

**Reporte problemática municipal:
Del derecho positivo al derecho consuetudinario
(Marzo 2004)**

*Víctor Calisaya H.
Fernando Antezana U.*

El presente mes, los problemas más importantes que se han sucedido tienen relación al intento del parte del Gobierno de implementar el “Impuesto Complementario de los Bienes Inmuebles y el Impuesto a las Transacciones Financieras”, la que ha sido rechazado por los partidos políticos (MAS, MNR, NFR entre otros), además las distintas asociaciones de municipalidades del país. Otro tema importante del mes ha sido la resolución del CONAMAQ de participar en las elecciones municipales de diciembre y buscar el control de las municipalidades a la luz de la reforma de la constitución que reconoce a los movimientos sociales con la capacidad de representar a la sociedad y competir con los partidos en igualdad de posibilidades, todo esto a pesar de que todavía no se reglamento el artículo 223 de la Constitución Política del Estado. Otro hecho importante ha sido la resolución de implementar la justicia comunitaria (derecho consuetudinario) en la resolución de problemas en el ámbito de la gestión municipal, derivado de problemas de corrupción en municipios rurales del país y en particular en el departamento de Cochabamba.

Actos de corrupción municipal y justicia comunitaria

La recuperación de usos consuetudinarios para la administración de la justicia ha sido reivindicada explícitamente por las comunidades campesinas del área occidental del país (básicamente en los valles y el altiplano), para hacer frente a los graves problemas de corrupción que afectan a las municipalidades rurales en particular. Los graves problemas de corrupción que afecta a los gobiernos municipales en general y los engorrosos y fracasados procesos judiciales por la vía ordinaria al que han sido sometidos autoridades y funcionarios municipales, constituyen las motivaciones para reivindicar y poner en práctica la justicia comunitaria de base consuetudinaria. La “vigencia” del denominado derecho consuetudinario si bien permite sancionar a los corruptos y otros infractores del bien común, es por otra parte una forma de vulnerar los derechos humanos básicos, en ese sentido pone en el debate la relación entre el particularismo (Derecho Indígena) y el universalismo (Derecho occidental).

La reivindicación del derecho consuetudinario por parte de organizaciones sociales indígenas, particularmente en el caso del municipio de Morochata, tiene que ver con movilizaciones y acciones de hecho que se han sucedido en este municipio desde hace varios meses atrás¹. En ese contexto, los sucesos del municipio de Morochata constituyen un caso, entre otros, de actos de corrupción en el ámbito municipal.

Haciendo referencia a la aplicación de la justicia comunitaria y las razones por optar por ella en este municipio, se señala:

¹ En el marco de los reportes mensuales del observatorio de conflictos sociales, en el mes de noviembre fue analizado la renuncia del alcalde de Morochata y las movilizaciones sociales que se sucedieron en dicho municipio que concluyó con la renuncia del alcalde y la ridiculización pública de los concejales. De alguna manera este fue el inicio de la aplicación de una justicia comunitaria, la que en la actualidad ha sido reivindicada explícitamente.

Desmoralizados por el papel que juega la justicia, los morochateños se plantean la posibilidad de construir su propio centro penitenciario en el cual pretenden hacer purgar sus condenas a las personas que ellos mismos juzguen.

Tal planteamiento fue exteriorizado ayer por el dirigente campesino Feliciano Vegamonte (Ejecutivo de la Federación Sindical Unica de Campesinos de Cochabamba) quien asegura que los comunarios "ya no creen en la justicia".

"La justicia ordinaria no funciona para nosotros. Gracias a la justicia está libre Córdova (ex alcalde de Morochata) y sus asesor legal Gruich quienes se han servido de la Alcaldía para cometer actos de corrupción", aseguró a tiempo de justificar la actitud tomada por las bases campesinas que tienen retenidas en sus sede sindical a ocho personas ligadas al ex alcalde Sinforoso Córdova (Los Tiempos 10/III/2004).

Los móviles para recurrir al ejercicio de la justicia comunitaria (Derecho Indígena) tienen que ver con hechos que han afectado de manera directa la vida de las personas del municipio de Morochata, además hay que tomar en cuenta la existencia de móviles políticos. Es bueno recordar que el ex alcalde Córdova era militante del MAS y son precisamente los militantes de este partido político los que han generado las movilizaciones para su sustitución y aplicación de la "justicia comunitaria" contra personas allegadas a la ex autoridad.

Por otro lado, es importante tomar en cuenta, que más allá de los intereses políticos, la justicia ordinaria, como sostiene Marco Antonio Aymaretti (CEJIS), para las poblaciones campesinas e indígenas en Bolivia no es neutral:

sino que expresa los intereses de los sectores dominantes del país, muchas veces a través de la participación de personas ligadas a estos grupos de poder económico en cargos claves del Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. ... la población indígena prácticamente no es tomada en cuenta por los grupos de poder, si no participa activamente a través de marchas, protestas o medidas de fuerza.
www.idl.org.pe/jueces/peru/boletines/bol03.htm

La ilegitimidad de la justicia es generada por los mismos operadores de justicia, los que en muchos casos por razones también políticas e influencias personales y grupales, han torcido la ley para intereses privados.

Derecho consuetudinario y su vigencia

El derecho consuetudinario no solo ha sido reivindicado por los propios interesados (pueblos indígenas y comunidades campesinas) sino también ha tenido un amplio impulso de las organizaciones internacionales como las NN.UU., la OEA, la Organización Internacional de Trabajo (OIT) entre otras, que han tenido influencia en la Constitución Política de nuestro país.

Se entiende, de manera general, el derecho consuetudinario como el,

... derecho no escrito que nace de la repetición, a lo largo del tiempo, de actos de naturaleza jurídica, otorgando un consentimiento tácito que les confiere fuerza de ley. La costumbre jurídica debe responder a la necesidad de cubrir una necesidad jurídica e ir en armonía con la moral y las buenas costumbres para ser considerada como fuente de derechos y estar amparada por el derecho consuetudinario.
www.oitandina.org.pe/activi/ria/derecho/derechonacional/bolivia/derechoconsuetbo.html

En ese sentido, el derecho consuetudinario debe estar en armonía con la moral y buenas costumbres, hecho que considera la relación de las comunidades indígenas con su contexto social inmediato y mediato, es decir, otras sociedades locales, regionales y la nacional, que no

necesariamente comparte las formas de derecho consuetudinario, sino más bien otro como el derecho positivo y otras formas de justicia comunitaria.

La reivindicación del derecho consuetudinario por parte de las comunidades campesinas se ha sustentado en el artículo 171 de la Constitución Política del Estado (aprobada el 5 de agosto de 1994), donde sostiene que:

Se reconoce, respeta y protegen en el marco de la ley y los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas como solución alternativa, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado (Constitución Política Estado 1994).

En el tercer párrafo, se advierte que la aplicación de justicia comunitaria no debe ser contraria a la Constitución y otras leyes derivadas de ella, por lo tanto a derechos humanos fundamentales, además de ser compatible con atribuciones estatales. La vinculación del Derecho Indígena (lo particular) con el Derecho Occidental (lo universal) vigente en la Constitución, explícita una necesaria relación y “complementación” entre ambas, por lo tanto la urgencia de una reglamentación tanto para el ejercicio del Derecho Indígena como su interacción con la Constitución y otras leyes generales del país.

Para avanzar y profundizar el proceso de institucionalización del derecho consuetudinario², en Bolivia existe un anteproyecto de Ley de Justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas campesinas de Bolivia, que tiene como objetivo regular el alcance, límites de la jurisdicción indígena y campesina, resolver conflictos de competencia y presuntas violaciones de derechos humanos; la propuesta desarrolla y amplía el artículo constitucional de reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Sin embargo el mismo también propone la aplicación de ciertas restricciones en su Art. 11 que se refiere a los límites de la justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas: la administración de justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas-campesinas deberá respetar en sus resoluciones, lo establecido por la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales ratificados por el Estado Boliviano en materia de derechos humanos.

Éstos deberán interpretarse prestando especial atención a sus normas y al desarrollo de sus propias prácticas culturales. No se aplicará la pena de muerte en ningún caso.

El contexto de la legislación y derechos indígenas a nivel regional y de organizaciones internacionales como es el caso de OIT, son propicias para el ejercicio del Derecho Indígena,

² **Fuente:** Foro Propuestas de Desarrollo Constitucional y Jurisprudencia: Derecho Indígena y Derechos Humanos <http://geocities.com/alertanet/F2b-AnteProy-Bolivia.htm>

ese es el caso del convenio 169 de la OIT, a la cual está suscrita nuestro país, en relación a los “pueblos indígenas y tribales” sostiene:

- reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias (art. 8.1) y,
- establece el deber de tomar en cuenta el derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional (art. 8.2),
- respetar los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros (art. 9.1) y,
- tener en cuenta las costumbres de estos pueblos cuando los tribunales y autoridades competentes, se pronuncien sobre cuestiones penales (art. 9.2).

www.oitandina.org.pe/actividad/derecho/derechonacional/bolivia/derechoconsuetbo.html

El tercer punto hace referencia a que la aplicación de la justicia comunitaria solo es pertinente a los miembros de la comunidad indígena. Esta consideración pone en discusión la aplicación de la justicia comunitaria a personas que no son necesariamente de la comunidad y que por lo tanto no comparten los usos y costumbres, y que tienen el derecho de exigir la aplicación de otra justicia. Al respecto no se tiene un procedimiento que cuide los derechos humanos fundamentales de las personas y lo que más bien ha estado ocurriendo es que no se considera para nada el origen étnico del que comete el delito. Esta situación se ve claramente con los linchamientos de “delincuentes” en pueblos y barrios periféricos de las ciudades, donde se ha acabado con la vida de personas inocentes y que no pertenecen a la comunidad que ejerce justicia comunitaria. Al respecto hay que considerar cuáles son los límites territoriales de la aplicación de la justicia comunitaria, que no son solamente geográficos sino también subjetivos y simbólicos, la pregunta que surge es: ¿los barrios periféricos y centros poblados al cobijar mayoritariamente a personas migrantes y de origen indígena, constituyen el escenario propicio para aplicación de la justicia comunitaria (linchamientos) y en que momento no?

El jurista Ramiro Molina en relación a los linchamientos y le necesidad de justicia por parte de los afectados por delitos personales y sociales afirma:

el derecho consuetudinario no es un tema muy estudiado en Bolivia. Sin embargo, genera muchos recelos, especialmente entre los abogados, que suelen muy rígidos al abordar estos temas. Al haberse producido el creciente fenómeno de linchamientos, muchas personas los confunden con prácticas de derecho consuetudinario y por eso muestran fuerte rechazo. Por otro lado, señala que dentro de sus reivindicaciones por el derecho a la tierra, las organizaciones indígenas bolivianas, han empleado discurso sobre derechos humanos como plataforma de lucha. Sin embargo, en la práctica al interior de la población indígena también existen situaciones en que se vulneran estos derechos www.idl.org.pe/jueces/peru/boletines/bol03.htm

Las recomendaciones de la delegación boliviana a la Misión Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), en relación al “Proyecto de declaración americana sobre derechos de las poblaciones indígenas” (26 de febrero de 1997), en el artículo 16 se afirma:

Con respecto al Derecho Indígena, el Gobierno de Bolivia considera que es un derecho fundamental y básico, es decir, es parte consustancial de la identidad de los pueblos indígenas, por esta razón se lo ha incorporado en el texto constitucional en su párrafo III) del artículo 171.

Los sistemas jurídicos indígenas (Derechos Indígena o Derecho consuetudinario) es un verdadero orden jurídico, con su propia axiología, sus procedimientos y sus formas de resolución, que son a veces totalmente distintas del orden jurídico occidental. Esta afirmación es totalmente coherente con el principio universal de ubi societas, ubi jus, que además esta respaldada, mejor que ninguna por la ‘teoría de la institución’.

Sin lugar a dudas que, como muchos ámbitos que hacen a la identidad indígena, se han modificado, eliminado, recreado, por las influencias externas. Este proceso ha sido mucho más criticado y fuerte en lo que se refiere al derecho Indígena pero ello no Justifica las corrientes que niegan la existencia del Derecho Indígena. Lo que si es evidente es la existencia de sistemas jurídicos indígenas, que deben estar reconocidos por la Declaración. www.summit-americas.org/indigenous/W-Group-Oct99/Bolivia_esp.htm

Finalmente el reconocimiento y la aplicación del derecho consuetudinario es parte de un pluralismo jurídico, que puede ser muy bien aplicado en la gestión de los Gobiernos Municipales. Pero cuidando de no llegar a extremos peligrosos, por un lado aquel que busca la hegemonía total de lo universal (derecho occidental) sometiendo a otros tipos de gestión de justicia y, por el otro, el extremo de generar “*apartheid* jurídico” que privilegian lo particular (derecho Indígena), ignorando totalmente lo universal. En ese contexto como sostiene Spedding (2003),

(se) tendría derechos diferenciados al trato en lo jurídico (¿si eres “aymara” y robas una vaca, tendrás derecho a ser linchado por la comunidad, mientras si eres “criollo/a” -o “camba”- sólo te van a mandar a San Pedro por un rato?), la educación, el voto y quién sabe qué más (Spedding. En: Elites a la vuelta de la esquina 2003: 31).