D.F.: Porrúa / UNAM.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1999). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia.* Madrid: Trotta.

ZAVALETA, René (comp.) (1982). *Bolivia, hoy*. México D.F.: Siglo XXI, pp. 48-68.

ZAVALETA, René (1977). «Consideraciones generales sobre la historia de Bolivia». En: GONZÁLEZ, P. (comp.). *América Latina: Historia de medio siglo*. México D.F.: Siglo XXI, pp. 456-484.

SENTENCIAS Y OPINIONES CONSULTIVAS DE REFERENCIA (CORTE IDH)[932]

a) Sentencias

- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N.° 4.
- Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N.° 71.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.°. 79.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N.° 101. Voto Concurrente, García Ramírez, Sergio.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.° 107.
- Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C N.° 125.
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C .° 135.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N.° 140.

[932] Fuente: https://www.corteidh.or.cr/ (listado según orden cronológico).

- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.° 146.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.° 154.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C N.° 158.
- Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N.° 163.
- Corte IDH. Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.° 172.
- Corte IDH. Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C N.° 182.
- Corte IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C N.° 190.
- Corte IDH. Caso Gonzáles y otras ("Campo Algodonoero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C N.° 205.
- Corte IDH. Caso Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N.° 213.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kádsek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C N.° 214.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C N.° 215.
- Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N.° 218.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C N.° 220.
- Corte IDH, Caso Gelman vs. Uriguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C N.° 221.

- Corte IDH. Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C N.° 237.
- Corte IDH. Caso Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku vs. Ecuador Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C N.° 245.
- Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokomo vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C N.° 309.
- Caso Comunidades Indigenas Miebros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020, fondo, reparaciones y costas. Serie C N.° 400.

b) Opiniones Consultivas

- Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A N.° 4.
- Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A N.° 6.
- Corte IDH. La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Opinión Consultiva 14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A N.° 26.
- Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC – 16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N.° 16.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N.° 17.
- Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A N.° 18.
- Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A N.° 24.

– Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A N.° 23.