

UNIVERSIDAD CATÓLICA BOLIVIANA
“SAN PABLO”

Unidad Académica Regional La Paz
Carrera de Derecho

REVISTA Vol. 8 N°15

OCTUBRE 2024

LA PAZ - BOLIVIA

ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

MARCOS GARCÍA TORNEL CALDERÓN
¿Es un positivismo jurídico pluralista posible?

Is Pluralist Legal Positivism Possible?

FARIT L. ROJAS TUDELA

Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del
Tribunal Constitucional Plurinacional
*Intercultural Weighting and Dialogue. Jurisprudence and Practice of the
Plurinational Constitutional Court*

JUAN MANUEL ROSAS CARO

Reformulación epistemológica del concepto jurídico de propiedad a partir
del pensamiento indígena asháninka y shipibo konibo
*Epistemological Reformulation of the Legal Concept of Property
Based on Asháninka and Shipibo Konibo Indigenous Thought*

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

La desplurinalización del Tribunal Constitucional. Sobre la nugatoria
composición plurinacional del máximo áncora de la constitución
*The Desplurinalization of the Constitutional Court. On the Nugatory
Plurinational Composition of the Constitution's Maximum Anchor*

REVISTA DE

DERECHO

DE LA U.C.B.

U. C. B. LAW REVIEW

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 8 N° 15, octubre de 2024, La Paz – Bolivia
ISSN 2523-1510 (en línea) - ISSN 2521-8808 (impresa)

OSCAR OMAR APARICIO CÉSPEDES
Arzobispo Cochabamba y Gran Canciller

JOSÉ FUENTES CANO
Rector Nacional

MÓNICA DAZA ONDARZA SALAMANCA
Vicerrectora Académica Nacional

MARCOS DELGADILLO MOREIRA
Vicerrector Administrativo Financiero Nacional

IVANA FÁTIMA LIRA VILLARROEL
Secretaria General Nacional a.i.

XIMENA PERES ARENAS
Rectora de Sede La Paz

CARLOS CORDERO CARRAFFA
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Sede La Paz
Director de la Carrera de Ciencias Políticas de Sede La Paz

FELIPE BERNARDO CORDERO CERVANTES
Director de la Carrera de Derecho de Sede La Paz

UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ



Carrera de
Derecho

Revista de Derecho de la UCB

UCB Law Review

Revista Vol. 8 N° 15

Depósito legal 4-3-80-17
ISSN 2523-1510 (en línea)
ISSN 2521-8808 (impresa)



Revista digital

lawreview.ucb.edu.bo

Dirección

Obrajes, Av. 14 de Septiembre, calle 2
No. 4807, bloque F
(+591) 2-2782222 interno 2837

La Paz – Bolivia
Octubre de 2024

Edición y diagramación

DIEGO M. TEJADA MARTINEZ

Diseño de tapa

ADRIANA JIMÉNEZ OLMOS

Flujo de trabajo editorial

NATALIA L. TRIGOSO ZEGARRA

Director

LEONARDO D. VILLAFUERTE PHILIPPSBORN
Docente investigador tiempo completo
Carrera de Derecho
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
Lvillafuerte@ucb.edu.bo

Lectores académicos nacionales institucionales



ACADEMIA NACIONAL DE
CIENCIAS JURÍDICAS DE
BOLIVIA
Fundada el 21.12.1988
Personalidad jurídica
RS 207518 de 23.4.1990

Lectores académicos nacionales

BORIS WILSON ARIAS LÓPEZ
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

JOSÉ CARLOS BERNAL RIVERA
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

LUIS ARMANDO CLAROS TERÁN
CIDES - Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

PAOLA DORIS CORTÉS MARTINEZ
Abogada en el ejercicio libre de la profesión
La Paz - Bolivia

PABLO BERNARDO MILLER PAZOS
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

RODRIGO RIVERA ALDAZOSA
Universidad Católica Boliviana “San Pablo”
La Paz - Bolivia

JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIVAÑEZ
Universidad Mayor de San Simón
La Paz – Bolivia

ERICK SAN MIGUEL
Investigador independiente
La Paz - Bolivia

RAFAEL VERGARA SANDÓVAL
Academia Nacional de Ciencias
Jurídicas de Bolivia
La Paz - Bolivia

FERNANDO ZAMBRANA SEA
Defensoría del Pueblo
La Paz – Bolivia

MARCO ANTONIO SAAVEDRA MOGRO
Universidad Mayor de San Andrés
La Paz - Bolivia

LEONARDO NICODEMO ASTURIZAGA
Universidad La Salle
La Paz - Bolivia

ANDREA PATRICIA COCA MARTINEZ
Juzgado Público de la Niñez y Adolescencia 2do.
Tarija - Bolivia

MÓNICA GABRIELA SAUMA ZANKYS
Academia Boliviana de Estudios
Constitucionales
La Paz – Bolivia

Lectores académicos internacionales

JOSÉ GABRIEL BARRAGÁN GARCÍA
Juez Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia
Ecuador

URSULA CRISTINA BASSET
Universidad Austral y Pontificia Universidad
Católica Argentina
Argentina

NATHALIA BAUTISTA PIZARRO
Universidad Externado de Colombia
Colombia

MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA
Universidad de Medellín
Colombia

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Perú

FERNANDO CANTUARAS
Universidad del Pacífico
Perú

LIGIA DE JESÚS CASTALDI
Ave Maria School of Law
Estados Unidos

JUAN CIANCIARDO
Universidad de Navarra
España

MARIO EUGENIO CHAUMET
Universidad Nacional de Rosario
Argentina

MARÍA LAURA FARFÁN BERTRÁN
Universidad Nacional de Cuyo
Argentina

ERIC FRANCO
Investigador independiente
Perú

DÉBORA GUERRA MORENO
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Colombia

YUDITH LÓPEZ SORIA
Universidad Laica Vicente Rocafuerte de
Guayaquil
Ecuador

CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

GIOVANNI PRIORI POSADA
Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

KATHERINE ANDREA ROLONG ARIAS
Universidad de Medellín y Juez de Antioquía
Colombia

CLAUDIO JESÚS SANTAGATI
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ALFONSO SANTIAGO
Universidad Austral
Argentina

GUILLERMO PEDRO BERNARDO TINTI
Universidad Católica de Córdoba
Argentina

FERNANDO ALFREDO UBIRÍA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Argentina

ORIÓN VARGAS VÉLEZ
Universidad de Medellín y Universidad EAFIT
Colombia

ERIKA VALDIVIESO LÓPEZ
Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo
Perú

Contenido

Presentación

Foreword

pp. 7-8

Investigaciones jurídicas científicas *Peer-Reviewed Scientific Legal Research*

MARCOS GARCÍA TORNEL CALDERÓN

¿Es un positivismo jurídico pluralista posible?

Is Pluralist Legal Positivism Possible?

pp. 11-50

FARIT L. ROJAS TUDELA

Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y
práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional

*Intercultural Weighting and Dialogue. Jurisprudence and
Practice of the Plurinational Constitutional Court*

pp. 51-79

JUAN MANUEL ROSAS CARO

Reformulación epistemológica del concepto jurídico
de propiedad a partir del pensamiento indígena
asháninka y shipibo konibo

*Epistemological Reformulation of the Legal Concept
of Property Based on Asháninka and Shipibo
Konibo Indigenous Thought*

pp. 81-117

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA

La desplurinalización del Tribunal Constitucional. Sobre
la nugatoria composición plurinacional del
máximum áncora de la constitución

*The Desplurinalization of the Constitutional Court. On the
Nugatory Plurinational Composition of the
Constitución's Máximum Anchor*

pp. 119-169

Políticas editoriales, ética y buenas prácticas

Editorial Policy, Ethics and Good Practices

pp. 171-189

Presentación

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

— *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Artículo VI: Derechos colectivos. Organización de los Estados Americanos, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), 14 de junio de 2016.

Me complace presentar el nuevo número de la Revista de Derecho de la UCB, edición Vol. 8 No 15, que reúne investigaciones académicas rigurosas y reflexivas sobre temas relevantes de la ciencia jurídica. Este número ofrece a nuestros lectores una diversidad de enfoques que abordan cuestiones contemporáneas de gran importancia en el ámbito del derecho, tanto en Bolivia como a nivel internacional.

El artículo que abre esta edición es “*¿Es un positivismo jurídico pluralista posible?*” de Marcos García Tornel Calderón, en el que se examina de manera exhaustiva si es viable concebir un modelo de positivismo jurídico que no sea monista, es decir, que reconozca la existencia de múltiples sistemas jurídicos dentro de un mismo contexto. Este trabajo analiza teorías clave del positivismo jurídico de autores como Kelsen, Hart y Raz, planteando una reflexión sobre la compatibilidad entre el positivismo y la coexistencia de sistemas jurídicos distintos.

A continuación, Farit L. Rojas Tudela presenta el artículo titulado “*Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del*

Tribunal Constitucional Plurinacional”, que ofrece un análisis detallado de cómo el Tribunal Constitucional ha integrado el diálogo intercultural en su jurisprudencia, abordando las tensiones y las oportunidades que surgen en el proceso de armonización entre sistemas jurídicos diferentes.

El artículo “*Reformulación epistemológica del concepto jurídico de propiedad a partir del pensamiento indígena Asháninka y Shipibo Konibo*” de Juan Manuel Rosas Caro replantea el concepto de propiedad desde una perspectiva indígena, basada en las cosmovisiones de los pueblos asháninka y shipibo konibo. Este enfoque invita a una revisión profunda de las categorías jurídicas tradicionales, ampliando nuestra comprensión del derecho de propiedad.

Finalmente, Rodrigo René Cruz Apaza nos ofrece un estudio titulado “*La desplurinalización del Tribunal Constitucional*”, en el cual se examina críticamente la composición del Tribunal Constitucional y cómo su estructura ha afectado la representación plurinacional, un tema de vital importancia en el contexto del Estado boliviano.

Este número de la Revista de Derecho de la U.C.B. reafirma nuestro compromiso con la promoción de un pensamiento jurídico innovador y la difusión de investigaciones que abordan los desafíos contemporáneos del derecho. Cada uno de los artículos aquí presentados aporta nuevas perspectivas que enriquecen el debate académico y contribuyen al desarrollo de una sociedad más justa y equitativa.

Agradecemos profundamente a nuestros autores por su trabajo y a nuestros lectores por su interés y apoyo continuo. Estamos seguros de que este número continuará siendo una plataforma esencial para la reflexión crítica sobre el derecho en contextos cada vez más complejos y diversos.

Director

**Investigaciones jurídicas científicas
revisadas por pares académicos**

Peer-Reviewed Scientific Legal Research

Página dejada intencionalmente en blanco

¿Es un positivismo jurídico pluralista posible?*

Is Pluralist Legal Positivism Possible?

MARCOS GARCÍA TORNEL CALDERÓN[†]

Recibido: 21 de julio de 2024

Aceptado: 17 de septiembre de 2024

Resumen

Es frecuente que las posiciones teóricas que defienden el pluralismo jurídico tomen como punto de partida una crítica al positivismo jurídico, suponiendo una situación antitética entre ambas posturas. En este documento se hipotetiza que es posible –e incluso necesario– construir un modelo de iuspositivismo no monista que, a través de la

* Este documento es parte de un proyecto de investigación mucho más amplio, vinculado a Pluralismo Jurídico y Estado Plurinacional. Como tal, representa una aproximación preliminar a algunos elementos contenidos en el proyecto de tesis doctoral del autor.

[†] Abogado, docente e investigador. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Máster en Filosofía y Ciencia Política por el CIDES-UMSA y candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Actualmente es docente en las Carreras de Derecho y de Relaciones y Negocios Internacionales de la Universidad Privada Boliviana.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5190-5176>

Contacto: mgornel@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 8 N° 15, octubre 2024, pp. 11-50 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.202415106>

autonomía indígena originario campesina y la jurisdicción indígena originario campesina, compatibilice la definición tradicional de ordenamiento jurídico con un contexto de reconocimiento constitucional de formas de legalidad no estatales. Se propone tomar como punto de partida la noción de que existen diversas aristas del iuspositivismo y analizar tres posturas teóricas representativas del positivismo jurídico –Kelsen, Hart y Raz– para identificar si el centralismo (un elemento usualmente considerado determinante en las formas predominantes de positivismo jurídico) es realmente esencial para éste. Finalmente, se proponen algunas consideraciones básicas que debería tener una postura positivista y pluralista del derecho como un acercamiento a la forma de concebirlo, estudiarlo y aplicarlo.

Palabras clave: positivismo jurídico / pluralismo jurídico / sistema jurídico.

Abstract

It is common for theoretical positions defending legal pluralism to start with a critique of legal positivism, assuming an antithetical situation between the two stances. This paper hypothesizes that it is possible – and even necessary– to construct, through indigenous autonomy and jurisdiction, a model of non-monist legal positivism that reconciles the traditional definition of legal order with a context of constitutional recognition of forms of legality that don't have its origin in the State. It proposes to start from the notion that there are diverse aspects of legal positivism and test the theories of three representative theoretical positions of legal positivism –Kelsen, Hart and Raz– to identify if centralism (an element usually considered determining in the predominant forms of legal positivism) is really essential for it. Finally, some basic considerations that a positivist and pluralist approach to law

should have are proposed as a way of conceiving, studying and applying it.

Keywords: legal positivism / legal pluralism / legal sistem.

1. Introducción

1.1. Presentación

Desde la segunda mitad del siglo pasado, una buena parte de la antropología se ha concentrado en mostrar que ciertas prácticas en sociedades no modernas deberían ser consideradas propiamente jurídicas en el sentido de que normas sociales, religiosas o familiares, por mencionar sólo algunas, constituyen –en un sentido amplio- formas efectivas de derecho y de ley. En esta perspectiva es probablemente fundacional la obra de Malinowski (1985), que propone construir una definición antropológica de derecho alejándose de las concepciones predominantes en la antropología anterior, basadas en que los códigos primitivos serían sólo formas de tabúes o prohibiciones. Esta nueva concepción se construyó sobre la evidencia de que estas formas jurídicas contienen mandamientos positivos con violaciones sancionadas, cuyo incumplimiento es castigado y, en ocasiones, ponen en funcionamiento dispositivos propiamente jurídicos.

Posteriormente le siguieron una serie de estudios antropológicos profundamente preocupados por demostrar el carácter jurídico, y no sólo normativo, de muchas prácticas sociales presentes en sociedades desarrolladas al margen del modelo civilizatorio moderno, pero -en muchos casos- en relación directa con éste. A partir de estos estudios antropológicos un núcleo de investigadores propiamente vinculados a las disciplinas legales comenzaron a cuestionar si la existencia de pueblos indígenas, originarios o aborígenes –entre otras posibles denominaciones–, en contextos sociales de diversidad cultural –usualmente en periodos post-coloniales–, implicaba la necesidad de

reconstruir la misma noción de derecho, tradicionalmente arraigada a la práctica estatal, para englobar además fenómenos no estatales a los que también se los debería calificar de jurídicos, promoviendo una serie de posiciones teóricas que hoy en día se denominan pluralismo jurídico.

En ese contexto, las herramientas analíticas construidas en los estudios de realidades jurídicas indígenas se expandieron a otras prácticas sociales ya bien integradas en contextos modernos; generando, como afirma Merry (2008), que el concepto de pluralismo jurídico recorra:

Un espacio que va del descubrimiento de las formas indígenas del derecho entre los habitantes de remotas aldeas africanas y miembros de tribus en Nueva Guinea, al estudio de los debates sobre las cualidades pluralistas del derecho en el capitalismo avanzado. (p. 89)

Tal amplitud de aproximaciones podría resumirse en entender el pluralismo jurídico como la presencia de más de un orden jurídico en un único campo social, cualquiera que sea el contexto sociocultural en el que se presentan (Griffiths, 1986).

Más allá de las diferencias específicas de la postura particular de cada acercamiento al pluralismo jurídico, es innegable que, hoy en día, éste es un concepto central al analizar la relación entre derecho y sociedad. Es más, probablemente las críticas de la concepción pluralista al denominado monismo o centralismo sean algunas de las formas más fuertes de poner en duda el concepto clásico de derecho, sobre todo aquel de raigambre positivista decimonónica, aun cuando desde muy temprano algunos autores evidenciaron insuficiencias o críticas al alcance de la perspectiva pluralista, como el caso de Tamahana (1993), Roberts (1998) o, recientemente, Fabra-Zamora (2022); pero todos ellos coinciden en la relevancia actual de dicha perspectiva y/o su éxito

como uno de los conceptos dominantes en el campo de la antropología del derecho.

Esta trayectoria teórica debe analizarse en relación con un proceso cada vez más marcado de interés en el rol de la diversidad cultural y étnica en las organizaciones políticas. En gran manera, hubo una preocupación creciente respecto a la situación de marginalización política en la que se encontraban los pueblos indígenas al interior de cada Estado; que se expresó tanto en la dimensión sociopolítica como en la filosofía política. Teóricamente, fueron de gran relevancia inicial las críticas del comunitarismo al liberalismo a finales de los años 70 del siglo pasado que, si bien no lograron realmente cruzar la frontera hacia la implementación de sus propuestas, sí dieron lugar al multiculturalismo, que fue exitoso en influenciar políticas particulares tanto a nivel nacional como internacional –por ejemplo, la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989-.

Si bien estas propuestas no tenían como eje central el reconocimiento oficial de los sistemas jurídicos indígenas; es innegable que, al analizar figuras como el autogobierno o la institucionalidad propia de estas comunidades, la posibilidad del derecho propio se convirtió en un eje importante de reconocimiento a la institucionalidad propia, afirmando que la legislación nacional debería tomar en cuenta las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas (Convenio 169, 1989, art. 8). En algunos países estas condiciones calaron hondo y alcanzaron diversos niveles de influencia en la normativa estatal. En este marco, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 1994 reconoció el carácter multiétnico y pluricultural de Bolivia (art. 1); los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas (art. 171); y que las autoridades de las comunidades indígenas ejerzan funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, aplicando costumbres y procedimientos propios (art. 171).

Sin embargo, pese a la expansión de políticas de tipo multicultural, éstas fueron consideradas insuficientes, por lo que a inicios del siglo XXI se profundizó el reconocimiento de derechos indígenas, ahora en el marco de la libre determinación. Nuevamente, se puede ver este proceso tanto a nivel internacional como nacional; entre los instrumentos internacionales aplicables a nuestra región se pueden mencionar sobre todo dos: la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. Entre los países latinoamericanos se puede observar que algunos de ellos hicieron profundas reformas al Estado, llegando incluso dos de ellos a modificar su misma cualidad estatal, al definirse como Estados plurinacionales: la Constitución Política boliviana de 2009 al afirmar que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art. 1) y la Constitución Política ecuatoriana de 2008 al establecer que “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico” (art. 1). En el caso boliviano el cambio llega incluso a modificar el nombre oficial del país identificándolo como Estado Plurinacional de Bolivia.

Respecto a la administración de justicia, y como muestra clara del éxito de las propuestas del pluralismo jurídico vinculadas a pueblos indígenas, existen referencias explícitas al reconocimiento de la justicia indígena por parte del derecho oficial como parte de sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DNUDPI], 2007, art. 5); y al derecho explícito a los sistemas jurídicos indígenas (Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DADPI], 2016, art. XXII). En Bolivia, esto implica: el reconocimiento del pluralismo jurídico como uno de los fundamentos del país (Constitución Política del Estado [CPE], 2009,

art. 1); la igual jerarquía entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina (CPE, 2009, art. 179); el desarrollo de la jurisdicción indígena originario campesina con normas y procedimientos propios (CPE, 2009, art. 190), propios fundamentos y ámbitos de aplicación (CPE, 2009, art. 191); y el carácter obligatorio de esta jurisdicción, tanto para particulares como autoridades públicas (CPE, 2009, art. 192), entre otros.

1.2. Acercamiento y metodología

Este doble proceso de desarrollo del pluralismo jurídico (por un lado, su desarrollo teórico y, por otro, su reconocimiento formal por parte del derecho oficial) exige repensar el pluralismo jurídico como teoría del derecho. En este sentido, es necesario contrastar la existencia de diversos sistemas jurídicos vigentes en el mismo espacio social con uno de los paradigmas dominantes en el derecho en la época moderna: el positivismo jurídico. Esto es particularmente importante porque es muy común que los defensores del pluralismo jurídico partan de una crítica fuerte a la capacidad del iuspositivismo para explicar el fenómeno jurídico más allá del derecho moderno, que es típicamente estatal.

Esta contrastación requiere un método analítico y comparativo; que permita partir de las teorías seleccionadas tomadas como fuentes primarias para, a través de una comparación y análisis sistemático y estructural, identificar los mecanismos teóricos que se deben plantear para describir adecuadamente el fenómeno jurídico en un contexto de reconocimiento formal a prácticas no estatales de Derecho.

De esta forma el presente documento inicia describiendo las principales críticas del pluralismo jurídico al positivismo jurídico. En segundo lugar, muestra que no se puede entender el positivismo jurídico en un único sentido y describe algunas de las aristas o dimensiones que tiene este concepto. En tercer lugar, contrasta las

obras fundamentales de tres de los autores positivistas más importantes del positivismo jurídico del siglo XX –Kelsen, Hart y Raz– con la coexistencia de sistemas jurídicos para analizar la posibilidad de compatibilizar el iuspositivismo con el pluralismo jurídico. En cuarto lugar, analiza la posibilidad concreta de construir un positivismo jurídico pluralista.

Se debe notar que el documento no presenta conclusiones en el sentido clásico, porque ellas son identificadas explícitamente en el transcurso del texto; en su lugar, finaliza identificando consideraciones mínimas que debería tener un positivismo jurídico pluralista (en su dimensión teórica como concepto de derecho, en su dimensión científica como estudio del derecho y en su dimensión práctica como aplicación del derecho) que puedan guiar un proceso posterior de desarrollo más estricto de este posible positivismo jurídico pluralista.

2. Desarrollo

2.1. El pluralismo jurídico y su crítica al positivismo jurídico

En general, gran parte de los autores que defienden el pluralismo jurídico parten de una crítica al positivismo jurídico, en particular en la acepción de éste que identifica el fenómeno jurídico con el fenómeno estatal (como parecería ser el caso en la mayor parte de la tradición jurídica moderna). Esto muestra una tensión tal entre positivismo jurídico y pluralismo jurídico que se podría afirmar, como lo hace Serrano (2015), que el resurgir del pluralismo jurídico implicaría una crisis del positivismo jurídico. Esta crisis se sostendría en que la concepción pluralista del derecho rechaza que sea jurídico exclusivamente lo codificado y legislado por el Estado.

Estos elementos típicos en las formas más comunes del positivismo jurídico pueden ser identificados como un componente ideológico del

mismo y se lo suele llamar *centralismo*, *formalismo* o *monismo*. Según Wolkmer (2006), el máximo exponente de este formalismo jurídico occidental sería Kelsen; y, a partir de este autor, se habría terminado de consolidar la sinonimia casi automática entre derecho y Estado iniciada en la exégesis francesa. (Sinonimia que es usada como elemento diferenciador de los fenómenos propiamente jurídicos respecto de otros fenómenos normativos, describiendo el carácter propio de lo jurídico en lo coercitivo. Una opinión similar tiene Sánchez-Castañeda (2016) cuando afirma que para Kelsen “la construcción monista del derecho resultaba inevitable” (p. 475)).

La gran mayoría de los autores pluralistas conciben que esta versión positivista, formalista, centralista y monista del derecho tiene como punto de partida un presupuesto equivocado —el carácter únicamente estatal del derecho—. A partir de allí, tendría una insuficiencia fundacional al describir la realidad jurídica: reducirla innecesariamente al Estado moderno en una búsqueda ideal de separarlo de contenidos morales; lo que a su vez repercute en problemáticas como la obediencia o la validez del derecho.

Este tipo de críticas a la concepción centralista del derecho tienen una validez casi evidente en los contextos en los que el pluralismo jurídico no es reconocido formalmente por el derecho estatal; pero, como expone Hoekema (2002), dicha concepción no sólo se presenta en lo que él denomina *pluralismo jurídico social*, sino también está presente en ciertos modelos de reconocimiento estatal del derecho consuetudinario, en las cuales dos o más sistemas de derecho coexisten de forma reconocida por el derecho estatal —incluso a nivel constitucional— pero esconden una ideología centralista en tanto el derecho oficial se reserva la facultad de determinar por sí mismo la legitimidad y ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos; denomina a este modelo *pluralismo jurídico formal unitario*. Sin embargo, este modelo podría complementarse con un

pluralismo jurídico formal de tipo igualitario cuando no sólo haya autonomía del derecho indígena, sino también cuando en las leyes nacionales se tome en cuenta la cosmovisión y cultura específica de los pueblos indígenas, bajo un aspecto propiamente pluricultural.

Es esta última posibilidad la que exige reexaminar la aparente sinonimia entre derecho y Estado argüida por los pluralistas jurídicos; no tanto por sus efectos nocivos frente a la comprensión misma del derecho, sino para determinar si un modelo de pluralismo jurídico formal de tipo igualitario implica necesariamente un alejamiento del paradigma positivista del derecho. En particular, esto es fundamental en un contexto en el que no sólo algunos Estados reconocen constitucionalmente cualidades multiétnicas, pluriculturales o plurinacionales en su composición social y de la que derivan modelos de pluralismo jurídico –como es el caso de Bolivia y Ecuador– sino más aún en un contexto donde el Derecho Internacional de Derechos Humanos cada vez profundiza más su defensa de las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas en el marco del ejercicio de su libre determinación, como en la DNUDPI de 2007 y la DADPI aprobada el 2016.

En este contexto jurídico, parece necesario cuestionarse si es posible una lectura de dichos instrumentos que permita una interpretación tanto positivista como pluralista¹; de forma tal que los operadores jurídicos no perciban al pluralismo jurídico como una concepción necesariamente antagónica con su propio paradigma jurídico, pues esto en última instancia únicamente dificulta su implementación.

En los últimos años, Harari (2022) se ha preocupado por la paradoja que presenta el reconocimiento del pluralismo jurídico en sistemas

¹ Es evidente que lograr dicha meta excede los alcances posibles en un artículo como éste; sin embargo, sí es posible plantear una aproximación inicial que genera el esqueleto, o una ruta crítica, de acercamientos posteriores.

positivistas; pero concluye que un sistema jurídico positivista en una realidad plural es contradictorio y poco adecuado, por lo que sería necesario tener un sistema legal pluralista sin incidir en la forma específica que tendría este sistema ni en qué medida se podría adaptar el sistema positivista a dicha realidad. En cambio, Mac Amhlaigh (2020) considera que los problemas que presenta el pluralismo a la teoría legal general se podrían resolver con adaptaciones que le permitan teorizar a formas normativas no estatales, advirtiendo que dichas adaptaciones son un trabajo pendiente, pero siempre como algo a construirse en el futuro.

Estas diferentes perspectivas no responden a una cuestión que podría considerarse anterior, particularmente importante en una situación jurídica en la que los operadores jurídicos tienen una tradición positivista fuertemente arraigada: la posibilidad teórica de adaptar el positivismo jurídico, o alguna versión de este, a un contexto pluralista. Para analizar la posibilidad de reinterpretación que permitiría reconciliar el positivismo jurídico con el pluralismo jurídico, parece adecuado desarrollar inicialmente esta posibilidad a partir de sus versiones más populares o comunes. Para este fin, es fundamental discutir antes si el término positivismo jurídico se utiliza siempre en el mismo sentido.

2.2. Diversas aristas del positivismo jurídico

En general, se puede dar una definición mínima de positivismo jurídico, entendiéndolo como una corriente iusfilosófica que “concibe al derecho como un conjunto de normas puestas por seres humanos y asigna como tarea a la ciencia del derecho estudiar, y a la práctica del derecho aplicar, el derecho en dicho sentido” (Scarpelli, 2021, p. 211)², entendiendo que este conjunto de normas es establecido por la organización política predominante, que en las sociedades modernas

² Publicado originalmente en italiano en 1965.

sería el Estado. En concreto, se suele identificar como una de las tesis centrales del positivismo jurídico la separación de derecho y moral, de acuerdo con la descripción propuesta por Kelsen (2012). En este sentido, en ocasiones se resume al positivismo jurídico a partir de su oposición al iusnaturalismo, aunque Bobbio (2007) advierte que, aunque se trate de aclarar estos términos en oposición, es imposible reducir el problema de sus relaciones a una sola alternativa.

Sin embargo, de esta misma conceptualización se puede observar que el término mismo de positivismo jurídico conjuga diferentes aspectos que, por muy relacionados que se encuentren, se refieren a dimensiones diferentes. Parece adecuado diferenciar el concepto de positivismo jurídico en por lo menos tres instancias: como una teoría jurídica que conceptualiza el derecho en cierta forma particular; como una metodología jurídica que estudia el derecho como una forma particular; y como una práctica jurídica que aplica el derecho de una forma particular. Estas tres dimensiones del positivismo jurídico se entrelazan estrechamente y, en cierta medida, son consecuencias una de la otra. Sin embargo, no se debe perder de vista que son expresiones diferentes del positivismo.

Se debe recordar que existe una versión inicial del positivismo jurídico, que Bobbio (2007) denomina formalismo jurídico, y que a veces es difícil de distinguir una de la otra. Sobre el formalismo jurídico, él sospecha “que esta expresión significa cosas muy diversas, algunas buenas, otras malas, otras, sobre todo, inevitables” (Bobbio, 2007, p. 15).

Entre estas cosas que puede significar el formalismo jurídico, desarrolla cuatro que considera centrales para su correcta comprensión, aunque advierte que no pretende que sean los únicos significados del término. 1) como una concepción formal de justicia; es decir, como una teoría de la justicia que subsume lo que es justo a lo que es conforme a la ley; 2) como una teoría particular del derecho que pretende describir

el derecho tal cual es, con una forma relativamente constante frente a un contenido generalmente variable; 3) como una ciencia formal, que tiene por objeto de estudio las calificaciones normativas de hechos; y 4) como forma de interpretación del derecho, en el sentido de un método por el cual se interpretan las leyes, dando preferencia a la interpretación lógica y sistémica, y/o función atribuida al interprete, al considerar que el juez meramente declara la ley vigente y aplicable sin crear nuevo derecho. Sin embargo, es fundamental comprender que estos cuatro significados pueden o no presentarse unidos; por ejemplo, de acuerdo con Bobbio (2007) “Kant es formalista en la definición del derecho, pero no lo es en la definición de justicia” (p. 24).

Es más, Bobbio (2007) admite que el formalismo no es la única manera de entender el positivismo jurídico y que, para caracterizar adecuadamente el positivismo jurídico, habría que tomar en cuenta tres aspectos diferentes de éste: “1) como un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia” (p. 44).

Cuando este autor se refiere al modo de acercarse al derecho, va más allá del simple uso de instrumentos o técnicas –porque, respecto al método, el positivismo jurídico no tendría ninguna característica particular–; y se preocupa también por la misma delimitación del objeto de investigación. Al referirse a la teoría da cuenta de cómo el positivismo jurídico entiende la realidad jurídica misma, dando una descripción y una explicación global de ella. Respecto a la dimensión ideológica entiende la toma de posición frente a la realidad jurídica, fundada sobre un sistema de valores (Bobbio, 2007).

Entonces, el positivismo jurídico no sería una doctrina única; y los diferentes sentidos de formalismo jurídico y de positivismo jurídico no tienen entre sí una relación necesaria o inherente; pudiendo presentarse unidos o por separado. Por lo que concluye que: 1) para describir y analizar una doctrina concreta no es suficiente describirla como

iuspositivista; sino que habría que describir sus diferentes dimensiones; y 2) que aceptar y aprobar, o descartar y condenar, alguno de estos aspectos no implica necesariamente aprobar o condenar los otros (Bobbio, 2007).

Si bien se debe tomar en cuenta que estas diferentes dimensiones y aristas del formalismo y del positivismo jurídicos son fundamentales; para el análisis de una posible compatibilidad entre el pluralismo y el positivismo jurídicos tiene mayor utilidad la dimensión teórica del mismo, pues las dimensiones metodológica, ideológica y práctica serían consecuencias de la concepción misma del derecho y del sistema jurídico que se tenga.

Asumir que no existe un único positivismo jurídico y que no todas las doctrinas positivistas lo son en las mismas dimensiones (por obvia que parezca tal primera conclusión) tiene por efecto que para discutir la relación posible entre positivismo jurídico y pluralismo jurídico no parece adecuado hacerlo en abstracto y en general, sino en concreto y en específico. Esto implica que para realizar el intento de compatibilizar ambas posturas no es suficiente hacerlo sobre la base del positivismo jurídico como una doctrina única y unidimensional, sino que debe hacerse sobre doctrinas concretas; delimitándose a autores específicos.

A tal efecto, es adecuado iniciar con autores muy influyentes en el positivismo jurídico contemporáneo, que no sólo se siguen cronológicamente, sino que siguen entre sí una secuencia lógica evidente. A tal efecto, existen tres obras ineludibles en esta primera aproximación: *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen³, *El concepto*

³ Texto publicado originalmente en alemán en 1934, y revisado en una edición expandida de 1960.

de *Derecho* de H.L.A. Hart⁴, y *El Concepto de Sistema Jurídico* de Joseph Raz⁵.

2.3. El formalismo jurídico y el pluralismo jurídico

La *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen es indudablemente una obra fundamental en el positivismo jurídico del siglo XX. Es, quizás, la obra paradigmática –aunque no necesariamente la más acabada– de esta corriente.

Entre los diferentes aspectos que fundamentan la teoría pura –como, por ejemplo, la separación entre derecho y moral, y su crítica a la definición del derecho del iusnaturalismo–, existen dos particularmente importantes respecto al pluralismo jurídico: la concepción del derecho como un fenómeno puramente coercitivo y estatal, y la concepción del orden jurídico como conjunto dinámico de normas que derivan de una única norma fundamental (Kelsen, 2012).

Respecto al concepto de derecho, Kelsen (2012) afirma que pertenece al mundo de las normas; pero que la característica que lo diferencia de otros ordenes normativos se presenta porque “en una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo” (p. 56), es decir, que el derecho se presenta como un orden necesariamente coactivo, pues si no fuese coactivo, no sería propiamente derecho. En este sentido, no se aleja del positivismo jurídico del siglo XIX, que ya entendía que la norma jurídica es una norma coercitiva. “Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza” (Kelsen, 2012, p. 59). En este sentido, la función del derecho para Kelsen (2012) es establecer un monopolio del uso de la fuerza en favor de “ciertos individuos especialmente autorizados a ese efecto” (p. 59).

⁴ Publicado originalmente en inglés en 1961.

⁵ Publicado originalmente en inglés en 1970.

Son este tipo de afirmaciones las que muchos críticos a la obra kelseniana utilizan para afirmar que el concepto de derecho de Kelsen es necesariamente estatal; en el entendido de que se asimila este monopolio del uso de la fuerza al Estado; en tanto el Estado moderno pretende, justamente, monopolizar el uso legítimo de la fuerza. Sin embargo, se debe notar que Kelsen (2012) no afirma que el Estado sea el único contexto en el que se produce un orden jurídico; es más, es explícito al afirmar que la consecuencia imputada es un acto coactivo que se llama *sanción*, y que “en el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada” (p. 56), dando a entender que otras formas de derecho tendrían otras maneras de sanción. Lastimosamente, Kelsen (2012) no desarrolla en la sección dirigida al concepto de derecho de su obra magna estas otras posibles formas de sanción en otros tipos de ordenamientos de normas; pero implícitamente muestra la posibilidad de ellos. Por el contrario, sí es cierto que parece referirse únicamente al derecho estatal en el resto de su análisis, concentrándose en aspectos formales de las reglas del derecho, aunque incluya uno que otro aspecto material.

Probablemente, la posición monista del Estado de Kelsen (2012) se expresa con más fuerza en su desarrollo de la relación entre Derecho y Estado en el Capítulo XII, en el que afirma que el Estado es un orden jurídico que regula la conducta de los hombres, aunque aclara que “El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado” (p. 150), construyéndose un orden jurídico estatal cuando se alcanza cierto grado de centralización. En este sentido, Kelsen (2012) efectivamente afirma que “en tanto no haya un orden jurídico superior al Estado, éste representa el orden o la comunidad jurídica suprema y soberana” (p. 151); pero no niega por ello la existencia de otros órdenes jurídicos al interior del ordenamiento del Estado y contenidos por él. Efectivamente la teoría del Estado de Kelsen se concentra en el nivel

Estatatal, pero no rechaza en sí misma la existencia de otros órdenes jurídicos a nivel local o sub-estatal.

Por otro lado, Kelsen (2012) sí desarrolla un breve⁶ pero interesante análisis de un orden normativo supra-estatal, en el último capítulo de su obra, al describir el Derecho Internacional, que tendría como norma fundamental “una norma que confiere la calidad de hecho creador de normas jurídicas a la costumbre resultante de la conducta recíproca de los Estados” (p. 160). En particular, de este análisis interesa como segunda conclusión que, para Kelsen, es posible que existan órdenes jurídicos no estatales en comunidades jurídicas de otra naturaleza, ya sea a nivel sub-estatal o supra-estatal.

Un siguiente punto de análisis radica en si existe o no relación entre los diferentes órdenes normativos y, de ser así, cómo sería esta relación. Esto es importante porque parece evidente que en la descripción básica de la estructura del derecho kelseniano existen diferentes órdenes jurídicos; pero si estos no se relacionan entre sí existiría una pluralidad de ordenamientos absolutamente separados, por lo que sería imposible afirmar la coexistencia real de sistemas y, con ello, de algún tipo de pluralismo jurídico. El mismo autor nos da una respuesta clara al respecto, al afirmar que a los órdenes jurídicos nacionales y el derecho internacional “es necesarios reunirlos en una construcción lógicamente

⁶ Es importante recordar que otras obras de este autor analizan con más especificidad la relación entre el derecho internacional y el estatal. Por ejemplo, en *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, publicada casi quince años antes que su *Teoría Pura del Derecho*, el autor defiende una posición monista entre ambos sistemas, con supremacía del derecho internacional. Al analizar la lógica kelseniana en el pluralismo internacional, Hjorth (2022) afirma que es posible encontrar un punto medio entre el monismo y el dualismo en el constitucionalismo pluralista en el contexto de la Unión Europea, en la que este constitucionalismo pluralista no es una pluralidad de diferentes sistemas legales, sino una constitución genuinamente pluralista.

coherente” (Kelsen, 2012, p.163), a través cierto tipo de relaciones recíprocas, ya sean de subsunción o de coordinación⁷.

De esta forma, Kelsen (2012) estaría afirmando la existencia de cierto tipo de pluralidad jurídica entre el derecho estatal nacional y el derecho internacional y, a su vez, entre los diferentes derechos nacionales; sólo que a una escala diferente de la que interesa a los autores que se centran en el pluralismo jurídico actual. Sería, entonces, una diferencia de escala, pues Kelsen (2012) pensaría en un pluralismo jurídico entre la escala global y la escala nacional⁸, mientras que el pluralismo jurídico en su versión más común lo piensa entre la escala nacional y la escala local. Como tercera conclusión, se consideran posibles las relaciones entre ordenamientos jurídicos deferentes y, por lo tanto, su coexistencia. Pero no por ello se podría afirmar que Kelsen conciba que esto sea compatible con un esquema de pluralismo jurídico subnacional; para ello se debe analizar su concepción de orden normativo unido por una única norma fundamental.

Al describir la estructura jerárquica del orden jurídico, Kelsen (2012) parte por la inevitable cuestión de si existe unidad cuando existe una pluralidad de normas jurídicas, es decir, cuándo se puede afirmar que pertenecen a un orden jurídico determinado las diferentes normas; esta cuestión la responde a través de su conocida hipótesis de la *norma fundamental*, afirmando:

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de

⁷ Kelsen (2012) analiza esta posible reunión entre el orden jurídico y el derecho internacional en el marco del debate posiciones monistas y posiciones dualistas al respecto.

⁸ Por utilizar la denominación presente en la descripción de las escalas del Derecho existente en la obra de Boaventura de Sousa Santos (2009), un autor por cierto muy querido por los defensores del pluralismo jurídico en Latinoamérica.

todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. (p. 111)

En este sentido, diferentes normas pertenecen a un mismo sistema cuando su validez puede ser subsumida, en última instancia, a la misma norma fundamental común. Cabe recordar que esta subsunción puede darse en un sentido material vinculado a su contenido, pero en el caso de las normas jurídicas esta validez no se subsume por su contenido sino formalmente cuando fue creada de una forma particular, siguiendo aquello que Dworkin (1989) denomina el *pedigree* de la norma. Este punto parece más difícil de conciliar con el pluralismo jurídico, porque en el modelo pluralista del derecho coexisten órdenes jurídicos distintos –el estatal y los no-estatales– con relaciones no subsumibles entre ellos; pero quizás sí de coordinación.

Cuando hay una negación de los otros sistemas de derecho por parte del derecho oficial existirían dos o más órdenes jurídicos completamente diferentes; cada uno con su propia norma fundamental y sin relación formal entre ellos, ni de subsunción ni de cooperación. Sin embargo, la figura cambia cuando existe un reconocimiento formal del derecho oficial –estatal– a los demás sistemas, pues al reconocerlos necesariamente debe establecer mecanismos de relación entre ellos, ya sean los de subsunción o sean los de cooperación.

Entonces, es posible que dos o más sistemas jurídicos, diferentes en sí mismos y cada uno con su propia norma fundamental, coexistan entre ellos con reconocimiento formal mutuo. Esto es una aparente imposibilidad en el modelo de Kelsen si se acepta el carácter exclusivo del Estado como productor del derecho; pero, como se mostró previamente, tal relación no es tan automática como parecía inicialmente. De esta manera, la cuestión no está en si hay una única norma fundamental, pues en una misma realidad jurídica podría coexistir una diversidad de normas fundamentales: la norma fundamental de cada ordenamiento nacional, la norma fundamental del

sistema internacional y la norma fundamental de cada otro sistema jurídico reconocido.

Cada una de estas normas fundamentales convive con las otras, sin que la validez de una dependa de otra; convivirían de forma *coordinada*. Al analizar la relación entre derecho internacional y el orden nacional, Kelsen (2012) afirma que “no hay método jurídico alguno que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro” (p. 168); y lo mismo podría suceder entre el derecho nacional y derechos indígenas reconocidos formalmente. Es decir, que en tanto afirma que “Nada impide, pues, admitir que el derecho internacional y los órdenes jurídicos nacionales forman en conjunto un sistema único” (Kelsen 2012, p. 170), se puede establecer como cuarta conclusión que, por más que tengan normas fundamentales diferentes, debido a su relación de coordinación y porque sus ámbitos de validez están jurídicamente delimitados entre sí, los diversos órdenes o sistemas jurídicos conviven positivísticamente entre sí.

Por lo descrito, se puede concluir que, una vez reconocido formalmente un sistema jurídico no-estatal no existe ningún impedimento que permita al positivismo jurídico, aún en su expresión más formalista, abarcar modelos de pluralismo jurídico. Es más, en cierta manera ya lo hace en tanto algunos ordenamientos territoriales nacionales se componen de órdenes jurídicos subnacionales unidos por subordinación; por ejemplo, en los casos de Estados independientes que se aglutinan en un mismo Estado federal, perdiendo su independencia y subordinando sus propios órganos a la Constitución federal. En este caso, la subordinación a la Constitución –y, junto con ella, a su norma fundamental que es la voluntad del primer constituyente– es producida *ex post* al unirse a la federación, aunando así dos normas fundamentales que anteriormente estaban separadas.

Esa cuarta conclusión, a su vez, abre un nuevo cuestionamiento respecto a la validez normativa del reconocimiento mutuo de los sistemas

jurídicos, pues en tanto el reconocimiento en sí mismo no establece consecuencias o sanciones, podría considerarse un elemento *jurídicamente irrelevante*. Para resolver esto, y analizar a más profundidad la posible reconciliación entre pluralismo y positivismo, es necesario apartarse del formalismo kelseniano, que sólo daría por válido el reconocimiento siempre y cuando se cumpla el mencionado *pedigree* del instrumento normativo por el cual se presente, y adentrarse en una versión del positivismo jurídico que amplíe el concepto de norma, tal como lo hace H.L.A. Hart.

2.4. El reconocimiento estatal de fuentes no estatales del derecho y la “regla de reconocimiento”

Así como se presentó la *Teoría pura del Derecho* como una obra emblemática del positivismo jurídico del siglo XX, también es necesario analizar la posibilidad del pluralismo desde la óptica del positivismo post-kelseniano. Para ello, la revisión del modelo positivista en *El concepto de derecho* de Hart es un paso fundamental.

Probablemente, el mayor impacto de esta obra de Hart radica en demostrar que la concepción de derecho expresada tradicionalmente – Hart utiliza a Austin como ejemplo de dicha concepción– como un conjunto de reglas respaldadas por amenazas debería ser puesto en duda. Jurídicamente existiría más de un tipo de regla; no sólo por la autoridad que las crea, sino también porque no todas tienen siempre el mismo carácter obligatorio; algunas sí son obligatorias en el sentido clásico, pero existen también reglas que no son necesariamente aplicadas por la fuerza. En este sentido, para Hart (2009), el carácter propio del derecho no es el acto coactivo, sino que las reglas jurídicas tienen consecuencias precisas y oficialmente organizadas, de las cuales la sanción es tan sólo una posibilidad entre varias consecuencias posibles; a partir de lo cual diferencia normas jurídicas, mandatos y órdenes. Considera así que la amenaza de la violencia presente en la

versión de Austin, aunque parece inicialmente ser fundamental, no termina de explicar el carácter jurídico, pues

Dondequiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes son generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. (p. 32)

Hart (2009) razona que esta idea de Austin es en sí misma incompleta; pero no por ello deja de ser importante a este análisis, porque se vincula directamente a su concepción de unidad del sistema jurídico: “un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de *supremacía* dentro de su territorio y de *independencia* respecto de otros sistemas ... Estas dos nociones no son tan simples como pueden parecer” (p. 31).

Según como entiende Hart la versión de Austin, la independencia y supremacía relativas serían esenciales para definir un único sistema jurídico, pues si diferentes órganos no fueran subordinados a un mismo ente supremo —una persona o cuerpo de personas que no obedece a nadie habitualmente— habría una pluralidad de sistemas. De esta forma, Austin no comparte el criterio de Kelsen bajo el cual lo que daría unidad a un sistema jurídico es una norma fundamental, acercándose más a la idea de que dicha unidad se da por *elementos supremos* y *elementos subordinados*; no en base a una norma fundamental hipotética, sino a la sumisión a un mismo ente soberano. En esta versión la soberanía, por simple que parezca, sería en última instancia el fundamento de todo sistema jurídico.

Se podría responder a esto de forma similar a cómo se ha mostrado en el subtítulo anterior: la existencia de normas fundamentales diversas no impide la construcción de un sistema único conformado por órdenes

jurídicos diferentes. Pero de esto nace la cuestión de si existe, o debe existir, un único ente o ser soberano; cuestión que podría responderse, por ejemplo, a través del rol que puede tener la Constitución como elemento de unión de la diversidad de sistemas. Este sería un debate de segundo orden, ya que la misma concepción inicial que le da nacimiento sería en sí misma objetable; por ejemplo, porque no todas las normas jurídicas nacen de un ser determinado –como es el caso de la costumbre– o porque el ente soberano puede estar en sí mismo sometido a sus mismas normas – como es el caso en cualquier contexto con un mínimo de Estado de Derecho–, por lo que el modelo basado únicamente en la soberanía requiere ciertas modificaciones.

Al desarrollar las modificaciones o correctivos que requiere el modelo de Austin, Hart (2009) afirma que se necesita “una concepción nueva de la legislación como introducción o modificación de pautas o criterios generales de conducta a ser seguidos generalmente por la sociedad” (p. 55). Estas modificaciones son, principalmente, su diferenciación de las reglas primarias y las reglas secundarias. Este segundo grupo incluye la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación, siendo esta inclusión –en particular de la regla de reconocimiento–, uno de los argumentos claves de la propuesta de su concepto de derecho como respuesta al modelo de la amenaza de la violencia para explicar el fenómeno jurídico.

Hart (2009) afirma que una sociedad sin institucionalidad jurídica de ningún tipo sería posible, pero únicamente cuando exista una estructura de reglas primarias de obligación, como en una “pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentido común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable” (p. 114) donde se pueda vivir en un régimen de reglas no oficiales con un buen resultado. Pero fuera de estas circunstancias ideales e idílicas, el control social basado únicamente en este tipo de reglas primarias sería insuficiente y defectuoso por varios motivos: en primer lugar, por la

falta de certeza de cuáles son las reglas si no existiese algún tipo de, por decirlo así, reglas que especifiquen qué es regla y qué no; en segundo lugar, por el carácter estático que tendrían estas reglas primarias de obediencia y la dificultad que se presentaría porque una sociedad no podría adaptarlas a circunstancias cambiantes; y un tercer defecto sería la difusa presión social para hacer cumplir las reglas si no existe un órgano especial con facultades explícitas y autoridad para determinar la violación a una regla.

Es precisamente por estos tres defectos que un sistema jurídico no estaría compuesto únicamente por reglas que establezcan obligaciones, complementando estas reglas primarias con reglas secundarias: El defecto producido por la falta de certeza se resuelve con lo que Hart (2009) denomina *regla de reconocimiento*, entendiendo por tal a una regla que, sea cual sea su forma de expresión, identifica qué característica debe tener una aparente regla para ser considerada tal de forma indiscutible. El remedio para la cualidad estática está en las *reglas de cambio*, que facultan a un individuo o cuerpo a introducir nuevas reglas primarias o a dejarlas sin efecto. El defecto del carácter difuso se resuelve con las *reglas de adjudicación*, que identifican a los individuos que pueden juzgar, por ejemplo, al conferir jurisdicción; pero también los procedimientos que deben seguirse.

En particular, la inclusión de otros sistemas jurídicos en paralelo al derecho oficial presenta una serie de retos concretos cuando se los analiza desde el punto de vista de las reglas secundarias: El primero de ellos, y probablemente el más crucial, se vincula a la idea de la regla de reconocimiento.

En un contexto pluralista, las reglas se vuelven más complejas. Ciertamente Hart (2009) afirma que la regla de reconocimiento puede tomar casi cualquier forma, y que cuanto más complejas son las sociedades, más detallada se vuelve ésta. En una situación de pluralismo jurídico formal existe una regla de reconocimiento

específica que determina qué normas jurídicas de otro sistema son válidas, pero también determina reglas de cambio y de adjudicación.

Por ejemplo, en el caso de la Constitución boliviana (2009), al declararse el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 30.II.4) y, como consecuencia de ello, a la Jurisdicción Indígena Originario Campesina (en adelante IOC), que implica el ejercicio “de sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades ... [aplicando] sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190.I), y a la Autonomía IOC. Tanto la Jurisdicción IOC como la Autonomía IOC implican la validez de las normas propias (regla de reconocimiento y de cambio), así como el ejercicio de funciones jurisdiccionales bajo procedimientos propios (regla de adjudicación). La dificultad radica en que las reglas secundarias expresadas así son ambiguas, porque salvo algunos límites muy generales el contenido específico de las mismas no contempla ningún lineamiento, dejándose las mismas a cada comunidad propia. Es decir, se abren de tal manera las reglas secundarias que podrían dejar de dar certeza.

Sin embargo, esta aparente ambigüedad puede ser contrapuesta con dos argumentos: Primero, porque en gran medida se considera que las comunidades indígenas se encontrarían en las condiciones en las que las reglas secundarias son menos necesarias, aunque esta concepción es un tanto idealista⁹. En segundo lugar, porque este reconocimiento no se presenta en el vacío, en el entendido de que los sistemas jurídicos de las comunidades se presentan en coordinación –y en algunos casos subordinación– a elementos externos a él, como la misma Constitución que los reconoce o los Derechos Humanos; de forma similar a los órganos estatales que se encuentran igualmente limitados por estos

⁹ Esta concepción es evidentemente ficticia, pero en cierta medida sustenta una buena parte de la bibliografía académica sobre derecho indígena en Bolivia. He trabajado anteriormente esta idea en un par de textos ya publicados.

elementos. Adicionalmente, debe mencionarse que las reglas secundarias en un contexto de pluralismo jurídico formal de tipo unitario cedidas a comunidades particulares siguen subordinadas a la voluntad unilateral del derecho oficial de legitimar o aceptar las prácticas consuetudinarias. Pero incluso en el caso de un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario se mantiene la idea de que puedan – o deban– existir límites a la vigencia del derecho indígena. Es decir, que la existencia de pluralismo jurídico no debe ser nunca entendida como una soberanía *ilimitada*, lo que coincide en gran manera con lo argumentado por Hart.

Como quinta conclusión a la posible reconciliación entre positivismo y pluralismo, se evidencia que la coexistencia de sistemas jurídicos plurales no contradice la idea misma de reglas secundarias como las propone Hart, aunque sí vuelve más compleja la determinación específica de éstas al depender las reglas de reconocimiento, modificación y adjudicación de las normas y procedimientos propios de cada comunidad jurídica reconocida. De ésta, con relación a las anteriores, se desprende una sexta conclusión: el incluir entre las reglas secundarias una apertura a otros sistemas jurídicos debe hacerse en el contexto de límites comunes y reglas de coordinación.

Sin embargo, esto deja sin resolver una cuestión que ha rondado este análisis: si reinterpretar la unicidad del sistema jurídico da lugar propiamente a considerar posible un sistema jurídico inherentemente plural, o sólo a sistemas jurídicos diferentes y separados, con únicamente relaciones de coordinación momentánea (algo así como sucede con el derecho internacional privado, en el que sin unir ordenamientos jurídicos nacionales diferentes se dan situaciones jurídicas en las que se involucra más de una soberanía legislativa). Para resolver esto, se requiere un análisis más profundo del concepto de sistema jurídico del que ofrecen Kelsen o Hart.

2.5. De la coexistencia de más de un sistema jurídico

Si bien tanto Kelsen, al referirse a los órdenes jurídicos, como Hart, al concebir un sistema jurídico como la unión de reglas primarias y secundarias, presentan una teoría del derecho positivo como sistema, sus herramientas parecen insuficientes para determinar en última instancia si un sistema jurídico puede, sin realmente dividirse en subsistemas completamente separados, ser pluralista. Responder esta siguiente cuestión requiere un análisis más detallado de una concepción positivista de sistema jurídico, como el que ofrece *El concepto de sistema jurídico* de Joseph Raz, bajo una clara influencia de la ya analizada obra de Hart; aunque en su análisis particular, además de centrarse en las obras de Austin y Kelsen, incluye a Bentham.

Raz (1986) considera que tres características importantes del derecho son ser coactivo, institucionalizado y normativo; pero no que estas características agoten la totalidad de éste. Una teoría completa del sistema jurídico debería responder cuatro cuestiones: el problema de la existencia –bajo qué criterios se determina si un sistema jurídico existe en los hechos–, el problema de la identidad –bajo qué criterios se determina a cuál sistema jurídico pertenece una determinada disposición jurídica–, el problema de la estructura –determinar si existen estructuras comunes entre los sistemas jurídicos–, y el problema del contenido –determinar si hay disposiciones comunes que se presentan en los sistemas jurídicos–. En este texto, Raz (1986) se propone dar solución a los primeros dos problemas, existencia e identidad, pues considera que son la parte necesaria de cualquier definición de sistema jurídico.

Igual que lo hizo Hart, critica la concepción de Austin de sistema jurídico basado en el concepto de soberanía; pero explicita a su vez que “Kelsen no usa ningún concepto de soberanía similar al de Austin [...]”. Sin embargo, resulta interesante que esto no le impidió adoptar una

teoría del sistema jurídico que es similar a la teoría de Austin” (Raz, 1986, p. 121). Esta similitud radicaría en que ambas posiciones consideran que la unidad del sistema jurídico reposa en un *principio de identidad* y en un *principio de independencia*. Por el contrario, Raz (1986) afirma que dichos principios, así como el *principio de eficacia*, son inconvenientes como fundamento para explicar el sistema jurídico. Razona que el principio de identidad es una consideración de origen, por el cual el sistema jurídico existe porque, en última instancia, sus componentes se subordinan a un mismo elemento: el soberano en el caso de Austin y la norma fundamental en el caso de Kelsen.

El criterio de Austin para la membresía de una disposición jurídica en un sistema es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si y sólo si fue legislada por el soberano que legisló todas las otras disposiciones de tal sistema. El criterio de Kelsen es: una disposición jurídica pertenece a un sistema si y sólo si fue creada mediante el ejercicio de facultades conferidas por la norma fundamental que confirió las facultades por las cuales todas las otras disposiciones jurídicas del sistema fueron creadas (Raz, 1986, p.124).

Raz (1986) afirma que tanto Austin como Kelsen comparten la idea de que dos normas son parte de un sistema jurídico cuando comparten una *cadena de validez*, formando así un conjunto de normas unidas a la misma raíz común. Esta idea es denominada la *arborescencia* por Raz.

El principio de *independencia* se refiere a que tanto Austin como Kelsen identifican cada disposición jurídica como una norma individualizada, como un átomo. Por el contrario, Raz (1986) afirma que en algunos casos habría que considerar las disposiciones jurídicas como parte de una norma; un ejemplo de ello es que “Kelsen no hace

justicia a las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas” (p. 147)¹⁰.

Por el contrario, Raz (1986) imagina las disposiciones jurídicas como parte de una intrincada red, en la que tienen relaciones estrechas entre sí. Por ejemplo, las disposiciones regulatorias se refieren a los deberes establecidos en las disposiciones que establecieron dichos deberes, así como su aplicación. Para entender esto, el autor presenta un ejemplo relativamente sencillo, pero ilustrativo:

Considérense, por ejemplo, disposiciones jurídicas que confieren facultades a funcionarios para casar a las personas. Estas disposiciones dependen, en cuanto a su efecto jurídico, de otras disposiciones jurídicas que crean el status de casados, esto es, disposiciones jurídicas que imponen deberes y confieren facultades a las personas casadas. Estas disposiciones que confieren facultades, a su vez, dependen, en cuanto a sus efectos jurídicos, de otras disposiciones jurídicas cuya aplicación regulan (p. 197).

Este concepto de sistema jurídico aparta a Raz de los estudios anteriores. Según él, éstos consideran que las disposiciones jurídicas son igual a normas y, por ende, los sistemas jurídicos son sistemas de normas; mientras que Raz (1986) afirma que los sistemas jurídicos son sistemas de disposiciones jurídicas, y las disposiciones jurídicas no son siempre normas. Dados por “presupuestos el contenido mínimo y complejidad mínima de los sistemas jurídicos y dado un aceptable

¹⁰ Esta crítica también la tiene Hart y, justamente por ello, propone las reglas secundarias. Curiosamente, Raz no menciona explícitamente a Hart en esta crítica a la concepción de sistema jurídico preexistente, concentrándose principalmente en Kelsen y secundariamente en Austin; aunque sí menciona que las modificaciones que propone utilizan tanto ideas de Bentham como de Hart. En capítulos posteriores sí centra su análisis en este autor, evidenciando así la fuerte influencia que tuvo en la concepción que tiene Raz de sistema jurídico.

conjunto de principios de individuación, hay en cualquier sistema jurídico algunas disposiciones que no son normas” (Raz, 1986, p. 203).

A partir de esta idea, las relaciones entre las disposiciones jurídicas pueden ser genéticas, si se ocupan de la forma en que las disposiciones jurídicas fueron creadas; u operativas, si se ocupan del efecto de las disposiciones jurídicas que existen en un determinado momento. En este sentido, la estructura genética permite identificar qué disposiciones jurídicas son, o fueron, válidas en un determinado momento y qué facultades tienen los órganos concretos para crear futuras disposiciones jurídicas; mientras que la estructura operativa de un sistema se ocupa únicamente de los efectos de las disposiciones jurídicas en tanto éstas existan y sean válidas (basándose en las relaciones punitivas y regulativas), por lo que la estructura operativa siempre se define en base a un sistema jurídico momentáneo (Raz, 1986).

Para analizar la posibilidad de un sistema jurídico que contengan pluralidad de sistemas jurídicos momentáneos a la vez –por seguir el vocabulario de Raz–, interesa especialmente el análisis del problema de la identidad, pues permite identificar a cuál sistema jurídico pertenece una determinada disposición jurídica particular y del problema de existencia, permite determinar si más de un sistema jurídico existe en una misma sociedad y qué implicaciones tendría si así fuese.

Al referirse al problema de la identidad de los sistemas jurídicos, en particular, al criterio para determinar si dos o más sistemas momentáneos pertenecen al mismo sistema jurídico, Raz (1986) rechaza que –como lo hacen Austin y Kelsen– la existencia de disposiciones jurídicas idénticas sea la prueba de que pertenezcan al mismo sistema. También rechaza como único criterio la concepción kelseniana de la continuidad constitucional; es decir, que se podría afirmar que hay un solo sistema jurídico no momentáneo cuando las

disposiciones de un sistema jurídico momentáneo distintas a las de otro, fueron creadas por la autoridad y la forma autorizada por este otro. Raz (1986) considera que esta continuidad es un criterio entre otros y, por cierto, no el más importante. Pueden existir disposiciones creadas de forma no autorizada que no irrumpen el sistema, salvo que sean disposiciones de gran importancia; porque cambios suficientemente significativos e inconstitucionales podrían modificar la identidad de la entidad social de la cual el sistema jurídico es parte.

En general, Raz (1986) considera que la mayoría de los teóricos se concentran en los creadores del derecho como criterio de identidad; es decir, que sería uno de los rasgos distintivos de los sistemas jurídicos los modos particulares de creación de las disposiciones jurídicas. Por el contrario, este autor afirma que no todo derecho es creado siempre por los órganos creadores predeterminados. Esto no pretende quitar importancia a la legislación como método creador del derecho moderno, pero no por ello es un rasgo distintivo de todos los sistemas jurídicos. Sí se podría concluir que, desde su punto de vista, “todo sistema jurídico instituye órganos aplicadores del derecho que reconocen todo el derecho del sistema” (p. 229), aunque existirían casos fronterizos.

Se concibe entonces que, en un sistema jurídico momentáneo todos los órganos, o por lo menos los órganos primarios aplicadores del derecho, reconocen el conjunto de disposiciones jurídicas. Esta perspectiva deriva en una visión que se concentra en la naturaleza institucional del derecho porque asume que los órganos jurídicos aplicadores primarios son un criterio esencial para establecer la membresía de una disposición al sistema jurídico; recordando que, al aplicar una disposición jurídica, se reconoce al menos indirecta o implícitamente a todas las disposiciones jurídicas del sistema momentáneo porque están necesariamente relacionadas entre sí. De esto se concluye que no todo sistema normativo es un sistema jurídico, pues podrían existir sistemas

normativos que no establecen órganos primarios de aplicación del derecho.

De esta forma se expresa uno de los contenidos centrales para Raz (1986): las disposiciones jurídicas son *razones para decidir* actuar o no de cierta manera. Sin embargo, apunta que no son las únicas razones, pues existen otras; por ejemplo, consideraciones de justicia.

Al analizar el problema de la membresía, Raz (1986) analiza la regla de reconocimiento hartiana, advirtiendo que esta regla sería siempre consuetudinaria y no legislada, porque existe por el hecho mismo de ser aplicada, al margen de lo que establezcan otras disposiciones. Analizando esta regla de reconocimiento, Raz concluye que debería ser interpretada como una disposición que establece deberes dirigida a los funcionarios, al indicarles cómo actuar. Por esto, la existencia de la regla de reconocimiento se determinaría por su aplicación, no de la población general, sino de los funcionarios. Sin embargo, considera que Hart no justifica de forma adecuada la existencia de una regla de reconocimiento única, porque “no es el caso de que en todo sistema jurídico haya sólo una regla de reconocimiento” (p. 239); pudiendo haber, en los hechos y el comportamiento de los funcionarios, más de una regla de reconocimiento que prescriban el reconocimiento de varios tipos de disposiciones jurídicas.

El mismo Raz (1986) afirma que existen diversos sistemas jurídicos, de los cuales el sistema jurídico estatal es tan sólo uno de ellos; en este entendido:

Los sistemas jurídicos son siempre sistemas jurídicos de formas complejas de vida social, tales como religiones, estados, regímenes, tribus, por mencionar algunos ejemplos. Los sistemas jurídicos constituyen uno, pero únicamente uno, de los rasgos definitorios de éstas” (p. 227).

Por lo expuesto, la séptima conclusión a la reconciliación entre positivismo y pluralismo implica que el positivismo aceptaría que en la vida social se presentan de manera simultánea formas complejas en las que cada una de ellas podría tener su propio sistema jurídico.

Esta concepción parece fácilmente compatible con una concepción básica necesaria para el pluralismo, que es la existencia de más de un sistema a la vez; sin embargo, no responde a la cuestión de en qué medida estos sistemas interactúan, porque esta interacción da lugar a condiciones en las que es difícil (dando como ejemplo de esto al derecho internacional privado)

Distinguir entre el reconocimiento que hace un órgano de las disposiciones de su propio sistema jurídico y el reconocimiento que hace de disposiciones jurídicas de otros sistemas jurídicos en virtud de las direcciones de sus disposiciones jurídicas. (Raz, 1986, p. 235)

El mismo Raz (1986) considera que, al analizar el problema de la existencia del sistema jurídico, además de la eficacia práctica como prueba de existencia, deben distinguirse dos preguntas: la primera con relación a si existe un sistema jurídico en una sociedad particular y la segunda vinculada a cuál sería dicho sistema jurídico que gobierna cierta sociedad en concreto. Para responder a la primera pregunta, utiliza la prueba preliminar de eficacia; pero para resolver la segunda propone una prueba adicional, que denomina la prueba de exclusión.

Esta prueba de exclusión permitiría identificar “si las reglas de una sociedad primitiva son un sistema jurídico” (Raz, 1986, p. 247). Esta prueba sería efectiva precisamente porque una sociedad “puede ser gobernada por dos sistemas jurídicos, por ejemplo, uno religioso; el otro, un sistema jurídico estatal, los cuales, aún si en algunas ocasiones entran en contradicción, son compatibles” (Raz, 1986, p. 247). Según Raz (1986), dos organizaciones sociales del mismo tipo son, en

general, excluyentes –por ejemplo, no puede haber dos sistemas jurídicos estatales a la vez–, mientras que dos organizaciones de distinto tipo sí podrían ser compatibles. La compatibilidad e incompatibilidad se vería, entonces, por el grado de conflicto entre los sistemas. La prueba de exclusión permitiría determinar cuál es el que gobierna una sociedad en el caso de que sean incompatibles. Es decir, que si los sistemas jurídicos son compatibles subsisten a la vez; pero si no lo son, la prueba de exclusión permite identificar a través de la intención de los individuos cual gobierna efectivamente una sociedad y, por tanto, descartar los sistemas incompatibles con éste.

En este sentido, como octava conclusión, se aceptaría como posible la existencia de varios sistemas jurídicos que gobiernan una misma sociedad, únicamente si estos sistemas son compatibles entre sí.

Por lo expuesto, resulta claro que no es necesaria una reinterpretación a la teoría positivista de Raz para compatibilizarla con un esquema de pluralismo jurídico; pues él mismo considera que en una sociedad pueden coexistir más de un sistema jurídico sin mayor dificultad, cuando sean compatibles o no tengan un grado de conflictividad demasiado alto. En este caso, más que una adaptación a su teoría se requiere una complementación que permita establecer criterios mínimos, a través de los cuales las conexiones entre sistemas jurídicos se desarrollen, para evitar que la conflictividad entre sistemas se ahonde en tal medida que se vuelvan incompatibles entre sí.

Este proceso de desarrollo teórico evidencia la marcada cadena de influencia entre las posturas teóricas analizadas: de Kelsen a Hart y de Hart a Raz; aunque existen diferencias fuertes en las conclusiones que se pueden obtener de un análisis de estas. Por ejemplo, se parte de una aparente negación de la diversidad de ordenamientos en Kelsen, y se termina en la aceptación de la pluralidad de sistemas normativos en una misma sociedad en Raz. Sin embargo, no por ello se califica a Raz de

no-positivista, sino al contrario, se lo suele identificar como un autor fuertemente vinculado al positivismo jurídico.

Terminada esta ruta de análisis ante la posibilidad de compatibilizar el pluralismo jurídico con las teorías de positivismo jurídico de los tres autores propuestos; se debe destacar que el universo de doctrinas positivistas es demasiado amplio para realizar una descripción exhaustiva¹¹. Sin embargo, la revisión de estos tres autores, que podrían ser calificados de positivistas jurídicos *fuertes*, parece suficiente para demostrar que, pese a que el monismo es una condición habitual del positivismo jurídico; ciertamente no es una condición necesaria del mismo. En particular, porque sin descartar la teoría del derecho y del sistema jurídico desde una perspectiva positivista, sí es posible descartar el centralismo estatal.

Aclarada esta cuestión, la siguiente labor sería proponer una teoría positivista que abarque en su explicación del derecho la condición plural de los sistemas jurídicos. Tal hazaña excede con creces el alcance de este documento; sin embargo, sí parece posible plantear una aproximación inicial a la cuestión, a ser desarrollada con mayor amplitud a futuro.

2.6. Hacia un positivismo jurídico pluralista

Metodológicamente, el positivismo jurídico propone estudiar al derecho tal cual es, y en muchas sociedades el derecho es, en los hechos, plural. Esto implica que el positivismo jurídico debe construir una teoría que, al explicar el derecho tal cual es, incluya en su estudio esta cualidad plural.

¹¹ Es más, debería también, en su momento, ampliarse a teorías y doctrinas no-positivistas para analizar la misma compatibilización. Por ejemplo, podría ser interesante analizar la posibilidad de construir un pluralismo jurídico desde el punto de vista del iusnaturalismo contemporáneo como el de Finnis; del realismo jurídico como el de Ross; o desde concepciones interpretativas del Derecho como la de Dworkin.

Esto presenta una disyuntiva, pues es fundamental diferenciar el derecho vigente en una sociedad; pero, a la vez, en dicha sociedad pueden existir diversos sistemas jurídicos en un mismo momento. Para solucionar esto, sería posible imaginar que existe en una sociedad particular un ordenamiento, no sólo de normas y disposiciones, sino de sistemas jurídicos. Estos sistemas jurídicos serían, a la vez, autónomos y conectados entre sí.

La autonomía de los sistemas se presenta porque cada uno contiene sus propios principios básicos, disposiciones jurídicas, normas jurídicas y autoridades institucionalizadas e, incluso, su propia norma fundamental y sus propias reglas de reconocimiento. La conexión se presenta porque los sistemas se relacionan estrechamente entre sí: cooperan y coordinan, pero también se contradicen y entran en conflicto.

Para describir adecuadamente esta situación, habría que imaginar el orden vigente como un archipiélago de sistemas jurídicos que tiene algún criterio de unidad. Sin embargo, este criterio de unidad no podría ser ya una cadena de validez, pues cada sistema es válido en sí mismo; entonces, la unidad se presenta de manera relacional, en tanto los sistemas tienen entre ellos reglas concretas de relación mutua. En este sentido, el ordenamiento general se convierte en un meta-sistema ordenado de relaciones entre sistemas que, a su vez, son relaciones ordenados de disposiciones. Si, como afirma Raz, cada sistema tiene arborescencia, un ordenamiento pluralista sería un bosque de sistemas, en el que éstos conviven de forma conectada, pero no dependiente entre ellos.

Esto da pie a una primera interrogante, respecto al lugar donde se expresa este conjunto de reglas de relación entre sistemas y en relación a qué rol tiene esta meta-regla; si la superposición de sistemas está en la misma sociedad y se la puede encontrar en el comportamiento e intención de los individuos –porque si no fuesen compatibles, la regla

de exclusión así lo determinaría—. Sin embargo, en las sociedades modernas jurídicamente pluralistas dichos sistemas usualmente se expresan explícitamente a partir de su reconocimiento en instrumentos normativos, típicamente a nivel constitucional dentro de cada Estado. Pero se debe aclarar que este reconocimiento no implica que la Constitución se convierta en sí misma en el criterio de unidad; sino únicamente en el medio por el cual éste se expresa.

Esto permite una novena, y de momento última, conclusión: para describir el derecho *tal cual es*, en sociedades plurales, debe construirse un positivismo jurídico integral que en sus diferentes dimensiones contemple adecuadamente las relaciones entre diversos sistemas jurídicos coexistentes. Se podría denominar a esto un positivismo jurídico pluralista.

Además, se presenta una última interrogante: cómo sería este positivismo jurídico pluralista. Pero responder esta pregunta con detalle excede por mucho las posibilidades de este primer acercamiento. Sin embargo, en base a lo analizado, se pueden presentar algunas propuestas de lo que mínimamente debería contemplar este tipo de positivismo jurídico en sus tres dimensiones principales: como una forma de concebir el derecho, como una forma de estudiarlo y como una forma de aplicarlo. Esta identificación no pretende describir con detalle la forma particular que debería tener un pluralismo jurídico positivista; sino únicamente dar tres líneas básicas que guíen un desarrollo posterior:

- a) Respecto a la concepción del derecho: sobre la base de una visión no únicamente estatal del derecho, debe apartarse de una concepción puramente legalista para construir un concepto de derecho y una teoría jurídica integrales.
- b) Respecto al estudio del derecho: sobre la base de la coexistencia de los sistemas jurídicos, debe construir un

método de acercamiento al fenómeno jurídico que le permita asimilar esta diversidad práctica de sistemas jurídicos.

- c) Respecto a la aplicación del derecho: sobre la base de archipiélagos jurídicos coexistentes, debe construir un ordenamiento meta-sistémico que estructure las relaciones de cooperación y solución de conflictos entre los sistemas, que podría expresarse inicialmente a nivel constitucional.

3. Referencias

3.1. Doctrinales

- Bobbio, N. (2007). El problema del positivismo jurídico. Fontamara.
- de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica*. Trotta.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Fabra-Zamora, J. L. (2022) The Conceptual Problems Arising from Legal Pluralism. *Canadian Journal of Law and Society*, 36(1), 155-176.
- Griffiths, J. (1986). What is Legal Pluralism?. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 18(24), 1-55.
- Harari, A. (2022) A Critical Study of Legal Positivism as a Legal System in a Pluralist Country. *Kne Social Sciences*, 7(15). 563-572.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot.
- Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *El Otro Derecho*, (26/27), 63-98.
- Hjorth, R. (2022). Kelsen's Legal Logic of International Pluralism. *Austrian Journal of Political Science*, 51(3), 62-71.
- Kelsen, H. (2012). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Mac Amhaigh, C. (2020). Does Legal Theory have a Pluralism Problem?. En B. Schiff. (Ed.), *The Oxford Handbook of Legal Pluralism*. (pp. 266-298). Oxford University Press.
- Malinowsky, B. (1985). *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Planeta de Agostini.
- Merry, S. E. (2008). Pluralismo jurídico. En *Pluralismo jurídico* (pp. 87 – 142). Pontificia Universidad Javeriana.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico*. UNAM.

- Roberts, S. (1998). Against Legal Pluralism: Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 30(42), 95 – 106.
- Sánchez-Castañeda, A. (2016). Los orígenes del pluralismo jurídico. En *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau* (T. I, pp. 471-485). UNAM.
- Serrano, O. H. (2015). Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico. *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (8), 171-187.
- Scarpelli, U. (2021). ¿Qué es el positivismo Jurídico?. Zela.
- Tamahana, B. (1993). The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, (20), 192-217.
- Wolkmer, A. C. (2006). Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del derecho. Editorial Mad.

3.2. Legales

- Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).
- Constitución Política del Estado [CPE]. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).
- Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 27 de junio de 1989.
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DADPI], 15 de junio de 2016.
- Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas [DNUDPI], 13 de septiembre de 2007.

Ponderación y diálogo intercultural. Jurisprudencia y práctica del Tribunal Constitucional Plurinacional

Intercultural Weighting and Dialogue. Jurisprudence and Practice of the Plurinational Constitutional Court

FARIT L. ROJAS TUDELA*

Recibido: 21 de julio de 2024

Aceptado: 17 de septiembre de 2024

Resumen

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha establecido mediante la Sentencia Constitucional Plurinacional (SPC) 1422/2012 y SCP 0722/2018 S4, el llamado “test del paradigma del vivir bien”, en el cual ha establecido los criterios para un diálogo e interpretación intercultural de los derechos y las condiciones para una ponderación intercultural de derechos, que presenta una apropiación de la técnica de la ponderación propia de la corriente denominada post-positivismo; sin

* Abogado, Master (M. Sc.) en Investigación Social, Doctor (Ph. D.) en Ciencias bajo la mención justicia, Doctor (Ph. D.) en Derecho Comparado y Procesos de Integración; actualmente es docente titular de Teoría General del Derecho y Pluralismo Jurídico, docente titular de Teorías de la democracia, y docente investigador titular en las materias de Derecho Constitucional, Pluralismo Jurídico e Interculturalidad en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UMSA.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8009-5841>

Contacto: faritrojas@gmail.com

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 8 N° 15, octubre 2024, pp. 51-79 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.202415107>

embargo, esta apropiación excede la matriz de racionalidad moderna de esta técnica y habilita la posibilidad de una comprensión distinta de la ponderación desde los márgenes de la llamada “traducción intercultural”. El presente artículo parte de una revisión teórica de las condiciones de la ponderación y, en particular, la ponderación intercultural, a partir de la revisión de las sentencias del TCP que han desarrollado (en parte) el “test del paradigma del vivir bien”; asimismo, los hallazgos se matizan con conversaciones que son resultado de entrevistas no estructuradas llevadas a cabo con funcionarios de la Secretaría Técnica y Descolonización del TCP, respecto al alcance y desarrollo del diálogo intercultural, que es condición necesaria para la interpretación y la ponderación intercultural.

Palabras clave: pluralismo jurídico / interpretación y ponderación intercultural / diálogo intercultural / principios de derecho propio de pueblos indígenas.

Abstract

The Plurinational Constitutional Court (TCP) has established through the Plurinational Constitutional Sentence (SPC) SCP 1422/2012 and SCP 0722/2018 S4, the so-called “test of the living well paradigm”, in which it has established the criteria for an intercultural dialogue and interpretation of rights and conditions for an intercultural weighing of rights, which presents an appropriation of the technique of weighing typical of the current called post-positivism; however this appropriation exceeds the modern rationality matrix of this technique and enables the possibility of a different understanding of the pondering from the margins of the so-called “intercultural translation”. This article is based on a theoretical review of the conditions of weighing and, in particular, intercultural weighing, based on the review of the TCP sentences that have developed (in part) the “living well paradigm test”; the findings has been also qualified with conversations which are result of unstructured interviews carried out

with officials of the TCP Technical and Decolonization Secretariat, regarding the scope and development of intercultural dialogue that is a necessary condition for intercultural interpretation and weighting.

Keywords: legal pluralism / intercultural interpretation and weighting / intercultural dialogue / principles of indigenous peoples' own law.

1. Introducción

El Derecho de postguerra, en particular la teoría del Derecho denominada post-positivismo¹, postula que el Derecho no solo está compuesto de normas regla sino también de normas principio. Aquí seguimos de manera matizada al profesor norteamericano Ronald Dworkin (2019; 2008) y al jurista alemán Robert Alexy (2019; 2013). Las llamadas normas principio son aquellas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, pero atendiendo al conjunto de posibilidades fácticas y jurídicas que lo permiten; esto supone que las normas principio deben atender a casos concretos (posibilidades o condiciones fácticas) en un diálogo constante con las otras normas jurídicas del sistema (posibilidades o condiciones jurídicas). Robert Alexy (2019; 2013) las ha denominado, en una buena parte de sus escritos, como mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en mayor o menor grado; entonces, cuando una norma principio colisiona con otra, debe operar un juicio de ponderación, esto debido a que las normas principio poseen una característica que no poseen las normas reglas: nos referimos al peso. Como señala Ronald Dworkin (2019), una norma principio tienen una dimensión de peso que se observa cuando colisionan; entonces, a una de ellas, dependiendo de las condiciones fácticas y jurídicas, el juez o tribunal le atribuye un peso relativo. Alexy (2019) añade a esta caracterización una máxima de la ponderación que se formula como

¹ Respecto al post positivismo puede revisarse el debate Atienza versus García Amado (Atienza & García Amado, 2021).

sigue: *cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de la afectación del principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*. Esta máxima es también conocida como principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues otorga un razonamiento o justificación para esta asignación de peso. Entonces, las normas principio poseen una dimensión de peso y precisan por lo tanto ser ponderadas bajo criterios de justicia, de estándar más alto de derechos y de aplicación preferente.

La forma de resolver estos conflictos, que se desarrolla generalmente entre normas constitucionales que suelen ser las llamadas normas principio, recibe el nombre de juicio de ponderación o proporcionalidad. Lo que caracteriza a la ponderación es que con ella no se logra una respuesta definitiva para todo supuesto de conflicto, sino que se logra solo una respuesta aplicable al caso concreto que no excluye la posibilidad de una solución diferente en otro caso en el que se encuentren en conflicto las mismas normas; se trata en realidad de una jerarquía móvil² que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los derechos en conflicto sino a su parcial inaplicabilidad en el caso concreto.

En los juicios de ponderación podemos distinguir cuatro fases o etapas. Primera fase o etapa: el juez o tribunal debe comprobar que lo que está en juicio trata sobre intereses constitucionalmente legítimos, pues si no lo fueran no habría nada que ponderar. Segunda fase o etapa: se requiere analizar si la oposición de derechos (también llamados normas principio) requiere de la intervención del juez o tribunal para su resolución. Tercera fase o etapa: se analiza si para este caso no existe otra medida que, obteniendo la misma finalidad perseguida, resulte menos gravosa. Finalmente, la cuarta etapa es el juicio de ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor

² La referencia a la noción de jerarquía móvil se encuentra en una parte de los escritos de Riccardo Guastini (2016; 2014).

debe ser la importancia del cumplimiento del otro. Dicho en otras palabras, es preciso valorar el grado de afectación o lesión de un derecho, el grado de urgencia o importancia en la satisfacción del otro, y a la luz de estos resultados dar una respuesta, pero solo aplicable al caso concreto.

El llamado juicio de ponderación opera al interior del discurso moderno del Derecho, en el entendimiento de que opone normas principio o derechos propios de la cultura occidental del Derecho. Sin embargo ¿qué sucede, en la práctica del pluralismo jurídico, cuando principios y normas del derecho propio de pueblos indígenas colisionan con normas y principios del derecho occidental? Esta es la pregunta que se pretende responder en este breve ensayo, a la vez que se busca caracterizar una noción de diálogo intercultural necesaria para una ponderación intercultural de derechos de matrices civilizatorias distintas.

2. Marco teórico y estado del arte

El debate sobre la ponderación (Atienza & García Amado, 2021; Ferrajoli, 2012) no ha considerado a la llamada ponderación intercultural, en tanto el mismo se ha desarrollado en los márgenes de la argumentación jurídica con una clara influencia del constitucionalismo continental, en la que existen escasas menciones al constitucionalismo latinoamericano. Por otro lado, el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano (Martínez Dalmau, Storini & Viciano Pastor, 2021) se ha concentrado en caracterizar a este nuevo constitucionalismo como resultado de complejos procesos constituyentes democráticos y, en particular, en acentuar la garantía de los derechos, el pluralismo jurídico, los diálogos de paz y los derechos de la naturaleza.

Un tratamiento más cercano al nuestro se encuentra en los trabajos del profesor portugués Boaventura de Sousa Santos (2009; 2014) que junto

a las llamadas sociologías de las ausencias y de las emergencias ha tematizado la ecología de los saberes y la traducción intercultural, además de realizar críticas al constitucionalismo occidental desde la experiencia constitucional del Sur Global (de Sousa Santos, Araújo & Aragón Andrade, 2021).

La traducción intercultural se fundamenta en la llamada hermenéutica diatópica planteada por el catalán Raimon Panikkar (2007). Para comprender la traducción intercultural es necesario prestar atención a la llamada "sociología de las ausencias", una práctica de saber que trata de transformar objetos imposibles en objetos posibles, es decir, recuperar los saberes que existen, que hay, pero que se encuentran invisibilizados por la instancia jerárquica de la ciencia. Junto a la sociología de las ausencias se encuentra la "sociología de las emergencias", la cual presenta un proyecto de ampliación de saberes, que supere el estado estático del pensamiento occidental. Todo esto nos debería llevar a la llamada "ecología de los saberes", un estado en el que la complementariedad de los conocimientos nos lleve a aceptar que existe más de una forma de conocimiento y de ignorancia, y en consecuencia más de una matriz civilizatoria (de Sousa Santos, 2009; 2014).

La "ecología de saberes" comienza con la asunción de que todas las prácticas de relaciones entre los seres humanos, así como entre los seres humanos y la naturaleza, implican más de una forma de conocimiento y, por ello, de ignorancia. Los saberes de una cultura, así sea la occidental que se precia de saberes científicos, son solo una parte de los saberes del mundo (de Sousa Santos, 2009; 2014)

La traducción intercultural es un procedimiento que permite la realización de la ecología de saberes. La traducción permite observar la complementariedad de las prácticas y en consecuencia de los saberes. La traducción intercultural se refiere a la posibilidad de crear conocimiento recíproco entre las experiencias del mundo y de las matrices civilizatorias. Se trata de una traducción de saberes, es decir,

ir más allá de un trabajo de interpretación entre dos o más culturas, para comprender en sí la manera en la que la cultura mira, observa y lleva a cabo esa práctica de saberes.

Para de Sousa Santos (2009; 2014) se debe partir de la afirmación de que las culturas son incompletas, es decir, toda cultura es sólo una versión, una faz de las posibilidades humanas y, por tanto, toda cultura puede enriquecerse en el diálogo y en la confrontación con otras culturas. Esta sería la intención de una traducción intercultural, en la que no se traduce únicamente la práctica, sino que también se trata de traducir la subjetividad que lleva a cabo la práctica, el marco categorial con el que comprende la práctica, la forma de humanidad que se encuentra detrás de los saberes y prácticas.

La traducción intercultural permite enriquecer los conocimientos, los saberes y, ante todo, iniciar un diálogo, una confrontación que posibilita mirar los límites de nuestra cultura y apreciar los saberes y las prácticas de otras culturas.

Sin embargo, de Sousa Santos no ingresa a determinar una posible ponderación intercultural entre derechos y principios de dos matrices civilizatorias distintas, elemento que sí es posible encontrar en una parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), en particular, en el desarrollo del llamado “test del vivir bien” y en algunas sentencias que han desarrollado un diálogo intercultural de saberes, tanto de la tradición occidental (Derecho continental) como del Derecho propio de pueblos indígenas.

3. Metodología

En el desarrollo de este ensayo académico se ha optado por el método dogmático jurídico que reúne tres formantes clásicos: la doctrina, la norma y la jurisprudencia (Courtis, 2006).

Un formante puede referirse a fuentes legales y fuentes *extra ordinem*; asimismo, la noción de formantes refiere a "todo" lo que contribuye a formar, a generar, un orden jurídico; y este "todo" excede la comprensión del texto jurídico, la doctrina y la jurisprudencia –la lista de formantes clásicos– y se abre la disputa por el sentido del derecho en la noción de interpretación (Pegoraro & Rinella, 2016).

En consecuencia, revisamos la doctrina respecto al pluralismo jurídico, la norma respecto a lo establecido en la Constitución Política del Estado ([CPE] 2009) sobre la jurisdicción indígena originaria campesina, el pluralismo jurídico y las atribuciones del TCP, así como el carácter vinculante de sus resoluciones y sentencias. Y respecto a jurisprudencia revisamos las sentencias que han llevado a la práctica la interpretación intercultural del derecho y, en particular, las sentencias en las que ha llevado a la práctica la ponderación intercultural.

Pese a ser una investigación dogmática jurídica, se han matizado los hallazgos jurisprudenciales con diálogos llevados a cabo con la Secretaría Técnica y Descolonización del TCP, lo cual abre una técnica propia de estudios cualitativos, pero solo para comentar y dar mayores argumentos a los hallazgos jurisprudenciales.

4. Resultados

El TCP puede revisar las resoluciones de la jurisdicción indígena originaria campesina si se presume que las mismas vulneran derechos y garantías o ingresan en un conflicto de competencias con las otras jurisdicciones (la ordinaria y la agroambiental); sin embargo, la participación del TCP no pretende subordinar a la jurisdicción indígena originaria campesina, sino crear un derecho plural o plurinacional. Para realizar esta labor, el TCP ha realizado en muchas de sus sentencias una interpretación intercultural de los derechos humanos; al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012 (reiterada por la SCP 0722/2018 S4) explícita de

manera completa el paradigma del vivir bien como pauta de interpretación intercultural y desarrolla las nociones de ponderación intercultural. El TCP señala cuatro parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable, que en conjunto constituyen el *test del paradigma del vivir bien*. A partir de este test, los derechos fundamentales y los derechos humanos se reinterpretan y, con ello, se busca otorgar a los mismos la dimensión que precisan para su diálogo con la realidad y práctica de los pueblos indígenas. Debido a su importancia, copiamos íntegramente –pese a su extensión– la explicación del referido test, a continuación:

El paradigma del vivir bien somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la armonía axiomática implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesina, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en

caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesina, para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática.

En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intercultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia.

Asimismo, se establece que para el tercer elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá verificar que la decisión emanada de la jurisdicción indígena originaria campesina sea acorde con los ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados [*sic*] por la comunidad, de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

Como cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad deberá establecer la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesina, en este caso, se deberá ponderar la

naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para -en el marco de la inter e intra culturalidad-, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada.

La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos.

En ese orden de ideas, los derechos fundamentales en contextos inter e intra culturales, podrán ser tutelados por el control plural de constitucionalidad; en ese orden, su interpretación deberá ser realizada a la luz de una pauta específica de interpretación inter e intra cultural: El paradigma del vivir bien, a cuyo efecto y a través del test precedentemente desarrollado, los derechos fundamentales en el ámbito de la jurisdicción indígena originaria campesina, tendrán plena eficacia, consolidando así una verdadera armonía y paz social. (SCP 1422/2012, § IV.5.)

Cabe señalar que en el desarrollo del proceso constituyente boliviano (2006-2007) se habló de una interpretación intercultural de los derechos humanos. Esta referencia sería sólo una curiosidad sociológica, sin embargo, la CPE (2009) vigente, en su art. 196.II, señala que, en su función interpretativa, el TCP aplicará como criterio

de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones³.

Se debe enfatizar que el pluralismo jurídico en Bolivia supone y connota la existencia previa de pueblos indígenas (CPE, 2009, art. 2); esto quiere decir, existencia previa de comunidades de derechos que provienen de diferentes matrices culturales y de cosmovisiones diversas, lo que nos permite aseverar que hay más de una comunidad que piensa los derechos.

Entonces, tenemos principios y valores propios de pueblos indígenas, es decir, principios y valores que son parte del derecho y de los procedimientos propios de los pueblos y naciones indígena originario campesinos.

¿Cuáles son estos principios y valores propios que otorgan un marco axiomático propio? La CPE (2009) anota algunos y los refiere como los valores y principios de la sociedad plural:

Artículo 8.

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

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y

³ En el Proyecto de CPE aprobado en grande en Chuquisaca en noviembre de 2007 se puede encontrar el art. 199.II que señala: “II. La jurisdicción indígena originaria campesina respetará los derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, *interpretados interculturalmente* [el resaltado es nuestro]” (Proyecto de CPE, 2007).

redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.
(art. 8)

Para comprender la irradiación de los principios, generalmente se refiere a la diferencia entre normas principio y normas regla de una Constitución. En esta explicación se recurre a los debates contemporáneos sobre los contenidos de la Constitución; así el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky (2019) señala que:

La constitución no sólo contiene normas sino también, y sobre todo, principios constitucionales. Las características de estos principios que aquí intentamos aclarar sintéticamente explican por qué su aplicación no puede ser concebida como actividad puramente técnica y mecánica, por parte de un juez ... las reglas son prescripciones de acciones, los principios son calificaciones de bienes (o de males) mediante adjetivos que indican, por decirlo así, su status jurídico. (pp. 319-320)

Esta referencia a Zagrebelsky, en una explicación de principios y valores de pueblos y naciones indígenas podría ser contraintuitiva en la medida en la que se recurre a un profesor italiano para llevar a cabo un contexto de la aplicabilidad de los principios no occidentales de pueblos indígenas, pero es el mismo TCP el que ha referido a Zagrebelsky para generar los marcos de comprensión de los principios constitucionales incluidos en el art. 8 de la CPE (2009); así en una de las sentencias icónicas del TCP, SCP 0112/2012 de 27 de abril de 2012, se señala que:

La Constitución de 2009 supone un tránsito del Estado legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, o lo que es lo mismo, del Positivismo jurídico (legalismo) al neoconstitucionalismo o constitucionalismo fuerte...

Existe un tránsito en la concepción de la Constitución. De la reducción al carácter político -no normativo- de la Constitución al

carácter normativo de la Constitución (Estado Constitucional de Derecho) ...

Entonces la supremacía de la Constitución normativa que fundamenta la validez de todo el sistema jurídico plural de normas que la integra (art. 410.II de la CPE), no es per se (un mero asunto de jerarquías y competencias-pertenencia formal) sino porque está cargada de normas constitucionales-principios que son los valores, principios, derechos y garantías plurales que coexisten, que conviven como expresión de su “base material pluralista” y se comunican entre sí como expresión de su “base intercultural” y son los que informan el orden constitucional y legal, sin renunciar a su contenido de unidad (art. 2 de la CPE) ...

Por cuanto, lo que esencialmente diferencia a las normas constitucionales de las otras leyes, es que las primeras son prevalentemente normas constitucionales-principios (entiéndase por ello a la pluralidad de valores supremos, principios constitucionales, derechos fundamentales y garantías constitucionales) y supletoriamente normas constitucionales-reglas ...

Las normas constitucionales-principios, establecidos en la Constitución, son las que influirán en el significado jurídico de las normas constitucionales-reglas y normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) y no viceversa, o lo que es lo mismo, las segundas y terceras deben adaptarse a las primeras para que exista coherencia del sistema, en razón a que *-como sostiene Gustavo Zagrebelsky- “sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir ‘constitutivo’ del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan”* [el resaltado es nuestro].

Si esto es así, en la construcción judicial del nuevo derecho boliviano antes de mirarse a las normas constitucionales-reglas o las normas legales-reglas (contenidas en las leyes, códigos sustantivos y procesales) no debe perderse de vista a las normas constitucionales-principios. Estas últimas con ojos de constructor jurídico, por cuanto si bien *están formuladas de modo expreso en la Constitución, verbigracia el caso de los principios ético-morales de la sociedad plural (art. 8.I de la CPE), los valores del Estado plurinacional (art. 8.II de la misma norma)* [el resaltado es nuestro], etc., tarea que ya la hizo el legislador constituyente de composición plurinacional, ello no quita que pueden ser desarrollados, judicialmente a partir de su texto, como labor que ahora le compete a los jueces en sus diferentes roles. (§ III.1.1.)

Los principios ético morales de la sociedad plural referidos en el art. 8 de la CPE boliviana de 2009 parte señalando a la triada *ama quilla, ama llulla* y *ama suwa* (no seas flojo, mentiroso ni ladrón). Según lo explicitan los informes de la Secretaría Técnica y Descolonización del TCP, existe en sí una relación entre las tres máximas bajo el siguiente razonamiento: *si eres flojo necesitarás robar y para justificar esta acción necesitarás mentir, por ello en la aplicación comunal se entiende a la triada como Ama quillakasunchu (no seamos flojos), Ama llullakasunchu (no seamos mentirosos), Ama suwakasuchu (no seamos ladrones), no es posible comprender esta triada de manera aislada (o chu'lla, es decir solitaria)*⁴ (comunicación personal, 18-19 de julio de 2023), . La transformación de los principios ético morales del singular (no seas) al plural (no seamos) configuran en sí la práctica comunal de la triada quechua con la que se abre el art. 8 de la CPE (2009).

⁴ Información otorgada por la Secretaria Técnica y Descolonización en reunión de los días 18 y 19 de julio de 2023, ciudad de Sucre (Bolivia), en instalaciones del TCP.

La influencia de estas interpretaciones de la Unidad de descolonización del TCP sobre la triada quechua se la puede encontrar en la sentencia SCP 0951/2012 de 22 de agosto de 2012 (TCP), que señala:

El Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, asume y promueve los principios ancestrales pertenecientes a la cultura quechua-aymara, entre ellos: Ama quilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso, ni seas ladrón), en aymara: Jan jairamti, jan lonthatasimti, jan q´arimti, trilogía inseparable en su composición, no es posible comprender por separado; sin embargo, por la técnica jurídica individualizada “Ch´ulla”, para aplicar al caso concreto, desarrollaremos la misma, de conformidad al Código de Procedimiento Constitucional, cuyo art. 3.8, dispone que las sentencias constitucionales deben estar redactadas de forma sencilla y fácilmente comprensible para la sociedad ...

Se debe tener presente, que la trilogía, es un constructo filosófico de los antepasados; en este sentido, encuentra su explicación ponencial bajo el siguiente razonamiento; Ama Qhilla, no seas flojo, *si eres haragán necesitarás robar para alimentarte (Ama Suwa), para justificar el robo de tus alimentos, necesitaras mentir, (Ama Llulla)* [el resaltado es nuestro]; explicación escueta, cuyo pensamiento filosófico, implicaría la redacción de varias páginas; no obstante, a modo de adelantar su comprensión, describimos el pilar del Ama Suwa, cuyo alcance, no solamente hace referencia al robo patrimonial, como establece la norma ordinaria, el robo también en la cultura ancestral, tiene su alcance al aspecto inmaterial, por ejemplo, “el robo del tiempo”, cuando el interlocutor sin que exista un motivo fundado, causa perjuicio al otro laborioso, ha incurrido en el robo de su tiempo destinado a realizar una actividad específica, a igual tiempo, no sólo le ha robado tiempo al otro, también se ha robado a sí mismo, al haber desgastado su tiempo en actividades fútiles en horas de

producción, entonces el Ama Suwa se debe comprender en un espectro amplio y no limitante; del mismo modo, Ama Llulla, no sea mentiroso, no mientas a los otros sobre tu realidad ni te mientas a ti mismo sobre tu propia realidad; en otras palabras no se debe fingir estar bien, cuando lo correcto es decir la verdad sobre la realidad de otros y la tuya, que también es de todos; finalmente, el Ama Qhilla, la flojera, considerada como una enfermedad, no es natural que un hombre sano, tenga flojera, el ser humano por naturaleza es dinámico, realiza actividades desde que se despierta hasta que se duerme; consecuentemente, el no realizar una actividad productiva perjudica a su vida y a la vida de los demás, la responsabilidad tiene mayor trascendencia, cuando se trata de un servidor público, quien no solamente perjudica con su proceder ocioso, a su propio lugar de trabajo, sino también perjudica a los justiciables. (§ III.4.)

La sentencia SCP 0951/2012 (TCP) se refiere en el fondo a la falta de celeridad procesal y a la vulneración de derechos por la retardación de justicia, por ello su énfasis en la conducta de los servidores públicos, como los jueces.

Posterior a la triada quechua se menciona una de las categorías más ricas y complejas que presenta la CPE boliviana de 2009 y que es transversal en sí al texto constitucional boliviano, nos referimos al término *suma qamaña* (*suma*: plenitud, *qamaña*: convivir), el cual nos remite a la idea de vivir en armonía con la comunidad; se trata también de un valor colectivo o comunitario.

Al respecto, el TCP ha señalado en su jurisprudencia algunos desarrollos de la noción de vivir bien; una de ellas la encontramos en las sentencias SCP 0890/2013 y SCP 0260/2014, que señalan:

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: es un vivir bien en condición de familia, en condición de "hogar familia", no es un vivir bien individual, es un vivir comunitario familiar. (SCP 0890/2013)

El suma qamaña puede ser comprendido bajo una triple dimensión: como principio, valor y fin, constructo que se deduce del art. 8.I de la Ley Fundamental. En su dimensión de principio, 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.

El suma qamaña, desde una traducción literal, ha sido entendido como el vivir en paz, vivir a gusto, vivir nomás dulcemente ... el suma qamaña es cualificado por el sumaj; es decir, no se trata de un vivir cualquiera, sino de lo cualitativo del vivir, es un vivir completo, como normatividad inherente al mismo hecho de vivir, como verdaderos seres humanos. El suma qamaña supera así lo individual, porque el suma es algo colectivo, comunitario; es decir, es todos, no uno. El suma qamaña implica entonces recuperar nuestro horizonte de sentido ... implica recuperar nuestro pasado, dotando de contenido al presente, desde la potenciación del pasado como memoria actuante con proyección hacia el futuro.

El suma qamaña, es la "filosofía de la vivencia cósmica" de los pueblos ancestrales, que hace referencia no sólo a la vida biológica del ser natural, sino también a la vida espiritual, económica, social, cultural, etc., en sus diferentes dimensiones. Además, no sólo se refiere al ser humano, sino también se incluye en esta filosofía de vivencia conjunta y compleja, a otros seres como los animales, vegetales, cerros, agua, etc. El suma qamaña, es entendido como una "filosofía de convivencia colectiva",

pacífica, armónica, consustancial al entorno que es parte del todo y en similar dimensión es definido por la filosofía del pueblo quechua como el *sumajkawsay* y/o *qhapajñan*. (SCP 0260/2014)

La complejidad de la noción de vivir bien o *suma qamaña* remite a un principio y valor colectivo, en la que la no realización o afectación del vivir bien o *suma qamaña* no es individual sino colectivo y comunitario.

Junto al *suma qamaña* se encuentra, en el art. 8.I del CPE, la expresión guaraní *ñandereko* (vida armoniosa) que se traduce *nuestra cultura, nuestra condición de vida*, según la publicación del PADEP/GTZ (2008) titulado *Ñande Reko. La comprensión guaraní de la vida buena*; se señala:

Entendemos por *Ñande Reko* el significado que le daba Montoya en su Tesoro de la Lengua Guaraní (1639): Modo de ser, modo de estar, sistema, ley, cultura, norma, comportamiento, hábito, condición, costumbre. En esta concepción se encuentra la quintaesencia de su comprensión de la calidad de vida. (p. 107)

Asimismo, junto a *ñandereko* se encuentra otra expresión guaraní denominada *teko kavi* que suele traducirse como buenas costumbres, Elio Ortiz y Elías Caurey (2011) en su *Diccionario etimológico y etnográfico de la lengua guaraní hablada en Bolivia* señalan que *teko kavi* supone respetar la vida buena en plena armonía con el entorno tanto humano como no humano.

Finalmente, la última expresión guaraní que se encuentra en el art. 8.I (CPE, 2009), es *Ivi maraie* que suele traducirse como *no avergonzarse de lo dulce que es la tierra* (Ortiz & Caurey, 2011) y que la Constitución lo traduce como tierra sin mal. La llamada tierra sin mal es también vista como un relato de los orígenes, una mitología como lo señala Isabel Combès y Diego Villar (2013).

Y como cierre y colofón del art. 8.I (CPE, 2009) se hace referencia al valor denominado *Qhapaj Ñan*, traducido del quechua como camino o vida noble. La Secretaría Técnica de la Unidad de Descolonización nos manifestó que *cuando acontece un conflicto en la comunidad se genera la ruptura de este principio. Lo que se busca es la restitución del equilibrio, es decir el retorno al qhapaj ñan*⁵ (comunicación personal, 18-19 de julio de 2023).

En la Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) 0130/2017 de 29 de noviembre de 2017, el TCP refiere lo siguiente:

En la cosmovisión de las naciones y pueblo indígena originario campesinos, el “qhapaq ñan” también llamado “sara thaki” en tierras altas en la región de habla aymara, simboliza el camino que toda persona debe recorrer en su vida personal y pública, desempeñando desde los cargos de responsabilidad menores hasta los cargos más altos buscando convivir en armonía y equilibrio, con responsabilidad y sabiduría, es decir, con nobleza. En esta cosmovisión telúrico-cósmico, el ser humano, “jaqi/runa” en su tránsito vital, recurre a los principios exhortativos imperativos como el “ama qhilla, ama llulla y ama suwa” (no seas flojo, no seas mentiroso y no seas ladrón), que son los principios y valores rectores básicos del “qhapaq ñan”.

No obstante, la contravención a estos principios simboliza apartarse del camino; consecuentemente, ocasiona el desequilibrio del sistema integral de la vida. Dicho de otra manera, una transgresión a los principios y valores en una comunidad se genera un estado de caos y conflicto que no solo afecta a las partes involucradas, sino también a la naturaleza, ocasionando la mach’a, llaki, tuta (sequía, tristeza, oscuridad). Por tanto, el rol que

⁵ Información otorgada por la Secretaría Técnica de la Unidad de Descolonización en reunión de los días 18 y 19 de julio de 2023, ciudad de Sucre (Bolivia), en instalaciones del TCP.

desempeñan las autoridades indígena originaria campesinas es reparar este desequilibrio e implica restituir o retornar al “qhapaq ñan” o “sara thakhi”. Es decir, se trata de otra visión de justicia que no solo se concentra en la eliminación de las causas del conflicto, sino también en la restitución del estado de armonía de la comunidad. (DCP 0130/2017)

En el extracto de la DCP 0130/2017 se menciona al conflicto que genera el *mach'a* o desequilibrio, y para la Secretaría Técnica de la Unidad de Descolonización del TCP *el mach'a afecta el vivir bien tanto individual como comunitario, en esa medida se fragmenta al ayllu o comunidad y las acciones de las autoridades indígenas es la de restaurar el equilibrio del suma qamaña, es decir, volver al thaki o qhapaj ñan, lo cual supone volver al camino del bienestar del hombre y su entorno, no solo humano pues todo se encuentra interconectado*⁶ (comunicación personal, 18-19 de julio de 2023).

En consecuencia, cuando nos referimos al test del vivir bien, desarrollado en las sentencias SCP 1422/2012 (reiterada por la SCP 0722/2018 S4), se busca un retorno a una armonía axiomática, una armonía de lo valioso, a través de la ponderación intercultural e intracultural que supone *cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, con sus ritualismos armónicos, en busca de justificar que la decisión fue absolutamente necesaria en el marco inter e intra cultural para resguardar estos bienes superiores.*

⁶ Información otorgada por la Secretaria Técnica de la Unidad de Descolonización en reunión de los días 18 y 19 de julio de 2023, ciudad de Sucre (Bolivia), en instalaciones del TCP.

5. Discusión

En base a los hallazgos jurisprudenciales se puede caracterizar al diálogo intercultural como un proceso mediante el cual individuos o grupos de diferentes culturas se reconocen como legítimos otros y se comunican entre sí para comprender y respetar sus similitudes culturales, y comprender y respetar sus diferencias culturales. El diálogo intercultural es uno de mutuo enriquecimiento, pues en él no se busca conquistar al otro, sino abrirse a él, sin el temor a perder posiciones propias, sino con el convencimiento de que todas las posiciones se verán enriquecidas después de llevado a cabo el diálogo intercultural.

El diálogo, en tanto proceso, como el término lo deja ver, es trascender el *logos*, es decir, *dia-logos*: pasar a través del *logos*, servirse de él, para ir más allá del *logos* y abrirse a la comprensión cultural otra en la que emergerá el otro como legítimo otro. Este es el punto de partida que supone la aceptación de que ninguno de los interlocutores es autosuficiente, perfecto y completo, es decir, se trata de una suspensión momentánea de las relaciones de poder.

El siguiente paso en este proceso es la llamada traducción intercultural o hermenéutica diatópica, que permite inteligibilidad mutua. Esta traducción o reflexión hermenéutica parte de la consciencia de que el mundo de la vida o la cosmovisión de una cultura no puede comprenderse con los instrumentos de comprensión de una de las culturas; entonces, se llega a aceptar que el marco interpretativo monocultural no basta, es insuficiente y debe abrirse a un marco interpretativo intercultural, es decir, con la otra cultura.

Decir "con la otra cultura" es poner en contacto mundos de la vida o cosmovisiones humanas, muchas veces, completamente diferentes. Entonces, para lograr inteligibilidad mutua no basta con la supuesta objetividad del *logos* y, en consecuencia, una vez más debemos pasar a través del *logos* –*dia-logos*– para llegar al encuentro con la otra

subjetividad que visibiliza el *logos* objetivo; es decir, debemos llegar al sentir-pensar del otro, desde el cual se entiende el *logos*. Esto supone afectar la subjetividad de los interlocutores y descentrar a los traductores para pasar de una traducción cultural como apropiación de una cultura –generalmente dejando de lado lo que no es traducible– a una traducción intercultural en la que los equívocos y las ambivalencias, pero también las equivalencias funcionales, se hacen presentes como praxis política de enriquecimiento y transformación mutua.

En el diálogo intercultural el equívoco y la ambivalencia presentan la diferencia cultural en perspectiva, como una zona de contacto entre culturas. Entonces se pueden comunicar la diferencia y la ambivalencia, en vez de silenciarlas, dando por supuesta la univocidad o el significado único y determinado. Sin embargo, en el diálogo intercultural también encontramos equivalencias funcionales (equivalentes homeomórficos e intereses isomorfos), en las que es posible que ni la significación ni la función sean las mismas entre culturas, pero que puedan ser similares y ser un punto de contacto para la comprensión e inteligibilidad mutua. Por ello, el diálogo intercultural no busca lograr la completitud de la comunicación sino la máxima comprensión y consciencia de una incompletitud mutua y recíproca.

Pese al equívoco y las ambivalencias, el diálogo intercultural entre comunidades, mundos de la vida y cosmovisiones, puede llevarnos a un acuerdo, es decir, a la creación de una comunidad de comunidades. La comunidad de comunidades no sería una síntesis, tampoco una construcción de una comunidad que elimine las comunidades que la constituyen, sino una comunidad que se acerca al diálogo en base a las coincidencias isomorfas, es decir, las equivalencias funcionales, sin llegar a una síntesis. Es, si se desea una caracterización, una comunidad sin comunidad, que descentra la posibilidad de ser una comunidad realizada de manera definitiva y permite, a la vez, que cada comunidad

cultural que participa en este acuerdo conserve sus diferencias constitutivas.

El diálogo intercultural se centra en la comunicación y la interacción entre seres humanos de diferentes culturas y, como vimos, se basa en el reconocimiento y el respeto recíproco de la diversidad cultural. Este diálogo puede tener lugar en una variedad de contextos; muchas de las investigaciones que se han desarrollado han evidenciado su utilidad en los ámbitos religiosos, educativos, políticos y jurídicos (de Sousa Santos, 2009; Panikkar, 2007). Justamente, donde se convierte en una herramienta necesaria y fundamental es en el campo del pluralismo jurídico y político de un Estado Plurinacional Comunitario.

En definitiva, el diálogo intercultural es una herramienta fundamental para fomentar la convivencia pacífica, la armonía de las diferencias y la cooperación entre las culturas del mundo, y es la condición previa para la interpretación y la ponderación intercultural. La experiencia del TCP y el trabajo de la Secretaría Técnica y Descolonización de éste ha generado los materiales para empezar una exploración teórica y epistemológica sobre las dimensiones de lo plurinacional en la aplicación del Derecho.

6. Conclusiones

La ponderación supone la puesta en escena de un diálogo entre principios, cuestiones fácticas y cuestiones jurídicas, que se desarrolla bajo una misma episteme que podemos denominarla, provisionalmente, episteme occidental. La ponderación, en consecuencia, es parte de un diálogo racional moderno en el que el estatus y naturaleza de los principios no es tematizada, es decir, comportan supuestos racionales y no racionales propios de una práctica jurídica occidental que la asumimos sin cuestionarla en tanto vivimos en ella; es parte de nuestro mundo de la vida, como lo diría Habermas (2008).

Sin embargo, cuando nos encontramos inmersos en un encuentro de mundos y cosmovisiones, la ponderación de principios supone la puesta en escena de un diálogo intercultural; en este caso, pasamos a reconocer que nuestras percepciones del mundo y sus cuestiones (fácticas, morales y jurídicas) dependen de nuestra cosmovisión. Es por ello que el constituyente boliviano fue cauteloso al señalar en el numeral 14 del parágrafo II del art. 30 de la CPE (2009), que los pueblos indígenas tienen el derecho a *ejercer sus sistemas políticos, económicos y jurídicos acorde a su cosmovisión*.

En consecuencia, la cosmovisión viene a ser algo parecido al mundo de la vida, es decir, el mundo en el que los pueblos indígenas no tematizan sus principios, ni la naturaleza o racionalidad de los mismos, pues simplemente viven inmersos en ellos. En este sentido podemos decir que, cuando ingresan en tensión principios de pueblos indígenas, opera una ponderación intracultural. Es más, podríamos decir que, toda ponderación que se da al interior de una cultura (de una cosmovisión), es una ponderación intracultural. Pero cuando el conflicto o tensión se da entre principios de diferentes matrices culturales, es decir, de diferentes cosmovisiones, se debe operar con una ponderación intercultural.

El TCP, en su sentencia SCP 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012, explicita de manera completa el *paradigma del vivir bien* como pauta de interpretación intercultural y desarrolla las nociones de ponderación intercultural. Como pudo verse en el desarrollo de este artículo académico, la interpretación intercultural nos remite a la ponderación intercultural (primer elemento del test del vivir bien) en los márgenes de la cosmovisión del pueblo indígena (segundo elemento del test del vivir bien); de esta manera se garantizan ritualismos armónicos (tercer elemento del test del vivir bien) y bienes jurídicos supremos de los pueblos indígenas (cuarto elemento del test del vivir bien), entre ellos su concepción de lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, elemento central del vivir bien.

La CPE (2009) en su art. 8 anota algunos de los principios de pueblos indígenas y los refiere como los valores y principios de la sociedad plural. Sin embargo, en el desarrollo de este artículo académico hemos revisado algunas sentencias que desarrollan estos principios desde distintas argumentaciones, en particular como resultado de un trabajo de peritajes antropológicos que permiten emprender posibilidades de un diálogo intercultural; si bien aún el sentido y el desarrollo jurisprudencial es retórico, consideramos que es parte de un potencial contra-hegemónico de transformación de la comprensión del pluralismo jurídico en Bolivia.

En consecuencia, este artículo académico se inscribe no solo en la revisión descriptiva del pluralismo jurídico, sus posibilidades y desarrollo, sino también busca, en ambición, ser parte de un conjunto de materiales para una revisión prescriptiva que responda a la pregunta de cómo avanza y transforma, el pluralismo jurídico, nuestra comprensión del Derecho en Bolivia, y cómo desde esta transformación podemos pensar en un Derecho plurinacional en devenir.

7. Referencias

7.1. Doctrinales

- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra.
- Alexy, R. (2013). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa.
- Atienza, M. & García Amado, J.A. (2021). *Debates iusfilosóficos. Sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral*. Palestra.
- Combés, I. & Villar, D. (2013). *La tierra sin mal. Leyenda de la creación y destrucción de un mito*. *Revista Tellus*, 13(24), 201-225.
- Courtis, C. (Ed.). (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta.
- de Sousa Santos, B. (2014). *Justicia entre saberes: Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*. Morata.
- de Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Trotta.
- de Sousa Santos, B.; Araújo, S. & Aragón Andrade, O. (2021). *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*. México: Akal.
- Dworkin, R. (2019). *Los derechos en serio*. Ariel
- Dworkin, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Ferrajoli, L. (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*. Trotta.
- Guastini, R. (2016). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Universidad Externado de Colombia.
- Habermas, J. (2008). *El discurso filosófico de la modernidad*. Katz.

- Martinez Dalmau, R.; Storini, C. & Viciano Pastor, R. (2021). *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantía de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza*. Olejnik.
- Ortiz, E. & Caurey, E. (2011). *Diccionario etimológico y etnográfico de la lengua guaraní hablada en Bolivia*. Plural.
- PADEP/GTZ (2008). *Ñande Reko. la comprensión guaraní de la vida buena*. <https://www.bivica.org/file/view/id/4107>
- Panikkar, R. (2007). *Mito, fe y hermenéutica*. Herder.
- Pegoraro, L. & Rinella, A. (2016). *Derecho constitucional comparado* (T. 1). Astrea.
- Scarpelli, U. (2021). ¿Qué es el positivismo Jurídico?. Zela.
- Serrano, O. H. (2015). Un diálogo en torno a la crisis del positivismo jurídico y el resurgir del pluralismo jurídico. *Misión Jurídica, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, (8), 171-187.
- Tamahana, B. (1993). The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, (20), 192-217.
- Zagrebelsky, G. (2019). *Justicia constitucional*. Zela.

7.2. Legales

Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).

7.3. Jurisprudenciales

Declaración Constitucional Plurinacional [DCP] 0130/2017 (29 de noviembre de 2017). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0112/2012 (27 de abril de 2012). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0951/2012 (22 de agosto de 2012). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 1422/2012 (24 de septiembre de 2012). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0890/2013 (16 de agosto de 2013). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0260/2014 (12 de febrero de 2014). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0722/2018. Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Página dejada intencionalmente en blanco

**Reformulación epistemológica del concepto jurídico
de propiedad a partir del pensamiento indígena
asháninka y shipibo konibo**

*Epistemological Reformulation of the Legal Concept of
Property Based on Asháninka and Shipibo
Konibo Indigenous Thought*

JUAN MANUEL ROSAS CARO*

Recibido: 28 de abril de 2024

Aceptado: 5 de septiembre de 2024

Resumen

El proceso epistemológico de la noción de propiedad es un proceso histórico y jurídico cuyo desarrollo se da casi exclusivamente en el mundo occidental debido a que ha existido una imposición del pensamiento europeo en el resto del mundo. Por lo tanto, la propiedad se ha desarrollado en los últimos siglos en torno a la idea subyacente de «dominio», generando una serie de consecuencias adversas

* Estudiante de pregrado de la Carrera de Derecho de la Universidad San Martín de Porres (Perú). Miembro principal del Taller de Ciencias Penales de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú). Ganador del concurso “Darío Herrera Paulsen”, gestión 2023, de la Universidad de San Martín de Porres; Ponente en el VI Congreso de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario (Colombia) y en el IX Interescuelas de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires (Argentina)

ORCID: <http://orcid.org/0009-0009-5422-9496>

Contacto: juan_rosas2@usmp.pe

Revista de Derecho de la U.C.B. – *U.C.B. Law Review*, Vol. 8 N° 15, octubre 2024, pp. 81-117 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2024151068>

para las fuentes naturales de riqueza.

Buscando descolonizar la institución de la propiedad, en la presente ponencia postulamos la revalorización de la ideología y cosmovisión indígena, específicamente de la amazonia peruana, sentando las bases para un concepto jurídico de propiedad que sea más sostenible y preserve el futuro de la humanidad.

Palabras clave: *Shipibo Konibo / Asháninka / pensamiento indígena / derecho continental / esferas de protección / propiedad*

Abstract

The epistemological process of the notion of property is a historical and legal process whose development occurs almost exclusively in the Western world due to the imposition of European thought on the rest of the world. Therefore, property has been developed over the last centuries around the underlying idea of "dominion", which has had a series of adverse consequences on natural sources of wealth.

In seeking to decolonize the institution of property, in this paper we propose the revaluation of indigenous ideology and worldview, specifically from the Peruvian Amazon, laying the groundwork for a legal concept of property that is more sustainable and preserves the future of humanity.

Keywords: *Shipibo Konibo / Asháninka / indigenous thought / continental law / protection sphere / property.*

1. Introducción

En el derecho civil continental, y también en el sistema peruano, el concepto de propiedad se subsume al campo de los derechos reales, concerniente a todo lo relacionado con lo patrimonial, desde bienes que

son susceptibles de ser propiedad hasta las facultades que implica la situación de tener propiedad sobre “algo”.

Como consecuencia del proceso de colonización, con respecto al concepto de “propiedad”, encontramos que todo desarrollo nacional que se da en la doctrina o jurisprudencia en torno a la propiedad y sus múltiples derivados tiene una raíz epistemológica occidental y, por tanto, lo que denominamos propiedad como parte de nuestro ordenamiento jurídico civil es realmente sólo el adecuamiento de ideas jurídicas europeas a la vida cotidiana en el Perú y Latinoamérica.

Entonces, caemos en cuenta de que todo derecho civil referente a la propiedad que esté positivizado es la continuación de una tradición doctrinaria y jurisprudencial que se encuentra en contraposición y en detrimento del desarrollo de pensamientos jurídicos que tengan su génesis en la juridificación de preceptos propios de las cosmovisiones de los pueblos originarios, cuyas culturas florecieron en toda Latinoamérica antes de la imposición de las visiones occidentales que uniformizaron las perspectivas jurídicas y culminaron en la aceptación generalizada del derecho continental.

2. Marco teórico

2.1. Raíces epistemológicas del concepto de propiedad en el derecho continental y la necesidad de un giro epistemológico descolonizador

Los análisis decoloniales de la epistemología nos ayudan a percibir, especialmente, su papel en crear, desarrollar y mantener una jerarquía de conocimiento y concededores particularmente adaptada para el colonialismo (Posholi, 2020, p. 2).

Analizando los preceptos del derecho civil que son cimiento para el concepto de propiedad, podemos advertir que contienen la idea subyacente de la superioridad de la humanidad, pues en el derecho

continental se desarrolla la idea de propiedad en torno a las atribuciones que las personas pueden tener sobre todos los demás seres y cosas que existen en el mundo.

Como dice Avendaño & Avendaño (2017),

La propiedad es un poder jurídico, el más amplio y completo que las personas pueden tener, en virtud del cual un bien o conjunto de bienes, ya sean corporales -cosas- o incorporeales -derechos-, quedan sometidos de manera absoluta al señorío de una persona. Este señorío pleno se ve reflejado en las facultades que tiene la persona sobre sus bienes, que son todas las posibles. (p.57)

Según Serra Rodríguez (2023):

El derecho de propiedad es el derecho subjetivo que permite a su titular extraer la más amplia utilidad económica de su objeto, es, por tanto, el derecho real por excelencia. Según el art. 348 CC: "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes". (p. 161)

Se puede colegir de la lectura de ambas definiciones, que en ambos ordenamientos jurídicos, peruano y español respectivamente, se maneja la misma concepción básica con respecto a la relación que tiene el hombre con la naturaleza; esta idea de supremacía humana es eminentemente europea y representa una raíz epistemológica que da pie a todo el desarrollo doctrinal y jurisprudencial respecto a la idea y concepto de "propiedad".

Las prácticas y nociones culturales que un grupo de personas adopta en los inicios de su sociedad tienen un impacto profundo y duradero en el desarrollo histórico posterior de sus estructuras normativas y jurídicas. Estas prácticas iniciales establecen las bases sobre las cuales se construyen y evolucionan los sistemas de regulación social y resolución de conflictos.

En el caso de las sociedades que han experimentado procesos de colonización se presenta una situación diferente. Estas sociedades han enfrentado históricamente un proceso de alteración o supresión de sus prácticas culturales e ideas normativas originales. Como consecuencia de este fenómeno se ha interrumpido la posibilidad de observar una evolución natural y continua de las prácticas ancestrales hacia sistemas normativos contemporáneos.

Este proceso histórico ha tenido implicaciones significativas en la forma en que estas sociedades desarrollan y aplican sus sistemas jurídicos actuales. La imposición de estructuras normativas externas ha creado una discontinuidad en la evolución de sus propias concepciones de justicia y orden social.

Lo que ha sucedido en los territorios que han sido colonias es un proceso de reemplazo de preceptos culturales. Esto explica las profundas similitudes entre el derecho peruano y el derecho español, puesto que la sociedad colonizadora no solo toma la tierra sino también domina la cultura de los pueblos derrotados, generando una situación material de jerarquización de bases epistemológicas para el desarrollo de las ciencias jurídicas (la sociedad peruana solo tomará en serio desarrollos jurídicos basados en preceptos occidentales por la misma mentalidad colonial que impone una jerarquía de las ideas).

La conquista ibérica del continente americano es el momento fundante de los dos procesos que articuladamente conforman la historia posterior: la modernidad y la organización colonial del mundo. Con el inicio del colonialismo en América comienza no sólo la organización colonial del mundo sino -simultáneamente- la constitución colonial de los saberes, lenguajes, la memoria y el imaginario.

Se da inicio al largo proceso que culminará en los siglos XVIII y XIX y en el cual, por primera vez, se organiza la totalidad del espacio y del tiempo -todas las culturas, pueblos y territorios del planeta, presentes y pasados- en una gran narrativa universal. En esta narrativa, Europa

es -o ha sido siempre- simultáneamente el centro geográfico y la culminación del movimiento temporal. (Lander, 2000, p.6)

En el fenómeno cultural peruano observamos la creación de un sincretismo cultural marcadamente definido por la supremacía del pensamiento europeo; en ciertos aspectos se preservan algunas usanzas de las culturas indígenas, pero en el ámbito jurídico hablamos de una completa dominación del sistema jurídico europeo; por ello, aquellos aspectos que fueron preservados eran los derechos de la nobleza indígena para dar legitimidad al dominio de la corona española, mediante una suerte de transferencia del *ius imperium*.

En materia de propiedad, la fuente epistemológica de todo desarrollo jurídico tiene su razón de ser en la búsqueda del dominio, puesto que toda definición de propiedad apunta a que su propósito definitivo es asegurar que se pueda ejercer el dominio sobre todo lo que sea posible y útil a la generación de riqueza. Es por este objetivo subyacente que un desarrollo posible de la idea matriz de propiedad llegó a juridificar la esclavitud, puesto que el concepto de propiedad occidental no tuvo límites hasta la crisis del individualismo.

Con la crisis del individualismo operada en el siglo XX y el auge del estado social y democrático de derecho, el derecho de propiedad adquiere una nueva significación. Ya no aparece como una manifestación absoluta e ilimitada del individuo, de la autonomía de la voluntad, sino que se afirma su función social, que, además, delimita su contenido: el propietario tiene derechos, pero también deberes. (Serra, 2023, p.162)

Este postulado y verdad histórica sobre la reconfiguración del capitalismo y su base en el derecho de propiedad como culto hacia el individuo, genera la necesidad de integrar como eje importante de esta disquisición la idea de la necesidad de contradicción.

La contradicción en la sociedad se genera a partir del conflicto interno que se gesta a partir de situaciones injustas y de problemas

estructurales; es por este proceso histórico que nace la necesidad de un giro epistemológico y un cambio de paradigma.

Los paradigmas obtienen su estatus porque son más exitosos que sus competidores en resolver algunos problemas que el grupo de practicantes ha llegado a reconocer como agudos. Sin embargo, ser más exitoso no significa ser completamente exitoso con un solo problema ni notablemente exitoso con un gran número de problemas. El éxito de un paradigma, ya sea el análisis del movimiento de Aristóteles, los cálculos de posición planetaria de Ptolomeo, la aplicación del balance de Lavoisier o la matematización del campo electromagnético de Maxwell, es en principio en gran medida una promesa de éxito descubrible en ejemplos seleccionados y aún incompletos. La ciencia normal consiste en la actualización de esa promesa, una actualización lograda mediante la ampliación del conocimiento de aquellos hechos que el paradigma muestra como particularmente reveladores, aumentando la correspondencia entre esos hechos y las predicciones del paradigma y mediante una mayor articulación del propio paradigma. (Kuhn, 1970, pp. 23-24)

En el caso de la descolonización del pensamiento, este proceso representa un cambio de paradigma en muchos aspectos, pero hemos de dar mayor énfasis a la dimensión jurídica del fenómeno, que en casos de sociedades postcoloniales se dará mediante la descolonización de nuestras expresiones jurídicas.

Para el derecho, este cambio de paradigma implica el reemplazo de la perspectiva cultural que daba impulso y era raíz del orden jurídico que está causando problemas por su incapacidad de lidiar con los nuevos problemas sociales que se han desbordado. Por ejemplo, frente al deterioro del ecosistema, la perspectiva de supremacía humana se vuelve pernicioso para la propia humanidad, puesto que se trata de una mentalidad poco sustentable cuya consecuencia es el fin del género humano; entonces, frente a la imposibilidad de reconciliar una

legislación, que se inspira y nutre fundamentalmente de estos valores culturales, se tendrá que forjar un nuevo ordenamiento jurídico a través de la adopción de una nueva matriz epistemológica que ofrezca soluciones para los problemas modernos. Una forma de lograr este cambio de paradigma para el derecho es la revalorización de la cosmología indígena, que por medio del proceso de colonización ha tenido una posición relegada con respecto a su estima como fuente aceptable de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales.

En tiempos de crisis nos replanteamos muchas de las perspectivas sobre las cuáles se basan los cimientos de nuestros sistemas jurídicos occidentalizados. Existen esfuerzos de descolonización del derecho que se dan mediante el debilitamiento de las jerarquías epistemológicas impuestas por el pensamiento eurocéntrico; este proceso se da de forma simultánea como positivización normativa y cambio cultural.

Según Posholi (2020), existen dos formas de buscar la descolonización del pensamiento, siendo la primera radical:

La propuesta radical implica una ruptura epistemológica fundamental con el eurocentrismo. Mignolo sugiere explícitamente que el futuro demanda pensar más allá del eurocentrismo ...

Tal ruptura epistemológica implica pensar "fuera" del paradigma eurocéntrico. Este afuera no es un afuera puro, no tocado por lo moderno; se refiere a un afuera que está precisamente constituido como diferencia por el discurso hegemónico. Básicamente, el afuera desde el cual debemos pensar, según esta propuesta radical, es un afuera creado por el eurocentrismo.

En particular, la propuesta es dirigir la mirada hacia grupos marginados, específicamente hacia cómo resisten y luchan contra la dominación y la opresión, para una reinterpretación del mundo y el desarrollo de estrategias para abordar sus desafíos. (pp. 4-5)

La postura radical descrita da pie a la pretensión del presente trabajo que es la de revisar las ideologías contenidas en la cosmovisión de dos pueblos indígenas de la amazonia peruana en aras de poder dilucidar una suerte de teoría jurídica descolonizada de la propiedad a partir de sus relatos orales y de esfuerzos académicos de sistematizar la tradición oral de dichos pueblos; siendo de especial atención la reivindicación de estos preceptos indígenas como epistemológicamente de igual valor a los preceptos occidentales que reinan en el sistema jurídico latinoamericano; esto, en vista del art. 149 de la Constitución Política del Estado del Perú ([CPE] 1993), que habilita la posibilidad legal de interpretar, en términos de igualdad con el derecho continental, al derecho consuetudinario indígena, en un sentido más formal, para lograr la juridificación e, incluso, la positivización de las valiosas ideas que se desprenden de la cosmovisión indígena.

Se postula la necesidad de un giro epistemológico en los desarrollos jurídicos del concepto de propiedad hacia perspectivas indígenas, siendo que la cosmovisión indígena y sus preceptos pueden ser matriz para un concepto de propiedad con un paradigma adaptativo frente a retos y cuestiones como ser: el ecosistema como bien jurídico colectivo, la protección penal de los animales mediante la titularidad de bienes jurídicos propios y el ejercicio autosostenible de las atribuciones jurídicas de la propiedad.

Hemos de reconocer, además, que los pueblos indígenas han sido históricamente ejemplos de lucha y grupos marginalizados cuya cosmovisión es vista como subversiva frente a los paradigmas occidentales del derecho peruano. Por tanto, si según Posholi (2020) se ha de buscar alternativas epistemológicas “fuera” del eurocentrismo en los grupos que han luchado contra ello, las ideologías indígenas son un claro punto de partida.

3. Metodología

El presente artículo de investigación se circunscribe bajo la calificación de investigación jurídica dogmática, siendo que se toma como objeto de estudio el concepto jurídico de “propiedad” desde una perspectiva analítica y propositiva de un cambio paradigmático.

La investigación dogmática analítica tiene las siguientes características:

Quando rescatan elementos legislativos y jurisprudenciales con la finalidad de plantear problemas de incoherencia sistemática o incluso de técnica jurídica, así también colisión entre normas o institutos jurídicos. Están también consideradas en este tipo aquellas investigaciones que analizan el contenido y la aplicación de normas internacionales o nacionales. En el caso jurídico a través de este alcance se da pasos preliminares frente a un determinado problema jurídico, resaltando sus principales facetas (Witker, 1995, p.11).

Siguiendo la misma línea, Díaz (1998) nos dice lo siguiente:

Un estudio normativo o dogmático describe, analiza, interpreta y aplica normas jurídicas; para ello, conoce y estudia las normas jurídicas, elabora conceptos y métodos para construir instituciones y un ordenamiento dinámico, ayuda a la producción y creación de otras nuevas normas, las interpreta y aplica, contribuye a regular con ellas comportamientos humanos y a resolver conflictos de efectividad. (pp. 158-159).

Como corolario, dentro de la clasificación de investigación jurídica que se describe, se operará en función de un análisis del concepto dogmático-jurídico de la propiedad, utilizando como base la doctrina autorizada en derecho civil que desarrolla la conceptualización jurídica de las atribuciones de la propiedad y descripciones académicas sobre

las conceptualizaciones de la propiedad en relación con la naturaleza para los pueblos indígenas.

Por ello, el procedimiento metodológico de la investigación consistirá en describir y relacionar las bases conceptuales dogmáticas que refieren al tema principal de la “propiedad”, ya sea desde la fuente de la tradición jurídica continental o que provenga de la ideología indígena de los pueblos *Asháninka* y *Shipibo Konibo*. Finalmente, se realiza un análisis dogmático desde ambas perspectivas para poder enriquecer la conceptualización de propiedad.

Desde una metodología jurídica descolonizadora, se promueve la adopción de conceptos jurídicos indígenas favoreciendo una práctica pluricultural de complementariedad normativa e ideológica.

Según Shawush (2022), aunque las tradiciones jurídicas indígenas han logrado resistir las tácticas coloniales de control, su práctica aún está condicionada por las fuerzas coloniales que imponen sistemas de gobernanza estatales sobre las naciones indígenas. En el ámbito del derecho existen diversas definiciones de descolonización, cada una con características particulares. Sin embargo, dos temas principales predominan en el discurso decolonial: la reconexión con la tierra y el cuestionamiento de los sistemas de gobernanza dominantes. En este proceso de revitalización de las tradiciones jurídicas, tanto el renacimiento de tradiciones ancestrales como la creación de nuevas tradiciones en respuesta a la experiencia colonial son consideradas interpretaciones jurídicas igualmente válidas.

De acuerdo con Schacherreiter (2016), la teoría poscolonial proporciona herramientas útiles al derecho comparado al permitir la formulación de juicios de valor que se basan en un compromiso profundo con el Otro, pero sin necesidad de identificarse completamente con él y a través de un examen crítico de los propios estándares, sin renunciar a ellos. Esta perspectiva sugiere que la comparación jurídica no busca una comprensión total del Otro, sino un

esfuerzo por aproximarse lo máximo posible, aceptando la distancia que siempre existirá y reconociéndola como una fuente de aprendizaje. Además, el enfoque poscolonial impulsa el estudio de los sistemas legales considerando su evolución histórica y sus influencias recíprocas, y promoviendo el trasplante legal entre contextos como un proceso innovador.

Asimismo, según Sage y Woodcock (2012), el pluralismo jurídico se refiere a la coexistencia de diversos sistemas legales dentro de un mismo contexto sociopolítico. Este enfoque pone en entredicho las nociones convencionales que sugieren que las leyes deben ser homogéneas, exhaustivas y bajo el control exclusivo del Estado. Además, desafía la perspectiva de que el progreso político y económico solo es posible si todos los sistemas jurídicos siguen un único modelo legal.

La metodología descolonizadora de un derecho pluricultural busca integrar y validar los conceptos jurídicos indígenas, promoviendo una práctica legal que respete la diversidad cultural y la complementariedad normativa. Este enfoque rompe con la idea de un sistema legal único y centralizado, impuesto por el Estado, y en su lugar reconoce la coexistencia y legitimidad de múltiples sistemas jurídicos que reflejan las realidades de las comunidades indígenas: se promueve la descolonización del derecho al permitir que las tradiciones jurídicas indígenas convivan y enriquezcan el panorama normativo, desafiando las estructuras coloniales que históricamente han limitado su ejercicio.

Además, este enfoque no solo revitaliza las tradiciones antiguas, sino también permite la creación de nuevas formas jurídicas que responden a las experiencias coloniales, fomentando una interacción dinámica entre los diferentes sistemas legales en el contexto de una gobernanza inclusiva y respetuosa de la diversidad cultural.

4. Resultados

4.1. Concepto occidental de propiedad y las atribuciones de “dominio” que implica

La idea de “dominio” que permeaba las primeras conceptualizaciones liberales de la propiedad implica la maximización del aprovechamiento de la propiedad; esto se traduce en una conducta compulsiva de explotar las fuentes de riqueza con abandono irresponsable de su sostenibilidad. En fuerte contraste, el desenvolvimiento jurídico de la idea de “reciprocidad” habrá de reflejarse en una conceptualización radicalmente diferente de propiedad, puesto que tendrán que reconfigurarse las atribuciones de ésta: su uso, disfrute, reivindicación y disposición.

Teniendo esto en cuenta, el uso de la propiedad se define, según Varsi (2019), “como la facultad de colocar la cosa al servicio del propietario de acuerdo con su destino económico y social, sin modificación de su sustancia” (p. 158). En relación con esta definición, podemos encontrar que no señala unas atribuciones con características ilimitadas en razón al servicio que se toma de lo poseído, pero tampoco señala limitación alguna.

Según Cordero Quinzacara (2008) la propiedad liberal otorga a su titular un control absoluto sobre los bienes, permitiéndole decidir libremente el uso y el destino económico de estos. No tiene ninguna obligación respecto a los bienes, por lo que está facultado para dejarlos improductivos o incluso destruirlos. Este enfoque respalda la idea de que al Estado le corresponde la soberanía, mientras que al ciudadano la propiedad.

Avendaño (1994) nos explica que la propiedad ha sido vista tradicionalmente como un derecho que es absoluto, exclusivo y perpetuo. Esto implica que el titular tiene todas las facultades posibles sobre el bien, incluyendo el uso, disfrute y disposición. Al ser exclusivo, el derecho de propiedad impide la existencia de otro titular

sobre el mismo bien, excluyendo cualquier derecho incompatible. Además, es un derecho perpetuo, ya que no se extingue por el no uso, lo que significa que no se ve afectado por la prescripción extintiva y la acción reivindicatoria no prescribe.

Asimismo, según Mendoza del Maestro (2013) en el derecho romano existieron diversas formas de propiedad, como la colectiva, la copropiedad familiar y la individual, y en esta última se desarrollaron las facultades del *ius utendi, fruendi et abutendi*. Durante la época feudal, la propiedad se dividió entre el dominio directo del señor feudal y el dominio útil del cultivador, lo que dio lugar a restricciones conocidas como el régimen de "manos muertas". Más adelante, bajo la influencia del derecho natural, la propiedad fue reconocida como un derecho natural intrínseco al ser humano, por lo que debía protegerse de intervenciones políticas o de terceros, con límites en el respeto a los derechos de los demás. Mendoza del Maestro (2013) establece que el Código de Napoleón, en su art. 544, definió la propiedad de forma liberal, permitiendo el disfrute y disposición absoluta de los bienes, siempre que no se contravinieran las leyes; que esta concepción influyó en el art. 460 del Código Civil peruano de 1852, que atenuó el liberalismo francés. Aunque el Código de Napoleón favorecía la propiedad, no implicaba un derecho irrestricto, ya que estaba limitado por la ley. Según el autor, en la sentencia STC/37/1987, el Tribunal Constitucional español aclaró que la propiedad privada implica tanto derechos como deberes, sujetos a las leyes y al interés social.

Baena Upegui (2003) sostiene desde una perspectiva marxista y, por lo tanto, occidental que, desde tiempos remotos, los seres humanos han luchado por la posesión de bienes, lo que puede interpretarse como la búsqueda del derecho de propiedad o posesión legal. Con el surgimiento del capitalismo, la burguesía ha librado diversas luchas, tanto incruentas como violentas, por la propiedad privada, la cual representa la apropiación del trabajo ajeno en formas como el lucro, la ganancia y la renta de la tierra. Mientras que la propiedad jurídica, o

derecho real de dominio, es una relación natural entre el hombre y las cosas, la propiedad privada capitalista es una relación social de explotación, centrada en el lucro. La propiedad jurídica otorga derechos sin implicar beneficios, mientras que la propiedad privada confiere poder sobre otros, mediante la ley del contrato de trabajo. Los desposeídos, aunque no forman parte de la relación jurídica de propiedad, se ven forzados a integrarse a la relación capitalista, vendiendo su libertad y habilidades para sobrevivir. Así, la propiedad privada, al ocultar la relación social entre personas, se convierte en un fetiche que reemplaza las interacciones humanas con objetos o mercancías cuya finalidad es el valor de cambio, en contraste con los valores de uso asociados a la propiedad jurídica.

La conceptualización de la propiedad ha experimentado ciertos cambios a lo largo del tiempo, aunque manteniendo en gran medida su esencia liberal. Desde una perspectiva liberal clásica, se otorgaba al propietario un control casi total sobre sus bienes, visión que ha persistido en gran medida hasta nuestros días.

En las doctrinas liberales la propiedad se ha considerado tradicionalmente como un derecho fundamental, donde el titular puede disponer de sus bienes con amplias libertades. Esta noción refleja una mentalidad que prioriza la autonomía individual y el uso irrestricto de los recursos según el criterio del propietario.

Si bien se han introducido algunas limitaciones al concepto de propiedad absoluta, estas se han mantenido generalmente dentro de parámetros estrechos. Las principales restricciones se han centrado en el respeto a la propiedad de otros individuos, evitando interferencias directas con los derechos de terceros. Además, se han establecido algunas limitaciones menores en nombre del bien común, aunque estas suelen ser mínimas y no alteran sustancialmente el núcleo del derecho de propiedad.

A pesar de ocasionales debates sobre la función social de la propiedad, el concepto de "dominio" sigue siendo la matriz epistemológica predominante en la conceptualización occidental de la propiedad. Las críticas a la propiedad privada como una relación de poder han tenido un impacto limitado en la práctica legal y económica. Aunque se han introducido algunas restricciones marginales, el derecho de propiedad mantiene en gran medida su carácter de derecho robusto y amplio, limitado principalmente por el respeto a la propiedad ajena y por consideraciones menores de bien común que no alteran su esencia liberal fundamental.

4.2. Sobre el desarrollo del concepto de propiedad a través del pensamiento indígena *asháninka*. La matriz epistemológica de “reciprocidad”

Como se ha manifestado brevemente, el art. 149 de la CPE (1993) de Perú puede ser entendido como una manifestación de descolonización moderada, en el sentido que busca la integración y supervivencia de un modelo jurídico occidental con la intención de integrar las perspectivas de los pueblos indígenas al ordenamiento jurídico regular para enriquecerlo y mejorar su funcionamiento frente a los retos y evitando, así, su desface.

Según la propuesta moderada, entonces, la descolonización del conocimiento implica trabajar con conceptos y categorías eurocéntricas, sometiéndolos a un escrutinio crítico y reconstruyéndolos a la luz de la experiencia y las perspectivas de los grupos marginados, para luego utilizarlos como herramientas para dar sentido a nuestro mundo (Posholi, 2020, p. 7)

En la CPE (1993) peruana, en su art. 149, se estipula la capacidad de las autoridades indígenas de ejercer la función jurisdiccional en función a su propio derecho consuetudinario, siempre y cuando esto no afecte los derechos fundamentales. En principio, la introducción de este artículo al ordenamiento jurídico peruano representa la

constitucionalización de un proceso descolonizador, pues genera una disrupción en la relación típica que tendría el derecho occidental y la práctica consuetudinaria indígena, en lo que refiere a un orden jerárquico. Es en virtud de este artículo de la CPE (1993) que podemos hablar de ambas formas de ejercer el derecho en igualdad de condiciones y de estatus, al menos en una dimensión formal.

Si bien esto no implica que se vaya a tener en permanente observancia por parte de los legisladores el incluir preceptos de la cosmovisión jurídica de los pueblos originarios durante el proceso de crear nuevas leyes, o por parte de los magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional al crear nueva jurisprudencia, sí tiene como corolario la imposibilidad formal de forzar a los pueblos originarios a abandonar su cosmovisión y vivir bajo designios jurídicos que son ajenos a su cultura, lo cual es un innegable progreso en el incesante proceso de descolonización que experimentan todos los países de la región latinoamericana.

Con respecto a los contenidos ideológicos del modo de vida *asháninka*, es posible advertir la existencia de una idea subyacente, la cual es la reciprocidad; los mitos *asháninkas* tienen como eje la ambigüedad ontológica entre humano y animales, seres que existen con una dimensión espiritual que también está interconectada con el mundo físico. Siendo de vital importancia el territorio para los *asháninkas*, puesto que toda vida física, espiritual, para humanos o para animales, solo se puede desenvolver a partir del equilibrio que exista entre los habitantes y la tierra que ocupan, resulta nuevamente fundamental la idea de reciprocidad entre humanos y animales, mundo físico y espiritual, y entre la tierra y los que viven de ella.

Según Umaña Chiricente (2021):

La cosmovisión asháninka se diferencia de las otras, en la libertad de conservar su conocimiento, sus propias creencias; por ello, en la actualidad se transmite mediante el aprendizaje y la práctica de

manera individual y colectiva. Estos conocimientos están relacionados con los dueños de la naturaleza y transmitidos por los abuelos. (p.151)

Espinosa et al. (2014) señalan, a partir de la declaración del *asháninka* Pablo Jacinto, que la identidad *ashaninka* está intrínsecamente ligada a su territorio y a una historia de su defensa. Su cosmovisión se caracteriza por una profunda conexión con la naturaleza, reconociendo la vitalidad en todo su entorno. Se establece que, según Pablo Jacinto, los hombres de este pueblo deben preservar la integridad de su territorio y mantener un estilo de vida que refleje una relación recíproca con la naturaleza. Por su parte, las mujeres *ashaninka* tienen la responsabilidad de ser auténticas, fieles a sus creencias e identidad, participar activamente en la comunidad, dominar habilidades tradicionales como el hilado y adquirir conocimientos sobre plantas medicinales.

Históricamente, este pueblo fue conocido como "campa" o "campa *asháninka*", términos que han sido rechazados por sus connotaciones peyorativas. En la actualidad, se prefiere el término "*asháninka*", que se traduce como "gente", "paisano" o "familiar". Es importante destacar que "*asháninka*" tiene un significado inclusivo, pudiendo interpretarse como "nosotros los paisanos" o "nuestra familia"

La importancia del territorio para los *asháninka* está enraizada, desde la concepción de lo material hacia lo espiritual, con el permiso del control cultural cotidiano interrelacionado entre el ser humano y los montes, valles, ríos, lagunas, etc., que se identifican con la existencia de la ley del intercambio y la reciprocidad permanente.

Esta reciprocidad ha actuado a través del tiempo y del espacio como una regla de convivencia permanente, que los ayuda a controlar cada movimiento que realiza el ser humano en beneficio de la naturaleza. En estos espacios internos existen los dueños para cada planta, animal, pez, ave, insecto, y dos controladores: *nantatsiri* y *peyari*. Si estos dos

controladores no realizan su función adecuadamente, empiezan a escasear los animales, los peces y las aves en un determinado territorio.

El *peyari* y el *nantatsiri* existen dentro del espacio de *kipatsini*; asimismo, ambos seres controlan el comportamiento de los animales y su abundancia en el espacio, respectivamente. El espacio del agua es llamado *nijatani*, habitado por los seres conocidos como boa negra y boa blanca, el primero regula el agua y el segundo controla la abundancia de los peces.

La idea de reciprocidad se conceptualiza como el respeto por la propiedad entre lo que pertenece a los seres humanos y lo que es propiedad de los espíritus controladores, como expresa el *Asháninka* Sergio Horacio Camañari de acuerdo con la CILA-UNMSM (2009).

En la cosmovisión *ashaninka*, el mundo espiritual se compone de entidades benévolas y malignas que desempeñan un papel crucial en la regulación de los espacios naturales. El *peyari*, considerado un espíritu maligno, pone a prueba a los cazadores, a veces permitiéndoles una caza excesiva, lo que se conoce como "vicio".

Los espíritus benévolos, conocidos como *nantatsiri*, vigilan el desarrollo de los animales y actúan como protectores contra las intenciones dañinas de los espíritus malignos hacia los humanos. Estos seres espirituales positivos se comunican con el *sheripyari* (chamán) para advertir sobre peligros inminentes a los cazadores, aconsejando precauciones como no cazar en solitario. Además, comparten conocimientos para contrarrestar los poderes malignos, protegiendo así a la comunidad. En agradecimiento, los cazadores realizan rituales de pago a los elementos naturales, siguiendo las instrucciones del *sheripyari*

La creencia en la existencia de "dueños" espirituales de los animales y espacios naturales es fundamental en esta cosmovisión. Figuras como *otapini*, *abiri* y *peyari* son considerados guardianes del monte y sus habitantes. Los *sheripiyari*, a través de sus sueños, identifican lugares

sagrados de caza en las montañas, reconociendo que los animales no existen de forma independiente, sino bajo la tutela de estos seres espirituales.

“Según las y los sabios asháninka, todos los espacios de kipatsini están interrelacionados con sus propios dueños, que los vigilan y los entretejen para protegerlos” (CILA-UNMSM, 2012, p. 46)

No solo se trata de cosmovisión, la reciprocidad es efectivamente una norma de convivencia que el pueblo *asháninka* tiene por obligatoria en aras de mantener su estilo de vida, refiriendo a consecuencias negativas sobre su estilo de vida si es que los actos del hombre generan algún desequilibrio sobre la naturaleza.

El concepto de “reciprocidad”, específicamente conceptualizado por los *asháninka*, se entiende como una norma fundamental que regula la interacción entre los seres humanos, la naturaleza y el mundo espiritual. Esta reciprocidad no es meramente simbólica, sino que tiene un impacto tangible en la convivencia y el equilibrio de los espacios naturales y espirituales.

Para los *asháninka*, la relación con el territorio no es solo material, sino que abarca también una dimensión espiritual. Según su cosmovisión, cada elemento del entorno —animales, plantas, ríos, montañas— está habitado por espíritus o "dueños" que controlan y protegen estos espacios. Estos seres espirituales, como el *peyari* y el *nantatsiri*, juegan un papel crucial en la regulación de los recursos naturales. El *nantatsiri* protege a los animales, mientras que el *peyari* pone a prueba a los cazadores, lo que muestra cómo la reciprocidad no es únicamente un intercambio entre humanos y naturaleza, sino también entre humanos y fuerzas espirituales.

Este principio de reciprocidad implica que cualquier acción realizada sobre la naturaleza tiene una respuesta y consecuencia. Por ejemplo, cazar en exceso sin respetar las reglas dictadas por los espíritus y los chamanes (*sheripyari*) puede desequilibrar el sistema, generando

escasez de animales o recursos. Los cazadores, en respuesta, realizan rituales de agradecimiento y pago a los espíritus, reconociendo que los animales y los espacios naturales no son simplemente recursos explotables, sino partes de un sistema interconectado que necesita ser respetado.

Como corolario, la reciprocidad en la cosmovisión *asháninka* es un principio normativo que rige las interacciones entre el ser humano, la naturaleza y el mundo espiritual. Este concepto busca mantener un equilibrio dinámico donde cada acción humana tiene una repercusión directa en la sostenibilidad del entorno, lo que garantiza la supervivencia y el bienestar de la comunidad a largo plazo.

4.3. Análisis de la cosmovisión *shipibo konibo*. La matriz epistemológica de “equilibrio”

Similarmente a los *asháninkas*, los *shipibos konibos* tienen una visión del mundo como un todo interrelacionado, donde cada parte del mundo tiene importancia y dignidad.

Según Glave (2003), el pueblo *shipibo* pertenece a la familia lingüística "*pano*" y habita en las riberas del río Ucayali y sus afluentes, como los ríos Pisqui, Calleria y Aguaytía, además de los lagos Tamaya y Yarina. El nombre "*shipibo*" proviene de "*shipi*", un tipo de mono, ya que se decía que los hombres, al beber mazato, parecían estos animales, mientras que "*bo*" significa "gente". Esta comunidad, conocida por su caza, recolección y producción artesanal, se caracteriza por su profundo vínculo con la naturaleza. La cosmovisión *shipiba* se basa en la idea de que los seres humanos son parte de la tierra, lo que genera un respeto profundo hacia la flora y fauna, y refleja el conocimiento que esta comunidad tiene de sus raíces.

El mundo *shipibo* es el espacio dónde viven las plantas, los animales, los astros, las casas, los seres espirituales, los seres de otros espacios, los curanderos, entre otros. En ese sentido, las y los pobladores de las diferentes comunidades coinciden al respecto y hacen la misma

relación, es decir, conversar sobre el mundo es aludir a los seres que ahí habitan. Según esta perspectiva, los seres de los diferentes espacios confluyen desde su cosmovisión en un todo vinculante.

La cosmovisión del pueblo, respecto a su espacio de vida, es cíclica y siempre está relacionada al vivir bien. Además, es vinculante, dado que relaciona plantas, aves, astros, seres espirituales, es decir, todo aquello que existe y se enlaza con la vida. (CILA-UNMSM, 2012, p. 36)

Primeramente, de las percepciones *shipibas* podemos colegir que el territorio no solo se adjudica a los ocupantes humanos, sino que se considera que para mantener un equilibrio se debe reconocer la pertenencia de la vida animal al territorio junto con los humanos; en este aspecto se reconoce una limitación frente a la atribución que tiene el hombre con respecto a su soberanía sobre el territorio, al elevar el estatus del animal por medio del reconocimiento de su existencia no como un bien para explotar, sino como parte esencial del medio que hace posible la vida.

AIDSESEP (2004) indica que la cosmovisión *shipiba* identifica cuatro grandes espacios: el mundo de las aguas (*jene nete*), nuestro mundo (*non nete*), el mundo amarillo (*panshin nete*) y el mundo maravilloso donde reside el sol (*jakon nete*). Sin embargo, todos estos espacios se integran en un único mundo, denominado *non nete*, que significa "nuestro mundo". Esta visión proporciona al pueblo *shipibo* una perspectiva particular sobre su noción de territorio y su pertenencia a la tierra, por lo cual dan prevalencia al concepto de equilibrio.

Según CILA-UNMSM (2012), el mundo *shipibo* es el lugar donde coexisten plantas, animales, astros, viviendas, seres espirituales, seres de otros espacios y curanderos, entre otros. Los miembros de las diversas comunidades coinciden en esta visión, relacionando siempre el concepto de mundo con los seres que lo habitan. Desde esta perspectiva, los seres de distintos espacios se entrelazan dentro de su cosmovisión, formando un todo interconectado.

Haciendo una comparación entre la concepción occidental de propiedad con respecto al territorio y los animales encontramos que, por la idea subyacente de “dominio”, no contempla la pertenencia del territorio a la colectividad, compuesta por humanos y animales, sino que la propiedad sobre el territorio la ejercen un número reducido de individuos quienes expanden la exigibilidad *erga omnes* de su derecho de propiedad a medida que adquieren masas de terreno más amplias; este modelo es fruto de la concepción occidental y liberal de propiedad.

La ideología *shipiba* se transmite de forma oral, por ello principalmente los ancianos de la cultura son aquellos que mejor explican los conceptos ideológicos que permean la cosmovisión *shipiba*, según se plasma en las declaraciones recogidas por la CILA-UNMSM en 2012.

José Rodríguez en su entrevista para la CILA (2012) describe la cosmovisión *shipiba*, centrada en la región del Ucayali, como un sistema complejo y equilibrado donde interactúan diversos mundos y seres. Este universo *shipibo* se compone de elementos naturales, espirituales y humanos que coexisten en una delicada armonía.

En este sistema, la tierra, los animales, las plantas y los fenómenos celestiales no son meros elementos del paisaje, sino entidades vivas que participan activamente en el equilibrio cósmico. Figuras como el curandero (*joni yobe*) y el hombre sabio o *meraya* actúan como mediadores entre estos mundos, manteniendo el balance a través de su conocimiento y prácticas rituales.

Las plantas sagradas como la *kawa*, la lupuna (*xono*) y la ayahuasca (*onin*) juegan un papel crucial en este equilibrio, sirviendo como puentes entre el mundo material y el espiritual. A través de ellas, los *shipibos* obtienen visiones y conocimientos que les permiten navegar entre estas diferentes realidades y mantener la armonía.

Se describe un mundo poblado por seres mitológicos como la yacumama (*ronin*) y el yacuruna (*akoro*), que no son simples criaturas

fantásticas, sino entidades poderosas que influyen en el equilibrio del cosmos *shipibo*. La capacidad de algunos individuos para interactuar con estos seres subraya la interconexión fluida entre los diferentes planos de existencia.

La descripción de cómo los antiguos *shipibos* vivían en sintonía con estos elementos ilustra un profundo entendimiento de la necesidad de mantener el equilibrio. El aprendizaje de las plantas, la práctica de rituales y el respeto por los seres sobrenaturales no son actos aislados, sino parte de un sistema holístico diseñado para preservar la armonía entre todos los seres y mundos.

El puma, descrito como el "rey de la selva", encarna esta idea de equilibrio y poder. Su capacidad para transformarse en persona y mover la tierra con su rugido simboliza la fluidez entre los mundos animal, humano y espiritual, recordando la interconexión fundamental de todas las cosas en la cosmovisión *shipibo*.

De la ideología *shipiba* hemos de extraer la matriz epistemológica de "equilibrio"; este principio ha de nutrir al concepto de propiedad en aras de limitar las atribuciones de disposición que una persona propietaria pueda tener sobre el terreno, puesto que la atribución plena de todos los contenidos de un territorio a la prerrogativa de un individuo lleva al ejercicio abusivo del derecho y esto desemboca en la extracción unilateral de todo lo provechoso del terreno, teniendo como consecuencia que se arruine todo potencial uso y disfrute futuro del mismo.

El concepto de equilibrio en la cosmovisión *shipiba*, según lo visto, resulta fundamental y se refiere a la armonía que debe existir entre todos los seres, tanto humanos como no humanos, que coexisten en un mismo territorio. Para los *shipibos*, el mundo no está compuesto únicamente por los humanos, sino también por animales, plantas, astros y seres espirituales que, juntos, forman una interconexión vital. Esta visión holística considera que cada parte del entorno tiene

importancia y dignidad, lo que implica que los seres humanos no son los únicos poseedores del territorio, sino que deben compartirlo y respetarlo junto a los demás seres que lo habitan.

El equilibrio se manifiesta en la manera en que los *shipibos* perciben su relación con el medio ambiente, otorgando un estatus elevado a los animales y plantas, no como recursos para explotar, sino como partes esenciales del sistema que posibilita la vida. Esta idea contrasta con la concepción occidental de propiedad, que a menudo otorga a un individuo la soberanía plena sobre la tierra y sus recursos, lo que puede conducir a su explotación y degradación. En cambio, la cosmovisión *shipiba* promueve una limitación sobre el uso del territorio, basada en el respeto mutuo y la preservación del entorno para garantizar su sostenibilidad y el bienestar de futuras generaciones.

Como tal, el concepto de equilibrio *shipibo* implica una relación de respeto y reciprocidad con la naturaleza, donde el ser humano es solo una parte más del entramado cósmico y no un dominador absoluto, garantizando así la armonía entre los diferentes mundos y seres.

5. Discusión

5.1. La matriz epistemológica de “reciprocidad” de la cosmovisión *asháninka* aplicada para descolonizar el concepto de propiedad

Dirigiéndonos a un desarrollo jurídico, así como señalamos que en la concepción occidental la idea subyacente detrás del concepto de propiedad es el “dominio”, en la ideología *asháninka* podemos encontrar la idea central de la reciprocidad; por tanto, para obtener la juridificación de la reciprocidad con respecto al derecho de propiedad será menester establecer una serie de limitaciones a las facultades típicamente ilimitadas que tiene el propietario sobre lo sometido a su dominio.

La cosmovisión *ashaninka* abre nuevas perspectivas para reconceptualizar el concepto jurídico de propiedad desde un punto de vista decolonial. En contraste con el concepto occidental de propiedad como dominio individual y exclusivo, la visión *ashaninka* concibe el territorio como un espacio vivo con el que se mantiene una relación de reciprocidad. Esta perspectiva sugiere redefinir la propiedad no como un derecho de uso y disposición, sino como una relación de responsabilidad y cuidado mutuo entre la comunidad y el territorio, incluyendo sus elementos naturales y espirituales. Tal enfoque implicaría reconocer derechos a entidades no humanas, priorizar formas de propiedad colectiva enfocadas en el uso sostenible, e integrar conocimientos tradicionales y prácticas espirituales en el marco legal.

Esta visión, si se aplicara en el desarrollo jurídico, cambiaría profundamente la legislación sobre propiedad y uso de la tierra, además de nuevos protocolos relativos a proyectos de desarrollo a realizarse en territorios indígenas. También abarcaría mecanismos que aborden legalmente la consulta y el "consentimiento" de las entidades espirituales del territorio, representadas a través de líderes como los *sheripiari*, con respecto a todas las decisiones que afecten al territorio. Aunque este enfoque enfrenta desafíos significativos, como la resistencia del sistema legal tradicional y la necesidad de un diálogo intercultural en la formulación de leyes, ofrece el potencial de promover una relación más armoniosa y sostenible con el territorio. Esta reconceptualización no solo beneficiaría a los pueblos indígenas, sino que también podría aportar soluciones innovadoras para los desafíos ambientales y sociales en todo el mundo, a través de la descolonización del derecho y un enfoque más holístico y ecológico de la propiedad.

Es frente a la necesidad de establecer barreras de protección ante el ejercicio del derecho propiedad que podemos señalar a la doctrina del abuso del derecho, figura constitucionalizada, como un puente para la

introducción de perspectivas jurídicas descolonizadas dentro del núcleo conceptual del ejercicio del derecho de propiedad.

Pinaglia-Villalón y Gavira (2016) señala que el concepto de abuso del derecho tiene sus raíces en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, particularmente en el ámbito del derecho de propiedad. Los autores indican que esta doctrina surgió como una respuesta a la interpretación absoluta de los principios establecidos tras la Revolución Francesa.

A partir de ello la jurisprudencia francesa, al formular el principio del abuso del derecho, abrió la puerta a un control más estricto de los derechos subjetivos. Este enfoque permitió, en ciertos casos, atribuir responsabilidad al titular de un derecho, incluso cuando el daño se producía en el ejercicio legítimo de dicho derecho.

Pinaglia-Villaló y Gavira (2016) destaca que el principio del abuso del derecho, inicialmente una regla jurisprudencial, captó la atención de legisladores en otros países. Estos vieron en él una herramienta valiosa para desarrollar sistemas legales capaces de negar protección a cualquier forma de abuso. Como resultado, los autores señalan que este principio fue adoptado explícitamente en varios ordenamientos jurídicos europeos.

Es en virtud de la figura del abuso del derecho que podemos hablar de limitaciones frente al ejercicio del derecho, siendo que un derecho no solo otorga facultades sino también deberes. En el estado actual del ordenamiento jurídico civil solo se puede invocar el abuso de derecho cuando el ejercicio afecta la esfera de protección de un bien jurídico cuya titularidad corresponde a otro individuo; por tanto, se debe fortalecer la protección a los bienes jurídicos de la colectividad para facilitar el control mediante la represión del abuso del derecho. Hablando de esto es preciso señalar que la conceptualización de los bienes jurídicos colectivos en la doctrina y la legislación son similares a las perspectivas indígenas como la *asháninka*, que postula el equilibrio entre la actividad económica de la humanidad y la

sostenibilidad del medio ambiente mediante la consideración del territorio como un bien que corresponde a todos los seres vivos, en contraposición al concepto colonial de que el territorio corresponde a los individuos que lo posean.

Con respecto al concepto de esfera de protección de los bienes jurídicos, esto debe ser entendido desde la lesividad a la que son susceptibles. Según Barrientos (2015):

Determinando la función que el bien jurídico cumpla, podrá establecerse si ésta fue menoscabada o no, lo cual necesariamente nos obliga a analizar cada caso concreto. Si la lesividad de los delitos de peligro se confirma sólo mediante la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, debe decirse, a efectos de ser coherente con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que en tal desvalor debe estar implícito el análisis *ex ante* de la peligrosidad real al bien jurídico, creación de riesgo potencial que amerite el adelantamiento de la esfera de protección encomiable con una sanción penal. (p. 105)

Del texto citado, se puede desprender que la esfera de protección de un bien jurídico va a ser la pauta que va a informar con respecto al umbral de punibilidad, que a efectos prácticos genera la exigibilidad y efectividad de un derecho o bien jurídico, puesto que la protección hacia un bien jurídico se concretiza mediante la aplicación de una sanción.

Una aproximación a la definición de los bienes jurídicos colectivos, concepto que se engrana con el de esfera de protección, la ofrece Aguirrezabal Grünstein (2006): para que un interés sea considerado colectivo, es fundamental que exista algún tipo de organización, lo que lo diferencia de un interés difuso. Los derechos difusos se refieren a situaciones en las que los individuos tienen posiciones de ventaja reconocidas por el ordenamiento jurídico, con contenido similar y orientadas hacia el mismo objetivo o bien jurídico. Sin embargo, en los

derechos difusos no existe una estructura organizativa que los conecte, lo que permite que esas posiciones individuales mantengan su relevancia jurídica de manera independiente, sin consolidarse como parte de un interés colectivo mayor.

Asimismo, según Van Boven (1982) la distinción entre los derechos individuales y los derechos de la comunidad no debe ser vista de manera categórica, ya que es en el seno de la comunidad donde el individuo puede desarrollar plenamente su personalidad, tal como lo señala el art. 29.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Aunque ciertos derechos, como el derecho a la privacidad, la libertad de pensamiento y conciencia, y la seguridad personal, son de naturaleza individual, otros, como los derechos económicos y sociales, son inherentemente colectivos. Además, algunos derechos combinan elementos tanto individuales como colectivos, como la libertad de religión y la libertad de expresión.

Por tanto, el concepto de bien jurídico colectivo se aleja de preceptos eurocéntricos como forma de otorgar solución frente al atentado, por parte del ejercicio abusivo del derecho de propiedad, contra bienes jurídicos como la salud y la integridad física, que, a su vez, dependen del estado de realidades externas como la situación del medio ambiente; por tanto, se busca juridificar su defensa mediante la instauración del medio ambiente sano como bien jurídico de carácter colectivo; esta idea, en principio, no es un desarrollo puro de la ideología occidental, puesto que a partir de sus preceptos clásicos, los bienes jurídicos son solo individuales.

La siguiente atribución del derecho de propiedad, que es relevante, es la disposición del bien; según Serrano Alonso & Serrano Gómez (2005) “la disposición es la manifestación más importante del poder del titular, pues permite ceder, destruir, limitar” (p. 98); “enajenar o gravar un bien; es la más viva expresión dominial, por la mayor largueza que refleja” (Pereira, 1996, p. 74)

A partir de la lectura de la definición de la disposición de la propiedad, se vuelve evidente que es en esta atribución donde reside la matriz epistemológica de toda la conceptualización de la propiedad, puesto que es la encarnación de la idea de “dominio”; por tanto, para lograr una descolonización del concepto de la propiedad y permitir un cambio de paradigma con respecto al ejercicio de tal derecho, se vuelve ineludible reducir el alcance del amparo que da la ley a los actos de disposición y aumentar el rango de actos de disposición que representen un abuso del derecho.

En aras de poder lidiar con los problemas que la industria desenfrenada significa para la sostenibilidad del medio ambiente, es menester utilizar dispositivos jurídicos que unifiquen a la doctrina del abuso del derecho con la de los bienes jurídicos colectivos, a través de la aplicación de la matriz epistemológica de “reciprocidad”, con la finalidad de generar un estado jurídico que impida que el ejercicio de la propiedad tenga asidero legal y atribuciones tan amplias que permitan una relación unilateral depredadora con otros bienes jurídicos. Esto, en vista de que para la visión occidental liberal el derecho de propiedad es un bien jurídico de orden máximo, perspectiva que debe ser moderada y limitada mediante un cambio de jerarquía: se debe buscar obtener una horizontalidad plena entre bienes jurídicos; en esto nos asiste la figura de los bienes jurídicos colectivos, la cual genera un esfera de protección mucho más amplia de lo que lo haría un bien jurídico individual, facilitando una situación de horizontalidad con respecto a la masiva esfera de protección que tiene el bien jurídico de propiedad.

5.2. La matriz epistemológica de “equilibrio” del pensamiento *shipibo konibo* aplicado al concepto jurídico de propiedad para una tutela idónea del bien jurídico de medio ambiente

A partir del designio de integrar el concepto de “equilibrio”, que se forja a partir de las perspectivas *shipibas*, a la práctica jurídica del ejercicio de la propiedad, será menester reconocer dignidad y titularidad de bienes jurídicos a los animales, en razón de que

representan una parte esencial para la preservación del medio ambiente, y que la protección de la vida silvestre es una tarea inalienable con respecto a todo esfuerzo de preservar el buen estado del ecosistema; esto implica reconfigurar de forma restrictiva las atribuciones que tienen los seres humanos con respecto a la disposición que se puede tener sobre la vida de los animales.

Con respecto a la titularidad de derechos por parte de los animales, como contraposición a su estatus como propiedad, Daros (2018) argumenta que, al modificar los criterios para la atribución de derechos, es posible expandir el grupo de individuos a quienes se les reconocen derechos, incluyendo casos límite como bebés prelingüísticos o personas con discapacidades cognitivas severas. Sin embargo, el autor señala que esto solo implica un reconocimiento de derechos potenciales, no de derechos efectivos, para aquellos que no pueden ejercerlos actualmente. Daros (2018) enfatiza que el derecho natural es inherente a las personas por su condición humana, independientemente de su reconocimiento externo. El autor advierte sobre el riesgo de confundir el movimiento físico y biológico de los animales con la libertad moral humana; aunque reconoce que los animales tienen necesidades y capacidades cuya insatisfacción puede afectarles de manera similar a los humanos, Daros (2018) sostiene que esto no justifica atribuirles derechos comparables a los humanos, como el derecho a la libertad.

Daros (2018) concluye que, si bien los animales poseen valor, esto no es suficiente para otorgarles derechos. Según el autor, para ser titular de derechos se requiere tener conocimiento, libertad y responsabilidad para actuar, características que, en su opinión, los animales no poseen. De este modo, él establece una distinción clara entre el valor inherente de los animales y los requisitos para la titularidad de derechos.

Si bien se reconoce que los animales no tienen una libertad moral igual a la de los humanos, esta argumentación brota desde el antropocentrismo y el deseo de aplicar categorías humanas a los

animales para evitar otorgarles protección legal, por ello es que ha recurrido a darles tutela legal a su integridad y vida a través del interés humano del derecho a un medio ambiente sano, puesto que se ha tenido que reconocer que otorgar titularidad de bien jurídico a los animales, aunque sea de forma subsidiaria a través del medio ambiente, es pieza fundamental de la conservación del medio ambiente. Un proceso similar se adopta desde el pensamiento *shipibo-konibo* en tanto se vale de la idea de la interconexión entre el territorio y los seres que lo habitan para extender el interés humano por la supervivencia hacia la necesidad de respetar la vida e integridad de los animales, y en aras de mantener el equilibrio del medio natural, concepto que debe ser integrado en la tradición jurídica occidental.

En resumen, como parte de los esfuerzos de preservación del ecosistema y de descolonizar el pensamiento jurídico en aras de este objetivo, la propuesta es modificar el concepto de propiedad en relación con la capacidad de disposición respecto al terreno y a los animales, puesto que una práctica de la propiedad con atribuciones tan amplias genera la sobreexplotación del territorio, sin olvidar que la disposición sin límite sobre la vida animal también genera un desequilibrio en el ecosistema, que tiene las mismas consecuencias que la disposición excesiva sobre el terreno: la afectación irreparable del ecosistema; estos desarrollos deben verse justificados y respaldados por la consagración del bien jurídico colectivo de medio ambiente, que ha de tener como manifestaciones específicas la tutela de bienes jurídicos para la vida silvestre y la integración al sistema jurídico de la noción de propiedad de los territorios como bien jurídico colectivo, además de integrar la percepción indígena del “equilibrio” al ejercicio de la propiedad, lo cual tendrá como fin que se identifique como abuso del derecho a toda conducta que afecte la integridad del ecosistema del territorio o que atente contra el equilibrio de las poblaciones animales que implican la preservación del ecosistema.

6. Conclusiones

La cosmovisión de pueblos indígenas como los *asháninka* y *shipibo-konibo* ofrece perspectivas valiosas para reconceptualizar el derecho de propiedad desde un enfoque decolonial; dichas visiones, centradas en conceptos como la reciprocidad y el equilibrio, contrastan con la noción occidental de propiedad como dominio individual y exclusivo, que se desarrolla desde una perspectiva antropocéntrica y enajenada de las consecuencias en su entorno.

Esta perspectiva se desprende del análisis de los preceptos básicos de la cosmovisión indígena que, desde un enfoque de derecho descolonizador, tienen importante potencial como matrices epistemológicas para construir un ordenamiento jurídico con dispositivos legales que permitan superar algunos de los retos más apremiantes de nuestra época, como lo es la preservación del medio ambiente.

La disquisición desarrollada en este ensayo señala que este objetivo se puede lograr mediante la restricción de las atribuciones de la propiedad conceptualizadas como “uso” y “disposición”, y mediante la integración de ideas fundamentales del pensamiento indígena en el sistema jurídico regular occidental; las ideas de “equilibrio” y “reciprocidad” han de ser introducidas al derecho civil, generando un giro epistemológico para el derecho, orientando los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales futuros a alejarse de los conceptos occidentales tradicionales, que dominan las sociedades postcoloniales, logrando formar un derecho descolonizado con desarrollos jurídicos conceptuales que respondan a la necesidad de un derecho original funcional frente a los problemas jurídicos modernos y particulares de nuestra realidad.

El método propuesto para efectivizar la restricción de las atribuciones de “uso” y “disposición” del derecho de propiedad, consiste en la instauración y constitucionalización de esferas de protección del bien

jurídico colectivo de medio ambiente, en aras de crear una situación de horizontalidad entre bien jurídico medio ambiente y de propiedad para poder establecer una noción de propiedad colectiva del territorio y medio ambiente, y al objeto de que más conductas de ejercicio del derecho de propiedad entren en la categoría de abuso del derecho, resultando en un concepto de propiedad que se acomoda a las necesidades medio ambientales y que es autosostenible.

Para una descolonización efectiva de la noción de propiedad es indispensable, por un lado, restringir el alcance de la protección legal otorgada a los actos de disposición y, por otro lado, aumentar el rango de acciones consideradas como abuso del derecho. Esto implica reconocer la dignidad y titularidad de bienes jurídicos a los animales y al medio ambiente, reconfigurando de forma restrictiva las atribuciones humanas sobre estos.

Que la práctica jurídica del ejercicio de la propiedad incorpore conceptos como "reciprocidad" y "equilibrio" podría generar un estado jurídico capaz de no permitir una relación unilateral depredadora con otros bienes jurídicos. Esto buscaría establecer una horizontalidad entre bienes jurídicos, moderando la perspectiva occidental que considera el derecho de propiedad como un bien jurídico de orden máximo.

Además, con la integración de tal perspectiva indígena dentro del régimen legal, es inevitable redefinir el concepto de propiedad, desplazando el énfasis hacia la responsabilidad y el cuidado dentro de la comunidad y el territorio. Esto implicaría el reconocimiento de los derechos de entidades no humanas, la priorización de formas de propiedad que son de naturaleza colectiva y orientadas hacia el uso sostenible, y la incorporación del conocimiento tradicional dentro del sistema legal.

7. Referencias

7.1. Doctrinales

- Aguirrezabal Grünstein, M. (2006). Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 69-91.
- AIDSESEP & Fundación Telefónica. (2004). *El ojo verde, cosmovisiones amazónicas*.
- Avendaño, J. (1994). El derecho de propiedad en la constitución. *Revista Themis*; (30), 117-122.
- Avendaño, J. & Avendaño F. (2019). *Derechos reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú; Fondo editorial.
- Baena Upegui, M. (2003). Derecho real de dominio y propiedad privada (III) Función de la propiedad. *Revista Opinión Jurídica*, 2(3), 145-172.
- Centro de Investigación de Lingüística Aplicada [CILA]-UNMSM. (2012). *Shipibo: territorio, historia y cosmovisión*. UNICEF.
- Centro de Investigación de Lingüística Aplicada [CILA]-UNMSM. (2012). *Asháninka: territorio, historia y cosmovisión*. UNICEF.
- Cordero Quinzacara, E. (2008). De la propiedad a las propiedades. la evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI(2), 493-525.
- Daros, W. (2019). ¿Tienen derechos naturales los animales no humanos?. *Enfoques: Revista de la Universidad Adventista del Plata*, 31 (2), 87-120.
- Díaz, E. (1998) *Curso de filosofía del derecho*. Marcial Pons.
- Espinosa, O., Molina, P. & Carlos, J. (2014). *Los pueblos ashaninka, kakinte, nomatsigenga y yanasha*. Ministerio de Cultura del Perú, Serie Nuestros Pueblos Indígenas, N°1.

- Glave, L. (2003). La memoria y el futuro en la historia del Perú. En P. Oliart (Ed.), *Territorio, cultura e historia* (pp. 39-50). Instituto de Estudios Peruanos.
- Kuhn, T. (1970). *The Structure of Scientific Revolutions* [La estructura de las revoluciones científicas]. University of Chicago.
- Lander, E. (2000). *La colonialidad del saber: Eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. CLACSO.
- Mendoza del Maestro, G. (2013). Apuntes sobre el derecho de propiedad a partir de sus contornos constitucionales. *Revista Foro Jurídico*, 97-108.
- Pereira, C. (1996). *Instituições de direito civil* (12.a ed., T. IV). Editorial Forense.
- Pinaglia-Villalón y Gavira, J. (2016). Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil español. *Anuario de derecho civil*, 69(3), 925-949.
- Posholi, L. (2020). *Epistemic Decolonization as Overcoming the Hermeneutic Injustice of Eurocentrism* [Descolonización epistémica como superación de la justicia hermenéutica del eurocentrismo]. Philosophical Papers.
- Sage, C. & Woolcock, M. (2012). Introduction: Legal pluralism and development policy. In B. Z. Tamanaha, C. Sage & M. Woolcock (Eds.), *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue* (pp. 1-17). Cambridge University Press.
- Schacherreiter, J. (2016). Postcolonial Theory and Comparative Law: On the Methodological and Epistemological Benefits to Comparative Law through Postcolonial Theory. *Verfassung und Recht in Übersee*, 49, 291-312.
- Serra Rodriguez, A. (2023). *Derecho civil III, derechos reales*. De Verda y Beamonte & Serra Rodriguez (Coords.). Tirant lo Blanch.
- Serrano Alonso, E. y Serrano Gomez, E. (2005). *Manual de derechos reales*. Editorial Ebisofer S. L.

- Shawush, N. (2022). *Decolonizing the Land: Revitalizing Indigenous Legal Traditions*. University of Regina. <https://opentextbooks.uregina.ca/decolonizingjustice/chapter/chapter-1/>
- Umaña Chiricente, B. (2021). Narrativa de los seres espirituales: cosmovisión y cultura asháninka. *Revista Amazonía Peruana*, 17(34), 149-164.
- Van Boven, T. (1982). Distinguishing criteria of human rights. En *The international dimensions of human rights* (pp. 43-59). Greenwood Press & UNESCO.
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). *Tratado de derechos reales* (T. III). Editorial de la Universidad de Lima.
- Witker, Jorge. (1995). *Metodología de la investigación jurídica*. Mac Graw Hill. México.

7.2. Legales

Constitución Política del Estado [CPE]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Página dejada intencionalmente en blanco

**La desplurinalización del Tribunal Constitucional.
Sobre la nugatoria composición plurinacional
del *máximum* áncora de la constitución**

*The Desplurinalization of the Constitutional Court.
On the Nugatory Plurinational Composition
of the Constitution's Maximum Anchor*

RODRIGO RENÉ CRUZ APAZA *

Recibido: 8 de julio de 2024

Aceptado: 5 de septiembre de 2024

Resumen

Bolivia es un Estado cuyo elemento poblacional es culturalmente abigarrado, esto es, una nación producto de la pletórica pluralidad cultural que dimana de sus pueblos y comunidades indígenas. Esta propiedad antropológica, ausente en el articulado de la constitución durante más de un siglo y medio –si nos ceñimos a una interpretación taxativamente literal del texto constitucional de 1826–,

* Abogado y maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón. Investigador independiente en materia constitucional y procesal constitucional. Autor de libros y artículos en publicaciones nacionales e internacionales (de Perú, Ecuador, México, Chile y Argentina; y el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2023 de la Fundación Alemana Konrad Adenauer Stiftung).

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>

Contacto: rodriggcruz@gmail.com

Revista de Derecho de la U.C.B. – *U.C.B. Law Review*, Vol. 8 N° 15, octubre 2024, pp. 119-169 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa).

DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.202415109>

es en hogaño una de las bases fundamentales que informan al Estado, y, como tal, tiene una repercusión institucional transversal: incidencia en la elección de los órgano-personas de los órgano-instituciones del Estado; v. gr., el Tribunal Constitucional es adjetivado desde 2009 con el vocablo “Plurinacional”, rigiendo para su composición criterios especiales de conformación que responden al derecho de participación de los pueblos indígena originario campesinos en los órganos de poder e instituciones del Estado. No obstante ser el plurinacionalismo uno de los fustes de la narrativa constitucional boliviana, éste ha cejado a causa de una multiplicidad de óbices adversos a su efectiva materialización; denominamos a estos: factores de desplurinacionalización, fenómenos que enervan la fuerza normativa del art. 197.I de la constitución y que son menester identificar y analizar si nos tomamos en serio el plurinacionalismo. En consecuencia, estas labores precisadas constituyen el objeto de investigación del presente escrito.

Palabras clave: Tribunal Constitucional Plurinacional / Estado Plurinacional / Tribunal Constitucional.

Abstract

Bolivia is a state whose population element is culturally variegated, that is, a nation product of the plethoric cultural plurality stemming from its indigenous peoples and communities. This anthropological property, absent in the articles of the constitution for more than a century and a half -if we stick to a literal interpretation of the constitutional text of 1826-, is nowadays one of the fundamental bases that inform the state and, as such, has a transversal institutional repercussion: incidence in the election of the organs-people of the organs-institutions of the state; e.g., the Constitutional Tribunal is adjetivated since 2009 with the term "Plurinational", governing for its composition special conformation criteria that respond to the right of

participation of the original indigenous peasant peoples in the organs of power and Institutions of the state. Despite being the plurinationalism one of the pillars of the bolivian constitutional narrative, it has ceased due to a multiplicity of adverse obstacles to its effective materialization; we call these: factors of deplurinalization, phenomena that enervate the normative force of article 197.I of the constitution and that are necessary to identify and analyze if we take plurinationalism seriously. Consequently, these specific tasks constitute the object of investigation of this paper.

Keywords: Plurinational Constitutional Tribunal / Plurinational State / Constitutional Tribunal.

1. Introducción

Los principios y valores fundamentales que informan a los Estados constitucionales ejercen un pronunciado influjo en la modelación de sus órganos de poder, concesionándoles un perfil acorde a sus exigencias. Una variedad de ellos se halla incurso, para el caso boliviano, en el art. 1 de su Constitución Política del Estado ([CPE], 2009): Estado social, de derecho, comunitario, democrático, entre otros que han configurado el fuste de la narrativa constitucional boliviana desde data encomiable (el constitucionalismo social fue previsto en 1938 y el régimen democrático ostenta antecedentes desde 1825).

A desemejanza de los postulados precisados existen otros que fueron postergados del articulado fundamental por más de un siglo y medio; este es el caso de la propiedad antropológica abigarrada de la nación, que obtuvo su primera recepción en los principios de multietnicidad y pluriculturalidad.

En hogaño es consabido que la nación boliviana no es una de taxonomía uniforme –si es que alguna del globo puede serlo en la época actual– debido a la pletórica cultura anidada en los pueblos y

comunidades indígenas que la integran, hecho que permite enrolarla en la línea de las naciones compuestas; empero, y aun siendo nuclear su significación, esta cualidad inherente sería traducida a principio fundamental tardíamente en las postrimerías del siglo XX, alcanzando su cenit en el ordenamiento constitucional de 2009, momento constitucional donde se le imprimió mayor envergadura al factor del pluralismo cultural en la complejión del Estado, una decisión fundamental que es constatable en el cambio de nomenclatura de algunos órgano-instituciones y la elección de los órgano-personas que los dinamizan con base en criterios de plurinacionalidad.

Uno de los órganos constitucionales irradiados por el contenido del plurinacionalismo fue el *máximum áncora de la constitución*: el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP); institución que por mandato del art. 197.I (CPE, 2009) del articulado fundamental debe ser integrado por un personal plurinacional.

No obstante la preferencia que tuvo (y tiene) el constituyente para con la particular integración del alto tribunal de control de constitucionalidad, si se pasa revista a la experiencia jurídica es plausible observar que el TCP ha sido afectado por un proceso de *desplurinacionalización*, fenómeno que acaeció a causa de una multiplicidad de factores que embarazan la posibilidad de una fidedigna composición plurinacional de la magistratura constitucional.

En razón de que el mandato del constituyente es claro y dado que se habita en un Estado calificado de derecho en el que la eficacia de la constitución no es meramente lírica, el criterio de plurinacionalidad no debe ser enervado en sus implicancias para con el sistema constitucional, sino que debe ser optimizado razonablemente. Conforme a la directiva formulada, se estima que una primera acción para tomarse en serio el plurinacionalismo y no tornar nugatorio el derecho de participación de los pueblos indígena originarios en los órganos de poder e instituciones del Estado, es identificar y analizar los *factores de desplurinacionalización* que se constituyen en escollos

para perfilar un auténtico Tribunal Constitucional “Plurinacional”; son en consecuencia las labores enlistadas las que se pretende afrontar como objeto de indagación en aras de una correcta práctica de la plurinacionalidad como pauta de configuración institucional ineludible.

2. Objetivo, enfoque y metodología

El propósito investigativo de la prospección yace en la necesidad de identificar y analizar los factores de desplurinalización del TCP, objetivo que será satisfecho previo abordaje de la distinción de planos de la experiencia jurídica y una reseña de la propiedad abigarrada de la nación boliviana.

En razón de la índole de la materia constitucional a investigar, el enfoque jurídico esgrimido es de tipo polidimensional (se consideran cuestiones principialistas, axiológicas, normativas y fácticas) con acentuación del factor normativo. Y, debido a que los datos recopilados y ponderados son en particular escriturados (textos normativos, jurisprudencia y doctrina), la metodología es de tipo bibliográfico-doctrinal (De Ballon, 2004, p. 19).

3. Una distinción de planos: lo normativo, lo fáctico y lo axiológico

Radicándonos en pleno desarrollo de la segunda década del siglo XXI se juzga que ya no es plausible continuar porfiando en la puridad del Derecho como estricta normatividad; diversas ius-filosofías del siglo pasado nos han instruido de que el Derecho: “No es, pues, puro hecho ni pura norma, sino hecho social en la forma que le da una norma racionalmente promulgada por una autoridad competente según un cierto orden de valores” (Reale, 1976, p. 250). El concepto trasuntado responde a la denominada “teoría tridimensional del derecho” acuñada por el profesor Miguel Reale (1997), quien bregó por superar las

concepciones unidimensionales y bidimensionales del fenómeno jurídico, como ser: la teoría pura del derecho (Kelsen, 1985) o la fuerza normativa de los hechos (Jellinek, 2005).

La breve referencia a la teoría tridimensional es capital para los fines de este trabajo, porque se trata de un estudio de derecho constitucional, que no admite parcelas arbitrarias o sesgos desidiosos de la experiencia jurídica:

El análisis del fenómeno constitucional no se circunscribe a los preceptos constitucionales, sino que, para arribar a resultados exhaustivos deben considerarse los hechos sociales que acaecen en la vida política del Estado –comportamiento de los gobernantes y gobernados–, así como el grado de proximidad o lejanía que la normativa constitucional presenta con los principios y valores de determinada sociedad (Cruz, 2021, p. 98).

En atención a la particular estructura ontológica compleja del derecho en general y del derecho constitucional en particular, y esgrimiendo la terminología del profesor Germán J. Bidart Campos (1989), el investigador del fenómeno constitucional debe saber distinguir planos y ponderar las consecuencias en cada de una de sus dimensiones; esto significa que la vigencia sociológica no guarda en todos los casos correspondencia plena con la vigencia normológica y la vigencia axiológica, esto es: lo obrado por las personas no coinciden necesariamente con lo regulado por las normas y lo exigido por los valores.

La directiva realista perfilada es de indefectible consideración en el desarrollo investigativo, por cuanto la desplurinacionalización del TCP es un fenómeno jurídico-normativo, motivado por soportes deónticos constitucionales y legislativos, que incide fácticamente –el reino de los hechos– en la materialización de la integración plurinacional del órgano de control de constitucionalidad conforme dicta la norma suprema; *id est*, enerva la efectividad de lo normado y exigido los

principios y valores, produciendo un defecto recurrente en el derecho constitucional: el orden de los hechos supera a los marcos normativos modelados por imperativos sustanciales.

4. El reconocimiento constitucional de la propiedad abigarrada de la nación boliviana y su incidencia institucional

4.1. La trayectoria constitucional

Aunque el profesor Francisco Fernández Segado (2004) haya aseverado que la reforma constitucional de 2004, aquella que fue concretizada durante el gobierno de Carlos Mesa Gisbert mediante Ley 2650 de 13 de abril de 2004, recepta una novedad significativa consistente en: “la entrada en la escena constitucional de los pueblos indígenas” (p. 718); es menester precisar que: “los pueblos indígenas resaltaron en el escenario constitucional boliviano desde la reforma de 1994” (Cruz, 2023, p. 24).

La afirmación vertida tiene su apoyatura en la reforma constitucional efectuada durante el mandato de Gonzalo Sánchez de Lozada, mediante la enmienda propiciada por la Ley 1585 de 12 de agosto de 1994 que insufló al texto constitucional los principios de multiétnicidad y pluriculturalidad: “Bolivia, ... multiétnica y pluricultural, ... fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos” (CPE, 1994, art. 1).

Lo suscitado normativamente no fue de poca monta, implicó el reconocimiento –no creación o concesión– de una verdad sociológica de antaño: que la nación boliviana es poseedora de un perfil nacional compuesto de múltiples identidades culturales interrelacionadas desde antes, durante y después de la independencia; las cuales convergen en el magno concepto unificador de la *bolivianidad*.

Se sumó por consiguiente en 1994, a la narrativa constitucional boliviana, el componente de la multiétnicidad y pluriculturalidad,

anidación que permite hablar de un *constitucionalismo multiétnico y pluricultural*. No obstante la envergadura de la reforma constitucional desde un prisma axiológico, el tándem principalista no tuvo la *vis* para conmover la composición de los entonces poderes del Estado: no se formularon criterios de integración multiétnico o pluricultural ni hubo modificación de nomenclaturas institucionales –v. gr., al nombre oficial del Estado, República de Bolivia, no le fueron anidadas otros adjetivos caracterizadores–.

Falto de fuerzas, lo acontecido en 1994 tendría que ser secundado y ampliado en la CPE en 2004: el art. 222, regulando la representación popular, dispuso expresamente que esta era susceptible de ser articulada por los pueblos indígenas; el art. 223.I-II preceptuó que a la formación de la voluntad popular pueden concurrir pueblos indígenas en calidad de personas jurídicas de derecho público, cuyo programa, organización y funcionamiento debían ceñirse a principios democráticos y a las exigencias de los derechos y garantías constitucionales; el art. 224, por su parte, reconoció que los pueblos indígenas tenían la facultad política de postular candidatos a la presidencia, vicepresidencia, senatoria, diputación, constituyentes, concejalías, alcaldías y otros agentes municipales, directamente y en igualdad de condiciones.

Los avances son loables, pero se estima que pudieron ser anticipados a partir de una interpretación sistemática y teleológica de la constitución reformada en 1994: optimizando los principios de multiétnicidad y pluriculturalidad insertos en el art. 1; el concepto de ciudadanía del art. 41, heredera de la concepción democrática de la revolución de 1952; el respeto por los derechos sociales y culturales, y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas – que implica a sus asociaciones y sindicatos–, contemplado en el art. 171; el derecho de la ciudadanía a organizarse en partidos políticos del art. 222; y el ejercicio de la representación popular dinamizado por los partidos políticos o los frentes o coaliciones formados por estos, donde

podían concurrir las agrupaciones cívicas de las fuerzas vivas del país, previsto por el art. 223; se juzga que el entonces Tribunal Constitucional disponía de suficientes y legítimos estándares normativos de justificación para interpretar la constitución con una proyección que conglobara las enmiendas introducidas en 2004. De haberse adoptado esta postura hermenéutica, quizá la primera reforma constitucional del siglo XXI no habría sido necesaria en los alcances que se determinó respecto a la participación de los pueblos indígenas en el andamiaje institucional, por cuanto sus contenidos habrían sido meras explicitudes dispendiosas de tinta ya incursas en el texto fundamental de 1994.

Con estos antecedentes, se arribó a 2009, momento de decisión ius-fundamental donde se aprobó el primer texto constitucional redactado por dos corporaciones constituyentes mediante referéndum constitucional de 25 de enero: la Asamblea Constituyente, principal institución de modelación de la reforma; y el Congreso Constituyente, institución legislativa coadyuvante que introdujo –indebidamente– una pluralidad de enmiendas razonables a la obra de la primera.

Aunque en su momento se hizo pompa y gala de la denominada “Nueva Constitución Política del Estado” debido a su pronunciado carácter democrático en términos de participación ciudadana plural, es menester referir algunos datos: concurren a urnas el 90.24% de la ciudadanía, pero del número de votos válidos (3.511. 699) se obtuvo a favor de la aprobación del texto constitucional el 61.43% (2.064.417), con una oposición del 38.57% (1.296.175). Ergo, de pretender calificarse al proceso de reforma constitucional de 2006-2009 como profundamente popular-democrático, se estima que el porcentaje de aceptación debió haber alcanzado mínimamente el 75 u 80% de los votos válidos; más aún si se habla de una supuesta “refundación” del Estado.

A lo criticado con antelación, intromisión funcional del Congreso – órgano constitucional legislativo no constituyente–, y el requerimiento

de mayor credibilidad democrática –para que una constitución sea legítimamente calificada de hondamente democrática se exige un porcentaje de aceptación igual o superior al 75%–; debemos sumar la inestable tesitura sociopolítica que acompañó al proceso constituyente durante el ejercicio de labores de la asamblea constituyente y las irregularidades manifiestas en la aprobación de su proyecto de constitución. Sobre el primer defecto, considérese las lecciones del profesor José Luis Gutiérrez Sardán (2010):

El proceso constituyente ha sido difícil: no pudo concluir sus sesiones en el lugar originalmente convocado: La ciudad de Sucre, los constituyentes tuvieron que salir al liceo militar en “La Glorieta”, donde las fuerzas armadas podrían brindarles cierta seguridad para sesionar; sin embargo, grupos de violentos y haciendo explotar “cachorros de dinamita” persiguieron a la Asamblea Constituyente, obligándola a salir del Liceo Militar después de aprobar la nueva Constitución solamente en la etapa en “Grande”, de esa manera los constituyentes evitaron un enfrentamiento de inimaginables consecuencias. Los documentos de la Asamblea Constituyente, que estaban en el teatro Gran Mariscal, en Sucre, capital del Estado Plurinacional, cuando eran trasladados en una furgoneta, después de casi un mes de la aprobación del texto en Grande, por violentos impunes, fueron interceptados y quemados incluida la furgoneta que servía para dicho traslado (p. 297).

En cuanto a la segunda imperfección, las incorrecciones que suscitaron en la función de aprobación del proyecto constitucional, repárese en lo relatado por el profesor Franco Gamboa Rocabado (2009):

El MAS forzó una sesión de emergencia para aprobar el índice de la Constitución en su etapa “en grande” el 23 de noviembre bajo custodia policial y militar en los salones del Liceo Edmundo Andrade. La oposición no se presentó y todo terminó de manera bochornosa en una sesión de 15 horas entre el 8 y 9 de diciembre,

donde el MAS junto a sus aliados aprobaron el texto final “en detalle” en la ciudad de Oruro. Lo curioso de esta sesión hasta el día de hoy no descansa en que los asambleístas votaron como autómatas, sino en que Bolivia nunca sabrá qué texto finalmente se aprobó: aquel redactado por las comisiones y los propios asambleístas, o un texto introducido en la oscuridad de la confusión y la premura... el texto constitucional difundido entre finales de diciembre de 2007 y febrero de 2008, es en el fondo un documento apócrifo, si se lo compara con los informes originales de mayoría y minoría redactado por las 21 comisiones hasta julio de 2007. Súbitamente, Bolivia se vio envuelta en el dilema de reconocer el fracaso estrepitoso de su Asamblea Constituyente o resignarse ante la gris humareda de un texto adulterado; tal vez después de mucho tiempo y producto de la investigación rigurosa podremos conocer finalmente cómo hicieron, para aprobar la Constitución aquel frío sábado en Oruro donde todos los gatos fueron pardos (pp. 47-48).

Los reproches enlistados y trasuntados no son de poca monta, por cuanto son proposiciones críticas valederas para enervar la legitimidad genética (o de origen) de la CPE enmendada en 2009; aun cuando este reproche tenga validez, por la data que ostenta la reforma: una década más un lustro, se juzga que en su lectura y análisis debe primar la legitimidad pragmática (o de ejercicio), *id est*, que se pondere primariamente el “proceso de legitimación *a posteriori*” (Cruz, 2023, p. 330) de la norma fundamental acontecido por lo que ha permitido construir, tutelar y garantizar en 15 años de vigencia a partir de la articulación de sus órganos de poder –particularmente desde la jurisprudencia del TCP y las leyes de la Asamblea Legislativa Plurinacional–. Esta coordenada de apreciación, por descontado, no importa que se desatienda los hechos acaecidos en el momento nomogenético, solo conduce a que la crítica por la legitimidad de origen no se constituya, como en los casos vecinos de Chile y Perú, en el ariete principal para *guerrear contra la constitución*, situación que se exhibe cuando se externan “protestas o discursos” que ambicionan

la reforma o sustitución del “orden constitucional sin apoyatura argumentativa razonable” (Cruz, 2023, p. 323).

Retornemos ahora de la panorámica digresión histórica de la reforma constitucional de 2009, y focalicémonos en su contenido deóntico. En otra oportunidad sostuvimos que el documento constitucional en comento: “amplía y potencia el horizonte axiológico trazado en 1994 y 2004 a partir de la erección de lo plurinacional como ‘principio transversal’ del Estado” (Cruz, 2023, p. 25). Lo aseverado importa en cuanto destaca que lo plurinacional no es un dato principialista o axiológico “nuevo” en puridad: es la potenciación de lo multiétnico y pluricultural; esta afirmación permite –una vez más– confirmar la tesis de la unidad de la constitución acuñada por el profesor Tomás Manuel Elío en 1947, ya que el propio texto constitucional de 2009 no es una “nueva” Constitución *strictu sensu*, es una reforma más –aunque no como las demás– a la constitución de 1826, *cuya sustancia no ha sido desdibujada por las formas* a pesar de haber experimentado una ingente cantidad de enmiendas durante el siglo XIX y XX.

Con declaraciones firmes, el preámbulo de la CPE de 2009 sostiene que la nación boliviana se estructura con “rostros diferentes” que coadyuvan a comprender la “pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas”; que es un pueblo de “composición plural” que hermanó sus fuerzas para configurar un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (CPE, 2009, art. 1).

El art. 1 (CPE, 2009), precepto dotado de una alta carga principialista y axiológica, reconoce los principios del plurinacionalismo, comunitarismo, interculturalismo, pluralismo cultural y lingüístico, dentro el proceso integrador del país. El art. 3 (CPE, 2009) explicita innecesariamente que: “La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”;

señalamos que la regulación es baladí porque bastaba con aseverar que la Nación boliviana está compuesta por la “totalidad de los bolivianos”, y porque su redacción podría prestarse a interpretaciones literalistas que supongan que antes de 2009 los pueblos indígenas y demás colectivos no formaban parte de la nación, proposición que es un mero paralogismo en atención particularmente a las enmiendas constitucionales de 1994 y 2004.

Descolla en el articulado fundamental el art. 5.I, que dispone como 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. (CPE, 2009)

Este dispositivo resulta beneficioso para la exégesis constitucional ya que, *a prima facie*, podría ser esgrimido para precisar una cuestión que no determina el texto constitucional, el número de pueblos indígenas que integran a la nación boliviana: si se reconoce 36 lenguas distintas, se presume la existencia de 36 pueblos diferentes; así lo refiere la Defensoría del Pueblo (2016) en su publicación: “Sin Pueblos Indígenas no hay Estado Plurinacional”.

No obstante la aseveración oficial, por provenir de una institución pública del Estado, esta debe ser actualizada por sus limitaciones a la luz de lo expresado por la Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0007/2019 de 13 de febrero:

De acuerdo a los datos otorgados por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), sobre el Censo de Población y Vivienda del 2012, dio como resultado del ejercicio del derecho a la

autoidentificación cultural, del total de declaraciones de pertenencia a Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinas (NPIOC), se tiene un número de ciento veintidós pertenencias culturales declaradas, datos que todavía no fueron analizados cualitativamente por las instituciones competentes a fin de determinar el número de identidades culturales existentes en el Estado Plurinacional de Bolivia; sin embargo, la cifra nos da una idea de la gran diversidad cultural que existe, más allá de las treinta y seis naciones o culturas que se asumen de una errada lectura del art. 5 de la CPE, puesto que, la citada disposición constitucional refiere a los idiomas oficiales y no así al número de naciones en el Estado. (TCP)

Cita necesaria amerita el art. 8.I, en el que se dio cabida a criterios materiales normativos de prosapia indígena:

El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). (CPE, 2009)

Por el peso reconocido a estos cánones dogmáticos, la parte orgánica de la Constitución, aquella conocida clásicamente como derecho constitucional del Poder, fue conmovida en algunos sectores de su nomenclatura y composición: verbigracia, el órgano legislativo, antes denominado Congreso Nacional o de la República, ahora recepta el nombre de Asamblea Legislativa Plurinacional, reservándose en la cámara de diputados curules para “circunscripciones especiales indígena originario campesinas” (CPE, 2009, art. 146.VII), o simplemente cuotas plurinacionales o culturales.

La fuerza pronunciada del plurinacionalismo en este ámbito es evidenciable de forma más notoria a nivel nacional e internacional a

causa del Decreto Supremo [DS] de 18 de marzo de 2009, el cual ordenó:

En cumplimiento de lo establecido por la Constitución Política del Estado, deberá ser utilizada en todos los actos públicos y privados, en las relaciones diplomáticas internacionales, así como la correspondencia oficial a nivel nacional e internacional, la siguiente denominación: ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. (art. único).

Aunque la constitución no prohíba ni mande la modificación del nombre oficial del Estado, juzgamos que fue una decisión del expresidente Morales carente de congruencia histórico-constitucional. El rótulo estatal de “República de Bolivia” tiene sus antecedentes en la “Ley de Glorificación” (Herrera, 2021, p. 46): el DS de 11 de agosto de 1825 de la Asamblea Deliberante, ley constitucional integrante del *constitucionalismo fundador* de Bolivia, que entonces dispuso en agradecimiento a Bolívar y Sucre que: “La denominación del nuevo estado es, y será para lo sucesivo, República Bolívar” (art. 1); y “La ciudad capital de la República y su departamento, se denominarán en lo sucesivo, Sucre” (art. 14). La irrefutable relevancia de la Ley Constitucional de Glorificación radica en consecuencia en que a partir de ella: “se empezó a irradiar con mayor fuerza en los territorios nacionales la convicción de ser un Estado soberano dispuesto a defender su independencia respecto a otras unidades nacionales” (Cruz, 2021, p. 113).

Es de conocimiento vernacular que el nombre no tardó en mudar a República de Bolivia, el 3 de noviembre de 1825 para ser precisos, por la sugerencia del diputado por Potosí: Manuel Martín de Santa Cruz, a quien se atribuye el fundamento para la leve modificación: “Si de Rómulo, Roma; de Bolívar, Bolivia” (Santana, 2010, p. 53).

Considerando la fecha precisada, el nombre oficial del Estado: República de Bolivia receptaba más de 184 años de historia

constitucional que un mero decreto no tiene la potencia para derruir. De pretenderse ser innovador, pero a su vez coherente, el entonces jefe de Estado debió limitarse a sugerir que sea el Congreso quien mediante ley disponga el cambio de nomenclatura estatal a: *República Plurinacional de Bolivia*; un rótulo que estimamos habría sido más respetuoso con la tradición histórica-constitucional y que no generaría una inadvertida antinomia. En hogaño las sentencias, en distintas materias y por efecto del decreto citado, son signadas con el nombre Estado Plurinacional; mas esto constituye una inobservancia de la obligación incurra en el art. 360 del Código de Procedimiento Penal [CPP, 1999] –una Ley–, que ordena que las sentencias se pronuncien: “en nombre de la República”.

Para culminar la significación de la entonación del plurinacionalismo en la constitución, referencia somera requiere el art. 41 I.I, por cuanto blindo o agrava implícitamente la posibilidad de su enmienda: al ser un componente de la sustancia constitucional conocida como “bases fundamentales”, el plurinacionalismo solo puede ser objeto de “afectación” –dicción entendida en su acepción de alteración o mudanza, no supresión– mediante reforma constitucional propiciada por una Asamblea Constituyente Originaria Plenipotenciaria activada por voluntad vía referéndum, y cuyo producto nomográfico solo podrá ser aprobado o descartado por el mismo canal democrático-participativo.

Con base a lo narrado, se da por averado que el principio del plurinacionalismo es un dato sustancial deóntico transversal en el entramado constitucional: está presente desde el umbral –preámbulo– de la CPE (2009) hasta el término de su recorrido regulativo –quinta parte–, donde ostenta salvaguardas reforzadas para su modificación.

4.2. De Tribunal Constitucional a Tribunal Constitucional Plurinacional

Por imperativo del art. 116.I (CPE, 2009) de la reforma constitucional de 1994, el poder judicial del Estado se ejercía, entre otros organismos judiciales, por: “la Corte Suprema de Justicia de la Nación” y “el Tribunal Constitucional”; concesionándose al último por mandato del parágrafo IV del mismo artículo la competencia de dinamizar: “El control de constitucionalidad”. Fue así que se instituyó en Bolivia el sistema de control de constitucionalidad concentrado, lo que no importó raer el sistema difuso, sino complementarlo. Sus labores comenzaron un primero de junio de 1999.

No obstante ser el año 1994 uno de los más citados en la narrativa constitucional boliviana por el impacto que tuvo la modelación de un órgano concentrado para la garantía de la constitución, según el profesor William Herrera Áñez (2019):

El comienzo de esta historia se sitúa, sin embargo, unos años antes cuando en marzo de 1993 y en cumplimiento del acuerdo político de 9 de julio de 1992, celebrado entre el entonces Presidente de la República, Jaime Paz Zamora, y los jefes de los principales partidos políticos, era convocado un Congreso Extraordinario que trató, entre otros asuntos, el relativo a la Ley de necesidad de reforma de la Constitución que daría lugar al nacimiento del TC. Con posterioridad, el mismo ex Presidente de la República remitía al Congreso Nacional el respectivo proyecto de Ley que, como estaba consensuado con los partidos políticos, se convirtió en la Ley de necesidad el 31 de marzo de 1993, promulgada el 1^a de abril por el Vicepresidente Constitucional de la República, Luis Ossio Sanjinés (pp. 503-504).

En el mentado texto constitucional, tuvo recepción concreta en el capítulo III del apartado del Poder Judicial, donde se disponía que el Tribunal Constitucional era una institución independiente sometido solamente a la constitución; estaba conformado por 5 magistrados

designados por el 2/3 de votos de los miembros presentes en el Congreso, quienes debían reunir los mismos requisitos exigidos a los postulantes ministros de la Corte Suprema de Justicia; y ejercían sus funciones por 10 años improrrogables (CPE, 1994, art. 119. I-II, IV-V).

En lo atinente a los requisitos para ser magistrado del alto tribunal correspondía remitirse al art. 117.III y a los arts. 61 (salvo numerales 2 y 4) y 64 (CPE, 1994) por envío del primero: ser boliviano de origen con deberes militares cumplidos, estar inscrito en el registro electoral, no haber sido condenado a pena corporal (a menos que fuera rehabilitado por el senado), no tener pliego de cargo o auto de culpa ejecutoriado, ni estar comprendido en casos de exclusión y de incompatibilidad previstos por ley; tener 35 años cumplidos; contar con título de abogado en provisión nacional, y haber ejercido con idoneidad la judicatura, la profesión o la cátedra universitaria por 10 años.

Para desarrollar los preceptos constitucionales se emitió la Ley 1836 del Tribunal Constitucional de 19 de marzo de 1998; su art. 13 reproducía los presupuestos habilitantes para ser parte de la corporación judicial, y el art. 14 disponía que sin perjuicio de la competencia otorgada al Congreso en el art. 68.12: “el Ministerio de Justicia, las Facultades de Derecho de las Universidades Públicas y Privadas y los Colegios de Abogados”, podían: “enviar nóminas de candidatos al Congreso Nacional para su consideración”.

Cuando se produjo la reforma constitucional de 2004 se mantuvo el estado de cosas de constitucionales y subconstitucionales.

Lo referido genera zozobra con relación a la temática abordada y reafirma la crítica de la falta de fuerzas de los principios de multiétnicidad y pluriculturalidad, por cuanto no afectaron a la composición del tribunal constitucional ni aun su nomenclatura: no se

previó cuotas indígenas ni se modificó el nombre institucional, *id est*, no se configuró un Tribunal Constitucional Multiétnico o TCP.

Además de no existir rastro de estos dos criterios en el mundo normativo, tampoco parecería que fue un asunto a tratar para determinado sector doctrinal. Así, el profesor José Antonio Rivera Santivañez (2007) publicó una obra, en plena articulación de la asamblea constituyente, cuyo capítulo 9, “La necesidad de la consolidación institucional del Tribunal Constitucional”, que aborda diversos tópicos orgánicos del mentado órgano, no refiere renglón alguno sobre la necesidad o pertinencia de instituir criterio de multiétnicidad y pluriculturalidad para la integración de los magistrados del Tribunal Constitucional. Lo percatado resulta interesante porque el mismo autor (a quien podría pertrecharse con el calificativo de precursor doctrinal del Estado Plurinacional) manifestaba años atrás ideas que podrían ser direccionadas a este propósito:

La Constitución deberá buscar el equilibrio social incorporando a la estructura estatal a todos los sectores sociales del país; a partir del reconocimiento de la condición de un Estado multinacional y pluriétnico, será necesario establecer normas que proclamen los derechos de los pueblos originarios a su identidad cultural, a su territorio, a su lengua materna, a sus formas de organización social y política (Rivera, 1994, pp. 20-21).

Fue por estos antecedentes que tuvo que arribar necesariamente la reforma constitucional de 2009 para modificar el estado de cosas constitucionales. En el texto fundamental enmendado el Tribunal Constitucional ya no consta como un órgano a través del cual se ejerza el poder judicial, se lo adjetiva con la expresión “Plurinacional” y, aunque figura en un mismo título con el órgano judicial, se declara expresamente que es competencia suya ejercer la: “justicia constitucional” (CPE, 2009, art. 179.III), lo que comporta velar por la supremacía de la constitución, ejercer el control de constitucionalidad,

y precautelar el respeto de los principios, valores, derechos y garantías constitucionales (CPE, 2009, art. 196.I).

En proceder regulativo disímil –pero conveniente– a la reforma de 1994 y 2004, la de 2009 no preceptúa un número concreto de magistrados, pero contempla 2 novedades en cuanto a su conformación al ordenar que estos deben ser elegidos: “con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (CPE, 2009, art. 197.I), en comicios regidos por sufragio universal conforme al procedimiento para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia (CPE, 2009, art. 198).

Por mandato de la remisión del art. 198 es menester dirigirse al art. 182 (CPE, 2009), que indica que los magistrados del TCP serán objeto de preselección por 2/3 de votos de los miembros presentes del congreso, remitiéndose la lista al órgano electoral para la organización de las elecciones que aplicará el sistema de mayoría simple; una vez concluido el proceso eleccionario los vencedores serán posesionados en sus cargos por el Presidente de la República (CPE, 2009, art. 182.II,V).

En lo referente a los requisitos para ser magistrado, la CPE (2009) en el art. 182.VI detalla: cumplimiento de los requisitos generales para el acceso al servicio público, lo que a su vez nos obliga a revisar lo conducente del art. 234: contar con nacionalidad boliviana, satisfacción de deberes militares, no tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal, o pendientes de cumplimiento, no estar comprendido en casos de prohibición y de incompatibilidad previstos por la constitución, estar inscrito en el padrón electoral y hablar dos idiomas oficiales del país; poseer título de abogado, haber desempeñado con honestidad y ética funciones judiciales, la abogacía o la cátedra universitaria durante 8 años, y no haber sido destituido por el Consejo de la Magistratura; y se adiciona que se ponderará el ejercicio de la calidad de autoridad originaria. Al

ser una función pública, también es obligación saturar el requisito de idoneidad para el derecho a ejercerlas exigido por el art. 144.II.2.

Prosigamos con los requisitos específicos. De acuerdo con el art. 199.I-II (CPE, 2009), se requiere 35 años cumplidos, disponer de especialización o experiencia acreditada de al menos 8 años en las ciencias del derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos; se reitera la valoración de haber desempeñado cargo indígena, y se contempla la posibilidad de que las organizaciones de la sociedad civil y los pueblos indígena originario campesinos postulen candidatos.

El período de funciones, de acuerdo con el art. 200 (CPE, 2009), es el mismo que ostentan los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia (CPE, 2009, art. 183.I): 6 años con prohibición de reelección.

Con base a la exposición realizada, se habrá podido constatar que los presupuestos necesarios para ser magistrado del *excelso intérprete de la constitución* no varían de forma pronunciada desde una óptica formal; pero es menester detenerse a cavilar algunas de orden sustancial.

El criterio de plurinacionalidad para la integración de los miembros del TCP que demanda representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino; el conocimiento de 2 idiomas oficiales del país, el castellano y alguno de los provenientes de los pueblos indígenas (aunque no existe prohibición de que los 2 sean originarios); y la valoración de la calidad de autoridad indígena en la calificación; son parámetros de organización inéditos en los anales de la historia constitucional boliviana que inciden en la naturaleza de los órgano-personas de la magistratura constitucional, por cuanto prevé una integración plurinacional forzosa de la alta corporación judicial: la constitución configura un TCP con personal plurinacional.

Mención somera requiere la disminución de 10 años a 8 años de experiencia profesional (ora abogacía, ora judicatura, ora docencia),

por cuanto al ser personas que pretenden ingresar al más alto tribunal del Estado, es imprescindible que sean personas versadas y pragmáticas en las ciencias del derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos (particularmente en la primera, en cuanto comprende diversos tópicos de las restantes), exigencias que podrían no ser cubiertas en 8 años y aun en 10.

En ese orden de ideas, expresamos nuestra manifiesta disidencia con el solo requerimiento de la nacionalidad para ocupar el cargo de magistrado y no así la nacionalidad de origen que disponían las anteriores reformas; el fundamento de esto radica en que se estima que los magistrados del TCP deben contar con un *sólido espíritu nacionalista*, aquel que se forma por el afecto de haber visto la luz en suelo patrio o por el orgullo de ser portador de la sangre de un nacional; esto no significa que pretendamos una regulación xenófoba, sino solo una que satisfaga la necesidad de seguridad de Estado: no se granjea confianza institucional aquella persona que hesita en su pertenencia (doble nacionalidad) o que tuvo la audacia de renunciar a su identidad para figurar una nueva (nacionalidad por naturalización). Lo argumentado, por descontado, no solo tendría que ser aplicable al Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura, debería ser el baremo para el acceso a todas las esferas del nivel central de gobierno, especialmente para la presidencia y vicepresidencia del Estado, así como los presidentes de senado y diputados.

Conforme al orden constitucional vigente, se expidió la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio de 2010, que reproduciendo los requisitos para ser magistrado del mismo, dispuso que su número sería de 7, de los cuales al menos dos debían ser procedentes del sistema indígena originario campesino por autoidentificación personal (art. 13.1-2). Posteriormente el número sería elevado a 9 magistrados por la Ley 929 de Modificación a la Ley 025 del Órgano Judicial, Ley 027 del Tribunal Constitucional

Plurinacional y Ley 026 del Régimen Electoral de 27 de abril de 2017; dispositivo legal que propiciaría una reforma en retroceso para con el criterio de plurinacionalidad, pero estos aspectos serán buceados en el acápite ulterior.

Fue este el *iter* por el que tuvo que transitar el Tribunal Constitucional para erigirse como un TCP; la historia para su cristalización no obstante no es una historia plácida: tuvo opositores firmes en exministros de la Corte Suprema de Justicia, y el gobierno del MAS-IPSP no dubitó en promover una campaña de desprestigio y hostigamiento de sus primeros magistrados. Tanto fue el amedrentamiento que: “El Tribunal Constitucional de Bolivia fue eliminando el año 2007 cuando sus últimos cuatro magistrados titulares renunciaron a sus cargos acosados por un juicio de responsabilidades que les inició el presidente del Órgano Ejecutivo por supuesto delito de prevaricato” (Dermizaky, 2012, p. 21).

En doctrina, se criticó recurrentemente que su posición en el articulado fundamental fuera dentro del Poder Judicial, ya que este aspecto podría repercutir en su sumisión orgánico-funcional a los ministros de la Corte Suprema de Justicia, reduciéndolo a un subórgano; antes de la reforma constitucional de 2009 se predicaba respecto de su estatus, que este debía modificarse:

De manera que se declare al Tribunal Constitucional como un órgano constitucional del Estado, independiente de los demás órganos del Estado, sometido sólo a la Constitución y su propia Ley. Ello significa que el Tribunal Constitucional deberá ser declarado, en el nuevo sistema constitucional, un organismo independiente con estructura orgánica autónoma con relación a los otros órganos de poder; por lo que las normas que regulan su organización, funcionamiento, funciones y atribuciones deberán ser consignados en un Título específico de la nueva Constitución (Rivera, 2007, p. 137).

Esta aseveración fue calificada como una: “lectura parcelada y filológica de la norma suprema” (Cruz, 2022, p. 43), porque la no regulación en un título específico y la declaración expresa de su independencia no tuvieron el peso para obstaculizar que el tribunal constitucional se yerga en la actualidad como un auténtico órgano de poder del Estado. Si se ahonda en la literatura jurídica nacional incluso es dable hallar autores que le arbitran el rango de “supra poder” (Canedo, 2018, p. 24), siendo aplicable también la expresión “superpoder” –categoría empleada por los profesores Jesús Gonzáles Pérez y Pablo Lucas Verdú (1983) en España–.

5. Escollos para un auténtico Tribunal Constitucional Plurinacional: la desplurinacionalización

Aunque el triunfo de la constituyente de 2006-2009 haya sido objeto de aclamación por los partidarios del MAS-IPSP y sus simpatizantes, por cuanto significa a criterio suyo un momento de reivindicación de los pueblos indígenas y comunidades campesinas en lo atinente a su participación directa en la conducción de la política nacional; se juzga que la configuración constitucional y el consecuente desarrollo legal del derecho a la participación en los órganos e instituciones del Estado, reconocido por el art. 30.II.8 (CPE, 2009) de la norma suprema, torna dificultoso y hasta irrealizable la materialización de este derecho con las dimensiones que se podría esperar en un Estado que se ufana de ser plurinacional.

Delimitando el buceo a la composición del TCP de acuerdo con las directivas del art. 197.I de la Constitución, se asevera que en hogaño existen indicadores que avalan afirmar que el órgano de control de la constitucionalidad ha experimentado un proceso de *desplurinacionalización*.

La “desplurinacionalización” es una especie del concepto género desconstitucionalización, una noción que a decir del profesor Néstor

Pedro Sagüés (2016) ostenta múltiples acepciones, hundiendo sus raíces en suelo francés con la categoría: “*déconstitutionnalisation*” (p. 97). Entre los múltiples significados que ha recepcionado se hallan: la desconstitucionalización por reducción de la constitución; la desconstitucionalización por abandono de los principios político liberales del constitucionalismo; la desconstitucionalización por pérdida de rango constitucional de las normas constitucionales; y la desconstitucionalización por derogación sociológica de las normas constitucionales (Sagüés, 2016).

Para los fines investigativos del presente escrito, la desplurinacionalización significará *la enervación de la fuerza normativa del criterio de plurinacionalización en la conformación de los órganos de poder definidos por la Constitución como de forzosa integración plurinacional*. Esta definición es particular porque no es susceptible de afiliarse a ninguno de los conceptos de desconstitucionalización precisados: no importa la reducción de la constitución porque esta permanece incólume en su articulado; no se trata del abandono de los principios político liberales del constitucionalismo, en cuanto estos no son afectados; tampoco se refiere a la pérdida de rango constitucional, ya que el art. 197.I (CPE, 2009) continúa con carácter supremo; y no estamos ante una derogación sociológica porque lo acaecido fue un retraimiento, no anulación de la conformación plurinacional.

En razón de lo precisado, el concepto se muestra como uno que guarda mayor consonancia con la categoría de “Desmontaje de la Constitución” del profesor Werner Kägy; para Sagüés (2016) este es:

Un fenómeno vinculado a la *decadencia* o *desplazamiento* de lo normativo-constitucional, entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Importan casos de desviaciones o aberraciones normativas, ya que la regla constitucional no queda formalmente afectada, aunque si su eficacia. (pp. 100-101).

Sin la pretensión de autorefutarnos, resulta menester señalar que la locución desmontaje de la constitución es uno que es factible de ser reconducido a la premisa del concepto de desconstitucionalización: *la anulación o retraimiento de la fuerza normativa de la constitución*; si esta es la idea base de este fenómeno, es hacedero observar el por qué el desmontaje constitucional puede ser subsumido por ella. Debido a lo manifestado nos ceñiremos al término desplurinacionalización y no desmontaje de lo plurinacional, predilección que no obsta a que la podamos emplear.

Clarificado el panorama conceptual, procederemos a identificar y analizar los factores de la desplurinacionalización del TCP.

5.1. La reducción del personal plurinacional – Ley 929 de 27 de abril de 2017

Como se tuvo oportunidad de mencionar, por mandato del art. 197.I (CPE, 2009) el TCP debe componerse en función a “criterios de plurinacionalidad”, con “representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”; mas el dispositivo no precisa el número de magistrados que deben provenir de este parámetro: ¿2, 4, 6? Que la norma fundamental no haya detallado esta cuestión no da cabida a que sea acreedora de críticas, dado que no es su vocación reguladora, y porque el art. 197.III dispone que: “La composición, organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional serán regulados por la ley”.

Por efecto del principio de reserva legal señalado, el congreso emitió la Ley 027, cuyo art. 13.2 ordenó que al menos 2 magistrados de los 7 integrantes del TCP debían pertenecer al: “sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal”. Se observa por consiguiente un acatamiento por parte del órgano legislativo para con las exigencias del art. 197.I; si este fue suficiente o adecuado será objeto de un posterior apartado, baste ahora con mencionar que el criterio de plurinacionalidad fue cumplido.

Transcurrido algo más de un lustro la asamblea legislativa nacional sancionó la Ley 929 de 27 de abril de 2017 (irónicamente promulgada por el expresidente Morales Ayma, líder del partido MAS-IPSP que se jacta de reivindicar los derechos de los pueblos indígenas y comunidades campesinas), el primer dispositivo subconstitucional que favoreció la desplurinización de la alta corporación de control constitucional. Ampliando el número de magistrados a 9, la lógica del criterio de plurinacionalidad preceptuaba que el número de integrantes elegidos por este canon debía mantenerse o aumentarse a 3 o 4, pero el art. 3 de la mentada ley modificó los arts. 13 y 19.III de la Ley 027, dotando a la última del siguiente contenido deóntico:

La Asamblea Legislativa Plurinacional, por voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de cuatro (4) postulantes para cada departamento, en dos listas separadas de mujeres y hombres. La Asamblea Legislativa Plurinacional garantizará que el cincuenta por ciento (50%) de las personas preseleccionadas sean mujeres y al menos una persona de origen indígena originario campesino, por auto identificación personal. (Ley 929, 2017)

Se da por adverbado que en lugar del progreso (3-4) o mantención (2) de la regulación vigente sobre el criterio de plurinacionalidad, este experimentó un retroceso en su optimización como pauta de conformación del órgano que vela por el cumplimiento de la constitución: de 2 magistrados plurinacionales se redujo a 1; hecho que traduce a la Ley 929 en un factor directo de desplurinización del tribunal constitucional.

5.2. Sobre el número adecuado del personal plurinacional

Un factor vinculado al anterior y que repercute en la realización plena del art. 197.I (CPE, 2009), es el referente al número apropiado de integrantes del TCP, que deberían ser elegidos con base a criterios de plurinacionalidad. Como se tuvo oportunidad de bucear y criticar, en

un primer estadio el congreso dispuso mediante Ley 027 que la composición conveniente era que de 7 magistrados 2 provinieran del sistema indígena originario campesino con base a la autoidentificación personal; después, la Ley 929, consideró apropiado ampliar el número de magistrados a 9, reduciendo la cifra de los nombrados con base a la plurinacionalidad a 1.

Fueran 2 o 1 (lo que patentemente comporta ya un retroceso) se estima que la asamblea nacional no realizó una debida ponderación del número adecuado de magistrados a elegir con base en el criterio de la plurinacionalidad, en cuanto 2 o 1 no son una muestra representativa influyente en un colegiado de 7 y *a fortiori* de 9 personas. Pero este no es el mayor defecto de la configuración legal pretérita y presente, este lo constituye el escaso y hasta minúsculo número de magistrados plurinacionales en relación con el total de colectivos indígenas y campesinos que hacen a la nación boliviana.

De atenernos al dígito inferido del art. 5.I (CPE, 2009), resulta insuficiente que solo 2 o 1 magistrado plurinacional forme parte del alto tribunal cuando existen otros 34 pueblos indígenas y campesinos que tienen igual derecho de participar en la conformación del mismo. V. gr., en caso de haber 2 cuotas culturales, de ser electo un magistrado aymara y otro quechua, se posterga el derecho de participación de los candidatos a magistrado constitucional del pueblo: 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, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Prosiguiendo con la crítica formulada, la situación se agudiza si empleamos la SCP 0007/2019 (TCP), en cuanto existirían 122 pertenencias culturales; y el criterio jurisprudencial de la Sentencia

Agroambiental Plurinacional [SAP] S1-0063-2022 de 3 de noviembre
sentado por el Tribunal Agroambiental (TA):

Debe entenderse que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, no necesitan personalidad jurídica para acreditar su existencia como pueblo, ni para el ejercicio de sus derechos colectivos; cuyo fundamento se basa en su derecho a la autoidentificación, porque existen independientemente del reconocimiento formal que el Estado haga de ellos.

Esto es así porque, recurriendo al ejemplo anterior, venciendo en preselección y elección de magistrados plurinacionales uno por el pueblo quechua y otro por el pueblo aymara, se retrasa la participación de otros 120 colectivos culturales. Pero lo vertido puede agravarse aún más si se cavila la posibilidad de que un miembro del pueblo aymara y otro del quechua pueden resultar electos otra vez en los próximos comicios.

Ergo, si ya era objeto de reproche por exigüidad que de 7 magistrados solo 2 sean elegidos por criterios de plurinacionalidad, o de 9, 1, lo es con mayor razón si atiende a las cifras dadas por los resultados del censo de 2012; esto motiva a que nos detengamos a reflexionar sobre cuál sería el número adecuado de magistrados plurinacionales en el intérprete definitivo de la constitucionalidad boliviana.

En atención al número actual de magistrados, el número estimado de identidades culturales, y los parvos recursos que se destinan del presupuesto general de la nación al ramo judicial; se concluye que arribamos a una especie de *impasse de efectiva organización plurinacional*: fundado en que resulta inviable que el TCP satisfaga en su composición a todos los pueblos indígena originario campesinos del Estado. Aunque una reforma legal dictara que todos los magistrados deben pertenecer a una colectividad indígena-campesina, tan solo estarían representados 9 colectivos culturales, faltando 27 o 113 si se emplea la cifra de 36 o 122 respectivamente; ampliar el dígito a 36

magistrados, o peor aún, a 122, es una proposición por demás irrazonable por su inviabilidad económica y discriminación para con los ciudadanos que no pertenecen a dichos colectivos culturales.

Entonces, ¿cuál sería el número apropiado de magistrados electos por el criterio de plurinacionalidad? Se juzga que una respuesta de bosquejo y por ende venturosa, vertida con el ánimo de no guardar silencio sobre una problemática práctica nuclear, es proceder con una reforma legal que reponga al magistrado plurinacional suprimido e instituya un *sistema de rotación ordenado* entre los pueblos indígenas y comunidades campesinas, de forma que se logre –aunque en un largo plazo– la participación de todas las identidades culturales. El método de integración señalado no se basará en el criterio mayoritario, porque beneficiaría *in limine* a los pueblos aymara, quechua o guaraní, sino en un sorteo entre los representantes de los distintos colectivos culturales en cada período electoral de magistrados: así, mediante dicho mecanismo, computarizado o manual, serán definidos los 2 primeros pueblos indígenas en presentar candidatos –p. ej. el aymara y guaraní– los cuales serán excluidos de los futuros comicios, dándose sorteos sucesivos hasta retornar al punto de partida.

Retornando al umbral del proceso, el orden dibujado podrá ser repetido o, de preferirse, se reiterarán las sucesivas rondas de sorteo excluyéndose en un primer momento a los últimos 2 colectivos indígenas, porque de salir victoriosos en la tómbola implicaría la reelección de su participación en el seno del alto tribunal. Admitimos que el procedimiento descrito no está exento de críticas, he ahí la razón por la que se hizo mención expresa a su carácter de bosquejo y venturoso, pero se perfila como un intento por procurar una *representación ordenada* de los pueblos indígena originario campesinos.

Observados los elementos fácticos y normativos que concurren al análisis, se concluye que una auténtica integración del TCP con base al criterio de plurinacionalidad es una empresa lindante a lo inexecutable

al no ser plausible remitir al máximo áncora de la constitución órganos-persona que representen a todos los pueblos indígenas y comunidades campesinas; el parámetro orgánico de lo plurinacionalidad entraña en consecuencia *per se* exigencias que se traducen en un factor de desplurinalización a causa de la no disposición de condiciones materiales para su realización plena.

5.3. La insuficiencia de la autoidentificación personal -cultural- para postular a la cuota plurinacional

No obstante la directiva del criterio de plurinacionalidad para la elección del personal del TCP, fue el propio constituyente quien encargó al Congreso su regulación legal (CPE, 2009, art. 197.I-III), deber de normación que permite al órgano legislativo un relativo marco de configuración legal del órgano contralor de la constitucionalidad. Fue así que en ejercicio de ese abanico de posibilidades de regulación que, además de reproducir la forzosa integración con 2 y luego 1 magistrado plurinacional, dispuso que estos fueran habilitados a competición con la sola “autoidentificación personal” (Ley 027, 2010, art. 13.2; Ley 929, 2017, art. 19.III).

Estimamos que el legislador debió preferir una terminología más acorde con la CPE (2009), en específico con el art. 21.1 que reconoce para todo boliviano el “derecho a la autoidentificación cultural”. Este reparo semántico es sin embargo insustancial si se interpreta la locución autoidentificación personal como conglobadora de aspectos culturales de un pueblo indígena o comunidad campesina que recepta un individuo.

Pertinente al orden de ideas hilvanado, y dado que la autopercepción como integrante de un colectivo indígena o campesino involucra una pluralidad de elementos culturales, es menester trasuntar antes de continuar la definición que la constitución recepta sobre los colectivos culturales estudiados: “Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad

cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española” (CPE, 2009, art. 30.I).

Analizado el concepto transcrito así como la pluralidad de derechos que el art. 30.II de la CPE (2009) reconoce a estos grupos, se denota que la propiedad peculiar de los derechos de estos grupos sociales es preponderantemente de índole colectiva, una concepción de los derechos relativamente antagónica a la occidental respecto a los derechos civiles y políticos (donde prima la dimensión individual).

Particular señalamiento amerita entonces el derecho a: “su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión” (CPE, 2009, art. 30.II.2), por cuanto estos cuerpos culturales tienen el *derecho de autoreconocerse y reconocer* a sus miembros, un criterio que es compatible con el art. 1.2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989: “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”; y el art. 33.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007: “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. En el derecho jurisprudencial comparado, resulta nutritivo y necesario remitirse a la Sentencia T-703/08 de 10 de julio de la Corte Constitucional de Colombia, ya que además de suscribir las ideas expuestas desarrolla los mecanismos de acreditación de la condición de indígena:

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.

Por consiguiente, la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto, que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad. Para el establecimiento de dicha situación, pueden ser aplicados diversos mecanismos, como las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo; las certificaciones del censo interno que ... debe llevar cada comunidad; estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto, etc. Dentro de dichos mecanismos deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores.

En atención a las referencias deónticas citadas, el TCP reconoció que los pueblos indígenas y comunidades campesinas tienen el derecho a: “que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros” (SCP 0645/2012). Doctrina judicial que fue ratificada y complementada por la SCP 0926/2023-S4 de 20 de septiembre:

De lo antedicho puede establecerse entonces, que al Estado, bajo el mandato contenido en la Norma Suprema, le está impuesta por una parte, la obligación del reconocimiento de las comunidades indígenas –como sujetos colectivos– y de sus integrantes individualmente considerados; y de otra, la prohibición de negar arbitrariamente la identidad indígena de las comunidades o sus miembros, en cuanto, en el contexto del constitucionalismo pluralista o multicultural del Estado Plurinacional de Bolivia, no compete a ninguna entidad estatal y menos a este Tribunal, pronunciarse en contra sobre la pretensión de reconocimiento de la

identidad indígena por parte de un individuo o comunidad que se reclama como tal. (TCP)

Concluimos por consiguiente que la autoidentificación personal o, mejor, cultural, no se limita al *mero acto de autoconceptuarse* como parte de un pueblo indígena o comunidad campesina; deben obrar de por medio otras credenciales razonables mínimas deducibles de la Constitución para que una persona sea calificada como parte de uno de estos grupos, como ser: hablar el idioma, conocer y practicar la tradición histórica, las instituciones, la territorialidad y la cosmovisión, y ser identificado como parte del colectivo cultural por sus miembros.

Si la Ley 027 (2010), reformada por la Ley 929 (2017), no contiene la propuesta exegética perfilada y entiende que la autoidentificación personal es estrictamente un derecho fundamental de corte civil individualista, bastando el acto unilateral de autopercepción de una persona para ser tenido como participante legítimo al cupo reservado a los pueblos indígena originario campesinos, juzgamos que la autoidentificación personal se constituye en un factor de desplurinacionalización del tribunal constitucional, por cuanto no permitiría una genuina representación y participación en el máximo guardián de la Constitución.

Crítica análoga fue vertida tempranamente por el profesor Bartolomé Clavero (2010), quien comentando la locución autoidentificación personal señaló que era un:

Añadido ... muy problemático pues sólo las autoridades indígenas podrían acreditar que alguien representa al sistema indígena o procede del mismo, según la expresión constitucional o la legislativa respectivamente. La acreditación, a los efectos de elección de los miembros del TCP por sufragio universal, constitucionalmente corresponde a la Asamblea Legislativa Plurinacional, pero, por cuanto se dirá, la del cupo indígena no debería hacerse sin consulta al sistema indígena. La auto-

identificación personal no encuentra sustento alguno en la lógica constitucional si no va completada, aunque la ley de momento no lo contemple, de la acreditación indígena (p. 196).

Haciendo hincapié en lo argumentado por Clavero, repárese en lo razonado por el profesor Gonzalo Aguilar Cavallo (2006):

El autorreconocimiento, es decir, el derecho de la comunidad a definir sus propios miembros, es un ejercicio de identidad colectiva indígena. En definitiva, 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, de 'lo creado'. En consecuencia, sólo los propios indígenas pueden determinar quiénes comparten sus valores cosmogónicos (p. 4)

Considérese el siguiente hipotético viable de no prohiar la interpretación sugerida: el Dr. Jekyll nacido en la ciudad de Santa Cruz toma conocimiento de la apertura de postulaciones a magistrados del tribunal constitucional, y revisando su perfil profesional concluye que reúne las condiciones para ser parte de la alta corporación judicial; no obstante, a riesgo de competir con otros abogados de semejante o mayor currículo, decide autoidentificarse como parte del pueblo aymara, ya que conocería algunas palabras de su idioma y porque le resultan estéticas sus vestimentas y danzas. De preferir la interpretación individualista, propia del constitucionalismo liberal, la comisión encargada de las postulaciones y evaluaciones de candidatos no cuestionará ni indigará más sobre la elección de su identidad cultural, lo que comportará a su vez, de salir vencedor en preselección y comicios, que la cuota del magistrado plurinacional sea abastecida con *un mero ciudadano vestido con libreas de indígena* que no guarda *nexo cultural sustancial* alguno con el pueblo del que se siente miembro.

A nuestra hermenéutica podrán ser opuestas diversas confutaciones, una de ellas tendiente a calificar la misma de arbitraria por negar que

determinadas personas no puedan autorreconocerse como miembro de un pueblo indígena o comunidad campesina por su sola decisión unilateral. A ella replicaremos que los estándares constitucionales precedentemente abordados en otro acápite (SCP 0645/2012 y SCP 0926/2023-S4), cohonestan la razonabilidad de la propuesta interpretativa, en tanto y en cuanto desconocer la autoidentificación personal como indígena de un ciudadano no es un acto arbitrario si este está fundado en que el mismo: desconoce y solo puede balbucir el idioma originario; ignora la tradición histórica, las instituciones, la territorialidad, la cosmovisión y los usos y costumbres de índole jurídica; y carece de acreditación como parte del colectivo cultural por parte de sus miembros. Si nos tomamos en serio la plurinacionalidad y por ende el imperio de la constitución, se requiere que en el sitio del tribunal constitucional estén auténticos representantes del sistema indígena originario campesino, no espurios o simulacros de indígenas y campesinos.

El corolario de lo abordado nos acusa entonces que estamos ante un factor de desplurinacionalización *condicionado* y, por tanto, superable, porque depende de la interpretación que la asamblea legislativa nacional adopte respecto del canon de la autoidentificación personal. Se trazan por consiguiente 2 senderos: uno compatible y otro desfavorable a la optimización de lo plurinacional: uno comporta una interpretación sustancial con mayores niveles de razonabilidad; y el otro una interpretación formalista que supone un uso estratégico de la autoidentificación personal.

5.4. La versación constitucional como insalvable requisito para la investidura de magistrado plurinacional

Por mandato del art. 199.I (CPE, 2009): “Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá ... tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos”.

Estar dotado de especialización o experiencia en las precisadas disciplinas de la ciencia jurídica, supone que el postulante al guardián de la constitución necesita ser un ciudadano abogado que, debido a la conjunción “o”, sea magíster en alguno de los ramos indicados o que tenga un prontuario profesional de 8 años. El reconocimiento del requisito de abogado como presupuesto habilitador forzoso tiene además su apoyatura en una interpretación sistemática de la norma fundamental, recuérdese que el art. 198 (CPE, 2009) dispone que los magistrados del tribunal constitucional se elegirán de acuerdo con las “formalidades” de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, aspecto que nos remite al art. 182.VI (CPE, 2009) que exige como condición de postulación a dicha corporación judicial el tener título de abogado.

Desde nuestra óptica resulta incluso menester subrayar lo que calificamos como *imprescindible versación constitucional*, una *virtud jurídico-intelectual* que necesitan aquellos a quienes se confiará el control de constitucionalidad en sus distintas esferas. Desde el umbral del discurso aseveramos que la magistratura constitucional, aquella que tiene la potestad de emitir sentencias que anulan las leyes del Congreso, y que ostentan en consecuencia jerarquía superior a ellas (dimensión normativa); el poder de dirimir los conflictos de competencias entre los órganos de poder del nivel central y el de estos con los departamentales y municipales (dimensión competencial); y el imperio para hacer prevalecer la libertad por sobre el poder, la justicia por sobre la arbitrariedad (dimensión tutelar); no es un departamento de conducción gubernamental al que deban acceder aquellos ciudadanos que no cuenten con una idónea formación constitucional.

Ser versado en derecho constitucional, el “centro de convergencia al que la producción normativa posterior debe observar” (Cruz, 2021, p. 302), no se limita a la sencilla memorización del articulado fundamental, demanda conocimiento de: la normatividad constitucional, lo que implica al texto constitucional, los tratados y

convenciones internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia constitucional nacional –inclusive comparada– e interamericana; de la historia constitucional boliviana, cuestión que no se reduce a la eclosión de la reforma constitucional vigente, sino a los anales histórico-constitucionales desde 1825 en consideración a eventos pretéritos que condujeron a la independencia nacional; la subestructura ius-filosófica particular y general que fundamenta e informa la arquitectura constitucional del Estado, exigencia que obliga a conocer de los antecedentes, orígenes, etapas, desviaciones y tendencias actuales del constitucionalismo boliviano y del constitucionalismo como corriente jurídico-política campeante en la comunidad internacional.

Por los onerosos requerimientos enlistados es plausible admitir que ni aun los jueces de la jurisdicción ordinaria son *per se* los más calificados para administrar justicia en materia constitucional. Así lo declaran los profesores Gustavo Zagrebelsky, Valeria Marcenò y Francesco Pallante (2020), para quienes “los jueces comunes no son aptos para cumplir esta función”; interpretar el derecho constitucional, “la materia más delicada”, requiere: “no solo una actitud pasiva de aplicación mecánica, sino también una contribución activa al determinar su significado, de conformidad con el espíritu del tiempo” (pp. 730-731).

Colofón, no todos los bolivianos tienen la *vis* para ser *idóneos operadores de la justicia constitucional*, que es esencialmente *creativa e imperativa*.

Afincando el análisis al objeto de estudio, es factible deducir por qué el deber de ser abogado formado en derecho constitucional, administrativo o derechos humanos genera respecto del TCP una pluralidad de rémoras que repercuten en su desplurinacionalización.

Un primer óbice para con la integración plurinacional se observa en que una ingente cantidad de miembros de los pueblos indígena originario campesinos no son bachilleres, y *a fortiori* abogados. Se

refería, en los resultados del censo de 2001, que: “El analfabetismo en el área rural, de 26%, es más elevado que en el área urbana ... La población indígena, tanto en el área urbana como en la rural, presenta el doble de analfabetismo que la población no indígena” (Machaca, 2010, p. 65). Aunque hayan transcurrido más de 20 años después de los luctuosos indicadores citados, se figura que esta podría ser una de las causas por las que se observó ausentismo indígena en algunos departamentos, una realidad que fue comunicada por el Defensor del Pueblo durante el desarrollo del proceso eleccionario judicial de 2024: “Observamos con preocupación que las listas de candidatas y candidatos habilitados para el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) no cuentan con la participación de ... personas autoidentificadas como indígenas en Beni, Santa Cruz y Tarija” (ABI, 2024).

Como segundo obstáculo se tiene que, de ser el representante indígena o campesino abogado con estudios en cualquiera de las universidades públicas del sistema universitario boliviano –o extranjera–, este estará más versado en la familia del derecho romano germánico –que es al que pertenece el sistema constitucional boliviano– que sobre los usos y costumbres del colectivo cultural al que pertenece. Incurriríamos así en el riesgo advertido por el profesor Ramiro Molina Rivero (2010), quien cuestionaba que: “la elección de abogados indígenas ... pone en riesgo la autoidentificación indígena al no ser dichos magistrados genuinos representantes del sistema jurídico indígena” (p. 314). *Id est*, antes que un magistrado instruido en el derecho del sistema indígena originario campesino, se tendría un magistrado indígena o campesino programado en derecho continental europeo.

Ahondado en el razonamiento, y retornando al concepto de “pueblo indígena originario campesino”, que es por declaración de la CPE (2009) “toda la colectividad humana cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”, la cuestión se agudiza, por cuanto la definición de la abogacía y su oficio tal como se presenta en la actualidad no es una profesión de raigal americano sino europeo,

teniendo su aparición en el siglo II a.C. en Roma (Ramírez, 2021). Aunque el mestizaje pudo haber menguado la extrañeza respecto a su inteligibilidad, es necesario aceptar que no es una carrera vernacular de los colectivos culturales originarios.

En merito a las problemáticas que suscitan los arts. 182.VI y 199.I de la CPE (2009), y los deberes formativos adicionales expresados, es altamente probable que el magistrado plurinacional abogado no sea estimado por algunos como un auténtico representante del sistema indígena originario campesino. V. gr., durante el desarrollo de la Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Mayor de San Simón, específicamente en el módulo 2 Teoría Política y Constitucional, la magíster Patricia Serrudo Santelices de Quintanilla manifestó que si el constituyente dispuso que el TCP fuera integrado de modo plurinacional no sería razonable exigirle a los postulantes indígenas y campesinos su educación como abogado, ya que esto los podría excluir. No compartimos la aserción, y se lo hicimos saber con base a los argumentos vertidos sobre la imprescindible virtud jurídico-intelectual que precisan los que serán elegidos para la *mayestática misión* de velar por el imperio de la constitución.

A lo argumentado podría redargüirse que no habría inconveniente con que el magistrado plurinacional no sea abogado, ya que a este se le asignan 2 letrados –profesionales del derecho– que coadyuvan en sus funciones. Empero, consideramos que esta respuesta carece de seriedad porque pretender soslayar el deber de ser abogado con especialización o experiencia profesional de 8 años exigido expresamente por la constitución; y porque los letrados, obrando de mala fe, podrían manipular cómodamente al magistrado, transfigurándose de brazos auxiliares a cabezas directoras. Además, si el propósito es suplir las falencias del magistrado plurinacional no abogado con los letrados, es preferible que sean estos quienes

administren justicia constitucional, porque sería esto lo que acontecería en la crudeza del mundo de los hechos.

Es menester apuntar, no obstante, que aunque no comulgamos con la crítica de que la intimación de ser abogado instruido en derecho constitucional, administrativo o derechos humanos es un presupuesto ineludible irrazonable para ser parte del TCP, esta propicia un escenario de desplurinización por ser una especie de factor disuasivo para indígenas y campesinos no formados en derecho, que podría aterrizar en la declaración de convocatoria desierta en lo atinente a postulantes del sistema indígena originario campesino, acaecimiento que supondría la inobservancia plena del art. 197.I de la CPE (2009).

6. Conclusiones

En el régimen constitucional de hogaño propiciado por el proceso constituyente de 2006-2009, el plurinacionalismo (el *pináculo* de los postulados de la multiculturalidad y pluriethnicidad de las enmiendas 1994 y 2004) constituye un fundamento sustancial con repercusiones de impacto transversal notable en el articulado de la constitución: la resonancia de su contenido deóntico es observable en una serie de disposiciones que inciden en el derecho constitucional del poder: cambio de nomenclaturas y criterios de composición.

En lógica para con este principio y por mandato del art. 197.I de la CPE (2009), el plurinacionalismo ha repercutido en el órgano –supra o súper órgano, dirán algunos– de control de la constitucionalidad, diseñándose una institución de corte judicial cuyo nombre y regla de composición configuran: un TCP que debe ser forzosamente integrado con personal plurinacional –procedente de los pueblos indígena originario campesinos–.

No obstante las regulaciones constitucionales dispuestas en acatamiento al postulado del plurinacionalismo, la investigación ha dado por adverado que el alto tribunal experimenta un proceso de *desplurinacionalización* por efecto de una cohorte de factores enclavados en la propia constitución y las leyes dictadas por permisión suya. Por la aseveración vertida, es plausible perfilar la siguiente taxonomía: factores de *desplurinacionalización en el seno de la constitución* y factores de *desplurinacionalización ajenos al seno de la constitución*. Es menester precisar que la clasificación no traza una línea tajante de separación, en cuanto los segundos se presentan por la participación de elementos normativos constitucionales, y porque uno de los primeros se articula por su desarrollo legal posterior.

Enrolados en el primer grupo se halla el art. 197.I (CPE, 2009), por no determinar el número adecuado de magistrados plurinacionales con los que integrar el tribunal constitucional, se limita a prescribir el criterio de la plurinacionalidad; y los arts. 198 (que remite al 182.VI) y el 199.I, por cuanto ordenan que el magistrado plurinacional debe ser un abogado con especialización o experiencia acreditada de 8 años en derecho constitucional, derecho administrativo o derechos humanos.

Aunque la Asamblea legislativa Plurinacional juzgue en el porvenir que el número apropiado de magistrados plurinacionales deba aumentarse a: 2, 4, 6 o incluso 9 –lo que importaría la plenitud de la corporación judicial–; consideramos que los esfuerzos serán vanos para satisfacer la participación integral de los pueblos indígena originario campesinos, en particular si se procede con una lectura sistemática del art. 197.I (CPE, 2009) con el art. 5.I (CPE, 2009), y *a fortiori* con la SCP 0007/2019 (TCP) de 13 de febrero. Esto es así porque integrar el tribunal constitucional con 36 o 122 miembros representantes del sistema indígena y campesino, es una propuesta inviable económicamente y supondría además una discriminación para con los ciudadanos que no se autoidentifican como parte de estos colectivos culturales. En mérito a esta dificultad insalvable, el criterio

de la plurinacionalidad se traduce en una pretensión regulativa inexecutable –lindante a lo imposible– en las dimensiones que podrían figurarse en un Estado que se tome en serio la plurinacionalidad.

Ergo, al ser el criterio de la plurinacionalidad una norma constitucional cuyas exigencias no son de cabal materialización por la profusa cantidad de identidades culturales, este se configura en un factor de desplurinalización, por cuanto es un dispositivo del deber ser constitucional que no es factible de cumplimiento pleno, suceso que comporta la enervación de sus propias proyecciones en la composición plurinacional del tribunal constitucional.

El deber de ser abogado con especialidad o práctica certificada de 8 años en los ramos constitucional, administrativo o de los derechos humanos, representa asimismo un factor de desplurinalización del excelso intérprete de la constitución, porque se erige como instrumento de disuasión de los integrantes de los pueblos indígena originario campesinos al no disponer una ingente cantidad de ellos el respectivo título de licenciatura en ciencias jurídicas, más los deberes de formación y experiencia profesional. Ante este luctuoso escenario, estimamos que la respuesta no la encontramos en la no exigencia de estudios jurídicos y la suplencia de la falencias a partir de letrados –profesionales del derecho–; el personal judicial del tribunal constitucional requiere de especiales *virtud jurídico-intelectuales* para dinamizar eficientemente la última voz de la justicia constitucional, que es esencialmente creativa e imperativa.

Enlistados en el segundo orden de factores de desplurinalización se tiene a la Ley 929 de 27 de abril de 2017, que reformó la Ley 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio de 2010 en retroceso respecto del número apropiado de magistrados plurinacionales; y mantuvo el insuficiente criterio de la autoidentificación personal de los postulantes para concurrir a competencia por la cuota plurinacional reservada al sistema indígena originario campesino.

Que el número apropiado de magistrados plurinacionales no haya sido especificado por la norma fundamental, y que ella misma haya dispuesto la reserva legal en lo atinente a la organización y funcionamiento del tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional (CPE, 2009, art. 197.III), ha ocasionado que el Congreso recepte, en ejercicio de su capacidad de configuración legislativa, la potestad para determinarlo. Fue así que en 2010, mediante la Ley 027, consideró que de 7 magistrados 2 debían ser plurinacionales. Empero, y en lugar de transitar por un sendero más compatible con el estado de cosas legales: mantención o aumento de magistrados plurinacionales, decidió en 2017, por Ley 929, aumentar el número de la corporación judicial a 9 suprimiendo una cuota plurinacional. Esto constituyó por descontado la reducción de los alcances del criterio de plurinacionalidad en la composición del alto tribunal, suceso que permite calificar a la Ley 929 como un factor de desplurinacionalización.

El derecho a la autoidentificación personal, que tiene fundamento en el art. 21.1 (CPE, 2009), incurso en la Ley 929 que confirma la regulación de la Ley 027 se perfila también como un factor desplurinacionalización por la interpretación formalista que es susceptible de albergar. Si basta para ser miembro de un pueblo indígena o comunidad campesina la autopercepción que un ciudadano pueda tener de sí mismo, el magistrado plurinacional no será un auténtico representante del sistema indígena originario campesino, sino un mero ciudadano con libreas de indígena o campesino. Ante esta problemática, y a fin de evitar confutaciones de arbitrariedad, se procedió a formular estándares constitucionales (una interpretación sustancial) a satisfacer para tenida la autoidentificación de un postulante como legítima: se debe conocer el idioma originario, la tradición histórica, las instituciones, la territorialidad del colectivo cultural, la cosmovisión, y los usos y costumbres de índole jurídica y política; pero además, debe ser acreditado –identificado–, de preferencia con base al derecho indígena y campesino, por las autoridades y la comunidad.

En atención a lo argumentado, es hacedero observar que esta causante de desplurinización es una de tipo condicionada, depende de la forma en que el congreso (órgano encargado de la recepción de postulaciones y preselección de los postulantes al tribunal constitucional) interprete las exigencias de la locución autoidentificación personal. De preferirse un enfoque formalista, la autoidentificación personal será instrumentalizada de forma estratégica; de optarse por un prisma sustancial, se arribará a mayores niveles de razonabilidad y coherencia con el plurinacionalismo, el cual demanda auténticos magistrados plurinacionales, no espurios de indígenas y campesinos.

Efectuando una observación al personal del órgano de control de constitucionalidad en funciones (2024) a la luz de los efectos de los factores escudriñados, es dable aseverar que estamos ante un Tribunal Constitucional *desplurinacionalizado*: de los 9 magistrados solo 1, el Dr. Petronilo Flores Condori, es representante del sistema indígena originario campesino; no obstante, de revisarse su hoja de vida, se podrá dar por averdado que es un magistrado plurinacional programado en derecho continental europeo o romano germánico: es abogado por la Universidad Autónoma Tomás Frías de Potosí, magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar y doctor en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Mayor de San Andrés.

Valgan como cavilaciones de desenlace 2 apostillas críticas más. Primero, el constituyente de 2006-2009 no sopesó con prudencia las proyecciones del criterio de plurinacionalidad en la composición del intérprete definitivo de la constitución, hasta podría reprendérsele de haber incurrido en un defecto de nomogenética constitucional: la modelación de normas inexecutable –de imposible cumplimiento–, en cuanto es inasequible concebir un TCP que tenga en su seno a representantes de los 36 o 122 pueblos indígena originario campesinos de la nación. Segundo, y en consideración a las críticas efectuadas por

el Dr. Gadiel Apaza Vargas a las ideas expuestas en este trabajo, no debemos desatender la calidad del órgano del que tratamos: el Tribunal Constitucional es un departamento del nivel central de gobierno, lo que importa que representa a la nación toda, no a una porción suya; en consonancia a lo expuesto, juzgamos que los magistrados de la alta corporación judicial estudiada deben ser bolivianos *de origen* escogidos con predilección a *criterios meritocráticos* –evaluación de perfil teórico-pragmático y ético– antes que por criterios de plurinacionalidad –o de otra naturaleza–.

Es asaz probable que el abrigo, en un futuro hipotético, de la crítica y propuesta formulada enfatice la desplurinacionalización hasta retornar en los hechos a su nomenclatura primigenia; mas continuaremos realizando apologética de la necesidad de integrar nuestro TCP con personal *letrado y ético*.

7. Referencias

7.1. Doctrinales

- Redacción. (2014, 26 de marzo). Defensoría expresa preocupación por falta de postulantes mujeres y autoidentificados como indígenas al TCP en Beni, Santa Cruz, Cochabamba y Tarija. *ABI*. <https://www.abi.bo/index.php/reportajes/35-notas/noticias/politica/48631-defensoria-expresa-preocupacion-por-falta-de-postulantes-mujeres-y-autoidentificados-como-indigenas-al-tcp-en-beni-santa-cruz-cochabamba-y-tarija>.
- Aguilar Cavallo, G. (2006). La aspiración indígena a la propia identidad. *Universum. Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, 1(21), 1-20.
- Bidart Campos, G. J. (1989). *Teoría general de los derechos Humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Canedo Chávez, R. (2018). *Análítica doctrinal y práctico del código procesal constitucional boliviano*. Editorial El Original – San José.
- Clavero, B. (2010). El Tribunal Constitucional entre justicia del Estado Plurinacional y justicia de los Pueblos Indígenas: Un reto inédito en las Américas. En *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 191-217). Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED – GTZ; Editora Presencia.
- Cruz Apaza, R. R. (2021). *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Estandarte de la Verdad.
- Cruz Apaza, R. R. (2021). Constitucionalismo fragmentario: a propósito de la primera constitución dispersa de Bolivia. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, 5(9), 97-125.
- Cruz Apaza, R. R. (2022). Una sustancia diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la

- constitución boliviana. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review*, 6(10), 27-70.
- Cruz Apaza, R. R. (2023). El ascenso a cláusula pétrea implícita del carácter plurinacional de la República de Bolivia. Un capítulo de derecho constitucional comparado. *Revista LP Derecho*, 3 (5), 11-42.
- Cruz Apaza, R. R. (2023). Guerrear a la constitución: una refutación a los argumentos a favor de la innovación constitucional. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 15(19), 319-375.
- De Ballon, J. (2004). *Métodos y técnicas de investigación*. Universidad Mayor de San Simón.
- Defensoría del Pueblo. (2016). *Sin pueblos indígenas no hay Estado Plurinacional*.
- Dermizaky Peredo, P. (2012). La responsabilidad de los servidores públicos. *Revista Boliviana de Derecho*, (13), 10-21.
- Fernández Segado, F. (2004). La reforma constitucional de Bolivia de febrero de 2004. Una mirada crítica. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (8), 715-726.
- Gamboa Rocabado, F. (2009). La Asamblea Constituyente en Bolivia: Una evaluación de su dinámica. *Frónesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 16(3), 487-512.
- Gutiérrez Sardán, J. L. (2010). “La justicia indígena originaria campesina: Una oportunidad de contribución normativa para el Tribunal Constitucional Plurinacional”. En *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 291-302). GTZ, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED; Editora Presencia.
- Herrera Áñez, W. (2019). *Derecho constitucional boliviano*. Kipus.
- Herrera Áñez, W. (2021). *Derecho procesal constitucional boliviano. Procesos y procedimientos*. Kipus
- Jellinek, G. (2005). *Teoría general del estado*. Editorial B de f.

- Kelsen, H. (1985). *Teoría pura del Derecho* (2da reimpresión de la 1ra ed. en castellano). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Machaca Benito, G. C. (2010). *Pueblos indígenas y educación superior en Bolivia. El programa de admisión extraordinaria de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba*. Plural Editores.
- Molina Rivero, R. (2010). “Visualización de un Tribunal Constitucional Plurinacional y el rol de los magistrados indígenas”. En *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional* (pp. 305-317). GTZ, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho CONCED; Editora Presencia.
- Remírez González, S. (2021). *La abogacía en Roma. Principios inspiradores de la abogacía contemporánea* [Trabajo de Máster Universitario, Universidad de Alcalá].
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del derecho. Una visión integral del derecho*. Tecnos.
- Reale, M. (1976). *Fundamentos del Derecho*. Depalma.
- Rivera Santivañez, R. R. (1994). *Reformas a la Constitución. ¿Modernización del Estado?*. Kipus.
- Rivera Santivañez, J. A. (2007). *El Tribunal Constitucional defensor de la constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. GTZ, Programa de Apoyo a la Gestión Pública Descentralizada y Lucha Contra la Pobreza (PADEP).
- Sagüés, N. P. (2016). *La Constitución bajo tensión*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Santana Pérez, J. M. (2010). Los cambios en Bolivia y el peso de la Historia. *Revista de Ciencias Sociales de la Región Centroccidental*, (15-16), 35-56.

Verdú, P. L. (1983). Estado de derecho y justicia constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. *Revista de Estudios Políticos*, (33), 7-48.

Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F. (2020). *Manual de derecho constitucional*. Zela.

7.2. Legales

Código de Procedimiento Penal [CPP]. Ley 1970 de 1999 [vigente con modificaciones]. 25 de marzo de 1977 (Bolivia).

Constitución Política del Estado [CPE]. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).

Decreto Supremo [DS] de 1825. Decreto Supremo de Denominación del Estado y Capital de Bolivia. 11 de agosto de 1825 (Bolivia).

Ley 1585 de 1994. Ley de Reformas a la Constitución Política del Estado. 12 de agosto de 2004 (Bolivia).

Ley 2650 de 2004. Ley de Reformas a la Constitución Política del Estado. 13 de abril de 2004 (Bolivia).

Ley 025 de 2010. Ley del Órgano Judicial. 24 de junio de 2010 (Bolivia).

Ley 027 de 2010. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. 6 de julio de 2010 (Bolivia).

Ley 929 de 2017. Ley de Modificación a las Leyes 025 del Órgano Judicial, 027 del Tribunal Constitucional y 026 del Régimen Electoral. 27 de abril de 2017 (Bolivia).

7.3. Jurisprudenciales

Sentencia Constitucional Agroambiental [SCA] S1-0063-2022 (3 de noviembre de 2022). Tribunal Agroambiental (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0645/2012 (23 de julio de 2012). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0007/2019 (13 de febrero de 2019). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia Constitucional Plurinacional [SCP] 0926/2023 (20 de septiembre de 2023). Tribunal Constitucional Plurinacional (Bolivia).

Sentencia T-703/08 (10 de julio de 2008). Corte Constitucional (Colombia).

Página dejada intencionalmente en blanco

Políticas editoriales y declaración de Ética

Editorial Policy and Statement of Ethics

Página dejada intencionalmente en blanco

Revista de Derecho de la UCB
UCB Law Review

Políticas editoriales, ética y buenas prácticas
Editorial Policy, Ethic and Good Practices

ACERCA DE LA REVISTA

HISTORIA Y MISIÓN

1. La revista inicia su primera publicación en el año 2017. Está a cargo de la Carrera de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB), regional La Paz.
2. La revista tiene por misión la difusión de investigaciones jurídicas, científicas y originales, con el objetivo de contribuir al conocimiento del Derecho, al desarrollo, al diálogo plural y la generación de buenas prácticas jurídicas en el marco del respeto a los derechos humanos. Está dirigida a académicos, estudiantes y practicantes del Derecho, así como a hacedores de políticas públicas. Las publicaciones de la revista tienen primordialmente naturaleza teórica, deóntica, práctica y aplicada en relación con el análisis jurídico local, regional y global.

LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

3. Las principales líneas de investigación de la revista son: 1. Derecho social. Trabajo, familia, niñez y adolescencia. 2. Filosofía, historia, ética y moral. 3. Derechos humanos, pluralismo, tutela jurídica, justicia y cultura de paz. 4. Derecho patrimonial civil y comercial. 5. Medio ambiente, recursos naturales y energías. 6. Institucionalidad, administración,

ABOUT THE JOURNAL

HISTORY AND MISSION

1. U.C.B. Law Review’s first issue was in October 2007 under the aegis of the Faculty of Law of the Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (UCB) - La Paz.
2. The journal’s mission is to disseminate legal, scientific and original research to contribute to the knowledge of Law, development, plural dialogue and the generation of good legal practices within the framework of human rights. It is aimed at academics, students and legal professionals, as well as public policymakers. The journal’s publications are primarily theoretical, deontic, practical, and applied concerning local, regional, and global legal analysis.

LINES OF RESEARCH

3. The main lines of research of the journal are 1. Social law. Labor, childhood and family. 2. Philosophy, history, ethics and morals. 3. Human rights, pluralism, legal protection, justice and culture of peace. 4. Civil and commercial law. 5. Environment, natural resources and energy. 6. Institutions, administration, penal

derecho sancionatorio, relaciones internacionales y soberanía.

FRECUENCIA DE LA PUBLICACIÓN

4. La revista se publica de forma impresa (ISSN 2521-8808) y digital en lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) semestralmente los meses de abril y octubre, aunque también puede publicar números especiales no periódicos. La revista está incluida en Google Scholar.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

5. La Revista de Derecho de la U.C.B. es una revista de acceso abierto.

6. El contenido de la revista se publica bajo licencia *Creative Commons* en la licencia reconocimiento – no comercial – compartir igual (BY-NC-SA): no se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

7. La Revista de Derecho de la U.C.B. no comunicará ni transferirá a terceros los datos personales de sus usuarios sin consentimiento expreso de su titular. Se salva el caso de requerimiento judicial.

DIRECTRICES PARA PUBLICAR

CONSIDERACIONES GENERALES

8. Se entiende por manuscrito el texto original que se propone para su publicación en la revista.

9. El envío del manuscrito para consideración de la revista comprende la autorización de su eventual publicación y difusión en formato impreso y digital, la cesión de los derechos de autor para su divulgación,

law, international relations and sovereignty.

PUBLICATION FREQUENCY

4. The journal is published in print (ISSN 2521-8808) and online at lawreview.ucb.edu.bo (ISSN 2523-1510) every six months in April and October, although it can also publish special non-periodic issues. The journal is included in Google Scholar.

OPEN ACCESS POLICY

5. The U.C.B. Law Review is an Open Access Journal.

6. The content of the journal is published under a Creative Commons license in the attribution – non-commercial – share alike license (BY-NC-SA): commercial use of the original work or of possible derived works is not allowed, the distribution of which must be done with a license equal to that which regulates the original work.

PRIVACY STATEMENT

7. U.C.B. Law Review will not communicate or transfer to third parties the personal data of its users without the express consent of the owner, except judicial order.

PUBLICATION GUIDELINES

GENERAL CONSIDERATIONS

8. Manuscript is construed as the original text submitted for publication in the journal.

9. The submission of a manuscript to the journal implies that the authors accept UCB and journal regulations and that the authors agree that, in case their document is accepted for publication, the UCB will have the copyright to

la aceptación de las normas de la UCB y de la revista, y del respectivo sometimiento a ellas.

10. El contenido y los conceptos emitidos en los manuscritos son de exclusiva responsabilidad de quienes tienen su autoría y no necesariamente reflejan la posición de la UCB, de los editores o de la revista.

11. Las investigaciones deben cumplir los estándares previstos para la revisión de pares académicos, ser originales, pertenecer en su autoría a quienes están referidos en el manuscrito y respetar la ética académica. Igualmente, los manuscritos no deben haber sido publicados con anterioridad o haber sido sometidos previamente a consideración de publicación en otro medio, salvo las excepciones manifestadas en la sección de Ética y buenas prácticas para quienes tienen la autoría del manuscrito.

12. Quienes ejercen autoría del manuscrito deberán identificarse e indicar su afiliación institucional y de no tenerla deberán expresar ser investigadores independientes. Adicionalmente, deberán expresar su número de registro ORCID. El registro en esta base de datos puede ser realizado en <https://orcid.org>

13. Los idiomas oficiales de publicación de la revista son español e inglés; sin embargo, la revista se reserva el derecho de publicar en otros idiomas.

14. La revista publicará principalmente investigaciones que hayan sido evaluadas anónima y favorablemente en su mérito formal, material y metodológico por pares académicos. La

distribute it in both printed and electronic format.

10. The content and concepts issued in the manuscripts are the sole responsibility of the authors and do not necessarily reflect the position of the UCB, the publisher or the journal.

11. The research must meet the standards set forth in the criteria for academic peer review, be original, belong in its authorship to those referred to in the manuscript, and respect academic ethics. Likewise, the manuscripts must not have been previously published or previously submitted for publication, with the exceptions set forth in Ethics and Good Practices section For the Authors.

12. Those who are authors of the manuscript must identify themselves and indicate their institutional affiliation, and if they do not have it, they must state that they are independent researchers. Additionally, they must express their ORCID registration number. Registration in this database can be done at <https://orcid.org>

13. The journal's official publication languages are Spanish and English. However, UCB Law Review may publish in other languages.

14. The journal will publish mainly research that has been evaluated anonymously and favorably in its formal, material, and methodological merit by academic peers. The journal

revista referirá en sus publicaciones las fechas de presentación y aprobación de las investigaciones.

15. Las comunicaciones entre la revista, quienes tengan la autoría y las instancias evaluadoras serán realizadas mediante correo electrónico.

16. La recepción de los manuscritos es continua. La revista se reserva la prerrogativa de establecer el orden y tiempo de publicación de los manuscritos recibidos y aprobados por los pares evaluadores en consideración al tiempo natural que demande su proceso de observación-corrección-aprobación, así como la disponibilidad, disposición u ordenación de cada número en razón al criterio que libremente decida la revista.

17. La revista está íntegramente financiada por la UCB. El envío, revisión y publicación de manuscritos son gratuitos.

PRESENTACIÓN Y ESTILO DEL MANUSCRITO

18. Los manuscritos deberán ser remitidos al correo electrónico law.review@ucb.edu.bo en formato digital *Microsoft Word*. En caso de existir gráficos, ellos deberán presentarse también en formato *Microsoft Excel* para efectos de edición.

19. Los manuscritos deberán seguir el formato de la revista y adecuarse al estilo de la Asociación Americana de Psicología (APA por sus siglas en inglés) correspondiente a su 7ª edición en inglés, salvo en los siguientes aspectos:

a) No será necesario encabezado.

will refer to the publication dates and approval of the research in its publications.

15. Communications between the journal, the authors, and the evaluation bodies will be made by email.

16. The reception of the manuscripts is continuous. The journal reserves the prerogative to establish the order of publication of the manuscripts received and approved by peer reviewers, in consideration of the natural time required by their observation-correction-approval process, as well as the availability or arrangement of each issue, based on the criteria that the journal freely decides.

17. UCB entirely funds the journal. The submission, review, and publication of manuscripts are free.

MANUSCRIPT SUBMISSION AND STYLE

18. Manuscripts should be sent to law.review@ucb.edu.bo in *Microsoft Word* digital format. If there are graphics, they must also be presented in *Microsoft Excel* format for editing purposes.

19. Manuscripts must conform to the journal's format and the American Psychological Association (APA) style corresponding to its 7th edition in English, except as follows:

a) No heading will be necessary.

- b) Los subtítulos deberán ser enumerados (1., 2., 3.).
- c) La primera página debe contener: título, resumen y palabras clave en español e inglés. El resumen tendrá un máximo de 200 palabras. El nombre de quienes tienen autoría del manuscrito tendrá una llamada a pie de página que contenga su información profesional, afiliación institucional (cargo e institución), dirección de contacto (correo electrónico) e identificación ORCID. Las fuentes de financiamiento de la investigación, así como su pertenencia a un proyecto más amplio (si es el caso) también deberán ser declaradas.
- d) Las referencias deberán ser organizadas alfabéticamente en sangría francesa. No es admisible incluir fuentes no utilizadas directamente en la investigación, salvo aquellas que hayan influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación.
- e) Las citas de normas legales comprenderán la siguiente información: artículo, tipo de norma, número o nombre y año: (Art. 1279, Código Civil, Decreto Ley 12760, 1975) o (Art. 17, Ley 439, 2013). El ámbito de origen de la norma deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.
- f) Las citas de jurisprudencia comprenderán tribunal, denominación de la resolución respectiva, número y año: (TCP, Sentencia Constitucional Plurinacional, 1620, 2014). El ámbito de origen de la jurisprudencia deberá ser aclarado en la redacción en los casos que corresponda.
- b) The subtitles must be numbered (1., 2., 3.).
- c) The first page must contain: title, abstract and keywords in Spanish and English. The abstract has a maximum of 200 words. The names of the authors shall contain in a footnote their professional information, institutional affiliation (position and institution), contact address (email) and ORCID. Conflicts of interest, sources of research funding, as well as the membership of the research in a larger project (if applicable), should be specified as well.
- d) References must be organized alphabetically in hanging indentation. It is not allowed to include sources not directly used, except those that have influenced the determination of the nature of the research that is reported in the manuscript.
- e) Quotations of legal norms will include the following information: the concerning article and the type, name, number, and norm's enacting year: (Art. 1279, Civil Code, Decree-Law 12760, 1975) or (Art. 17, Law 439, 2013). The place of origin of the norms must be expressed.
- f) The citations of case law will include the court, name of the respective resolution, number, and year: (TCP, Plurinational Constitutional Judgment, 1620, 2014). The place of origin of the cases must be expressed.

20. La extensión del manuscrito no podrá ser superior a las 12000 palabras.

21. El Formulario de cumplimiento de buenas prácticas académicas de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado, junto con el manuscrito, por quienes tienen la autoría del mismo.

PROCESO DE EVALUACIÓN

22. El manuscrito será evaluado por el consejo editorial, que podrá aceptarlo o rechazarlo de acuerdo a sus méritos y al perfil de la revista. El consejo editorial podrá ejercer esta potestad en cualquier momento hasta antes de la publicación del manuscrito y no necesita motivar o justificar su decisión. En caso de aceptación, el manuscrito será editado y remitido a un par académico o árbitro.

23. Para emitir sus evaluaciones, quienes sean pares académicos contarán con un plazo razonable, en el marco de la complejidad y extensión de la investigación.

24. Las observaciones que se comuniquen a quienes tienen la autoría deberán ser subsanadas en un plazo prudente a establecerse por el editor.

25. La revista otorgará criterios para la revisión de pares académicos respecto a la claridad, coherencia (entre lo propuesto, analizado y concluido), orden lógico, relevancia y pertinencia, metodología y rigor científico, sustento, fuentes adecuadas, discusión académica sobre hallazgos, conclusiones respaldadas y originalidad (aporte y novedad) de la investigación.

26. El dictamen sobre la investigación por parte de los pares académicos debe ser motivado. Las posibles decisiones

20. The length of the manuscript cannot exceed 12000 words.

21. The journal's Compliance with Good Academic Practice Form must be completed, signed, and sent together with the manuscript.

REVIEW AND DECISION PROCESS

22. The editorial board will evaluate the manuscript and may accept or reject it according to its merits and the profile of the journal. The editorial board may exercise this power at any time until before the publication of the manuscript and does not need to give reasons for its decision. In case of acceptance, the manuscript will be edited and sent to an academic peer reviewer.

23. To issue their evaluations, the arbitrators will have a reasonable period according to the complexity and length of the manuscript.

24. The observations communicated to the authors must be corrected within a reasonable time to be established by the editor.

25. The journal will grant criteria for the academic peer review regarding clarity, coherence (between what is proposed, analyzed, and concluded), structure, relevance and pertinence, methodology and scientific rigor, sustenance, adequate sources, academic discussion on findings, supported conclusions and originality (contribution and novelty) of the research.

26. The opinion on the research by academic peers must be motivated. The possible decisions of the opinion on the

del dictamen sobre el manuscrito son las de: a) aceptación para publicación, b) publicable con correcciones menores, c) publicable luego de una revisión substancial y d) rechazo de publicación.

27. El Formulario de dictamen de pares académicos de la revista deberá ser llenado, firmado y enviado por los pares académicos.

28. Los editores comunicarán la aceptación o rechazo del manuscrito a quien lo hubiese sometido a la revista para su revisión y publicación, pudiendo mantener en reserva la motivación del dictamen.

manuscript are a) acceptance for publication, b) publishable with minor corrections, c) publishable after substantial revision, and d) rejection of publication.

27. The journal's Manuscript Evaluation Form for Academic Peers must be completed, signed, and sent by the academic peer.

28. The editor will communicate the acceptance or rejection of the manuscript to whoever submitted it to the journal for review and publication and may keep the motivation of the opinion confidential.

ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS ***ETHIC AND GOOD PRACTICES***¹

PARA LOS EDITORES:

29. La evaluación de los manuscritos presentados sucederá exclusivamente respecto a su mérito académico (importancia, originalidad, validez del estudio, claridad y coherencia) y su relevancia para el alcance de la revista. No se tendrá en cuenta raza, orientación sexual, religión, origen étnico, filosofía política o afiliación institucional.

30. Las decisiones de editar y publicar no están determinadas por las políticas de los gobiernos ni de ninguna otra institución fuera de la propia revista. Los editores tienen plena autoridad sobre todo el contenido editorial de la revista en resguardo de su misión y objetivo, así como del momento de publicación de dicho contenido.

31. Los editores y el personal editorial no divulgarán ninguna información sobre el manuscrito enviado hasta su publicación, salvo a quienes tienen su autoría, los revisores, otros asesores editoriales y editores, según corresponda.

32. Los editores y miembros del consejo editorial no utilizarán la información no publicada y revelada en el manuscrito enviado para sus propios fines de investigación sin el consentimiento explícito por quienes tienen su autoría.

FOR THE EDITORS:

29. The evaluation of the submitted manuscripts will happen exclusively concerning their academic merit (importance, originality, the validity of the study, clarity and coherence) and their relevance to the scope of the journal. Race, sexual orientation, religion, ethnic origin, political philosophy, or institutional affiliation will not be considered.

30. Decisions to edit and publish are not determined by the policies of governments or any other institution outside of the journal itself. The editor has full authority over the editorial content of the journal in keeping with its mission and objective, as well as the time of publication of said content.

31. Editors and editorial staff will not disclose any information about the submitted manuscript until its publication, except to authors, reviewers, other editorial advisers and the publisher, as appropriate.

32. Editors and editorial board members will not use the unpublished and revealed information in the submitted manuscript for their research purposes without the explicit consent of the authors. Insider information or ideas

¹ The ethics statement is adopted and adapted voluntarily as a guideline from the Committee on Publication Ethics (COPE). It is clarified that neither the journal nor its editors belong to this Committee. These guides can be reviewed in their original and complete version on the site <http://publicationethics.org>

La información privilegiada o las ideas obtenidas por los editores como resultado del manejo de la investigación se mantendrán confidenciales y no se utilizarán para su ventaja personal.

33. Los editores se excusarán respecto de las investigaciones en las que tengan conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quienquiera tenga autoría del manuscrito así como empresas o instituciones relacionadas. En este caso, pedirán a otro miembro del consejo editorial que realice las actividades correspondientes con la investigación.

34. Los editores se asegurarán que todos los manuscritos presentados que se están considerando para su publicación se sometan a revisión por parte de un revisor con experiencia en el campo. Los editores decidirán cuáles de las investigaciones enviadas a la revista serán publicadas, basados en la validación de la obra en cuestión, su importancia para los investigadores y lectores, los comentarios de los revisores y los requisitos legales que actualmente están en vigor en materia de difamación, infracción de derechos de autor y plagio. Los editores pueden consultar con otros editores o revisores para tomar esta decisión.

35. Los editores investigarán todo acto que atente contra la ética y que les sea denunciado. En caso de encontrar suficientemente fundados tales actos, se publicará una corrección, una retractación, una expresión de preocupación u otra que corresponda. Esta actuación sucederá independientemente del tiempo que

obtained by editors as a result of research management will be kept confidential and will not be used for personal gain.

33. Editors will recuse themselves regarding research in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with the authors of the manuscript as well as related companies or institutions. In this case, they will ask another member of the editorial board to carry out the activities with the manuscript.

34. The editors will ensure that all submitted manuscripts being considered for publication are reviewed by at least two experts in the field. The publisher will decide which manuscripts will be published, based on the validation of the work in question, its importance to researchers and readers, the comments of the reviewers and the current legal requirements regarding defamation, copyright infringement and plagiarism. The publisher may consult with other editors or reviewers to make this decision.

35. The editors will investigate any activity that violates ethics and that is denounced to them. If such acts are found to be sufficiently founded, a correction, a retraction, an expression of concern or another that corresponds will be published. This action will happen regardless of the time that has

haya transcurrido desde la publicación que se discuta.

PARA LOS PARES ACADÉMICOS:

36. La revisión por pares ayuda a los editores a tomar decisiones editoriales y, a través de las comunicaciones editoriales con quienes tienen autoría sobre el manuscrito, pueden ayudarles a mejorar sus investigaciones. La revisión por pares es un componente esencial de la comunicación académica formal y se encuentra en el corazón del esfuerzo científico. Los académicos que deseen contribuir al proceso científico tienen la necesidad de actuar también, y en buena medida, en procesos de revisión.

37. Cualquier árbitro invitado que se sienta incompetente para revisar el manuscrito o sepa que su pronta revisión le será imposible, debe notificar inmediatamente a los editores y rechazar la invitación, en orden a que otros revisores puedan ser contactados.

38. Los manuscritos recibidos para su revisión son documentos confidenciales y deben ser tratados como tales. No deben ser mostrados o debatidos con otros, excepto si están autorizados por los editores en casos absolutamente excepcionales y específicos. Este criterio también se aplica a los revisores invitados que rechacen la invitación de revisión.

39. El examen del manuscrito debe realizarse objetivamente. Las observaciones se formularán con claridad y argumentos de apoyo para que quienes tengan autoría puedan usarlos para mejorar su investigación. La crítica personal es inapropiada.

elapsed since the publication in question.

FOR ACADEMIC PEERS:

36. Peer review helps editors make editorial decisions and, through editorial communications with authors of the manuscript, can help them improve their research. Peer review is an essential component of formal academic communication and is at the heart of the scientific effort. Academics who wish to contribute to the scientific process need to act also, and to a large extent, in review processes.

37. Any invited arbitrator who feels incompetent to review the manuscript or knows that its prompt revision will be impossible for them, must immediately notify the editors and reject the invitation, in order that other reviewers may be contacted.

38. Manuscripts received for review are confidential documents and should be treated as such. They should not be shown or discussed with others, except if they are authorized by the editor in absolutely exceptional and specific cases. This criterion also applies to invited reviewers who reject the review invitation.

39. The examination of the manuscript must be carried out objectively. The comments will be clearly formulated and supporting arguments so that those who are authors can use them to improve their research. Personal criticism is inappropriate.

40. Quienes sean revisores deben identificar los trabajos publicados relevantes que no hayan sido citados en el manuscrito. Cualquier observación, derivación o argumentación, que se sustente en publicaciones anteriores, debe ir acompañada de la citación pertinente. Quien revise también debe notificar a los editores cualquier semejanza sustancial o superposición entre la investigación en examen y cualquier otra (publicada o no) de la que tengan conocimiento personal.

41. Quienquiera que sea invitado a revisar y que tenga conflictos de intereses resultantes de relaciones competitivas, colaborativas u otras con quien tenga autoría o con instituciones relacionadas con la investigación, debe notificar inmediatamente a los editores para declarar sus conflictos de interés y declinar la invitación.

42. El material no publicado revelado en un manuscrito no debe ser utilizado en la investigación de quien realice la revisión sin el consentimiento expreso por escrito de quienes tengan su autoría. La información privilegiada o las ideas obtenidas a través de la revisión por pares deben mantenerse confidenciales y no ser utilizadas para ventaja personal. Esto también se aplica a los pares que rechazan la invitación de revisión.

PARA QUIENES TIENEN AUTORÍA DEL MANUSCRITO:

43. En los marcos de la ciencia e investigación jurídica, quienes tienen autoría de la investigación original deben presentar una descripción exacta del trabajo realizado y los resultados, seguidos de una discusión objetiva de la

40. Reviewers should identify relevant published papers that have not been cited in the manuscript. The citation of the relevant sources must accompany any observation, derivation or argument that is sustained in previous publications. The reviewer must also notify the editors of any substantial similarity or overlap between the research under review and any other (published or unpublished) of which they have personal knowledge.

41. Guest academic peers who have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative or other relationships with authors or research-related institutions, must immediately notify the editors to declare their conflicts of interest and decline the invitation.

42. Unpublished material revealed in a manuscript should not be used in the research of the reviewer without the express written consent of the authors. Insider information or insights gained through peer review should be kept confidential and not used for personal gain. This also applies to peers who reject the review invitation.

FOR THE AUTHORS:

43. For the sake of science and research, the authors of the original research must present an accurate description of the work done and the results, followed by an objective discussion of the importance of the

importancia del trabajo. La investigación debe contener suficiente detalle y referencias para permitir a otros replicar el trabajo, si corresponde. Los artículos de revisión deben ser precisos, objetivos y completos, mientras que las opiniones o las piezas de perspectiva editorial deben identificarse claramente como tales. Las declaraciones de carácter fraudulento o impreciso constituyen un comportamiento no ético y son inaceptables.

44. Se puede pedir a quienes tengan autoría que proporcionen los datos brutos de su investigación, tanto para su revisión editorial como para ponerlos a disposición del público. En cualquier caso, quienes tengan la autoría deben garantizar la accesibilidad de dichos datos a otros profesionales competentes durante al menos diez años después de la publicación (preferiblemente a través de un repositorio de datos institucional o sujeto o cualquier otro centro de datos), siempre que se puedan proteger la confidencialidad de los participantes y los derechos legales vinculados a estos datos.

45. Quienes tengan autoría deben asegurarse que han escrito y presentado trabajos totalmente originales, así como verificar que han citado adecuadamente las fuentes (trabajos y palabras) utilizadas. También deben citarse las publicaciones que han influido en la determinación de la naturaleza del trabajo que se informa en la investigación. El plagio adopta muchas formas: hacer pasar el artículo académico o investigación ajeno como propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de las investigaciones de otros sin atribución de autoría, reclamar resultados de

work. The research should contain enough detail and references to allow others to replicate the work, if applicable. Review articles should be accurate, objective, and complete, while opinions or editorial perspective pieces should be clearly identified as such. Fraudulent or imprecise statements are unethical behavior and are unacceptable.

44. Authors may be asked to provide the raw data from their research, both for editorial review and to make them available to the public. In any case, the authors must guarantee the accessibility of said data to other competent professionals for at least ten years after publication (preferably through an institutional or subject data repository or any other data center), provided that the confidentiality of the participants and the legal rights linked to this data can be protected.

45. Authors must ensure that they have written and presented totally original works, as well as verify that they have adequately cited the sources (works and words) used. Publications that have influenced the determination of the nature of the work reported in the investigation should also be cited. Plagiarism takes many forms: passing the academic article or research of others as their own, copying or paraphrasing substantial parts of the investigations of others without attribution of authorship, claiming

investigaciones realizadas por otros, entre otras. El plagio, en todas sus formas, constituye un comportamiento de publicación contrario a la ética y es inaceptable.

46. Quienes tengan autoría deben asegurarse de que han reconocido adecuadamente la información obtenida en privado (de conversación, correspondencia o discusión con terceros), no pudiendo ser utilizada o reportada sin el permiso explícito por escrito de la fuente. Quienes tengan autoría no deben utilizar la información obtenida en el curso de la prestación de servicios confidenciales, como el arbitraje de manuscritos o solicitudes de subvención, a menos que hayan obtenido el permiso explícito por escrito de sus titulares.

47. Los trabajos que describan esencialmente la misma investigación no deben publicarse en más de una revista o publicación primaria. Por lo tanto, quienes tengan autoría no deben someter a consideración un manuscrito que ya ha sido publicado en otra revista. La presentación de un manuscrito simultáneamente a más de una revista es un comportamiento de publicación poco ético e inaceptable. Excepcionalmente, la publicación de algunos tipos de artículos (como traducciones o protocolos) en más de una revista puede justificarse, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: quienes tengan autoría y quienes sean editores de las revistas interesadas deben aceptar la publicación secundaria, se debe reflejar los mismos datos e interpretación del documento primario, y la referencia

results of investigations carried out by others, among others. Plagiarism, in all its forms, constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.

46. The authors must ensure that they have adequately recognized the information obtained in private (from a conversation, correspondence or discussion with third parties), and that it cannot be used or reported without the explicit written permission of the source. Authors should not use information obtained in the course of providing confidential services, such as manuscript arbitration or grant applications unless they have obtained explicit written permission from their holders.

47. Papers that describe essentially the same research should not be published in more than one journal or primary publication. Therefore, authors should not submit for consideration a manuscript that has already been published in another journal. Submission of a manuscript simultaneously to more than one journal is unethical and unacceptable publication behavior. Exceptionally, the publication of some types of articles (such as translations or protocols) in more than one journal can be justified, provided that the following conditions are met: the authors and editors of the interested journals must accept the secondary publication, it must reflect the same data and interpretation of the primary document and the primary

primaria debe ser citada en la publicación secundaria.

48. Solamente las personas que cumplan con estos criterios de autoría deben ser listadas en un manuscrito como tales, ya que deben ser capaces de asumir la responsabilidad pública por el contenido: (a) haber realizado contribuciones significativas a la concepción, diseño, ejecución, adquisición de datos o análisis o interpretación del estudio; (b) haber redactado el manuscrito o haberlo revisado críticamente con contenido intelectual importante; (c) haber visto o aprobado la versión final del documento aceptando su presentación para su publicación. Todas las personas que hicieron contribuciones sustanciales a la obra reportada en el manuscrito (tales como ayuda técnica, ayuda de redacción y edición, apoyo general) pero que no cumplen con los criterios para la autoría manifestados, no deben ser listadas como como tales sino que deben ser referidas en *reconocimientos* (esta sección es admisible si se cuenta con el permiso escrito de quienes colaboraron). Quien someta el manuscrito a la revista debe asegurarse que estén referidas todas las personas que tengan coautoría, verificar que ellas hayan visto y aprobado la versión final del manuscrito y aceptado su publicación.

49. Quienes tengan autoría, en la etapa más temprana posible (por lo general, mediante la presentación de una declaración escrita en el momento de presentar el manuscrito o la inclusión de una declaración en el propio manuscrito), deben expresar cualquier conflicto de intereses que pueda influir en los resultados o interpretación de la

reference must be cited in the secondary publication.

48. Only people who meet these authorship criteria should be listed in a manuscript as authors, as they must be able to assume public responsibility for the content: (a) who made significant contributions to the conception, design, execution, acquisition of data, or analysis or interpretation of the study; (b) who wrote the manuscript or critically revised it with important intellectual content; (c) who saw and approved the final version of the document accepting its presentation for publication. All persons who made substantial contributions to the work reported in the manuscript (such as technical assistance, editing and editing assistance, general support) but who do not meet the stated authorship criteria should not be listed as such, but they must be referred in acknowledgments (this section is admissible if you have the written permission of those who collaborated). Whoever submits the manuscript to the journal must make sure that all the people who have co-authorship are referred, verify that they have seen and approved the final version of the manuscript and accepted its publication.

49. Authors should, at the earliest possible stage (usually by submitting a written statement at the time of submission of the manuscript, as well as by including a statement in the manuscript itself), express any conflicts of interest that may influence research results or interpretation (for

investigación (por ejemplo, y no limitativamente, conflictos por financiamiento tales como honorarios, subsidios educativos u otros fondos, la participación en membresías, empleos, consultorías, propiedad de acciones, acuerdos de licencia; así como conflictos no financieros, tales como relaciones personales o profesionales, afiliaciones, conocimientos o creencias en el tema o materiales discutidos en el manuscrito). Todas las fuentes de apoyo financiero para la investigación deben ser reveladas.

50. Si la investigación involucra el uso de animales o participantes humanos, quienes tengan autoría deben asegurarse de que todos los procedimientos se han realizado de conformidad con las normas pertinentes y vigentes. El manuscrito debe contener una declaración a este efecto. Quienes tengan autoría también deben incluir una declaración en el manuscrito referida al consentimiento informado que se obtuvo para la recolección de datos o experimentación con participantes humanos. Los derechos de privacidad de los participantes humanos siempre deben ser observados.

51. Quienes tiene autoría tienen la obligación de participar en el proceso de revisión por pares y cooperar plenamente, respondiendo puntualmente a las solicitudes de los editores de datos crudos, aclaraciones y pruebas éticas, consentimientos informados y permisos de propiedad intelectual. En el caso de una primera decisión de *correcciones o revisiones*, quienes tengan la autoría deben responder a los comentarios de los revisores sistemáticamente, punto por

example, and not limited to, funding disputes such as fees, educational grants or other funds, membership participation, employment, consulting, stock ownership, license agreements; as well as not financial, such as personal or professional relationships, affiliations, knowledge or beliefs on the subject or materials discussed in the manuscript). All sources of financial support for the research must be disclosed.

50. If the research involves the use of animals or human participants, the authors should ensure that all procedures have been carried out following the relevant and current regulations. The manuscript must contain a statement to this effect. Authors should also include a statement in the manuscript that informed consent was obtained for data collection or experimentation with human participants. The privacy rights of human participants must always be observed.

51. Authors must participate in the peer-review process and to cooperate fully, responding promptly to publishers' requests for raw data, ethical clarifications and evidence, informed consents, and intellectual property permits. In the case of a first *correction or revision decision*, the authors should respond to the reviewers' comments systematically, point by point and in a timely manner, reviewing and

punto y de manera oportuna, revisando y reenviando su manuscrito a la revista en el plazo indicado.

52. Cuando quienes tienen la autoría descubren errores significativos o inexactitudes en su propio trabajo publicado, tienen la obligación de notificar con prontitud a los editores de la revista y cooperar con ellos para corregir su manuscrito mediante una errata o retractación. Si los editores conocen a través de terceras personas que un manuscrito publicado contiene errores o inexactitudes significativas, entonces será obligación de quienes tienen autoría corregir o retirar rápidamente el documento o proporcionar evidencia a los editores de la revista de la corrección del documento.

53. La UCB no se responsabiliza de las opiniones, comentarios y contenidos de los artículos publicados en esta revista, los cuales son responsabilidad exclusiva de quienes su autoría.

PARA LA EDITORIAL:

54. En casos de presunta mala conducta científica, publicación fraudulenta o plagio, el editor principal, en estrecha colaboración con los editores, tomará todas las medidas apropiadas para aclarar la situación y modificar el artículo en cuestión. Esto incluye la pronta publicación de un *erratum*, aclaración o, en el caso más grave, la retracción del trabajo afectado. Además, tomarán medidas razonables para identificar e impedir la publicación de documentos donde se ha producido mala conducta de investigación. En ningún caso se fomentará dicha mala conducta o permitirá conscientemente que ésta se produzca.

forwarding their manuscript to the journal within the indicated period.

52. When authors discover significant errors or inaccuracies in their published work, they must promptly notify the editors of the journal and cooperate with them to correct their manuscript by typo or retraction. If the editors know through third parties that a published manuscript contains significant errors or inaccuracies, then the authors will be required to quickly correct or withdraw the document or provide evidence to the journal editors of the correctness of the document.

53. UCB is not responsible for the opinions, comments, and content of the articles published in this journal, which are the sole responsibility of their author/s.

FOR THE EDITORIAL:

54. In cases of alleged scientific misconduct, fraudulent publication or plagiarism, the editors will take all appropriate measures to clarify the situation and modify the article in question. This includes the prompt publication of an *erratum*, clarification or, in the most severe case, the retraction of the affected work. Besides, they will take reasonable steps to identify and prevent the publication of documents where investigative misconduct has occurred. In no case will such misconduct be encouraged or consciously allow such conduct to occur.

55. El editor principal se compromete a la permanente disponibilidad y preservación de la investigación académica, asegurando su accesibilidad.

55. The principal editor is committed to the permanent availability and preservation of academic research, ensuring its accessibility.



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
BOLIVIANA
LA PAZ

Avenida 14 de septiembre N° 4807 - Obrajes - La Paz

www.ucb.edu.bo

www.lawreview.ucb.edu.bo

law.review.lpz@ucb.edu.bo