

[VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO](#)

Pol Willan Roman Andrade* (Bolivia)

Pluralismo jurídico y deslinde jurisdiccional

RESUMEN

Este artículo pone a consideración de los lectores una propuesta de deslinde entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, sobre la base de los parámetros establecidos por la Constitución boliviana. Para ello se parte del desarrollo teórico del pluralismo jurídico y de su convergencia en la igualdad jerárquica de ambas jurisdicciones prevista por el artículo 179.II, así como de sus implicancias. Del mismo modo, en este trabajo ha merecido especial consideración el concepto de bien jurídico, debido a que constituye un elemento de la propuesta de deslinde jurisdiccional que interrelaciona de manera dinámica los ámbitos de vigencia personal, material y territorial de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Palabras clave: pluralismo jurídico, bien jurídico, deslinde jurisdiccional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag schlägt den Lesern eine Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Gerichtsbarkeit der bolivianischen indigenen Campesino-Bevölkerung auf Grundlage der von der bolivianischen Verfassung festgelegten Parameter vor. Dabei wird auf die theoretische Entwicklung des Rechtspluralismus, die normenhierarchische Gleichwertigkeit beider Gerichtsbarkeiten gemäß Artikel 179.II sowie die Auswirkungen abgestellt. Darüberhinaus setzt sich der Artikel insbesondere mit dem Begriff des Rechtsguts auseinander. Hierbei handelt es sich um eine Komponente des Vorschlags zur Abgrenzung der Zuständigkeit, über die eine dynamische Verknüpfung der persönlichen, materiellen und territorialen Geltungsbereiche der indigenen Justiz der Campesino-Bevölkerung hergestellt wird.

Schlagwörter: Rechtspluralismus, Rechtsgut, Abgrenzung von Justizzuständigkeiten.

* Abogado titulado por la Universidad Mayor de San Simón, becario de la Fundación Konrad Adenauer para cursar la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar. polromanico@gmail.com.

ABSTRACT

This article submits to the consideration of readers a proposed delineation between the ordinary jurisdiction and the indigenous native peasant jurisdiction, based on the parameters established by the Bolivian Constitution. This begins with the theoretical development of legal pluralism and its convergence in the hierarchical equality of the two jurisdictions provided by Article 179.II, as well as its implications. Similarly, this work gives special consideration to the concept of legally protected interests, which constitutes an element of the proposed jurisdictional delineation that dynamically interrelates the personal, material and territorial spheres of the indigenous native peasant jurisdiction.

Keywords: legal pluralism, protected legal interest, jurisdictional delineation.

Introducción

Durante las últimas dos décadas, los procesos de reforma constitucional llevados adelante en algunos países de América Latina lograron la consolidación del pluralismo jurídico. En el caso boliviano,¹ el reconocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina comprende no solo el derecho consuetudinario, sino que, a partir del pluralismo jurídico, esta² y la jurisdicción ordinaria no existen de manera aislada, mas, por el contrario, siempre están en constante relación, que en determinadas situaciones puede ser caótica, al no existir una regulación adecuada que armonice dicha relación, por lo que surge la necesidad de hablar de deslinde jurisdiccional. Sobre el particular, la Constitución boliviana ha previsto algunos parámetros, como la igualdad jerárquica entre ambas jurisdicciones,³ lo cual resulta muy acertado porque si una jurisdicción estuviera subordinada a la otra, no podría hablarse de deslinde jurisdiccional.

De la misma manera, la Constitución boliviana ha previsto los ámbitos de vigencia⁴ de la jurisdicción indígena, el más conflictivo de los cuales es el de vigencia personal, ya que induce a plantearnos el siguiente interrogante: ¿Qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena? Al respecto, la Constitución boliviana ofrece algunos criterios sobre este ámbito; uno de ellos es el vínculo particular entre las personas que son miembros de algún pueblo indígena,⁵ por lo que bajo este criterio

¹ El proceso de reconocimiento de la jurisdicción indígena inició con la reforma parcial de la Constitución en 1994 y se consolidó con la nueva Constitución Política del Estado (CPE) en febrero de 2009, que lleva a su máxima expresión el reconocimiento de la diversidad cultural y la jurisdicción indígena.

² En adelante, jurisdicción indígena.

³ CPE, artículo 179, parágrafo II.

⁴ CPE, artículo 191, parágrafo II.

⁵ *Idem*.

la respuesta a la pregunta planteada es que sólo los miembros del pueblo indígena están sujetos a la jurisdicción indígena. En este ámbito se está utilizando un criterio de identidad para determinar quiénes están sujetos a la jurisdicción indígena, lo cual vendría a ser una regla de aplicación.

Sin embargo, con relación al ámbito de vigencia territorial, la Constitución boliviana señala también que la jurisdicción indígena se aplica a las relaciones y los hechos jurídicos que se realicen o cuyos efectos se produzcan dentro de dicha jurisdicción.⁶ En este caso, el criterio territorial se utiliza para determinar qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena; este criterio no es determinante, debido a que un hecho jurídico puede suscitarse fuera del territorio indígena, pero sus efectos producirse dentro de este, en cuyo caso la jurisdicción indígena sería competente para resolver el caso. Además se debe considerar que las relaciones no necesariamente se darían entre miembros de un pueblo indígena, por lo que una persona que no comparta este criterio de identidad podría también estar sujeta a la jurisdicción indígena; en ese sentido, la respuesta que se ofreció precedentemente al interrogante planteado sería sólo una respuesta parcial.

Hasta aquí, el interrogante planteado sobre *qué personas están sujetas a la jurisdicción indígena* se refuerza aún más, debido a que los parámetros brindados por la Constitución boliviana son insuficientes. Esto ha desembocado en una incertidumbre generalizada por parte de la población sobre el alcance de la jurisdicción indígena, más aún, cuando los medios de comunicación dan a entender, por supuesto de manera equivocada, que un linchamiento (como un acto de justicia por mano propia) es la aplicación de normas y sanciones propias de la jurisdicción indígena. Este trabajo trata de responder al interrogante planteado. Para lograrlo, primero, abordaremos el pluralismo jurídico desde la teoría sistémico-cibernetica del derecho, y dispondremos de algunos conceptos como el de reglas primarias y secundarias desarrolladas por la teoría general del derecho con la finalidad de describir la jurisdicción indígena; después, nos apoyaremos en el concepto de bien jurídico, como un elemento para interrelacionar los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, y así converger en una propuesta de deslinde jurisdiccional.

1. Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena

La formulación del concepto de pluralismo jurídico ha resultado muy polémica, en primer lugar, porque existe inseguridad respecto a si el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas implica que estos puedan formar Estados y, en consecuencia, sistemas jurídicos independientes. Sin lugar a dudas, el derecho a la libre determinación implica la autonomía y el autogobierno de los pueblos indígenas para que puedan determinar libremente su condición

⁶ *Idem.*

política, económica y jurídica en sus asuntos internos para asegurar su propio desarrollo,⁷ sin que esto se entienda como el derecho a formar nuevos Estados. En segundo lugar, porque la mayoría de los estudios e investigaciones sobre este tema son trabajos desde la sociología jurídica y la antropología jurídica, que se hicieron al margen de los conceptos jurídicos desarrollados por la teoría general del derecho (así por ejemplo, tenemos que remitirnos a conceptos como el de sistema jurídico, norma jurídica, competencia, sanción, entre otros), de los que debería disponerse previamente al trabajo sociológico o antropológico. En ese sentido, se considera que realizar un trabajo de sociología jurídica o antropología jurídica sin el auxilio de lo “jurídico”, que es proporcionado por la teoría general del derecho, es poco científico.⁸

No obstante lo señalado, la mayoría de los pluralistas han conceptualizado el pluralismo jurídico como la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un determinado espacio territorial.⁹ Esta perspectiva carece de consistencia debido a que no parte del concepto de un sistema jurídico o qué debemos entender por ello; sin embargo, lo más rescatable de los trabajos que han desarrollado este concepto es el argumento de que el Estado no es el único productor de derecho, sino, más bien, uno de los tantos productores que existen dentro del ámbito territorial.

En este trabajo tomamos como punto de partida la teoría sistémico-cibernetica del derecho para exponer una noción distinta de pluralismo jurídico, para lo cual nos apoyaremos en las nociones de Grün y Teubner. Respecto al pluralismo jurídico, Teubner sostiene que estamos viviendo un proceso de fragmentación jurídica que “depende de procesos más profundos de fragmentación dentro de la sociedad global”.¹⁰ Este proceso de fragmentación jurídica, en nuestro caso, se expresa en el reconocimiento de la jurisdicción indígena, y en Europa, en el reconocimiento de la *lex mercatoria*, aunque, para Teubner, tanto la jurisdicción indígena como la *lex mercatoria* son “régimenes privados globales [que] están creando cada vez con mayor frecuencia su propio derecho sustantivo”.¹¹

El pluralismo jurídico, como proceso de fragmentación jurídica, no deriva en la coexistencia de sistemas jurídicos independientes y autónomos. Para comprender esto hay que entender qué es un sistema; al respecto, Charles François, desde una noción sistémica, señala que es “una entidad autónoma dotada de una cierta permanencia y constituida por elementos interrelacionados que forman subsistemas estructurales y funcionales, que se transforma dentro de ciertos límites de estabili-

⁷ Ramiro Orias Arredondo, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional: la cuestión de la libre determinación”, *Umbrales*, núm. 17, 2008, p. 292.

⁸ Oscar Correas, “¿Kelsen y el pluralismo jurídico?”, *Crítica Jurídica*, núm. 32, 2011, p. 49.

⁹ John Griffiths, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en John Griffiths *et al.* (eds.), *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 148-169.

¹⁰ Gunther Teubner, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Perú, ARA Editores, 2005, p. 117.

¹¹ *Ibid.*, p. 120.

dad gracias a regulaciones internas que le permiten adaptarse a las variaciones de su entorno específico”.¹² Entonces, si el sistema jurídico es una entidad autónoma, los subsistemas que lo componen gozan de una semiautonomía para la producción y aplicación de sus normas, por lo que el sistema no puede ser dividido en partes independientes¹³ que cumplan esa misma función y tengan esa cualidad; por esto, podemos concluir que el pluralismo jurídico comprende los subsistemas jurídicos que pertenecen y dependen de un sistema jurídico independiente,¹⁴ en nuestro caso expresado por el subsistema de la jurisdicción ordinaria y el subsistema de la jurisdicción indígena originaria campesina, que gozan ambos de una semiautonomía¹⁵ dotada por el sistema a través de la Constitución; a su vez, esta última ha previsto ciertos límites y regulaciones a los subsistemas, razón por la que mal podría afirmarse que la jurisdicción indígena es un sistema jurídico independiente.

Un aspecto que debemos hacer notar es que el sistema regula cada uno de los subsistemas, así como las relaciones que puedan existir entre estos. El sistema, para regular las relaciones entre los subsistemas, deberá partir por reconocer a cada uno de ellos una igualdad ante el sistema mismo, con la finalidad de que no existan relaciones de subordinación o lo que se conoce bajo la regla latina *par in parem non habet imperium*,¹⁶ que, en nuestro caso, se expresa con el reconocimiento de la igualdad jerárquica entre las jurisdicciones.¹⁷

Ahora bien, lo hasta aquí expuesto puede ser entendido como una postura alienada con el pluralismo jurídico formal de tipo unitario, para el cual “el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos”.¹⁸ Sin embargo, cuando nos referimos a la jurisdicción indígena como un subsistema, no lo hacemos en el sentido de que la legislación sea la que determine unilateralmente su legitimidad y ámbitos de vigencia; por el contrario, creemos que el sistema, a

¹² Ernesto Grun y Andrés Bernal Botero, “Hacia una teoría sistémico-cibernetica del derecho”, *Vniversitas*, núm. 117, 2008, p. 44.

¹³ Ernesto Grun, “La aplicación de la sistémica y la cibernetica al derecho”, *Panóptica*, núm. 7, 2007, p. 162.

¹⁴ Sergio Rodrigo Castro, “Algunos acercamientos sistémicos al concepto de derecho”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales*, número especial, 2012, pp. 36-45.

¹⁵ Esta visión también se encuentra respaldada por el concepto de campo social semiautónomo de Moore, quien entiende que su semiautonomía le permite producir normas y tener la capacidad de inducir a su cumplimiento o imponer una sanción en caso de desobediencia; a su vez, este campo social pertenece a uno mayor, que concentra todos estos campos (Sally Falk Moore, citada en Griffiths, *op. cit.*, pp. 199-211).

¹⁶ Entre pares no hay relación de superioridad: CPE, artículo 179, parágrafo II.

¹⁷ El sistema como ente al cual pertenecen estos subsistemas jurídicos no debe promover relaciones de subordinación entre estos; por el contrario, debe promover relaciones igualitarias entre los subsistemas.

¹⁸ André J. Hoekema, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27, 2002, p. 70.

partir de la semiautonomía de que dota a cada subsistema y del reconocimiento de la igualdad jerárquica, les otorga la posibilidad de generar sus propias normas y aplicarlas e inducir a su cumplimiento a través de la sanción. En ese sentido, nuestra postura estaría más bien alineada con lo que se ha denominado pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. Al respecto, Hoekema ha señalado que el “derecho oficial en esta perspectiva del pluralismo jurídico reconoce además la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional”.¹⁹ Como podemos ver, incluso para Hoekema, el subsistema de la jurisdicción indígena debe ser parte de un orden legal nacional, que, prácticamente, es el sistema jurídico.

Para el análisis de la jurisdicción indígena o el subsistema jurídico indígena, utilizaremos los conceptos de reglas primarias y secundarias, desarrollados por Hart, quien nos indica que las reglas primarias son las que “se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer”;²⁰ entonces, las reglas primarias determinan –a través de normas–²¹ las conductas que deben cumplir los miembros de un determinado grupo social; a partir de esto, debemos entender que una conducta deseada por un grupo social ya no es optativa, sino obligatoria, y cualquier desobediencia a la misma tendría como consecuencia la aplicación de una sanción.

Las reglas primarias dentro de la jurisdicción indígena se determinan a partir de sus principios y valores culturales. Por ejemplo, las comunidades quechuas tienen como principal regla primaria el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa*;²² en el momento en que una comunidad establece estos enunciados como sus reglas primarias, está decidiendo de manera conjunta lo que quiere proteger; en el caso del enunciado *ama suwa* (no seas ladrón), lo que se quiere proteger es la propiedad. Otro ejemplo interesante sobre la determinación de las reglas primarias dentro de la jurisdicción indígena lo encontramos en la Sentencia Constitucional SC 0295/2003-R, la cual relata lo sucedido en la comunidad San Juan del Rosario, donde una familia fue expulsada de la comunidad por no haber participado en los trabajos comunitarios y no haber cumplido con el acuerdo al que se llegó con las autoridades de la comunidad. De este caso, se desprenden cuatro reglas primarias: la primera es que todas las personas que viven dentro de una comunidad indígena tienen la obligación de participar en los trabajos comunitarios con la finalidad de proteger el principio de

¹⁹ *Ibid.*, p. 71.

²⁰ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1963, p. 117.

²¹ En el presente trabajo entendemos como norma aquellos enunciados que correlacionan ciertas circunstancias fácticas con determinadas consecuencias jurídicas (cfr. Eugenio Bulygin, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *DOXA*, núm. 9, 1991, p. 257).

²² No seas flojo, no seas mentiroso, no seas ladrón.

la comunalidad;²³ la segunda es que las personas tienen la obligación de cumplir con los acuerdos a los que se llegan con alguna autoridad de la comunidad; la tercera, y la más importante, es que todas las personas que no se consideran indígenas e ingresan a una comunidad indígena tienen la obligación de adecuar su conducta a las normas de la comunidad, lo que también implica el cumplimiento de las decisiones de la autoridad de la comunidad;²⁴ por último, a través de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional²⁵ también se ha establecido una regla primaria para todas aquellas personas que ejercen funciones jurisdiccionales dentro de alguna comunidad, y es la obligación de respetar los derechos fundamentales y garantías constitucionales; la inobservancia de esta regla primaria implicaría la nulidad de su decisión.

Por otro lado, las reglas secundarias²⁶ se ocupan de las reglas primarias, debido a que estas, por sí solas, no pueden ser verificadas en su cumplimiento; incluso, pueden resultar controvertidas en su aplicación y es ahí donde entran las reglas secundarias para resolver este problema. Una de estas es la regla de adjudicación a través de la cual se faculta a determinadas personas para que logren ejercer funciones jurisdiccionales, con la finalidad de resolver las controversias que se pueden suscitar respecto de la aplicación de alguna regla primaria dentro de una comunidad o grupo social. Dentro de la jurisdicción indígena también podemos encontrar personas que están facultadas para ejercer funciones jurisdiccionales. Un ejemplo es la comunidad quechua de Raqaypampa,²⁷ que ha adoptado como forma de organización política el sindicato, donde el secretario de justicia es el que está revestido de la facultad de administrar justicia, sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, la asamblea de la comunidad sea la máxima instancia de decisión.²⁸

²³ El principio de la comunalidad hace referencia a que la comunidad indígena es el centro sobre el cual giran la conducta de las personas y la dinámica de todo un grupo [Elisa Cruz Rueda, "Principios generales del derecho indígena", en Rudolf Huber (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 29-49].

²⁴ Ver Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia 0295/2003-R, 11 de marzo de 2003, parte resolutive.

²⁵ Ver sentencias constitucionales SC 0143/2003-R, SC 0273/2003-R, SC0295/2003-R, SC 1447/2005-R, SC 1017/2006-R, SC 0385/2007-R, SC 0860/2007-R, SC 0010/2010-R, SC 0243/2010-R.

²⁶ Hart, *op. cit.*, pp. 113-124.

²⁷ René Orellana Halkyer, *Interlegalidad y campos jurídicos*, Cochabamba, Huella Editores, 2004, pp. 59-208.

²⁸ El Tribunal Constitucional ha entendido esta situación en igual sentido; en su Sentencia Constitucional 0010/2010-R, de 6 de abril de 2010, indica que cuando la "constitución menciona autoridad judicial, incluye tanto al juez ordinario como a la autoridad originaria". La Constitución nos da un ejemplo más claro de una regla de adjudicación en su artículo 179, al establecer que la jurisdicción indígena es ejercida por sus propias autoridades.

2. Bien jurídico y pluralismo jurídico

El subsistema jurídico indígena, a partir de sus reglas primarias, tiende a proteger determinadas condiciones concretas para la coexistencia pacífica del individuo en la comunidad; estas condiciones concretas protegidas por las reglas primarias han sido denominadas como bienes jurídicos.

El concepto de bien jurídico ha ido evolucionando históricamente desde la tesis de Feuerbach del delito como lesión de derechos subjetivos,²⁹ en el entendido de que las normas penales protegen derechos subjetivos. Esta tesis reformulada por Birnbaum, quien sustituye el término de derechos subjetivos por el de bienes, señala que “el bien es el objeto de nuestro derecho que jurídicamente nos corresponde”.³⁰ Entonces, este objeto de nuestro derecho sufre un proceso de valoración y jerarquización, lo que implica una decisión de carácter político. Al respecto, Hormazábal nos dice que “el bien de Birnbaum no es más que un objeto valorado y que el sujeto valorante es el propio Estado”.³¹ Con esta cita, Hormazábal se refiere a que el ejercicio del *ius puniendi* se encuentra centralizado en el Estado, pero esto no significa que el Estado sea el único sujeto valorante, más aún, cuando ya referimos que no es el único productor de normas jurídicas; en ese sentido, mucho menos puede ser el único que realice la valoración y jerarquización de aquellas situaciones concretas que deben protegerse.

Así, la tendencia de Birnbaum de constituir al Estado como sujeto valorante es seguida por Binding con un concepto aún más formalista: “[L]a determinación de que cosas, personas, estados, constituyen las condiciones concretas para una vida sana en común, se realiza para Binding en un juicio de valor del legislador que les da la categoría de bienes jurídicos”.³² La posición de Binding refleja que el órgano legislativo del Estado está facultado para producir derecho y determinar qué condiciones concretas se deben proteger. Tanto la posición de Birnbaum como la de Binding resultan insuficientes frente a la teoría del pluralismo jurídico, porque el Estado no es el único que puede producir derecho ni tampoco el único que puede determinar qué condiciones concretas se deben proteger.

Von Liszt rompe con esta tendencia centralista debido a que formula su concepto de bien jurídico como “un interés jurídicamente protegido”,³³ por lo que se asigna un valor a las condiciones concretas mínimas para la convivencia de las personas en sociedad, para lo cual señala que el bien jurídico se encuentra originariamente

²⁹ Citado en Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, pp. 13-18.

³⁰ *Ibid.*, p. 31.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 42.

³³ *Ibid.*, p. 50.

en la realidad social,³⁴ refiriéndose a la realidad de la sociedad moderna. Pero no debemos olvidar que el pluralismo jurídico está acompañado de un proceso de fragmentación social;³⁵ esto parece ser una desventaja, pero, en el fondo, no lo es, porque cada sociedad (pueblo indígena) también asigna un valor a determinadas condiciones concretas, que son protegidas a través del subsistema jurídico indígena. Entonces, el concepto de Von Liszt es el más apropiado para nuestro propósito. Debido al análisis de las reglas primarias, se evidencia que las comunidades indígenas también protegen determinadas condiciones concretas para poder coexistir; de esa manera se resguardan bienes jurídicos como la familia, la propiedad y la cultura, siendo esta última uno de los que se salvaguarda con mayor intensidad.

3. Bien jurídico y deslinde jurisdiccional

A partir de este punto, empezamos a desarrollar una propuesta de deslinde jurisdiccional; para ello, utilizaremos la siguiente tabla de símbolos:

Propuesta CPE	Propuesta
<i>I</i> = indígena	<i>BJI</i> = bien jurídico indígena
<i>NI</i> = no indígena	<i>BJNI</i> = bien jurídico no indígena
<i>/DTI</i> = dentro del territorio indígena	<i>≠</i> = conflicto
<i>/FTI</i> = fuera del territorio indígena	<i>/XTM</i> = tribunal mixto
<i>/JI</i> = jurisdicción indígena	<i>≥</i> = afectación
<i>/JO</i> = jurisdicción ordinaria	

Fuente: Elaboración propia.

Iremos asignando un determinado valor a cada uno de estos símbolos. Primero, *I* es el indígena; esto quiere decir la persona que pertenece y se autoidentifica con aquellas instituciones, costumbres y lengua propias de los pueblos indígenas. Luego, el símbolo *NI* es la persona que no se autoidentifica y no pertenece a ningún pueblo o comunidad indígena. Hasta acá, estos dos símbolos reflejan el criterio de identidad propuesto por la Constitución³⁶ para el ámbito de vigencia personal. Después, el símbolo *≠* significa conflicto, para hacer referencia al que puede suscitarse entre indígenas, o entre un indígena y una persona no indígena. Para lograr un deslinde jurisdiccional adecuado, incorporamos el símbolo *BJI*, al cual asignaremos el valor de bien jurídico indígena; refiere a si una conducta afecta a aquellas condiciones

³⁴ *Ibid.*, pp. 47-53.

³⁵ Esto se refleja a partir de que varios Estados de América Latina se reconocen a sí mismos como sociedades multiculturales (cfr. Daniel Bonilla, *La constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006, pp. 53-113).

³⁶ CPE, artículo 191, parágrafo I.

concretas que algún pueblo indígena ha determinado proteger. *BJNI* viene a ser el bien jurídico no indígena, que son aquellas conductas que afectan las condiciones concretas que las normas de la jurisdicción ordinaria protegen.

El símbolo $\geq$ significa que la vulneración se está realizando sobre algún bien jurídico indígena o no indígena. Los otros dos símbolos son */DTI*, que significa que el hecho sucedió dentro del territorio del pueblo indígena, y */FTI*, que significa que el hecho sucedió fuera del territorio indígena; este es el segundo criterio propuesto por la Constitución³⁷ con relación al ámbito de vigencia territorial. Luego, el símbolo */JI* significa que la jurisdicción indígena es competente para conocer un determinado conflicto, y el símbolo */JO* significa que la jurisdicción ordinaria es competente para conocer un determinado conflicto. Otro símbolo relacionado con la jurisdicción ordinaria es */XTM*, que se refiere a la incorporación de un tribunal mixto, como el que se tiene en materia penal,³⁸ en aquellos casos en que la jurisdicción ordinaria sea la competente para conocer y resolver un conflicto suscitado fuera del territorio y del cual sea parte una persona indígena. Sobre este particular, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas ha referido en su artículo 40: “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes”. Este tribunal mixto sería una medida adecuada para la solución de controversias suscitadas fuera del territorio indígena, sea por vulneración de bienes jurídicos indígenas o no indígenas, debido a que en el momento de tomar una decisión deberá tener una especial consideración de las costumbres, tradiciones y normas del subsistema jurídico indígena.³⁹

Después de tener claro los valores que se han asignado a cada símbolo, se podrían presentar los siguientes casos:

³⁷ *Ibid.*

³⁸ En materia penal, los tribunales están conformados por jueces técnicos y jueces ciudadanos. En el caso que proponemos, la conformación sería con autoridades de la jurisdicción ordinaria y la indígena; en el caso de las autoridades indígenas deben ser de las comunidades aledañas, y no de la misma comunidad, con la finalidad de cuidar que las autoridades indígenas no sean juez y parte en un conflicto.

³⁹ Esto con la única finalidad de que si una persona indígena va a ser juzgada en la jurisdicción ordinaria, se consideren la lengua, las instituciones y las normas propias de su pueblo; así, la incorporación del tribunal mixto se constituye en un medio eficaz para asegurar y facilitar la participación y comprensión de las personas indígenas en los procedimientos legales de la jurisdicción ordinaria, tal como lo establece el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT; este tribunal mixto también ha sido denominado Tribunal Intercultural [cfr. Juan Carlos Martínez, “Bases para la resolución de casos”, en Juan Carlos Martínez (coord.), *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*, México, D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 25-42].

Tabla de casos

1. $I \neq I \geq BJI / DTI / JI$
2. $I \neq I \geq BJNI / DTI /$ Situación inviable
3. $I \neq I \geq BJI / FTI / JI$
4. $I \neq I \geq BJNI / FTI / JO / XTM$
5. $I \neq NI \geq BJI / DTI / JI$
6. $I \neq NI \geq BJNI / DTI / JO / XTM$
7. $I \neq NI \geq BJI / FTI / JO / XTM$
8. $I \neq NI \geq BJNI / FTI / JO / XTM$
9. $NI \neq NI \geq BJI / DTI / JI$
10. $NI \neq NI \geq BJNI / DTI /$ Situación inviable
11. $NI \neq NI \geq BJI / FTI / JO / XTM$
12. $NI \neq NI \geq BJNI / FTI / JO$

Fuente: Elaboración propia.

Como podemos ver, en los casos 1 y 12 no existe ningún tipo de conflicto jurisdiccional (ambos casos constituyen extremos), ni elementos ajenos en cada subsistema, de lo que se desprende que no hay la necesidad de un deslinde jurisdiccional. Los casos 2 y 10 son situaciones inviables, que no se pueden presentar en la realidad práctica, o no es entendible que personas que pertenecen a algún pueblo indígena se encuentren en conflicto por una condición concreta que no es protegida por las normas de la comunidad.

En el caso 3 existe un conflicto entre indígenas con afectación de un bien jurídico indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena; en este caso, concurren dos elementos de carácter indígena, el personal y el bien jurídico, por lo que debe ser competencia de la jurisdicción indígena, debido a que las normas del subsistema jurídico indígena son las que protegen ese bien jurídico;⁴⁰ un ejemplo de este caso es el adulterio, que mal podría ser conocido y sancionado por la jurisdicción ordinaria⁴¹ porque solo la jurisdicción indígena, a través de sus normas, sanciona este tipo de conductas para proteger el bien jurídico de la familia.

En el caso 4 existe un conflicto entre personas indígenas, con la vulneración de un bien jurídico no indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena y que debería ser conocido por la jurisdicción ordinaria con la incorporación de un tribunal mixto, debido a que el bien jurídico afectado solo es protegido por normas de la jurisdicción ordinaria; por ejemplo, la comisión de los delitos contra la seguridad

⁴⁰ Debemos aclarar que existen bienes jurídicos que reciben una protección compartida por ambos subsistemas, pero cuyo tratamiento en cada uno de ellos es distinto (cfr. Orellana, *op. cit.*, pp. 253-264).

⁴¹ Si algún juez de la jurisdicción ordinaria tomara conocimiento de alguna causa con estas características, debe remitirla a la jurisdicción indígena para que la resuelva o, en su defecto, el juez ordinario debe verificar si la causa ya ha sido conocida y resuelta por esa jurisdicción. En todo caso, si no se cumpliera con esta remisión, se estaría vulnerando el artículo 191, parágrafo II, inciso c), de la Constitución, debido a que los efectos del mismo se producirían dentro de la comunidad indígena.

externa e interna del Estado, en cuyo caso esta situación mal podría ser conocida y resuelta por la jurisdicción indígena. En tal sentido, ha sido entendida esta situación por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, en su artículo 10.

En el caso 5 tenemos un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico indígena, y el conflicto sucedió dentro del territorio indígena, por lo que resulta evidente que la jurisdicción indígena debe conocer este conflicto, ya que del análisis de las reglas primarias se desprende que toda persona no indígena que resida en el territorio de alguna comunidad debe adecuar su conducta a las normas de la comunidad. De igual forma, lo ha entendido el tribunal constitucional en la SC 0295/2003-R, cuya parte resolutive ordena a las personas no indígenas adecuar su conducta según lo establecido por las normas de la comunidad.⁴² Esta situación se repite de igual manera en el caso 9, debido a que el criterio predominante es el territorial, acompañado del de afectación del bien jurídico indígena, donde el respeto a los derechos fundamentales es el único límite a la jurisdicción indígena.⁴³

Pasando al caso 6, tenemos un conflicto entre una persona indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico no indígena, el cual ha sucedido dentro del territorio indígena. Entre los 12 casos, este es el único en el que la jurisdicción indígena debe remitir el conocimiento del conflicto a la jurisdicción ordinaria, debido a que son las normas de esta jurisdicción las que protegen ese bien jurídico; una vez más, el artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional⁴⁴ establece que estos casos deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria a partir de la incorporación de un tribunal mixto, precautelando siempre los derechos del indígena.

En el caso 7 tenemos un conflicto entre un indígena y una persona no indígena con afectación de un bien jurídico indígena, el cual sucede fuera del territorio indígena. En este caso es competente la jurisdicción ordinaria a partir de la incorporación de un tribunal mixto, porque el criterio predominante es la afectación del bien jurídico indígena; como ejemplo se puede citar que un servidor público emita y ejecute una resolución de cualquier tipo que atropelle la diversidad cultural (bien jurídico indígena), atentando, de esa manera, contra un bien jurídico indígena; así, los efectos de la referida resolución se producirán dentro de la jurisdicción indígena, pero resultaría muy arbitrario someter a una persona a la jurisdicción indígena, donde sus autoridades serían jueces y parte; entonces, resulta muy conveniente el juzgamiento de esta persona en la jurisdicción ordinaria, a partir de la incorporación del tribunal mixto, donde conocerían la causa jueces ordinarios y autoridades de alguna

⁴² Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1022/01.

⁴³ CPE, artículo 190, parágrafo II.

⁴⁴ Con la excepción de los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio deben seguir siendo conocidos y resueltos por la jurisdicción indígena.

comunidad. Esta situación se presenta de manera similar en el caso 11, en el que el único elemento que varía es que el conflicto se suscita entre personas no indígenas.

De igual manera, en el caso 8 se presenta un conflicto entre una persona indígena y una no indígena, con afectación de un bien jurídico no indígena, que ha sucedido fuera del territorio indígena. Este caso debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria, a partir de la incorporación de un tribunal mixto, pues tanto el bien jurídico como el hecho sucedido son ajenos a la jurisdicción indígena. Un ejemplo significativo de esta situación es el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*,⁴⁵ resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); la comunidad, en la década de los años noventa, habría iniciado un procedimiento administrativo para recuperar parte de su propiedad comunal de territorios tradicionalmente ocupados, los cuales se encontraban en manos de empresas privadas. Tal procedimiento administrativo nunca prosperó, debido a que las autoridades estatales trataron de resolver el conflicto desde una visión occidental del derecho a la propiedad;⁴⁶ en todo caso, como lo ha entendido la Corte IDH, el Estado de Paraguay debió adoptar disposiciones de derecho interno⁴⁷ para garantizar a la comunidad indígena Sawhoyamaya el uso y goce efectivo del derecho a la propiedad comunal.⁴⁸ La OIT y la ONU, respecto de los pueblos indígenas, han entendido estas disposiciones de derecho interno como medidas eficaces⁴⁹ para garantizar el goce efectivo de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas.

4. Conclusiones

En el momento de estudiar el pluralismo jurídico, hay que decir que es imprescindible recurrir a la teoría general del derecho, abandonando cualquier postura ideológica, porque una vez reconocido constitucionalmente, el tema no es ideoló-

⁴⁵ Ver Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁶ La connotación que los pueblos indígenas le dan a la propiedad no es la misma que hemos heredado de la cultura occidental del uso, goce y disposición de los bienes; por el contrario, los pueblos indígenas se encuentran en estrecha relación con aquello que denominan territorio (propiedad comunal). En ese sentido, Arcos ha definido el territorio indígena “como el espacio horizontal en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y relaciones de poder” [citado en Elisa Cruz Rueda, “Principios generales de derecho indígena”, en Rudolf Huber (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 27-50].

⁴⁷ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2.

⁴⁸ En el caso boliviano, la propiedad comunal de los pueblos indígenas es conocida como tierras comunitarias de origen (TCO), figura a través de la cual la Ley 3545 realiza la dotación de tierras a los pueblos indígenas de nuestro país.

⁴⁹ Ver Convenio 169 de la OIT, artículo 12, y Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13.

gico ni político, sino más bien jurídico. De ahí la importancia de entender al pluralismo jurídico como los subsistemas jurídicos que componen un sistema jurídico independiente, donde el punto central es que los subsistemas jurídicos gozan de una semiautonomía que les permite la producción y aplicación de sus normas, lo que desemboca en que el Estado es uno de los tantos productores de derecho.

Por otro lado, consideramos que el concepto de bien jurídico ha permitido dinamizar y organizar las posibles formas de relación entre los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, lo cual nos ha permitido exponer una propuesta de deslinde jurisdiccional, en la que es primordial el rol del Tribunal Constitucional debido a que tendrá que ejercer regulaciones para cada uno de los subsistemas, velando especialmente por que no se atente contra los derechos fundamentales de las personas.

Bibliografía

- ALBA, Oscar (coord.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, Sucre, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, 2008.
- ANDALUZ, Horacio, *Positivismo normativo y derecho internacional*, La Paz, Plural Editores, 2005.
- BONILLA MALDONADO, Daniel, *La constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *¿Existe el derecho penal indígena?*, México, D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.
- CASTRO, Sergio, “Algunos acercamientos sistémicos al concepto de derecho”, *Revista del Instituto de Estudios Internacionales*, número especial, 2012, pp. 36-45.
- GRUN, Ernesto, “La aplicación de la sistémica y la cibernética al derecho”, *Panóptica*, núm. 7, 2007, pp. 156-175.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1968.
- HOEKEMA, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27, 2002, pp. 63-98.
- HORMAZÁBAL, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, Santiago de Chile, Cono Sur, 1992.
- HUBER, Rudolf (coord.), *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- MARTÍNEZ, Juan Carlos et al., *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico*, México D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- MERRY, Sally Engle et al., *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- ORELLANA HALKYER, René, *Interlegalidad y campos jurídicos*, Cochabamba, Huella Editores, 2004.
- ORIAS ARREDONDO, Ramiro, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional”, *Umbrales*, núm. 17, 2008, pp. 279-301.

STAVENHAGEN, Rodolfo, *Tercer Informe. La justicia y los derechos indígenas*, México, UNESCO, 2004.

TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Perú, ARA Editores, 2005.