

Pueblos Indígenas y Reforma Penal en Bolivia: **de las normas a las prácticas**

Ramiro Orias Arredondo¹
rorias2@fundacionconstruir.org

Resumen

Esta ponencia analiza el alcance y la manera cómo la reforma del sistema procesal penal en Bolivia ha abordado el tratamiento especial para los pueblos indígenas dentro un modelo estatal de tipo “multicultural”; y plantea la necesidad de avanzar en una nueva generación de reformas de la justicia penal que contribuyan a mejorar la protección y garantías de los pueblos indígenas - bajo el paradigma de lo “plurinacional”- en el marco del respeto a la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, a la luz de la reciente reforma constitucional y los estándares internacionales sobre Derechos Indígenas.

1. Introducción.-

En la última década, la justicia penal en América Latina ha vivido un proceso intenso y amplio de transformación normativa, institucional y procesal. En la gran mayoría de los países de la región, se ha buscado sustituir el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal, por modelos de tipo acusatorio, oral y garantista. Al mismo tiempo, en esta década es cuanto mayor avance ha tenido el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, han sido escasas o no siempre visibles las iniciativas desplegadas por articular ambos procesos en la construcción de un sistema de administración de justicia penal con carácter intercultural, basado en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y el respeto de sus particularidades culturales, lenguas, saberes y valores.

Algunos de los trabajos de Inés Marensi² y Silvina Ramírez ya plantearon el “hecho de la diversidad” como desafío para los procesos de reforma penal en varios países de la región. Es frente a ese reto que se hace necesario analizar si, en el caso boliviano, se ha avanzado en esta materia y –particularmente- si el paradigma de lo “plurinacional” ha marcado una diferencia sustantiva.

Con la reforma constitucional de 1994, se reconoció el carácter pluricultural y multiétnico de Bolivia. Esta definición de país “multicultural”, se tradujo en un reconocimiento de los derechos a la diversidad cultural en la reforma procesal penal de 1999. Así, el Código de Procedimiento Penal estableció reglas especiales para el caso de procesos a miembros de pueblos indígenas por la vía penal, como ser: asignación de intérpretes o traductores, peritajes especializados, extinción de la acción penal y reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena, para la solución de conflictos penales entre los miembros de una misma comunidad.

¹ Ramiro Orias A. Abogado, Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Magister en Estudios Internacionales. Director Ejecutivo de la Fundación CONSTRUIR.

² Inés Marensi, *Reforma Procesal Penal y Pueblos Indígenas*, en Revista *Sistemas judiciales*, Año 6, Nº 12, CEJA, Santiago, mayo de 2007. Silvina Ramírez, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Reforma Procesal Penal: los casos de Chile y Guatemala*, CEJA, Santiago, 2006 y *La Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo Sistema de Justicia Penal: Estados Oaxaca, Chiapas, Guerrero, DPLF, WDC*, 2012.

Con la aprobación de la nueva Constitución Política del Estado (2009), Bolivia se constituye en un Estado “Plurinacional”, fundado –entre otros- en el pluralismo jurídico, cultural y lingüístico. Además, define que los pueblos indígenas “ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”, en igualdad de jerarquía a la justicia ordinaria. En ese sentido, en diciembre de 2010 se ha promulgado la Ley de Deslinde Jurisdiccional, con el objetivo de regular los ámbitos de vigencia y mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Simultáneamente, se han producido algunas otras modificaciones al sistema penal.

En este documento revisaremos diversas disposiciones legales, tanto instrumentos internacionales como leyes nacionales, que se han desarrollado en materia de enjuiciamiento penal a miembros de pueblos indígenas. Posteriormente, bajo este marco, se hará un balance de los avances y retrocesos que, desde la justicia ordinaria, se han hecho de cara a la construcción del pluralismo jurídico en materia penal.

2. Derechos Indígenas: normas y estándares internacionales.-

Los pueblos indígenas de forma progresiva han ido conquistando un lugar específico, propio y relevante en el Derecho Internacional, particularmente en el de los Derechos Humanos. Se han ido reconociendo y definiendo un conjunto importante de derechos colectivos que buscan proteger su vida política, económica, social y cultural en comunidad³.

Con la adopción del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, se reconoce la diversidad cultural como un derecho humano fundamental.

Artículo 27.-

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Luego, el **Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas** de 1989, traería algunas implicancias directas para asegurar ese derecho a la diversidad cultural en el derecho penal:

Artículo 8

- 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.*
- 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.*

Artículo 9

- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*
- 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

³ Ramiro Orias Arredondo, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional: La cuestión de la libre determinación*, en Revista: *Umbral*, N° 17. CIDES, Postgrado en Ciencias del Desarrollo, UMSA, Universidad Mayor de San Andrés, Bolivia; Marzo de 2008.

Artículo 10

- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*
- 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.*

Artículo 12

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

La **Declaración de NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** adoptada el 10 de diciembre de 2007, en relación a la aplicación del derecho penal, refuerza además:

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Es pertinente mencionar también los **Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas**, que incorpora el principio de diversidad cultural en el régimen penitenciario.

Principio básico

Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente.

Vestido

El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad.

Educación y actividades culturales

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la educación, la cual será accesible para todas las personas, sin discriminación alguna, y tomará en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales.

Personal de los lugares de privación de libertad

El personal deberá ser seleccionado cuidadosamente, teniendo en cuenta su integridad ética y moral, sensibilidad a la diversidad cultural y a las cuestiones de género, capacidad profesional, adecuación personal a la función, y sentido de responsabilidad.

Finalmente, mencionaremos algunos criterios establecidos en la **Recomendación General N 31 (2005) sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal** del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que en relación al tema presenta unas reglas mínimas o estándares que se deberían considerar en los sistemas de justicia penal, a fin evitar sus efectos discriminatorios sobre grupos raciales, étnicos y culturales:

23. Asimismo, los Estados Partes deberían garantizar a toda persona detenida, cualquiera que sea su pertenencia racial, nacional o étnica, los derechos fundamentales de defensa enunciados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, concretamente el derecho a no ser arrestado ni detenido de manera arbitraria, el derecho a ser informado de los motivos de la detención, el derecho a los servicios de un intérprete, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a comparecer en breve plazo ante un juez o autoridad facultada por la ley para ejercer funciones judiciales.

Específicamente, en materia de **detención preventiva**, se deberá tomar en cuenta:

26. Habida cuenta de los datos que muestran que entre los detenidos en espera de juicio figura un número sumamente elevado de personas pertenecientes a los grupos mencionados, los Estados Partes deberían velar por que:

- a) El mero hecho de la pertenencia racial o étnica o la pertenencia a uno de los grupos citados no sea motivo suficiente, de jure o de facto, para decretar prisión preventiva contra una persona. Dicha prisión preventiva sólo podrá estar justificada por motivos objetivos previstos por la ley, como el riesgo de fuga, de destrucción de pruebas, de influencia en los testigos o de graves perturbaciones del orden público;*
- b) La exigencia de fianza o de garantía financiera para obtener la libertad antes del juicio se aplique de manera acorde con la situación de las personas pertenecientes a esos grupos, que a menudo se hallan en situación de precariedad económica, con objeto de que la referida exigencia no se traduzca en discriminación contra esas personas;*
- c) Los elementos de caución exigidos frecuentemente a los inculpados antes de iniciarse el proceso como condición para que permanezcan en libertad (domicilio fijo, trabajo declarado, lazos familiares estables) se consideren teniendo en cuenta la situación de precariedad a que puede dar lugar su pertenencia a esos grupos, en particular cuando se trata de mujeres y niños;*
- d) Las personas pertenecientes a esos grupos que se hallen en prisión preventiva disfruten de todos los derechos reconocidos al detenido en las normas internacionales pertinentes, en particular los derechos especialmente adaptados a su situación: el derecho al respeto de las tradiciones religiosas, culturales y alimentarias, el derecho a las relaciones con su familia, el derecho a la asistencia de un intérprete*

Por último, la Recomendación señala además que con relación al proceso penal y la imposición de sentencia, se deberá tener en cuenta que:

27. Antes del proceso, los Estados Partes podrían alentar, si procede, la desjudicialización o la utilización de procedimientos parajudiciales frente al delito, teniendo en cuenta el entorno cultural o consuetudinario del autor de la infracción, especialmente cuando se trata de personas pertenecientes a pueblos indígenas.

Con respecto a las personas pertenecientes a pueblos indígenas, los Estados Partes deberían favorecer la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad y el recurso a otras sanciones mejor adaptadas a su sistema jurídico, teniendo en cuenta en particular el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Nº 169 OIT).

3. Derechos Indígenas: Constitución y Derecho Penal.-

A nivel nacional, con la aprobación de la nueva **Constitución Política del Estado** en el 2009, Bolivia se constituye en un Estado Plurinacional fundado en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico (art. 1). Esto implica, a diferencia de la constitución anterior -que reconocía a la sociedad boliviana como una sociedad multicultural-, que ahora el Estado comprende una pluralidad de naciones, cada una con sus propias cosmovisiones, valores culturales y prácticas. Esto implica una nueva forma de funcionar para el Estado y sus instituciones, una nueva forma de gestionar la justicia y el conflicto.

El nuevo orden constitucional reconoce jurídicamente que las naciones y pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (artículo 2º). El artículo 30º de la nueva constitución boliviana garantiza el derecho de ejercer su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado, así como que sus saberes y conocimientos tradicionales, sus idiomas, rituales, símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. Específicamente, reconoce el derecho a ejercer sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

En ese marco, la diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional y la interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones (artículo 98). En ese marco toca analizar en qué medida la justicia boliviana ha asumido la interculturalidad como principio de convivencia dentro del Estado Plurinacional.

El nuevo diseño constitucional boliviano declara que la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios -entre otros- de pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, armonía social y respeto a los derechos. Define que la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria y aplica sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

Como hemos podido apreciar, el marco jurídico internacional y constitucional eleva el techo de garantía de los derechos de los pueblos indígenas y protección de la diversidad cultural, aplicables a la administración de la justicia penal. Ahora examinaremos cómo la legislación nacional específica, vigente en el país, se ha desarrollado en materia penal y veremos si guarda correspondencia con dicho techo jurídico.

En ese sentido, el nuevo **Código de Procedimiento Penal** (nCPP) de 1999, significó un avance pionero al dotar de ciertos elementos de interculturalidad a la gestión de la justicia penal. Por una parte, se reconoce a las decisiones de la justicia indígena un carácter de cosa juzgada, y constituye causal de extinción de la acción penal.

Artículo 28º. (Justicia comunitaria). Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena.

Específicamente, se atribuyó a los jueces de sentencia la competencia legal para declarar la extinción de la acción penal por la vía ordinaria, cuando el caso ya fuera resuelto previamente por la justicia indígena, evitando así el doble juzgamiento. Así, el respeto por las decisiones de la autoridad indígena en materia penal, ha determinado la extinción del juicio penal cuando sobre la misma cuestión ya hubiera recaído resolución por parte de las autoridades comunitarias, por aplicación del principio *non bis in ídem*.

Artículo 53º. (Jueces de Sentencia). Los jueces de sentencia son competentes para conocer la sustanciación y resolución de: 4) La extinción de la acción penal en el caso de conflictos resueltos por las comunidades indígenas.

Posteriormente, esta disposición fue derogada por la Ley N° 007 de 18 de mayo de 2010, lo que implica un retroceso, ya que podría interpretarse que los jueces públicos en materia penal pueden proseguir procesos penales en casos ya resueltos por la jurisdicción indígena, y habrían perdido competencia para conocer y resolver excepciones de extinción conforme al ya señalado art. 28.

El **nCPP** define la asistencia de un intérprete o traductor para el caso de imputados que no hablan el español, e incluso las audiencias se podrán efectuar en idiomas originarios.

Artículo 10º. (Intérprete). El imputado que no comprenda el idioma español tendrá derecho a elegir un traductor o intérprete para que lo asista en todos los actos necesarios para su defensa. Cuando no haga uso de ese derecho o no cuente con los recursos suficientes, se le designará uno de oficio.

Artículo 111º. (Idioma). En todos los actos procesales se empleará como idioma el español, sin perjuicio de que las declaraciones o interrogatorios se realicen en el idioma del declarante. Para constatar que el acta es fiel, el declarante tendrá derecho a solicitar la Intervención de un traductor de su confianza, que firmará el documento en señal de conformidad.

Artículo 113º. (Audiencias). En el juicio y en las demás audiencias orales se utilizará como idioma el español. Alternativamente, mediante resolución fundamentada, el juez o tribunal podrá ordenar la utilización del idioma originario del lugar donde se celebra el juicio. Si alguna de las partes, los jueces o los declarantes, no comprenden con facilidad el idioma o la lengua utilizada, el juez o tribunal nombrará un traductor común.

Artículo 115º. (Interrogatorios). Cuando se trate de personas que no puedan expresarse fácilmente en el idioma español o que adolezcan de un impedimento manifiesto el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, dispondrá las medidas necesarias para que los interrogados sean asistidos por un intérprete o traductor, o se expresen por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia.

De forma concordante, recientemente se ha aprobado la **Ley General de Derechos y Políticas Lingüísticas** N° 269, de 2 de agosto de 2012, que establece que toda persona tiene derecho a que se le explique en su idioma materno de forma oral y escrita sus deberes y sus derechos, lo que significa un avance con relación al sistema anterior.

Artículo 24. (Uso de los idiomas en el sistema de administración de justicia).

I. Las servidoras y servidores públicos del Órgano Judicial, deberán garantizar en los juicios y procedimientos el uso de los idiomas oficiales del Estado, cuando una de las partes así lo requiera.

II. Toda persona que se encuentre involucrada en procesos judiciales tiene derecho a defenderse en su propio idioma, con la ayuda de una traductora o traductor, asignada o asignado de manera gratuita, bajo el principio de territorialidad, de acuerdo a reglamento.

III. Las servidoras y servidores públicos del Órgano Judicial deberán conocer un idioma de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de acuerdo al principio de territorialidad.

En relación a la diversidad cultural, el **nCPP** inserta la figura del peritaje cultural, a fin que el juez tenga mayores elementos de convicción en relación al contexto cultural y de los patrones de comportamiento referenciales del imputado, a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal.

Artículo 391º. (Diversidad cultural). Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

*1. El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y,
2. Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate.*

El **nCPP** también establece la defensa pública penal, a favor de todas aquellas personas de escasos recursos económicos para garantizar su defensa; que aunque no contempla una defensa especial para los Pueblos Indígenas, en tanto grupo vulnerable, se entiende que sus miembros deberían ser beneficiarios de este servicio.

Artículo 107º. (Defensa Estatal). La defensa penal otorgada por el Estado es una función de servicio público, a favor de todo imputado carente de recursos económicos y de quienes no designen abogado para su defensa. El servicio de Defensa Estatal se cumple por:

*a. La Defensa de Oficio, dependiente del Poder Judicial;
b. La Defensa Pública, dependiente del Poder Ejecutivo; y,
c. Otras formas de defensa y asistencia previstas por Ley.*

En ese marco, la **Ley N° 2496 de Creación del Servicio Nacional de la Defensa Pública**, establece el principio de diversidad cultural:

Artículo 12º (Diversidad Cultural). El Servicio, en el cumplimiento de sus funciones, respetará la naturaleza multiétnica, pluricultural y territorial del Estado Boliviano.

Por otra parte, la nueva **Ley del Ministerio Público**, N° 260 de 11 de julio de 2012, en el marco del pluralismo jurídico, señala:

ARTÍCULO 16. (Coordinación y cooperación con la jurisdicción indígena, originaria campesina). El Ministerio Público, utilizando los mecanismos a su alcance, desarrollará acciones con el fin de coordinar y cooperar con las autoridades jurisdiccionales Indígena Originario Campesinas, respetando su forma de administración de justicia, de acuerdo a la Constitución Política del Estado.

Asimismo, incluye algunos elementos de interculturalidad en la persecución penal pública, como por ejemplo, en el caso de procesos penales contra indígenas, se establece que los fiscales deberán ser respetuosos de su cosmovisión cultural, pudiendo –al efecto- recurrir a la opinión de peritos y de las propias autoridades indígenas.

ARTÍCULO 72. *(Procesos contra miembros de naciones y pueblos indígena originario campesinos).*

I. En las investigaciones y procesos penales contra personas miembros de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, en la Jurisdicción Ordinaria, el Ministerio Público actuará respetando su diversidad cultural y cosmovisión.

II. Podrá solicitar la opinión de las autoridades u organizaciones de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos a las que pertenezcan, o la de un entendido o una entendida en la materia. La o el Fiscal deberá fundamentar sobre este aspecto en las resoluciones que emita.

Además, entre sus disposiciones transitorias fija algunas previsiones para asegurar que los servicios del Ministerio Público puedan ser brindados en lenguas indígenas, principalmente en los lugares donde mayoritariamente se hablan esos idiomas:

I. El requisito exigido de hablar dos idiomas oficiales para ser Fiscal será aplicado en forma progresiva, de acuerdo con un plan de enseñanza ejecutado por la Escuela de Fiscales del Estado, debiendo concluirse con la correspondiente capacitación en un plazo máximo de tres años.

II. Para ingresar al cargo de Fiscal, en los lugares donde se hable mayoritariamente un idioma indígena, será requisito el hablar ese idioma.

De igual forma, la **Ley N° 027 del Órgano Judicial**, sostiene como parte de los principios que sustentan al Órgano Judicial:

Artículo 3 (principios)

9. Pluralismo Jurídico. Proclama la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional.

10. Interculturalidad. Reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en búsqueda del vivir bien.

En ese marco, incluyen diversas disposiciones orientadas a lograr una mayor inclusión de ciudadanos indígenas como miembros de la judicatura. Así la ley establece que para acceder al cargo de Magistrado, Consejero, Vocal, Juez, Conciliador y Secretario, entre los requisitos que se tomará en cuenta la experiencia como autoridad indígena con un mérito adicional (art. 36, 47, 61, 87, 91 y 120).

Para la calificación de méritos, se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad indígena originaria campesina, bajo su sistema de justicia.

Y en el caso de jueces y conciliadores, además se requiere:

Hablar obligatoriamente el idioma que sea predominante en el lugar o región donde se postula o ejercerá el cargo.

La **Ley de Ejecución Penal y Supervisión Penal**, en su artículo N° 159 señala ciertas pautas de tipo intercultural a efectos de determinar la permanencia del condenado en establecimientos penitenciarios de régimen cerrado, incluyendo como un criterio de clasificación, lo siguiente:

“cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, a momento de la clasificación, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece, con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla más eficazmente las finalidades de la pena y respete la identidad cultural del condenado”.

Por otra parte, el **Código Penal** de Bolivia, aunque no desarrolla normas que garanticen el respeto a la diversidad cultural, establece la posibilidad de atenuar la pena cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley:

Artículo 40.- (Atenuantes generales). Podrá también atenuarse la pena: 4) Cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la Ley.

También tipifica como delitos penales y con agravantes, los delitos de racismo y discriminación por motivos raciales, étnicos, culturales y pertenencia a pueblos indígenas.

Artículo 281 quinquies.- (Racismo). I. La persona que arbitrariamente e ilegalmente, restrinja, anule, menoscabe o impida el ejercicio de derechos individuales o colectivos por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, ascendencia, pertenencia a naciones y pueblos indígena originario campesinos o el pueblo afroboliviano o uso de su vestimenta o idioma propio, será sancionado con pena privativa de libertad de tres (3) a siete (7) años.

Artículo 281 sexies.- (Discriminación). I. La persona que arbitrariamente e ilegalmente obstruya, restrinja, menoscabe, impida o anule el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, por motivos de sexo, edad, género, orientación sexual e identidad de género, identidad cultural, filiación familiar, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, opinión política o filosófica, estado civil, condición económica o social, enfermedad, tipo de ocupación, grado de instrucción, capacidades diferentes o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia regional, apariencia física y vestimenta, será sancionado con pena privativa de libertad de uno (1) a cinco (5) años.

Finalmente, en diciembre de 2012 se ha aprobado la **Ley N° 73 de Deslinde Jurisdiccional** con el objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

Entre los principios que rigen esta Ley, tenemos:

Artículo 4º

c. Diversidad cultural. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales;

d. Interpretación intercultural. Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional;

La Ley manda que la jurisdicción indígena originaria campesina tiene competencia para conocer “los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación” (artículo 10). Sin embargo, luego agrega que el ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a ciertas materias, como ser:

a. En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio.

Aquí queda una zona gris que genera confusión y eventuales conflictos de competencia, ya que por una parte, según el art. 10 de la Ley, “*la jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación*”, por otra se excluyen un conjunto amplio de materias.

Habría que considerar que quizás algunas de ellas, por su complejidad y régimen de regulación nacional, no han sido ancestralmente conocidas por el sistema de justicia indígena. Sin embargo, otras que tienen que ver con la vida en comunidad y que hacen a la relación entre miembros de la misma, como material penal, civil o agraria, son parte de la competencia que históricamente han ejercido sus autoridades naturales. Así por ejemplo, en el caso de delitos como asesinato u homicidio, ciertos pueblos tradicionalmente han venido ejerciendo normas y procedimientos propios.

De hecho, significa un retroceso con relación a lo que establece el Código Procesal Penal vigente, en su artículo 28, que prevé la extinción de la acción penal para un delito que ya haya sido sancionado por la justicia indígena, ya que la Ley de Deslinde –con esta disposición- abre la compuerta para el doble juzgamiento, lo que contradice al derecho fundamental al debido proceso.

4. Derechos Indígenas y Justicia Penal: un balance crítico.-

El debate sobre “derecho penal” y “pueblos indígenas” refleja en gran medida aquella disyuntiva mayor que suele plantearse entre universalización de los derechos frente a los particularismos culturales. Si bien es cierto que, por una parte, está claro que “*todos los DDHH son universales, indivisibles e interdependientes*”, por lo que los Estados tienen la obligación internacional de proteger a todos ellos, es decir individuales y colectivos, sea cual fuere su sistema político, jurídico, económico y cultural; por otra, también existe el deber de los Estados de “reconocer el valor y la diversidad de sus diferentes identidades, culturas y sistemas de organización social”.⁴

Tales diversidades y particularidades culturales enriquecen la concepción universal de los derechos humanos. No constituyen expresiones de negación, sino por el contrario, aportes esenciales para que los derechos humanos puedan ser realmente universales. Así, lo universal solo podrá ser universal si reconoce y respeta lo diverso. De ahí que las particularidades y diversidades culturales elevan –pero nunca rebajan- el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En ese marco, para hacer efectivo el respeto a los derechos de diversidad cultural de los Pueblos Indígenas, más aún en Estados Plurinacionales como Bolivia, las leyes deberán incluir y adelantar algunos criterios y salvaguardas para asegurar una interpretación intercultural de los DDHH dentro del enjuiciamiento penal; a fin que los jueces y fiscales en el marco de sus labores de administración de justicia, puedan aplicar –lo que en el derecho europeo se ha denominado- un *margen de apreciación* que permita establecer cuando esas particularidades culturales son aceptables, razonables y equitativas, de tal manera que ante contextos, identidades culturales, cosmovisión, valores y pautas de comportamiento diferentes, también haya un tratamiento jurídico/criminal diferenciado.

⁴ Declaración y Programa de Acción de Viena, edición de Naciones Unidas, Nueva York, 1993, núm. 20, A/CONF.157.23.

Un derecho no puede juzgarse en abstracto, omitiendo los marcos culturales que lo circundan. La doctrina del margen de apreciación postula la adaptación de una normatividad general –en este caso penal-, al ambiente cultural adonde ella debe aplicarse.

Frente a los avances en materia de estándares internacionales sobre enjuiciamiento penal a miembros de pueblos indígenas; de la revista efectuada a la legislación penal boliviana, podemos constatar que existen algunos avances normativos importantes en materia de interculturalidad, como la asignación de intérpretes o traductores, peritajes especializados, y reconocimiento de la jurisdicción indígena, para la solución de conflictos penales entre los miembros de una misma comunidad.

Sin embargo, en la aplicación práctica, las instituciones operadoras del sector justicia no se encuentran preparadas aún para la prestación de servicios interculturales. De forma general, se han cambiando las normas, pero no se han modificado las lógicas de funcionamiento.

Salvo algunas excepciones –que constituyen ejemplos de buenas prácticas- como la Unidad especializada en Derechos Indígenas del Tribunal Constitucional Plurinacional, los Diálogos Interculturales de Challapata entre representantes de todas las jurisdicciones y el trabajo del Ministerio Público en zonas rurales y campesinas del Departamento de Cochabamba; el sector justicia y penitenciario continua siendo un poder del Estado que se mueve en las aguas del monismo jurídico, y sus servicios son de tipo urbano, monocultural y monolingüe, con escasa sensibilidad al hecho de la diversidad cultural.

Así por ejemplo, sería muy importante que los Tribunales Departamentales de Justicia tuvieran Unidades especializadas de peritaje cultural y servicios permanentes de intérpretes; o que el Ministerio Público cuente con Fiscalías especializada en la defensa de Derechos Indígenas; así como que el Servicio Nacional de Defensa Pública, se desconcentre mediante Defensorías Indígenas en zonas rurales donde la mayoría de la población son miembros de pueblos indígenas. Todo esto contribuiría a mejorar el acceso a la justicia penal.

Existe una falta de apropiación cultural de las instituciones indígenas dentro el funcionamiento judicial de las entidades estatales operadoras de la justicia. Esto es particularmente dramático en materia de sanción penal. Así, el derecho penal muchas veces juega más un rol de criminalización frente a las demandas indígenas, que de reparación y convivencia. La justicia penal suele llegar con todo su rigor cuando atiende conflictos entre el orden estatal y los pueblos indígenas, mientras que se distingue por su ausencia en las comunidades más alejadas, donde los servicios judiciales son inexistentes.

Se han registrado diversos casos, de imputaciones y acusaciones penales por parte del Ministerio Público, en contra de Autoridades Indígenas, porque al administrar justicia por derecho propio, habrían supuestamente infringido la Ley de Deslinde, lo que desconoce los derechos indígenas y de diversidad cultural dentro del sistema de justicia, pese al avance constitucional en materia de Pluralismo Jurídico. Aunque la ley de Deslinde y el Código de Procedimientos Constitucionales, establecen procesos para resolver conflictos de competencia, se ha evidenciado que el Ministerio Público enjuicia penalmente a autoridades indígenas que se han pronunciado en materias que históricamente han venido resolviendo.

Por ejemplo, es el caso del Tata Max Herrera Choque, en su condición de Autoridad Originaria del Ayllu Ex - Quillacas de la Marca Challapata, aplicando las normas y procedimientos de su Ayllu y en el marco de la Constitución, resolvió un asunto de tierras (posesión de tierras entre familiares). Como consecuencia de la resolución de la Autoridad

Originaria, una de las partes presentó denuncia ante el Ministerio Público, en una interpretación forzada de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, y sin considerar los derechos de los pueblos indígenas y naciones originarias contenidos en los Instrumentos Internacionales y la Constitución Política del Estado. El Dr. Willy Quiroz, Fiscal de Materia de Challapata, lo imputó penalmente por el delito de resoluciones contrarias a la ley. La causa fue admitida y tramitada ante el Juzgado de Instrucción en lo Penal con asiento en Challapata, en el Departamento de Oruro.

En materia de vulneración de los derechos de diversidad cultural, mencionar –como otro ejemplo concreto–, el caso penal contra Fernando Choque Romero, autoridad originaria de la Nación Charkas Qhara Qhara, quien fue detenido sin mandamiento de juez competente y arrestado en las celdas de la FELC-C de La Paz, por supuestos “Delitos Ambientales”, acusándolo por caza de aves en extinción, debido a que en su calidad de autoridad originaria (Kuraka) y según costumbres ancestrales llevaba como parte de su indumentaria tradicional, en el sombrero, un símbolo de plumas de aves (plumas de parina). Dicha autoridad indígena, fue detenida e imputada de cometer un delito flagrante, sin respetar y considerar todo el marco legal que, por ejemplo, reconoce el derecho a vestir su indumentaria tradicional, sus símbolos comunitarios de autoridad y su cosmovisión cultural; como si se tratara de un cazador furtivo de aves in fraganti, cuando en realidad fue detenido sin mandamiento judicial en el centro de la ciudad de La Paz, en ocasión de visitar -en su rol de autoridad indígena- a sus compañeros detenidos en celdas policiales.

En cuanto **detención preventiva**, las leyes penales no establecen ningún tipo de consideración socio cultural a la hora de definir medidas cautelares en un caso donde el imputado sea miembro de pueblo indígena. Esto es particularmente grave, ya que “el encierro, que de por sí constituye un castigo ajeno a la cosmovisión indígena, se agrava cuando se impone en procesos que son lentos e ineficientes, y cuando éste se produce alejado de sus comunidades y por ende a una distancia considerable de la familia. Lo que produce desarraigo, abandono y desatención”.⁵ Esto es particularmente crítico, en un país como Bolivia donde el 84% de los presos están sin condena, como efecto de la aplicación indiscriminada de la detención preventiva, sin ninguna valoración del contexto socio cultural y de las condiciones de vulnerabilidad y carencia económica que pesan sobre las mayorías indígenas.

A ello, debe agregarse que el procedimiento penal fija criterios de tipo patrimonial para comprobar los lazos con la comunidad del imputado, y los jueces suelen determinar las medidas alternativas a la detención preventiva sólo en caso de que existan garantías reales, registro de inmuebles, pago de impuestos o certificados laborales de trabajo, cuando las mayorías indígenas en el país, por elementos de tipo estructural, no acceden generalmente a esas formalidades. Aún más complejo es el tema de las fianzas, ya que debido a las carencias y necesidades que afectan a las mayorías indígenas, es prácticamente imposible que puedan empozar sumas altas para acogerse a los beneficios de libertad.

Aunque se establecen peritajes antes de la sentencia y consulta a las autoridades de la comunidad en la ejecución penal –con escasa aplicación–, no existen reglas claras y especiales de respeto a la diversidad cultural para la etapa preparatoria y, particularmente, al momento de definir las medidas cautelares en casos de imputados pertenecientes a pueblos indígenas.

⁵ Silvina Ramírez (2012), op. cit. P. 43.

Las cárceles de Bolivia son quizás donde menos se ha avanzado en materia de diversidad cultural. En materia de penas, si bien los estándares internacionales definen que son los mismos pueblos indígenas, conforme a normas y procedimientos propios, los que tienen el derecho a imponer sanciones a sus miembros, y que cuando se fijen sanciones penales en la justicia ordinaria, éstas deberán ser preferiblemente diferentes a las de encarcelamiento; el país no ha marcado diferencia sustantiva en esta materia. Incluso se tiene un rezago frente a otros países de la región, como Colombia y Venezuela, que establecen regímenes de reclusión especial para los indígenas; ya que el encierro de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, puede implicar una amenaza contra los valores de la comunidad y situaciones de abuso y discriminación, lo que justifica su reclusión en un establecimiento especial y diferenciado, donde se respete su identidad cultural, vestimenta, alimentación, tradiciones, etc.

En ese sentido, se debería continuar avanzando en el proceso de reforma procesal penal, donde además de realizar de forma práctica el principio de interculturalidad en los servicios judiciales del Estado, al menos en los territorios indígenas, se deberá contemplar algunas políticas institucionales especiales en los procesos penales que involucren a indígenas.

Se hace necesario agregar una salvaguarda que disponga que al momento de dictar sentencia definitiva, detención preventiva o cualquier medida cautelar, los jueces deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas, y previa consulta con peritos y autoridades indígenas de la comunidad, podrán decidir conforme a los principios de equidad, diversidad cultural e interculturalidad. Asimismo, al momento de fijar condena, se deberán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural y la reparación a la comunidad.

Particularmente, se propone que en la etapa preparatoria, el fiscal y el juez deberán tomar en cuenta el contexto cultural y los patrones de comportamiento referenciales del imputado en su comunidad, así como su situación económica, si el delito fue cometido entre miembros de ella, y las garantías que ésta pueda otorgar a sus integrantes imputados por algún delito perseguido por la justicia ordinaria. La detención preventiva sólo procederá cuando no exista ninguna otra posibilidad de aplicar una medida alternativa.

Finalmente, se hace necesario que a momento de la ejecución penal, se disponga en los establecimientos penales, principalmente en aquellas zonas del país con alta población indígena y en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, de espacios especiales de reclusión para los indígenas, así como del personal con conocimientos en materia indígena para su atención.