

---

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO PLURINACIONAL: O DESAFIO  
CONSTITUINTE DA BOLÍVIA<sup>1</sup>**

**CONSTITUTIONAL COURT IN PLURINATIONAL STATE: THE CHALLENGE OF  
BOLIVIA CONSTITUENT**

---

Bartolomé Clavero SALVADOR\*

**RESUMO:**

Bolívia enfrenta o desafio de construir um Estado Plurinacional conforme as bases assentadas pela recente Constituição de 2009. Dispositivo chave para esse propósito poderá ser o Tribunal Constitucional Plurinacional, pois constitui a única jurisdição interna que se situa tanto sob o sistema de justiça do Estado como do sistema de justiça indígena. É uma disposição constitucional sem precedente no âmbito latino-americano. Estas páginas partem de uma revisão na jurisprudência constitucional dos Estados latino-americanos para ver se é possível encontrar orientações. Somente na Colômbia encontra-se algum elemento relevante da prática jurisdicional que pode ajudar em algo. Para todo o resto de opções plausíveis, o Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia enfrenta um desafio realmente inédito.

**PALAVRAS CHAVE:**

Estado Plurinacional; jurisprudência constitucional; Direito comparado; América Latina; Colômbia; Bolívia.

**ABSTRACT:**

Bolivia faces the challenge of building up a Plurinational State in accordance with the rules established by her brand new 2009 Constitution. For this purpose, the Plurinational Constitutional Court may become a key device since it is the only domestic jurisdictional body placed upon both the state judicial system and the judicial system of indigenous peoples. Such a constitutional approach is unique in the Latin American region. This paper reviews the constitutional jurisprudence among Latin American States in search of possible guidelines. Only Colombia offers a significant piece of jurisdictional practice that may lend a hand in this regard. As for the rest of feasible options, the Plurinational Constitutional Court of Bolivia actually faces an unprecedented challenge.

---

\* Professor catedrático de História do Direito e das Instituições da Universidade de Sevilha, Espanha (Sevilha/Espanha). E-mail: [clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

## KEY WORDS:

Plurinational Government; constitutional jurisprudence; comparative law; Latin America; Colombia; Bolivia.

1. INTRODUÇÃO E CONCEITO. – 2. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS ENTRE PODERES DADOS E LIBERDADES POR DAR. – 3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNAIS NÃO PLURINACIONAIS. – 4. BOLÍVIA E NÃO ESPANHA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL E JURISDIÇÃO INDÍGENA. – 5. OBSOLESCÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ANTE O DESAFIO DA PLURINACIONALIDADE. – 6. JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA ENTRE REDUÇÃO COLONIAL E PREJUÍZO CULTURAL. – 7. COLÔMBIA E TALVEZ BOLÍVIA: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO. – 8. BOLÍVIA ISOLADA: DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL E DESAFIO CONSTITUINTE. – 9. EPÍLOGO ABERTO.

## 1. INTRODUÇÃO E CONCEITO

Um país constitui-se pelo Direito em sua integridade, não somente pela Constituição nem pela jurisprudência constitucional, mas esta última, existindo, pode converter-se em uma agência constituinte, abrangendo a função que deveria em princípio cumprir a norma constitucional. A Bolívia dotou-se de uma nova Constituição que, iniciando o ano de 2011, já conhece certo desenvolvimento legislativo, assim como uma abertura, ou incerteza, se preferir dizer, do esboço constituinte. A Constituição estabelece um Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP em adiante), uma jurisdição constitucional isenta que, com aquele qualificativo, distingue-se de *plurinacional*, cuja futura jurisprudência poderá, com efeito, ter um alcance materialmente constituinte. Para apreciar-se tal possibilidade, convém situar e comparar, situar esse novo TC entre os congêneres da região e comparar uns com os outros<sup>2</sup>.

Começemos por um breve histórico. Em 1980, a Constituição do Chile institui um Tribunal Constitucional para “exercer o controle de constitucionalidade”. Em 1985, a Constituição da Guatemala estabelece uma Corte de Constitucionalidade como “tribunal permanente de jurisdição privativa, cuja função essencial é a defesa da ordem constitucional” (art.268), incluindo o amparo dos direitos constitucionais (art.272). Em 1991, a Constituição da Colômbia instaura uma Corte Constitucional à qual “confia-se a guarda da integridade e

supremacia da Constituição” com funções de controle de constitucionalidade, acionável pela população (art.241). Em 1993, a Constituição do Peru dota-se de um novo Tribunal Constitucional voltado para o controle de constitucionalidade e remédios constitucionais (art.200). Em 2008, a Constituição do Equador também cria uma Corte Constitucional como “instância máxima de interpretação da Constituição (e) dos tratados internacionais de direitos humanos”, reforçando com isto suas funções de garantias constitucionais junto às de controle de constitucionalidade, facilitando o acesso cidadão (art.436 e 437).

Em 2009, a Constituição da Bolívia sobressai nesta última direção e acrescenta algo novo. Sobressai em: “O Tribunal Constitucional Plurinacional zela pela supremacia da Constituição, exerce o controle de constitucionalidade e cuida antecipadamente do respeito e da vigência dos direitos e das garantias constitucionais” (art.196.1). Em continuação vem o novo, relacionando-se com o qualificativo *plurinacional* deste Tribunal Constitucional. “São atribuições do Tribunal Constitucional, além das estabelecidas na Constituição e na lei, conhecer e resolver: [...] Os conflitos de competências entre o governo plurinacional, as entidades territoriais autônomas e descentralizadas, e entre estas. [...] As consultas das autoridades *indígenas originário campesinas* sobre a aplicação de suas normas jurídicas aplicadas a um caso concreto” (art.203.3 e 8). Para a Constituição, entre as referidas *entidades territoriais autônomas* encontram-se *as nações e povos indígenas originário campesinos* que contam com o direito “a livre determinação e territorialidade” (art. 30.II.4), assim como outros *territórios indígenas originário campesinos*, pois estes não se esgotam nos *povos* ou *nações* indígenas (arts.289-296).

O TCP terá de acomodar a institucionalidade indígena com as instituições centrais e com as outras territorialidades autônomas. Há de conjugar a *plurinacionalidade* constitutiva da Bolívia. Aqui onde reside a novidade para uma jurisdição constitucional, uma plurinacionalidade que há de ser ativa, pois não consiste em mera constatação de fato, senão em um empenhado mandado dirigido ao Estado para que empreenda políticas conducentes à *descolonização*, políticas que sejam, sobretudo, de reconstituição tanto territorial quanto institucional dos povos indígenas<sup>3</sup>. É um encargo de ativismo constitucional que deverá ser também da justiça em geral, inclusive da indígena, e do TCP em particular, como veremos a seguir. É um mandamento nuclear da Constituição, o que essencialmente leva à desqualificação da velha República, colonial, e à qualificação do novo Estado como plurinacional. Esse deve ser o ponto de partida<sup>4</sup>.

É radical a novidade? Poderá, em troca, resultar limitada e relativa? Ambas as possibilidades poderão desde logo ocorrer, a depender fundamentalmente do desempenho da

Assembleia Legislativa Plurinacional, poder legislativo superior ao de todas as autonomias que agora já se reconhecem como a indígena, já se instituem, como a departamental, e dependendo também, ato seguinte, do TCP e da implementação e desenvolvimento dessas mesmas autonomias<sup>5</sup>. Nem tudo, por óbvio, atribui-se ao estabelecimento, inicialização e arrancada da obra jurisprudencial do TCP, mas o destino do novo constitucionalismo boliviano, em boa parte, seguramente será definido pelo trabalho da jurisdição constitucional.

Na prática, poderá o TCP continuar na linha da jurisprudência constitucional sobre direitos indígenas existente na América, inclusive a boliviana anterior à nova Constituição, agora a desenvolvendo conforme as necessidades da *plurinacionalidade* ou, por este mesmo parâmetro, terá de confrontar, em sua raiz, a criação jurisprudencial própria desse alcance constitucional? O título do próprio artigo já anuncia de algum modo, a resposta, mas deverá explicar-se tendo em vista, primeiro, a nova jurisdição constitucional boliviana e logo a jurisprudência de outros Estados latino-americanos igualmente dotados de tribunais constitucionais com uma ou outra denominação. A jurisdição constitucional na América Latina é mais antiga e mais ampla, mas a atual, das cortes ou tribunais isentos, é a que aquela que nos interessa.<sup>6</sup> Entenda-se América Latina como a região assim identificada internacionalmente, sem nenhuma caracterização pela sua denominação.

Nesta exposição, conforme a nova linguagem da Constituição da Bolívia entenda-se *indígena originário campesino* quando se mencione simplesmente *indígena*. A expressão isolada resulta evidentemente mais compreensiva apesar de que o seja somente porque previne, frente às interpretações usuais, todos os efeitos da identificação do sujeito coletivo indígena de direitos, o que na Bolívia é agora chamado *às nações e povos indígena originário campesino*, que valha a insistência.<sup>7</sup>

## 2. TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS ENTRE PODERES DADOS E LIBERDADES POR DAR

A novidade é relativa do ponto de vista da competência para a resolução jurisdicional de conflitos institucionais, entre os quais agora aparece um novo sujeito, para tais efeitos, das nações ou povos indígenas. Em regra, a jurisdição constitucional, em sentido estrito, isto é, uma instância distinta, especializada e isenta a respeito da jurisdição ordinária para resolução de assuntos de relevância - inclusive constituinte -, responde antes à necessidade de juridificar contenciosos políticos entre instituições constitucionais de caráter territorial, do que à função de amparar liberdades; o que poderia ser mais fácil e eficazmente

confiado à justiça ordinária, seja ou não em conjunto com a constitucional. Em sua origem, a jurisdição constitucional estritamente dita, a que se atribui a corte ou tribunal isento, inventou-se na Europa central durante a primeira metade do século XX, com o objetivo de judicializar políticas interinstitucionais. Era a época do surgimento do constitucionalismo chamado social, que começava a somar direitos econômicos e sociais ao civis e políticos, mas a mencionada criação não esteve vinculada a esta novidade, não foi concebida nem serviu para a defesa ou promoção de velhos ou novos direitos, senão para uma redução substancial do âmbito da discricionariedade política nas relações entre instituições constitucionais, tentando assim neutralizar abusos e conflitos. Nasceu para que a Constituição como norma orgânica, vinculasse os poderes constitucionais ali onde a justiça ordinária carecia de tal capacidade.<sup>8</sup>

Foi em um segundo momento, quando a jurisdição constitucional ganhou uma atenção especial no campo das garantias das liberdades, o que ocorreu por razões muito concretas de falhas da justiça ordinária em atenção e em amparo aos direitos e liberdades constitucionais ou também do abuso concreto dos poderes - tanto do legislativo como do executivo -, e no seu atropelo e destruição. O movimento de assunção da competência direta pela jurisdição constitucional isenta foi lançado em meados do século XX, após a derrota dos totalitarismos europeus, os quais deixaram bastante confusa a imagem da lei ou do direito e da política que com ela se identifica e legitima, assim como, não menos, maltrata a credibilidade e a capacidade da função judicial para defesa efetiva de direitos ante a instância de seus titulares. O movimento acentuou-se poucas décadas depois, durante os anos setenta desse mesmo século, com a queda de outras ditaduras europeias entre as quais encontrava-se a que a Espanha sofrera durante quarenta longos anos.<sup>9</sup>

Sirvamo-nos do exemplo espanhol como ilustração. Diante da forte desconfiança frente à justiça herdada da ditadura franquista e à renúncia política em reconstituí-la desde sua raiz, o Tribunal Constitucional erigiu-se não somente em resolução jurisdicional de conflitos entre instituições, agora em lugar prioritário as de caráter territorial para o estabelecimento de um sistema de autonomia, senão também para a garantia de liberdades que não foram confiadas a uma justiça ordinária bastante incapacitada naquele momento e cuja incapacidade deu-se praticamente por constitutiva. O primeiro objetivo, o interinstitucional, era genuinamente o de criação da jurisdição constitucional. O segundo, o garantista, surgia e arraigava, surge e arraiga, em razão de um efeito de incapacitação da função mais natural da justiça ordinária em um sistema constitucional e de sua conseqüente suplência por uma jurisdição isenta.<sup>10</sup>

### 3. TRIBUNAL PLURINACIONAL ENTRE TRIBUNAIS NÃO PLURINACIONAIS

Entre ditas coordenadas, parece igualmente localizar-se a formação de jurisdições constitucionais por diversos Estados latino-americanos cujo último capítulo até o momento é o da Bolívia. As cortes ou tribunais constitucionais aparecem pela América com a dupla função de judicialização de relações interinstitucionais e de garantia de liberdades, esta segunda compartilhada em grau diverso e de forma distinta com a justiça ordinária segundo os casos. A esta altura, a nova Constituição da Bolívia difunde a impressão de que a jurisdição constitucional serve antes de tudo para a garantia de liberdades, mas temo que possamos estar sofrendo uma desvirtuação de uma miragem ou talvez também o viés de um elitismo.

O melhor modo de garantir direitos e liberdades é com seus próprios desafios, por meio da justiça ordinária mais acessível, como no caso da comunitária, que na América não é sequer estatal, e não por meio de jurisdições concentradas ou superiores de espécie alguma. Estas, ao definirem-se com respeito à capacidade e espaço das jurisdições capilares, podem abonar garantias, mas não gerá-las, uma vez que as mesmas não existem. A justiça que se deve levar em consideração em primeiro lugar, se realmente concernem as liberdades, não é precisamente a que oferecem as instâncias sobrepostas entre as quais encontra-se a chamada constitucional, como se fosse a única deste tipo. Digamos, em termos, inclusive que não é necessariamente a justiça oficial ou estatal a que tenha razões para prestar as garantias mais elementares.<sup>11</sup>

No caso da nova Constituição da Bolívia, as chamadas *ações de defesa* apresentam-se como garantias de direitos e liberdades com preferência pela consideração do TCP, por conferir-lhe a competência inicial de todo o sistema judicial (Primeira Parte: *Bases Fundamentais do Estado. Direitos, Deveres e Garantias*; Título IV: *Garantias Jurisdicionais e Ações de Defesa*; Capítulo II: *Ações de Defesa*). Cabe, inclusive, interpor ante qualquer autoridade judicial uma *ação de amparo constitucional* frente aos “atos ou omissões ilegais ou indevidos dos servidores públicos, ou de pessoa individual ou coletiva, que restrinjam, suprimam ou ameacem restringir ou suprimir os direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei” (art. 128 e 129). É a regra geral uma série de ações de defesa. A *ação de constitucionalidade* frente à “norma jurídica contrária à Constituição” resulta, entretanto, na competência “em única instância” do TCP (arts. 132 e 202.1). A respeito de outras ações de defesa, o TCP apenas corresponde a uma instância de *revisão* que não poderá suspender cautelarmente “a aplicação imediata e obrigatória” da resolução judicial primária (art. 206.6), até mesmo a jurisdição indígena para a Constituição, da qual não é excluída.<sup>12</sup>

O que nos diz isso tudo? Está sendo dito que a função garantista do TCP não pode ser abordada e compreendida senão no seio do sistema judicial em relação permanente com o mesmo, um sistema judicial no qual, convém destacar-se, resulta da compreensão, em posição não subordinada à jurisdição ordinária, à jurisdição indígena ou, como já sabemos é expressão bastante mais compreensiva da Constituição, a *jurisdição indígena originária campesina* (Segunda Parte: Estrutura e Organização Funcional do Estado; Título III: Órgão Judicial e Tribunal Constitucional Plurinacional; Capítulo IV: Jurisdição Indígena Originário-Campesina). A jurisdição indígena é uma jurisdição que “respeita o direito da vida, o direito a defesa e demais direitos e garantias estabelecidos na presente Constituição”, mas este, sobretudo, pelo próprio exercício de sua função com a referida possibilidade de revisão ulterior, ação seguinte por parte do TCP (art. 190.II). É também uma jurisdição que aplica “seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios” (art.190.I). A referência a *valores culturais próprios* resulta na chave para entender a articulação do sistema por inteiro.

Relaciona-se, naturalmente, à *plurinacionalidade*, à esta realidade que se leva em conta não só para composição do TCP (art. 197.I: “O Tribunal Constitucional Plurinacional será integrado por Magistradas e Magistrados eleitos por critérios de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema *indígena originário campesino*”)<sup>13</sup>. Uma vez que existe a plurinacionalidade e como esta, sobretudo deve-se à presença de povos indígenas com culturas próprias, a jurisdição indígena deve ser competente para as ações de defesa de direitos e liberdades que se determinam num contexto comunitário. Sendo seu núcleo essencial evidentemente o mesmo, o exercício de liberdade e requerimento de responsabilidade em uma cultura individualista não resulta o mesmo em culturas comunitárias, digamos assim sumariamente. Tanto uma como as outras têm direito de existir e desenvolver-se, um direito humano onde quer que exista<sup>14</sup>. É por ele que a jurisdição constitucional define-se como plurinacional e pelo que a competência constitucional primária deveria ser, neste caso, indígena ou, melhor dito, indígena originário-campesino. É esse o cenário onde a totalidade da nova jurisprudência constitucional deverá responder a uma pluriculturalidade de alcance transversal. Os *valores culturais* dos povos indígenas não deverão reduzir-se a um canto afastado nos seus espaços jurisdicionais, mas ao contrário, deverão permear, em concorrência com outros valores, toda a jurisprudência constitucional. Se assim não for, nem o Tribunal Constitucional nem o próprio Estado serão plurinacionais.

Tudo isso poderia requerer algo que ainda não foi levado em consideração, mas que se revelará conveniente, em respeito devido à plurinacionalidade, quando se iniciar a

praticar a nova jurisdição constitucional. Convencionar-se-á, provavelmente, que as decisões substantivas finais nas correspondentes ações de defesa não sejam produzidas por instância de revisão, no TCP, senão mediante cassação ou anulação e devolução ou reposição, pela jurisdição indígena originário-campesino<sup>15</sup>. O TCP haveria, assim, de autorestringir-se ao controle procedimental de garantias no caso de assuntos provenientes de jurisdições indígenas. Isto é algo que deverá ser pensado diretamente à luz da Constituição, pois não foi feito nem pela Lei do TCP nem pela lei de Deslinde Jurisdicional, também prevista expressamente pela própria Constituição.<sup>16</sup> O assunto pode ser chave, pois a devolução é a forma de evitar que a jurisdição constitucional seja utilizada contudo, sob pretexto de garantias, para minar a autoridade da jurisdição indígena. Por este ou outros meios, o TCP deve contribuir decididamente com uma recuperação da justiça indígena frente ao assédio e descrédito que vem se somando com o tempo.<sup>17</sup>

Em todo caso, o que isto representa é que não basta compreender a função garantista do TCP senão aquela em que figura como conjunto do sistema. Dito de outra forma, não se deve ter em foco somente a jurisdição constitucional, principalmente se o que interessa é a garantia dos direitos e liberdades constitucionais. Também não se convém observar somente o capítulo jurisdicional, ainda que por inteiro. A jurisdição é agora uma dimensão da autonomia ou da autorregulação e do autogoverno ou autoadministração, uma autonomia que no caso das *nações ou povos indígenas originário campesinos*, conforme a Constituição sempre os identifica, fundamenta-se no *direito à livre determinação* (arts. 2, 30.II.4, já citado, e 289). Isto marca a perspectiva que deve-se ter continuamente em vista<sup>18</sup>. Consequentemente, o lugar do direito indígena ao autogoverno na seção dos direitos constitucionais (Título II, Capítulo II: *Derechos Fundamentales*; Capítulo III: *Derechos Civiles y Políticos*; Capítulo IV: *Derechos das Nações e Povos Indígena Originário Campesinos*; Capítulo V: *Derechos Sociais e Econômicos*) deverá ser um dado essencial para a jurisprudência constitucional. Convém ressaltar o tema porque trata-se de princípio que não presidiu o primeiro desenvolvimento da Constituição.

No novo sistema boliviano não há, salvo a indígena, nenhuma outra autonomia de direito que não seja dependente da Constituição. Os territórios indígenas constituem autonomias entre outras existentes, como a departamental e a municipal, mas não como as demais. A Constituição justamente dispõe que “as entidades territoriais autônomas não estarão subordinadas entre elas e terão igual categoria constitucional” (art. 276), mas isso deverá limitar-se à ordem de suas relações e não deverá alcançar o título de direito à autonomia. O título tem alcance orgânico para a referida Constituição. A autonomia indígena

é a única que se estende ao âmbito judicial. A justiça na Bolívia é de âmbito territorial em nível centralizado. Não se autonomiza para outros casos. A jurisdição indígena, que agora poderá converter-se em ramo judicial da autonomia junto, entre outros, com a legislativa, singulariza realmente o autogoverno indígena por direito próprio e não por determinação constitucional. Isso, evidentemente, implica que os estatutos de autonomia indígenas e o conseqüente ordenamento indígena, já não somente consuetudinário, possuem um campo mais amplo e um horizonte mais aberto que os de quaisquer outras autonomias. Não cabe subordinação: “A jurisdição ordinária e a jurisdição *indígena originário campesina* gozarão de igual hierarquia” (art. 179.II)<sup>19</sup>.

Enfim, em respeito a uma jurisdição indígena que há de ser capaz de salvaguardar cultura, por consideração às autoridades indígenas capazes velar pela autonomia normativa e pelo governo territorial, convém desenvolver-se a conveniência de práticas como a mencionada de devolução judicial à jurisdição de procedência em casos inclusive, ou sobretudo, de implicação constitucional em relação ao exercício do direito de liberdade. As decisões finais não têm por que ficar nas mãos de uma instituição central como o Tribunal Constitucional, em razão de lhe ser atribuído o controle de constitucionalidade. Não deve fazê-lo em se tratando da construção de um Estado Plurinacional.

#### 4. BOLÍVIA E NÃO ESPANHA: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL E JURISDIÇÃO INDÍGENA

Voltamos a um princípio, ainda que não, evidentemente, como outros começos. A função mais genuína da jurisdição constitucional é a de jurisdificação de relações entre instituições constitucionais. Pode dizer-se que esta jurisdição em questões de competências entre poderes ou, como é agora a linguagem da Constituição da Bolívia para evitar a expressão de empoderamento, *órgãos*, inclusive o legislativo, é a originária da instância de controle de constitucionalidade, enquanto que a jurisdição para garantia de liberdades recai, inclusive plenamente, na justiça ordinária e, por atribuir-se também à constitucional, convém que seja compartilhada. Assim é efetivamente na Bolívia como já está visto. Assim deveria ser muito particularmente em relação à jurisdição indígena.

Na Bolívia, entre as instâncias sujeitas ao controle da jurisdição constitucional vem agora, justamente, a situar-se a jurisdição *indígena originário campesina*. Aqui é onde se apresenta, com efeito, a novidade nítida: “São atribuições do Tribunal Constitucional Plurinacional, além das estabelecidas na Constituição e na lei, conhecer e resolver [...] 3. Os

conflitos de competências entre o governo plurinacional, as entidades territoriais autónomas e descentralizadas, e entre estas. [...] 8. As consultas das autoridades *indígenas originário campesinas* sobre a aplicação de suas normas jurídicas aplicadas a um caso concreto. A decisão do Tribunal Constitucional é obrigatória” (art. 202, parcialmente já citado). Resulta tudo isso novidade nítida, se se levar em conta todo o que vem constatando-se. Entre as *entidades territoriais autónomas* incluem-se as de autonomia baseada no *direito de livre determinação*. Neste caso alias, o exercício jurisdicional de algumas autoridades pode-se inspirar em *valores culturais próprios*. Pois, a decisão do TCP se declara *obrigatória*, terá que recomendar-se, na mesma linha da devolução, a prática referida da auto restrição, uma virtude usualmente saudável nas jurisdições concentradas.

Se o Tribunal Constitucional Plurinacional se encontra legitimado a tais efeitos, é precisamente por sua *plurinacionalidade* constitutiva. A Constituição requer que responda em seu nome (art. 197, I, citado). A Lei do TLC contempla: “O Tribunal Constitucional Plurinacional estará conformado da seguinte maneira: 1. Sete Magistradas e Magistrados titulares e sete Magistradas e Magistrados suplentes. 2. Ao menos dois Magistradas e Magistrados virão do sistema *indígena originário campesino...*” (art. 13 parcialmente citado). Para efeitos de legitimação, a minoria de dois entre sete pode ser suficiente, não só porque se declare um mínimo e possa ser assim de fato até a maioria, se não também, e sobre tudo, porque um órgão jurisdicional não funciona por decisão expedida de agregação de votos, se não por resolução motivada mediante deliberação colegiada. A sensibilidade garantida para com as culturas indígenas pode assim estar presente e fazer-se viva. O que nunca poderá se garantir é que todas, absolutamente todas, as culturas existentes na Bolívia, as indígenas como as não indígenas, tenham voz em cada organismo plurinacional. Sempre é recomendável a prática da devolução e a auto restrição pelo TCP frente às jurisdições indígenas, ainda que com toda a legitimidade deste órgão de controle de constitucionalidade, por seu carácter plurinacional se resulta efetivo.

Não é a Bolívia, evidentemente, o primeiro Estado que se organiza mediante composição de entidades autónomas com uma jurisdição constitucional, mediando os desentendimentos. E é, no entanto, a Bolívia o primeiro Estado, ao menos nas Américas, que se reconhece expressamente e organiza seriamente como *plurinacional*. A recente Constituição do Equador, não guarda a mesma consequência. Na Europa, além dos casos federais, existem outros como o da Espanha, com uma composição de autonomias de territórios e uma jurisdição de controle de constitucionalidade que, projetada timidamente a possibilidade, rejeita de plano a plurinacionalidade<sup>20</sup>. O sistema de autonomias espanhol se

tem proposto persistentemente como modelo constitucional para a articulação do pluralismo da América Latina, mas está faltando uma peça fundamental de entrada, precisamente a judicial. Na Espanha não há autonomia no terreno da justiça, enquanto que a mesma é a primeira, cuja necessidade se apresenta quando há diferenças de culturas, inclusive na mesma dimensão jurisdicional, como as que notadamente existem entre indígenas e não indígenas pelas Américas<sup>21</sup>.

Não existe modelo exterior para fins constituintes para um Estado reconhecidamente plurinacional como o da Bolívia, poderá dizer-se que teria que comprovar-se mais cuidadosamente em todo a extensão do universo, caso a caso, pressuposto por pressuposto. Em todo caso, não parece que exista para o tema que agora estamos tratando, para a oportuna mediação de jurisdição constitucional na necessária articulação constituinte entre povos indígenas e setores não indígenas, depois que estes últimos monopolizaram, ou pelo menos controlaram, o Estado praticamente por inteiro, até o presente momento. O TCP encontra-se perante um desafio que não interessa somente à Bolívia<sup>22</sup>.

## 5. OBSOLESCÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ANTE O DESAFIO DA PLURINACIONALIDADE

Interessa então que vejamos a possibilidade de que, em que pese a singularidade atual da Bolívia, a jurisprudência constitucional desenvolvida por outras cortes ou tribunais de controle de constitucionalidade pela América Latina ofereça alguma contribuição a sua congênere deste Estado plurinacional. Para que isso ocorra, convém ressaltar a diferença de algumas coordenadas constitucionais substantivas. Até o momento, todos os Estados latino-americanos que dotaram-se de jurisdição constitucional isenta, com exceção do Chile, têm constitucionalmente reconhecida a presença indígena e, de uma ou outra forma, seus direitos. Dois entre eles, Colômbia e Equador, reconhecem claramente o direito à autonomia. Há, contudo, algo mais relevante para efeitos constitucionais. Todos os Estados latino-americanos com jurisdição constitucional separada da justiça ordinária, sem exceção, têm ratificada a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, Convenção sobre Povos Indígenas e Tribos em Países Independentes, o que implica um reconhecimento de seus direitos como dotados de um valor substancialmente constitucional, o mais importante deles. Costuma-se fazer a identificação com um número de série entre as Convenções do mencionado organismo internacional.<sup>23</sup>

Para a garantia dos direitos dos povos indígenas, a Convenção 169 estabelece a obrigatoriedade de consulta aos mesmos para toda medida normativa ou administrativa que os afete diretamente (art. 6). À exceção do Equador e Bolívia, os Estados latino-americanos com jurisdição constitucional não transferiram essa obrigatoriedade para a Constituição, por isso, a principal questão que se dirime pela respectiva jurisprudência constitucional é de valor efetivo, pois o valor teórico de tal compromisso contraído em tratado multilateral não se questiona. A tendência é desigual e contraditória, oferecendo pouco - se é que algo - ao futuro Tribunal Constitucional Plurinacional. A Bolívia já não necessita de jurisprudência sobre o valor constitucional da obrigatoriedade da consulta, já que isso figura suficientemente na nova Constituição (arts. 39.II.15, 304.I.21, 352 e 403.I). Ademais, a Bolívia é hoje o único Estado que incorporou formalmente a seu ordenamento jurídico a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o que reforça a obrigatoriedade da consulta (Lei 3670, de 2007)<sup>24</sup>. Isso não significa que a realização da consulta já esteja garantida na Bolívia, mas que aqui não se necessita de jurisprudência comparada para fundamentá-la.

Tal jurisprudência está, além disso, decaindo nos últimos tempos. Fraqueja no momento em que se passa dos pronunciamentos solenes aos efeitos concretos. Inclusive a Corte Constitucional do Equador não se mostra exigente em relação à consulta como garantia dos direitos dos povos indígenas, que a própria Constituição exige<sup>25</sup>. O Tribunal Constitucional do Peru, desviando sua própria trajetória de afirmação do valor normativo direto da Convenção 169, acaba de dar um passo em sentido contrário ao se pronunciar contra a exigibilidade da consulta<sup>26</sup>. Depois de haver fixado igualmente com firmeza o valor normativo da Convenção 169, a Corte Constitucional da Colômbia também não tem se mostrado muito exigente ultimamente na apuração da mesma<sup>27</sup>. A Corte de Constitucionalidade da Guatemala mantém pelo menos esses princípios e não tem se contradito ou não tem se somado à tendência generalizada de desvalorização que o próprio governo guatemalteco está impulsionando<sup>28</sup>. O Chile encontra-se num momento inicial de vigência da Convenção 169, na qual a justiça ordinária de instância intermediária está demandando a consulta, com o respaldo de um pronunciamento do Tribunal Constitucional anterior à ratificação e com reservas da mesma, ignorando um regulamento manipulador do Governo e sem esperar um projeto restritivo de lei regulamentar pendente do Congresso. A posição do Tribunal Constitucional do Chile depois da entrada em vigor da Convenção 169 ainda está por ver-se<sup>29</sup>.

Não se pode afirmar que o Tribunal Constitucional da Bolívia anterior à nova Constituição tenha levado a efeito uma trajetória apropriada. Não fazia valer o valor

vinculante da Convenção 169 nem o aplicava com rigor quando deveria fazê-lo. Em sentenças de mandado de segurança nos casos de Direito indígena, entendendo-o como *consuetudinário*, limitava-o sem a devida atenção às previsões da Convenção a esse respeito ou interpretava-o restritivamente<sup>30</sup>. Era um indício de insensibilidade e desconsideração para com as culturas determinantes da plurinacionalidade existente e ainda não reconhecida constitucionalmente, o que inviabiliza em definitivo sua jurisprudência nos novos tempos. A inviabilização também é formal. Quando se argumenta que aquela jurisprudência constitucional segue criando precedente contrariando o Direito ordinário<sup>31</sup>, esquece-se que a legitimidade da jurisdição constitucional origina atualmente da plurinacionalidade da qual até então se carecia. A anterior jurisprudência constitucional boliviana não pode ter nenhum valor, no fim, para as atividades do TCP, ainda que haja quem siga empenhado em defender que não só tenha, mas que seja prevalente<sup>32</sup>.

O melhor que pode ocorrer, então, com a obra daquele Tribunal Constitucional é, no meu entendimento, que se deixe correr tranquilamente a história. Com respeito aos procedimentos de garantias dos direitos dos povos indígenas, o melhor que se pode fazer com a jurisprudência constitucional da região é, em minha opinião, não tomá-la nem como guia nem fazê-la servir como um balanço exigente. A jurisprudência do TCP haverá de inspirar-se diretamente no novo constitucionalismo da Bolívia. Haverá de oferecer, e não receber modelo; construí-lo, não replicá-lo<sup>33</sup>.

## 6. JURISPRUDÊNCIA COLOMBIANA ENTRE REDUÇÃO COLONIAL E PREJUÍZO CULTURAL

A garantia constitucional mais efetiva dos direitos dos povos indígenas na Bolívia reconstituída, não é desde logo, como em outros Estados, porém, a consulta, mas a autonomia, uma autonomia incorporada às estruturas do Estado Plurinacional de pleno direito, como forma de exercício da livre determinação. Neste terreno, poderia esperar-se alguma inspiração e assistência da jurisprudência constitucional do Equador e da Colômbia, dado que as respectivas Constituições também contemplam a autonomia indígena. Não é o caso do primeiro, pois sua Corte Constitucional não tem tratado ainda a questão sob sua nova Constituição. Pode ser o caso do segundo país, pois a sua Corte Constitucional já tem cerca de duas décadas elaborando jurisprudência conforme a Constituição que contempla a autonomia indígena e que vem o fazendo numa linha estimável em comparação e contraste tanto com as

políticas do Congresso e do Governo da própria Colômbia como com as posições do resto das jurisdições constitucionais isentas e não isentas da América Latina<sup>34</sup>.

Em concreto, a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia (CCC em diante) tem chegado à apreciação da autonomia indígena em condições de autogoverno e justiça própria, sem assimilar-se nem subordinar-se a outros espaços territoriais de autonomia dentro do Estado e com a consequência prática de que a indígena deve maximizar-se<sup>35</sup>. Não é de se estranhar que este capítulo da obra em curso da CCC seja um dos principais no que se tem chamado justamente a conversão do Estado colombiano num “claro exportador de jurisprudência constitucional”, junto ao café e ao metrô<sup>36</sup>. A influência da CCC alcançou inclusive o Tribunal Constitucional precedente da Bolívia, ainda que, não desde logo, pela mesma distância então existente entre abordagens constitucionais, no capítulo indígena<sup>37</sup>. Pode oferecer-se para este fim inspiração e guia ao TCP? Antes de responder, convém que situemos a obra da CCC no contexto que lhe corresponde, o da sua própria Constituição, a colombiana.

A Constituição da Colômbia reconhece a autonomia ali existente, a dos chamados *reservas*, como base para o estabelecimento de *entidades territoriais indígenas* que recomponha territórios e situe o correspondente autogoverno numa categoria com garantias constitucionais. As reservas são territórios de origem colonial que se tem mantido posteriormente graças a uma lei cujo nome diz tudo, a *Lei pela qual se determina a forma como devem ser governados os selvagens que estejam a caminho da vida civilizada*, de 1890<sup>38</sup>. Pois bem, a CCC aplica as demandas de autonomia indígena às reservas existentes, não exigindo o estabelecimento constitucional de entidades territoriais indígenas que, ao final de aproximadamente vinte anos, ainda se destacam por sua ausência. Por mais que a CCC proclame outra coisa no terreno dos princípios, as reservas seguem na prática hierarquicamente submetidas à administração central e, inclusive para alguns efeitos, aos municípios. A mesma CCC o permite quando mantém vigor, por interpretação, boa parte daquela lei de fundo ainda colonialista, a de 1890. Nunca expôs a sua flagrante inconstitucionalidade. No final das contas, a CCC contribui com o bloqueio da devida constitucionalização dos territórios indígenas e incumbe o mantimento de uma estrutura de sujeição das reservas indígenas de natureza ainda colonial<sup>39</sup>.

Façamos a comparação com a Bolívia. A nova Constituição boliviana reconhece as terras comunitárias de origem (TCOs) como uma das bases, junto às do município, para a formação de territórios indígenas com a autonomia constitucional referida (Sétima Disposição Transitória). As TCOs foram constituídas por meio de legislação de participação política dos

anos noventa do século passado e não equivalem, com certeza, às reservas colombianas, mas todas têm em comum o fato de serem pré-constitucionais e não corresponderem ao respectivo patamar constitucional<sup>40</sup>. Adotar a jurisprudência colombiana sobre autonomia indígena supõe ignorar esta circunstância, consagrando as TCOs como fórmula definitiva ou não transitória, alcançando o território indígena. Seria simplesmente defraudar, como na Colômbia se vêm defraudando, as expectativas constitucionais. Melhor será que o TCP empreenda seu próprio caminho à luz da sua própria Constituição e não à sombra de corpos jurisprudenciais mais alheios do que a comunidade regional possa supor. Bom será que a influência se produza em seu momento, na direção inversa, de Bolívia a Colômbia e não de Colômbia a Bolívia.

Há, apesar de tudo, outras práticas de jurisprudência constitucional na Colômbia que resultem aproveitáveis para o TCP? Poderia ser a perícia antropológica a que tem buscado a CCC de forma bastante sistemática para resolver assuntos indígenas? Isso implica em obter informação, não direta e abertamente da parte indígena, senão simuladamente da parte não indígena ao considerá-la, academicamente, como competente<sup>41</sup>. Esta prática jurisdicional pode realmente ser mantida na era do direito indígena à consulta e à autonomia? No fundo da mesma, sente-se ainda o prejuízo supremacista da cultura não indígena de matriz europeia, um prejuízo que na própria jurisprudência da CCC se apresenta não somente de maneira ideológica, senão inclusive operacional<sup>42</sup>.

O TCP recebe precisamente o mandato constitucional de superar tal supremacismo como elemento colonial, um imperativo que se está divulgando por seu próprio qualificativo, bem distintivo, de *plurinacional*. Dito de forma comparativa, o TCP, diferentemente da CCC, está constitucionalmente comprometido com o objetivo da *descolonização*, como bem constatamos (arts. 2 e 9.1 citados).

## 7. COLÔMBIA E TALVEZ BOLÍVIA: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO AGENTE POLÍTICO

Concluimos que o TCP não poderá contar com a jurisprudência da CCC nem como guia ou pelo menos com seu acompanhamento? Pode ser precipitado. Há um campo no qual a Colômbia pode oferecer orientação e ajuda. Nos últimos tempos, algumas jurisdições constitucionais começaram a tomar para si e fazer valer efetivamente direitos que a doutrina constitucional tradicionalmente tem considerado como não apreciáveis judicialmente. O constitucionalismo social pode finalmente resultar relevante para o controle da constitucionalidade<sup>43</sup>. No âmbito da América Latina, a CCC distinguiu-se nesta linha não só por

adotar em suas sentenças verdadeiras políticas públicas em matérias como habitação, pensões ou desocupação forçada, alcançando de forma expressa a população que não recorre à jurisdição constitucional, também por conter jurisdição plena para a execução de tais políticas, mediante a realização de audiências e leituras de autos, obrigando os poderes públicos, sob pena de proceder com acusação de desacato. A CCC está elaborando um código de *indicadores* de satisfação de direitos para apuração das obrigações do Estado. A CCC já avançou muito mais do que a Constituição e a própria legislação de desenvolvimento contemplam para a concretização e o desenvolvimento de incumbência da defesa de direitos de todo tipo, aos quais as normas se propuseram<sup>44</sup>.

A construção de uma categoria de “*estado de cosas inconstitucional*”, por ações ou omissões dos poderes públicos que provocam *transgressão massiva e contínua de direitos fundamentais*, tem sido ferramenta essencial destas atuações da CCC, em cujo caso suas sentenças e autos estendem-se expressamente a toda a população afetada, e não somente àqueles que interpõem a ação, mediante políticas que a própria Corte define com a participação da sociedade civil nas audiências públicas que celebra com esse propósito. Adota-se também, com isso, práticas judiciais de democracia deliberativa não previstas pela Constituição. Pois bem, a CCC tem tido repetidas ocasiões para declarar a manutenção das reservas coloniais como causa de um “*estado de cosas constitucional*” por *transgressão massiva e contínua de direitos fundamentais* dos indígenas, e para abrir assim um espaço especificamente indígena de democracia deliberativa mediante as audiências públicas subsequentes, os quais pudessem contribuir com o compromisso e a vinculação de todos os poderes públicos, mas nunca se atentou para nada deste gênero<sup>45</sup>. É um efeito indubitável do viés cultural já visto. Mas nada impede que o TCP inspire-se nestas práticas da CCC para fazer precisamente o que esta não faz em benefício dos direitos indígenas.

Na Bolívia, nem a Constituição nem a Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional expressamente facultam a este a determinação direta de políticas públicas, de forma a obrigar os poderes públicos. A situação de início é, portanto, similar a da Colômbia. O TCP poderá, em seu momento, adentrar pela mencionada via? Haverá a necessidade de que o faça? Com a intenção de responder a estas perguntas, pretendo, no que diz respeito ao tema, passar a conclusões forçosamente provisórias. Será o caso de voltar a elas quando o TCP estiver constituído e começada a sua atuação. Tratando-se da defesa de direitos, nem tudo tem de ser autorrestrição. Como já vimos, a Constituição prevê que “são atribuições do Tribunal Constitucional, além das estabelecidas na Constituição e na lei”, as que relaciona, não limitando a referência de outras possíveis, à lei específica do TCP. Ainda sem habilitação

legislativa, poderia o próprio Tribunal atuar por iniciativa própria na forma política da CCC, como esta Corte tem feito?

É possível. Cabe refletir. Ainda que sem a habilitação que a Constituição permite, talvez o TCP pudesse seguir, dada a necessidade, a linha da CCC na contribuição com as políticas públicas para defesa mais efetiva de direitos. A primeira impressão é a de que, com a atual Assembleia Legislativa Plurinacional e com o atual Governo, na Bolívia dificilmente podem ocorrer situações como as que na Colômbia deram causa à intervenção da CCC. Observada mais de perto a conjuntura, essa impressão não se confirma. Os exemplos poderiam inclusive ser abundantes, mas permita-se ressaltar o mais flagrante. Se há na Bolívia um caso de “*estado de cosas inconstitucional*” por *transgressão massiva e contínua de direitos fundamentais*, é o que se dá na região do Chaco com comunidades guaranis cativas de fazendas, por encontrarem-se dentro ou por estarem rodeadas delas, e com pessoas guaranis, inclusive crianças, sujeitas a formas de servidão ou de trabalho forçado que, para o Direito internacional dos direitos humanos, equivalem à escravidão<sup>46</sup>. Este é o caso que quero levar em consideração.

Não basta que o caso exista para que o TCP esteja legitimado para atuar, estendendo a toda à população afetada suas resoluções ante o primeiro recurso individual ou ante um coletivo mais limitado que receba. Faz falta a existência de ações ou omissões dos poderes públicos sustentando dita “*situación de cosas inconstitucional*” por *transgressão massiva e contínua de direitos fundamentais* do povo, as comunidades e as pessoas guaranis. É assim que ocorre? Não parece à primeira vista. O Governo boliviano tem procedido a uma revisão da reforma agrária, o que é chamado de sua recondução comunitária, com vistas a capacitação para atuar diante de tal tipo de situações, em favor de direitos de liberdade pessoal e autonomia de comunidades, mediante a correção de títulos para a devolução de terras (Decreto Supremo 29802, de 2008), o que tem sido revalidado pela Constituição (arts. 397-401). Há evidências, contudo, de que posteriormente tenha se produzido um certo impasse.

O Executivo atual, ainda sob a mesma Presidência, não mantém com o mesmo vigor as políticas conducentes à libertação de pessoas, emancipação de comunidades e reconstituição dos povos<sup>47</sup>. Se essa falta de diligência confirma-se e persiste ou se acentua e agrava, o TCP poderia tomar o caminho que, na América Latina, está marcando a CCC. Deverá então realizá-lo com a sensibilidade necessária às culturas e povos da qual por ora carece o congênere colombiano<sup>48</sup>.

Na Bolívia existe mais base constitucional para tudo isso do que na Colômbia. Em primeiro lugar, a Constituição boliviana emite o mandado já visto de *descolonização* para alcançar-se uma *plurinacionalidade* do direito e não somente de fato. Há aqui um imperativo de ativismo ante o qual não cabe autorrestrrição. O TCP, precisamente o Tribunal Constitucional Plurinacional, não pode omitir-se ante casos que lhe confrontem com situações coloniais, como efetivamente é a do povo guarani. Em segundo lugar, a possibilidade de acionar a jurisdição constitucional perante as omissões das autoridades públicas é reconhecida com mais distinção e força na Constituição da Bolívia do que na da Colômbia. No constitucionalismo boliviano a *ação de cumprimento* frente a “disposições constitucionais ou da lei por parte de servidores públicos, com objetivo de garantir a execução da norma omitida”, inclusive, a constitucional (art. 134.I). A CCC aproveitou também a previsão constitucional de ação diante das omissões para fundamentar e construir sua prática de declaração de “*estado de cosas inconstitucional*” a fim de encarregar-se das subsequentes políticas públicas. Diante de casos como o guarani, o TCP terá uma melhor base constitucional para atuar de tal modo.

Eventualmente poderá se dizer que, sem desviar-lhe de sua função, alguma jurisprudência constitucional da região latino-americana resulta útil ao Tribunal Constitucional Plurinacional frente ao desafio inédito, desafio absolutamente sem precedentes em toda a região, de contribuir com a refundação da Bolívia como Estado *plurinacional*, inclusive no que interessa às liberdades pessoais e aos direitos comunitários. O desafio inédito pauta-se na reconstituição territorial e política dos povos indígenas mediante uma autonomia que inclui a justiça e a articulação desta justiça com a justiça do Estado Plurinacional, a fim de que este Estado seja enfim, efetivamente, de todas e todos, de todas as pessoas e de todos os povos. Aí então merecerá o qualificativo. Não só o segundo, a articulação entre justíças, mas também o primeiro, a reconstituição de povos, devendo comprometer-se com o TCP e sua obra jurisprudencial em defesa de direitos, não só de pessoas ou indivíduos.

## 8. BOLÍVIA ISOLADA: DESENVOLVIMENTO CONSTITUCIONAL E DESAFIO CONSTITUINTE

As questões imediatas que haverão de marcar o TCP serão relacionadas, direta ou colateralmente, à relativa falta de congruência entre a Constituição e seu desenvolvimento normativo, inclusive aquele que foi antecipado pela iniciativa inconstitucional de alguns Departamentos<sup>49</sup> de dotar-se de Estatutos de Autonomia sem esperar pela Constituição. Esta

mesmo revalidou a iniciativa, mas não o resultado: “Os departamentos que optaram pelas autonomias departamentais no referendo de 2 de julho de 2006, terão acesso diretamente ao regime de autonomias departamentais, conforme a Constituição. Os departamentos que optaram pela autonomia departamental no referendo de 2 de julho de 2006, deverão adequar seus estatutos a esta Constituição e sujeitá-los ao controle de constitucionalidade” (Terceira Disposição Transitória). A revisão da legislação de desenvolvimento não é um requerimento de ofício, no entanto, à parte do exercício cidadão da ação de constitucionalidade, qualquer caso de procedência indígena poderá suscitar questões de incongruência entre a Constituição e as primeiras leis de desenvolvimento.

Estas questões já foram apresentadas em algumas ocasiões. Fizeram-no pela via do referido direito à consulta dos povos indígenas em relação às leis que os afetem. Ainda que agora o órgão legislativo seja plurinacional e conte, portanto, com representação indígena, o direito específico dos povos indígenas a serem consultados segue sendo necessário, segundo a própria Constituição e o Direito internacional que vincula a Bolívia, como vimos. Dada a mesma autonomia, por direito à livre determinação, não se pode produzir uma subsunção dos povos à sociedade da qual participam. A primeira consulta, para efeitos legislativos, deu-se para a Lei de Deslinde Jurisdicional que, segundo a Constituição, é a norma que especificamente dirige-se à articulação da jurisdição indígena com o resto das jurisdições, “a coordenação e cooperação” mútuas (arts. 191.II.2 e 192.III citados). A questão apoia-se na Lei do TCP e na Lei do Órgão Judicial, já promulgadas quando se apresentou a consulta da Lei de Deslinde Jurisdicional, encontrava-se descuidada da posição constitucional da jurisdição indígena, um posicionamento não inferior à jurisdição ordinária do Estado, como já sabemos.

Em geral, o primeiro desenvolvimento normativo da Constituição, o das cinco leis exigidas pela mesma com grande urgência (do Órgão Eleitoral, do Regime Eleitoral, do Órgão Judicial, do Tribunal Constitucional e de Autonomias e Descentralização), além da Lei de Deslinde Jurisdicional, só respondeu parcialmente às expectativas trazidas pela Constituição com respeito à autonomia indígena de forma geral e à justiça indígena em particular. A urgência das cinco leis devia-se à necessidade preempatória de novas instituições para a nova Constituição, uma Constituição tão inovadora que não suportaria o regime transitório da prorrogação de institutos antigos. Deseja-se tomar esta singularização do pacote em razão de urgência, como base para convertê-las em legislação *orgânica* que estabeleça o *marco* para as leis subsequentes, começando pela Lei de Deslinde Jurisdicional, mas esta categorização não possui fundamento na Constituição<sup>50</sup>.

A Lei de Deslinde Jurisdicional, lei sobre jurisdição indígena, não se incluiu no pacote, pois não havia tal urgência. Esta jurisdição não é criação da Constituição, a qual reconhece francamente a precedência e respeita seu direito a constituir-se ou, no caso, a reconstituir-se por si mesma como expressão da livre determinação. A consulta realizada para sua elaboração colocou em evidência a inquietação existente pela preterição da jurisdição indígena no primeiro desenvolvimento legislativo da Constituição<sup>51</sup>. Se, por exemplo, para o exercício da jurisdição constitucional que não é exclusivo do TCP, sua Lei somente havia levado em conta a jurisdição ordinária do Estado, a jurisdição indígena não teria que apresentar agora, na ocasião da Lei de Deslinde Jurisdicional, sua competência constitucional ou sua participação no exercício da mesma, inclusive à custa de iniciar a reforma da Lei do TCP?

O Projeto da Lei de Deslinde Jurisdicional resultante da consulta abordou a reforma da Lei do TCP com fins de atender “a coordenação e cooperação” entre a jurisdição indígena e o resto das jurisdições no devido pé de “igual hierarquia” por “igual categoria constitucional” (art. 179.II e art. 276 constitucionais citados). O Projeto contém, por exemplo, o seguinte aditamento de alcance: “Os postulantes a membros do Tribunal Constitucional Plurinacional provenientes do sistema indígena originário campesino, deverão ser legitimados e designados a partir de normas e procedimentos próprios pelas nações e povos *indígena originário campesinos* com este fim”. Em geral, as modificações da legislação anterior ao desenvolvimento constitucional busca uma recuperação da equiparação entre jurisdições, conforme os preceitos da Constituição ao direito à autonomia indígena e às propostas resultantes da consulta. A Assembleia Legislativa Plurinacional, omitindo-se, podou sistematicamente todas as correções da legislação prévia ao desenvolvimento constitucional. A Lei de Deslinde Jurisdicional responde, no fim, às cinco leis de urgência como se tivessem o mesmo valor que a Constituição ou uma categoria acima da legislação ordinária<sup>52</sup>.

O assunto não tem por que chegar ao TCP, por uma ou outra via, nos termos exclusivos de confrontação entre a Constituição e seu desenvolvimento legislativo. Há mais elementos em discussão, o principal é o da própria autonomia indígena. Os Estatutos de Autonomia indígenas deverão ser chaves para a constituição ou reconstituição da própria justiça entre os poderes ou *órgãos* correspondentes aos povos indígenas, não só o judicial, mas também o legislativo, o governamental e o de controle, que pode integrar a jurisdição constitucional, que decidam em cada caso o sujeito estatuinte indígena dentro da Constituição, mas não necessariamente da legislação que a desenvolve. Os Estatutos de Autonomia indígenas poderão situar-se numa posição supralegal sem necessidade de que exista, para eles,

a categoria de legislação *orgânica*, ou superior à outra então ordinária, já que não existe para efeito algum. Por ser, ademais, expressão do direito à livre determinação que se exerce mediante a autonomia, os Estatutos indígenas terão de possuir por si mesmo a categoria de, no mínimo, constitucional.

Tudo isso significa que, no atual constitucionalismo boliviano, as leis de desenvolvimento constitucional, sequer o pacote das cinco leis urgentes, não estabelecem um enquadramento obrigatório para as autonomias indígenas. A única exceção que se apresenta, como efeito da necessidade de uma maioria qualificada para sua aprovação, é a da Lei Marco de Autonomias e Descentralização, mas não se deve esquecer que, de uma parte, sua eventual prevalência só poderá ter efeitos procedimentais, pois os de competência são atribuídos à Constituição, e que, de outra parte, seu valor pode relativizar-se no caso da autonomia indígena, por trazer esta causa não só da Constituição, mas também da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nem esta Lei Marco, nem nenhuma outra lei se sobrepõe a outras leis ou, ainda menos, a Estatutos de Autonomia indígena.

Seguem abertas as possibilidades que trouxe a Constituição e cuja abertura algumas leis têm tentando alcançar. Não é necessário acrescentar que os Estatutos de Autonomia dos Departamentos não podem incidir no campo constitucional na mesma medida em que os Estatutos de povos indígenas. Os que se anteciparam à Constituição tentam fazê-lo, uma vez que agora lhes é exigido, como vimos, a revisão departamental e o controle constitucional, este último pelo TCP. O TCP terá necessariamente que afrontar a necessidade de um encaixe com todos os elementos, inclusive os estatutários, à luz da Constituição, não das leis que a desenvolvem. As questões principais são novas agora. Por exemplo, que valor mantém uma lei consultada que se encontra em desacordo com a consulta? Que autoridade tem um *órgão* que confere a algumas normas um valor que não têm?

A esta altura, suponho que se entenderá melhor a contundência com a qual tenho considerado inviável a jurisprudência constitucional comparada e a própria boliviana do período precedente, para a construção pendente do Estado Plurinacional da Bolívia. O desafio é novo. Novas são as questões e novas haverão de ser as respostas. Materialmente, não formalmente, o processo constituinte da Bolívia plurinacional segue aberto e algumas de suas lacunas haverão de ser preenchidas pela jurisprudência do TCP. Nem todas, pois a abertura materialmente constituinte há de estar também nas mãos do direito à livre determinação dos povos indígenas a exercer-se no seio do Estado Plurinacional, conforme a Constituição e o respectivo Direito internacional.

Não é o estatuto indígena um elemento que a Constituição compreenda dentro de um *bloco de constitucionalidade* cujos componentes ela mesma ocupa-se de determinar (art. 410.II)<sup>53</sup>, mas entendeu-se como o que poderia chamar-se de um *bloco de constituinte* que ainda está ativado. A autonomia indígena há de resultar da constituinte, de categoria constitucional, como seus Estatutos<sup>54</sup>.

## 9. EPÍLOGO ABERTO

A jurisdição constitucional é hoje na Bolívia a única que preside a totalidade do sistema judicial, porque é a única superior à jurisdição indígena, a única que, por plurinacional, se considera justamente que conta com legitimidade para isso. Como a jurisdição indígena, é agora uma manifestação do direito à livre determinação dos povos indígenas, a exercer-se constitucionalmente através de uma autonomia não só jurisdicional, resulta lógico que somente o controle de constitucionalidade encomendado ao TCP tenha competência por cima da justiça indígena ou, melhor dizendo, *indígena originário campesina*. As jurisdições não indígenas, todas elas, estão por outro lado sujeitas a outras instâncias centralizadas. Convém insistir que tão posição singular do TCP, mais singularizada, desde logo, que a de outros tribunais constitucionais, comporta certa exigência de que o mesmo haja de ser plurinacional, no sentido tanto de que deve compor-se com participação indígena como de que deve produzir uma jurisprudência intercultural, de uma interculturalidade à altura da plurinacionalidade. Aqui reside o desafio inédito, ao menos no contexto da Latino América<sup>55</sup>.

O segundo é o da necessidade de uma jurisprudência realmente intercultural, requiere do primeiro, que a inteligência e a sensibilidade colegiadas do TCP sejam efetivamente plurinacionais. Se isso não for assim, dada nas competências efetivas da nova jurisdição constitucional, esta poderia facilmente converter-se agora na via mais eficaz de perseguição e redução da jurisdição indígena, por via de uma imposição unilateral de critérios inclinados culturalmente de controle de constitucionalidade. Frente esta perturbada perspectiva para o próprio desempenho da jurisdição indígena, o melhor remédio é o de dar-lhe entrada à mesma, no exercício da jurisdição constitucional, já participando em sua primeira instância, já retendo a capacidade de resolver sobre o fundo por trás do eventual controle de garantias pelo TCP. O desenvolvimento legislativo existente até o momento, não aprecia esta necessidade.

O primeiro desenvolvimento normativo da Constituição não tem porque parar. O horizonte constitutivamente aberto não podem obstruir as primeiras leis de desenvolvimento, leis

ordinárias todas elas ao fim. Se o Estado quer ser em efeito plurinacional, e assim também seu Tribunal Constitucional, tem de recuperar o espírito da Constituição relativamente velado por seu primeiro desenvolvimento normativo. Se a legislação após a constituição não se endireita, o TCP terá que encarar, fazendo valer a Constituição, o dilema que então supunha a sua própria lei, uma lei ordinária: “O Tribunal Constitucional Plurinacional em seu trabalho de guardião da Constituição Política do Estado é o intérprete supremo da Lei Fundamental sem prejuízo da faculdade interpretativa que tem a Assembleia Legislativa Plurinacional como órgão depositário da soberania popular” (art. 4, III, citado). Se o TCP também abandona, a plurinacionalidade ficará em mãos dos Estatutos de Autonomia indígenas.

Não há outra saída. Essa última possibilidade de regeneração constituinte está sempre aberta porque a autonomia indígena é agora expressão constitucional do direito de livre determinação que não depende do reconhecimento nem do desenvolvimento da Constituição. Esta mesma declara que os instrumentos internacionais de direitos humanos aos que a Bolívia de alguma forma se adere ou esteja aderida, como seja o caso da Declaração de Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, tem valor supraconstitucional (art. 256, I, citado), um valor que se reforça pelo imperativo da descolonização com seu corolário de reconhecimento da preexistência dos povos indígenas em termos não meramente protocolares, senão de estrita titulação de direitos. Não se trata de desabafos ideológicos sobrepostos à Constituição, senão de compromissos constituintes nos que esta em jogo a reestruturação constitucional da Bolívia como Estado Plurinacional.

<sup>1</sup> Artigo traduzido do espanhol para o português por: Romina Ysabel Bazán Barba (Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Bolsista da CAPES. E-mail: rominabazan92@gmail.com) e Anna Maria Nunes Machado (Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Bolsista da FAPEG. E-mail: annamaria93@hotmail.com).

<sup>2</sup> A principal fonte deste artigo é a comunicação direta. Realizei uma nova visita à Bolívia que nos dias 2 e 3 de setembro, 2010, em La Paz, permitiu-se trabalhar intensamente em oficinas com equipes de planejamento do desenvolvimento da Constituição, tanto na esfera do Legislativo quanto do Executivo. Não posso consignar todas as dívidas. Agradeço iniciativa de Idón Chivi, Diretor Geral de Administração Pública Plurinacional do Ministério de Culturas, e endosso a Denis Racicot, representante na Bolívia do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Meu agradecimento estende-se a Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ; em termos pessoais, a Verena Blicwede), pelo convite a um encontro em Santa Cruz, nos dias 30 de agosto e primeiro de setembro entre constitucionalistas do Âmbito hispanofalante (para atas, *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, La Paz, GTZ – Vicepresidência do Estado Plurinacional, 2010). Este artigo desenvolve minha contribuição a dito encontro, repassada pelos ensinamentos daquelas oficinas e tendo em conta as novidades posteriores, em especial a que representa a *Ley de Deslinde Jurisdiccional* promulgada em 31 de dezembro de 2010. Nesta data encerro.

<sup>3</sup> Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional, artigo 3.1: “Plurinacionalidade. É a existência de nações e povos indígenas originário campestres, comunidades interculturais e afro bolivianas e bolivianas e bolivianos que em seu conjunto continuem o povo boliviano”. O contexto que lhe imprime sentido é justamente definido pela Constituição: “Dada à existência pré-colonial das nações e povos indígenas originário-campestres e seu domínio ancestral sobre seus territórios, garante-se sua livre determinação no maro da unidade do Estado, que consiste em seu direito à autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação

de suas entidades territoriais, conforme esta Constituição e à lei” (art.2); “São fins e funções essenciais do Estado [...]: 1. Constituir uma sociedade justa e harmoniosa, pautada na descolonização, sem discriminação nem exploração, com plena justiça social, para consolidar as identidades plurinacionais” (art.9).

<sup>4</sup> Idón Moisés CHIVI VARGAS: “Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originario campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario”, em Carlos ESPINOSA GALLEGOS-ANDA e Danilo CAICEDO TAPIA (eds.), *Derechos Ancestrales. Justicia em Contextos Plurinacionales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, págs. 297-355; *Constitucionalismo emancipatorio, desarrollo normativo y jurisdicción indígena*, em autores diversos, *Bolivia, Nueva Constitución Política del Estado, Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, págs. 73-93. Em sentido contrário à posição que tentar afastar a base e minimizar o núcleo, a qual está inspirando o primeiro desenvolvimento normativo da Constituição, os capítulos predominantes e em posição de preferência de autores diversos, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, La Paz, Universidad Mayor de San Andrés – Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010.

<sup>5</sup> Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional, artigo 4.III: “O Tribunal Constitucional Plurinacional em sua função de guardião da Constituição Política do Estado é o intérprete supremo da Lei Fundamental sem prejuízo da faculdade interpretativa que tem a Assembleia Legislativa Plurinacional como órgão depositário da soberania popular”; Constituição, artigo 410.II: “[...] A aplicação das normas jurídicas rege-se pela seguinte hierarquia, de acordo com as competências das entidades territoriais: [...] 3. As leis nacionais, os estatutos autônomos, as cartas orgânicas e o restante da legislação departamental, municipal e indígena”, *legislação* assim também, conforme o exercício da respectiva autonomia, *indígena originário-campesina*. Para a posição que intenta neutralizar tal menção, por seguir reduzindo colonialmente o direito indígena a *usos e costumes*, Carlos ALARCÓN MONDONIO, “Análise e comentário da Quinta Parte da Constituição: hierarquia normativa e reforma da Constituição”, em autores diversos, *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado, págs.227-238.

<sup>6</sup> José PALOMINO MACHEGO, *Los Origenes de los Tribunales Constitucionales em Ibero-américa* (1931-1979), Lima, Grijley, 2003; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *La Jurisdicción Constitucional y Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica em la Alborada del siglo XXI*, Ciudad de México, Porrúa, 2004; *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur em la Alborada del siglo XXI*, Santiago, LexisNexis, 2005; Cochabamba, Kipus, 2006. Para o caso em que nos iremos a estender, Laureano GÓMEZ SERRANO, *El control constitucional em Colombia. Evolución histórica*, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001; Lina Marcela ESCOBAR MARTÍNEZ, “A atividade constitucional do Conselho do Estado Colombiano” em *Universitas* (revista da Facultad de Ciencias Jurídicas de Ka Universidad Javeriana de Colombia), núm. 111, 2006, págs. 65-94; Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *Entre la Ley y la Constitución. Una introducción a la función institucional de la Corte Suprema de Justicia, 1886-1915*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2007, ocupando-se da aparição tanto da cassação como da ação de inconstitucionalidade.

<sup>7</sup> Dentro de um bom panorama do horizonte da autonomia indígena, oferece-se uma boa explicação da necessidade do *anticucho* (espeto em quechua) dos três qualificativos em um só para os efeitos inclusive gramaticais, com a declinação do gênero e número para o último adjetivo, e, sobretudo, evidentemente, para efeitos de reconhecimento constituinte, em Xavier ALBÓ e Carlos ROMERO, *Autonomías indígenas em la Realidad Boliviana y su Nueva Constitución*, La Paz, GTZ, 2009, em parte, pelo estilo, do primeiro.

<sup>8</sup> Pedro CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

<sup>9</sup> Albrecht WEBER, “La jurisdicción constitucional em Europa occidental: Una comparación”, em *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986, págs. 47-83; Peter HABERLE, “La jurisdicción constitucional em la fase actual del Estado constitucional”, em *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, págs. 153-176.

<sup>10</sup> Com todo o desenvolvimento conquistado e em curso da literatura constitucionalista na Espanha, não conheço tratamento que concentre-se no efeito problemático da suplência judicial. Quanto a problemas de fundo, o que principalmente se aborda e debate é o do déficit de legitimidade cidadã: Victor FERRERES, *Justicia constitucional y democratica*, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, o que não afeta em princípio o caso atual da Bolívia, pois a nova Constituição contempla a eleição do tribunal por sufrágio universal (art.198).

<sup>11</sup> Boaventura de Sousa SANTOS y Mauricio GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias em Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y otros, 2001, especialmente o segundo volume sobre justiça multicultural, comunitária e paraestatal.

<sup>12</sup> Constituição, artigo 125: “...poderá interpor Ação de Liberdade e recorrer de maneira oral ou escrita, em nome próprio ou de outrem e sem nenhuma formalidade processual, perante qualquer juiz ou tribunal competente em matéria penal...”. Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional, artigo 58.I: “A Ação de Liberdade poderá ser interposta perante qualquer juiz ou tribunal competente em matéria penal.” O juiz ou juíza indígena é naturalmente *juiz competente em matéria penal* dentro de seu âmbito.

<sup>13</sup> Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional, artigo 13.2: “Ao menos dois Magistrados e Magistradas [entre sete] serão provenientes do sistema indígena originário-campesino por auto-identificação pessoal”, acrescentando este último muito problemático, pois somente as autoridades indígenas poderiam acreditar que alguém *representa* o sistema indígena ou *procede* do mesmo, segundo a expressão constitucional ou a legislativa, respectivamente. O credenciamento, a efeitos de eleição dos membros do TCP por sufrágio universal, corresponde constitucionalmente à Assembleia Legislativa Plurinacional, mas, por tanto se mencionará, a da cota indígena não deveria ser feita sem consulta ao sistema indígena. A auto-identificação pessoal não encontra sustento algum na lógica constitucional se não for completa, ainda que o desenvolvimento legislativo no momento não o contemple, referente ao credenciamento da parte indígena.

<sup>14</sup> B. CLAVERO, “Multiculturalismo constitucional, com perdão, de certo”, em *Revista Vasca de Estudios Internacionales*, núm. 47, 2002, págs. 35-62.

<sup>15</sup> Nas origens européias das práticas de cassação, das quais agora fazem uso também, com outros nomes, os tribunais constitucionais, adveio uma prática bem lógica da devolução que fora esquecida em prol da centralização de um poder de mediação entre lei e justiça e que seria conveniente recuperar em tempos de autonomias: Jean Louis Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1970-1799)*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987; Marta Lorente (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2007.*

<sup>16</sup> I. M. Chivi Vargas, *Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una «Ley de Deslinde Jurisdiccional»)*, La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009; “El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia”, em *Aporte DPLF* (Fundación para el Debido Proceso Legal), núm. 10, 2009, págs. 5-6. Para un debate, diversos autores, *Los Pueblos indígenas en las Cinco Leyes Fundamentales*, La Paz, Ibis-Fundación Tierra, 2010. Qualificam-se inequivocamente como *fundamentais*, pois para a Constituição não há hierarquia entre as leis, requeridas com maior urgência na Disposição Transitória Segunda constitucional: “A Assembleia Legislativa Plurinacional sancionará, no prazo máximo de cento e oitenta dias a partir de sua instalação, a Lei do Órgão Eleitoral Plurinacional, a Lei del Regime Eleitoral, a Lei do Órgão Judicial, a Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional e a Lei Marco de Autonomias e Descentralização”, prazo que foi cumprido. A Lei de Deslinde Jurisdiccional está prevista nos artigos 191.II.2 e 192.III, e foi também promulgada no fim do ano de 2010.

<sup>17</sup> Rafael ARCHONDO, «Investigando a los investigadores de cobertura: Los medios y su cerco a la Constituyente», em *T'inkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, núm. 23-24, 2008, págs. 229-234; Jéniffer GUACHALLA, «La opinión pública entre derechos indígenas y justicia comunitaria», em *Cuarto Intermedio*, núm. 93-94, 2010, págs. 22-37. Como exemplo recente de contribuição que assombra à desqualificação e ao assédio com referências degradatórias à *justiça andina*: H. C. F. MANSILLA, «¿Diferencias culturales incomparables o prácticas autoritarias indefendibles?», em *Sociedad y Discurso* (revista eletrônica da Universidad de Aalborg: <http://www.discurso.aau.dk>), núm. 11, 2007.

<sup>18</sup> B. CLAVERO, «Nota sobre el sistema de autonomías en la Constitución de Bolivia» e «Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia», em *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, págs. 187-199, e 89, 2010, págs. 195-217 (uma primeira versão do segundo ensaio, sob o título *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, diversos autores, *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, citado, págs. 97-108).

<sup>19</sup> Além de não ser esta, no momento, uma perspectiva assumida pelo desenvolvimento normativo da Constituição, trata-se de um extremo não elaborado, todavia, pelo constitucionalismo boliviano, salvo as reflexões de Idón Chivi que vêm citando-se, mas pode ver-se também alguma aproximação de índole ainda não estritamente constitucionalista: Herculiano Capusiri, *Justicia Comunitaria y su compatibilización con la Justicia Ordinaria en el Marco de la Nueva Constitución Política del Estado*, Cochabamba, Kipus, 2009. Convém acrescentar que, ainda no mesmo desenvolvimento normativo pretenda-se outra coisa (Ley del Régimen Electoral, art. 14: «Não se poderá submeter a referendo as seguintes matérias...de Leis Orgânicas e Leis Marco»), não existe no atual sistema constitucional boliviano a categoria de lei orgânica ou lei marco no sentido formal de categoria superior às leis ordinárias (Constituição, art. 410.II, na parte já citada), pelo que poder-se-ia corrigir o rumo do primeiro avanço da Constituição, que está permitindo este e outros retoques constitucionais, por novas leis ordinárias ou, precisamente, pela jurisprudência constitucional. Em seu campo de competência, a eventual legislação indígena deverá estar também sujeita ao controle de constitucionalidade, mas não à legislação ordinária do Estado ainda que se pretenda orgânica.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença 031/2010, sobre o Estatuto da Cataluña, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9873>, sobre a que convém ver os trabalhos reunidos nesta *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

<sup>21</sup> B. CLAVERO, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2008.

<sup>22</sup> De fato, para efeitos constituintes, a Bolívia está se convertendo em modelo não só para os povos indígenas das Américas, mas também fora dela. Recorde-se que em meados de março de 2009, foi feita uma visita oficial a Bolívia por uma delegação da Assembleia Constituinte de Nepal, como Estado entre cujas fronteiras existe uma variedade de povos indígenas, para ilustrar as possibilidades constitucionais exportáveis (<http://www.erbol.com.bo/noticia.php?identificador=2147483925601>).

<sup>23</sup> Todos os Estados desse caso hoje têm suas Constituições em dia, atualizadas, disponíveis na internet. A coleção mais fidedigna que conheço, mantida atualizada, é a da Universidad de Georgetown: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/constitutions.html>. As Convenções da OIT e suas ratificações podem ser acessadas no site oficial *Ilolex*: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>.

<sup>24</sup> A Constituição não ratifica tal incorporação explicitamente, mas o faz diretamente, registrando os respectivos direitos, e também indiretamente ao assimilar os tratados e outros instrumentos internacionais de direitos humanos aos quais a Bolívia haja aderido de alguma forma, precisamente para conferir-lhes um valor normativo supraconstitucional: “Os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos que tenham sido firmados, ratificados ou aos que o Estado tenha aderido, que declarem direitos mais favoráveis dos que os previstos pela Constituição aplicar-se-ão de maneira preferencial sobre esta” (art. 256.I). Outras referências constitucionais ao valor dos tratados são mais restritivas, inclusive no capítulo das faculdades interpretativas do TCP, mas esta é a disposição específica sobre instrumentos e não somente Pactos ou Convenções de direitos humanos.

<sup>25</sup> Corte Constitucional do Equador, Sentença 001/2010; o texto e meu comentário em <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5843>.

<sup>26</sup> Tribunal Constitucional do Peru, Sentença de 2009 em expediente de mandado de segurança 06316/2008; o texto e meu comentário em <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=6686>.

<sup>27</sup> Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-608/2010; o texto e meu comentário em <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7099>.

<sup>28</sup> Corte Constitucional da Guatemala, Sentença de 2009 em expediente de mandado de segurança 3878/2007; o texto e meu comentário em <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=5085>.

<sup>29</sup> A informação mais atenta e completa encontra-se no site do Centro de Políticas Públicas e Direito Indígena: <http://www.politicaspUBLICAS.net>.

<sup>30</sup> I. M. CHIVI VARGAS, “Justicia indígena y jurisdicción constitucional: Bolivia, 2003-2005”, em *Derechos Humanos y Acción Defensorial. Revista Especializada del Defensor del Pueblo en Bolivia*, núm. 1, 2006, págs. 45-71. Pode-se acessar os materiais daquele Tribunal: <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo>. A notícia das referidas sentenças chega agregando a *Árvore da Jurisprudência*; depois, *Direitos Fundamentais* e, finalmente, *Direitos coletivos ou dos povos*.

<sup>31</sup> Horacio ANDALUZ VEGACENTENO, “La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009”, em *Universitas* (revista da Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 120, 2010, págs. 17-59, em especial págs. 40-44.

<sup>32</sup> Pretendendo neutralizar o constitucionalismo plurinacional com a jurisprudência constitucional anterior e concretizando um cenário no qual não considera os direitos dos povos indígenas como tais: Fernando ESCOBAR PACHECO, *Jurisprudencia Constitucional en la nueva Constitución Política del Estado*, Sucre, Mi Jurisprudencia, 2009. A jurisdição indígena não estava incluída nos fundamentos daquela justiça constitucional: Roberto CORRALES, *Justicia constitucional en Bolivia hacia el fortalecimiento del régimen democrático*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala, 2003.

<sup>33</sup> Para problemática precedente já constitucionalmente sem proveito e insuficiente na Bolívia, ainda incentivando a fim de influenciar os processos constituintes boliviano e equatoriano ainda em curso, diversos autores, *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria ¿un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, en Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz e Quito, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.

<sup>34</sup> Organização Nacional Indígena da Colômbia (<http://www.onic.org.co>), *Propuesta de acción de los Pueblos Indígenas de Colombia frente al cumplimiento por parte del Gobierno Nacional de la Sentencia T-025 de 2004 y el Auto 008 de 2009 proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia*, maio de 2010, arquivo do autor.

<sup>35</sup> Carlos PARRA DUSSÁN, “Jurisprudencia relevante para la comunidad indígena en Colombia”, em C. PARRA DUSSÁN e Gloria AMPARO RODRÍGUEZ (eds.), *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, págs. 114-179; Frank Semper, “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latino-americano*, núm. 12, 2006, págs. 761-778; Libardo Ariza, *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, págs. 202-212. A linha jurisprudencial começa a formular-se cedo, ainda que não sem vacilos e altos e baixos, desde a Sentença de tutela 257/1993. O material jurisprudencial da Corte Constitucional da Colômbia está bem colacionado em seu site oficial: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

<sup>36</sup>Autores diversos, *Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control de constitucionalidad como mecanismo de protección de derechos humanos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009. Para a expressão, César RODRÍGUEZ GARAVITO e Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010, pág. 15. Para James ANAYA, atual Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, “A Constituição Política da Colômbia reconhece aos povos indígenas seus direitos coletivos e individuais. As sentenças da Corte Constitucional têm desenvolvido este marco constitucional e constituído uma jurisprudência exemplar no mundo” (*La situación de los pueblos indígenas en Colombia*, 2010, informe ao mencionado Conselho: <http://unsr.jamesanaya.org/PDFs/Colombia%20SP.pdf>, par. 7).

<sup>37</sup> Alejandro MANSILLA ARIAS, «El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia», em *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* (<http://www.uv.es/CEFD>), núm. 10, 2004, quarto artigo.

<sup>38</sup> <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4920>, edição da lei de 1890 em seu estado atual de vigência.

<sup>39</sup> Daniel BONILLA MALDONADO, *La Constitución multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre-Universidad de los Andes, 2006; B. CLAVERO, “Naciones en Colombia y por América entre Constitución, Concordato y Convenio (1810-2010)”, a publicar na *Revista de Historia del Derecho* argentina. Também posso remeter-me a meu comentário referido sobre diversas sentenças e processos da CCC: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/07/Genocidio-en-Colombia.pdf>.

<sup>40</sup> B. CLAVERO, “Derecho agrario entre Código francés, Costumbre aymara, Orden internacional y Constitución boliviana”, em *Geografía Jurídica de América Latina*, citado, segundo capítulo.

<sup>41</sup> Esther SÁNCHEZ BOTERO, *El Peritaje Antropológico: Justicia en Clave Cultural*, Bogotá, GTZ-Fiscalía General de la Nación, 2010.

<sup>42</sup> Paulo Bacca, “Las contra narrativas constitucionales en el seguimiento jurisprudencial de las jurisdicción especial indígena”, em *Pensamiento Jurídico*, núm. 22, *Antropología, derecho y política*, 2008, págs. 193-232.

<sup>43</sup> Víctor ABRAMOVICH e Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Lenio Luis STRECK, “La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales”, em *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16, 2005, págs. 241-270; Varun GAURI y Daniel M. BRINKS (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, New York, Cambridge University Press, 2008; Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

<sup>44</sup> B. SANTOS y M. GARCÍA VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, citado, primeiro volume; Manuel José CEPEDA ESPINOSA, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, em *Washington University Global Studies Law Review*, núm. 3, 2004, págs. 529-700; C. RODRÍGUEZ GARAVITO y D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado.

<sup>45</sup> De fato, representações indígenas participam das audiências de seguimento e execução da Sentença T-025 de 2004 sobre o deslocamento forçado a que se refere à *Proposta* citada, da Organização Nacional Indígena da Colômbia. C. RODRÍGUEZ GARAVITO e D. RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social*, citado, praticamente não prestam atenção a esta participação indígena. A preterição doutrinal é a usual: Fernando CASTILLO CADENA, “La incidencia de la acción de tutela en la implementación de políticas públicas”, em *Universitas* (revista da Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana de Colombia), núm. 119, 2009, págs. 35-54.

<sup>46</sup> Foro Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas, *Misión a Bolivia. Informe y Recomendaciones*, 2009, disponível em [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/UNPFII\\_Mission\\_Report\\_Bolivia\\_ES.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/UNPFII_Mission_Report_Bolivia_ES.pdf).

<sup>47</sup> Basta recordar os sérios desencontros pós-constitucionais que ocorreram com a APG e com a CIDOB, a Assembleia do Povo Guarani e a Confederação de Povos Indígenas (do Oriente) da Bolívia, cujas vicissitudes inclusive indígenas podem ser acompanhadas pelos meios digitais, não havendo necessidade de aprofundar neste ponto. As agências internacionais especializaram-se em desinformar até mesmo quando informam sobre estes assuntos. Para informação sobre os últimos acordos formais, <http://www.constituyentesoberana.org/3/noticias/indice-not-ac.html>, acessos de junho a agosto, 2010.

<sup>48</sup> No Informe ao Comitê das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação Racial, em sua primeira sessão de 2011 ([http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.BOL.17-20\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.BOL.17-20_sp.doc)), o próprio Governo boliviano reconhece a paralisação temporal da política de abolição da servidão com a peregrina justificação de que agora precisa do acordo da propriedade que se resiste: “*hace falta la voluntad de aquellos que detentan un interés particular sobre las tierras*” (par. 161).

<sup>49</sup> Nota das Tradutoras: Em alguns países latino-americanos, a divisão política dá-se em Departamentos, ao passo em que no sistema federativo brasileiro, dá-se em Estados.

<sup>50</sup> Sublinhando justamente, ainda que a seu pesar, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 46-49. Já vimos que é a Lei do Regime Eleitoral a que cumpre o intento de introduzir a categoria de “Leis Orgânicas e Leis Marco”, como também que já há publicações nas quais considera-se *Leis Fundamentais* as cinco leis de urgência. Só uma delas, a Lei Marco de Autonomias e Descentralização, não pode ser alterada por lei ordinária, a não ser que alcance a maioria qualificada necessária para aprovação da Lei Marco (art. 271.II constitucional), a qual, uma vez criada, precisa ser somada à Constituição, pode entender-se como garantia de estabilidade do enquadramento normativo dos Estatutos de Autonomia ordinários, que não é necessariamente, convém sempre ressaltar, o da autonomia dos povos indígenas.

<sup>51</sup> Foram publicadas atas da consulta: *Sistematización del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígena Originario Campesinos. Anteproyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, La Paz, Ministerio de Justicia-Programa de Fortalecimiento de Capacidades Institucionales de la Cooperación Suiza, 2010.

<sup>52</sup> Para alguns comentários, não só de minha autoria, sobre este processo com ligações à documentação principal do caso (Projeto e Lei de Deslinde Jurisdiccional, as cinco Leis de urgência, a Constituição...), <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8257> y <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=8283>.

<sup>53</sup> H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 28-36, para exposição que se atém em maior medida às primeiras frases do artigo 410.II: “A Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico boliviano e goza de primacia frente a outra qualquer disposição jurídica. O bloco de constitucionalidade está integrado pelos Tratados e Convenções Internacionais em matéria de Direitos Humanos as normas de Direito Comunitário, ratificados pelo país”, não percebendo, o já assinalado de que, segundo a própria Constituição (art. 256.Icitado), restam também incluídos os instrumentos não convencionais de direitos humanos, e ainda menos percebendo que entre esses, figura a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com o que os Estatutos de Autonomia puderam ser incorporados ao bloco de constitucionalidade, e não somente a Constituição. Incorporações que, considera, são as mais plausíveis da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a mais problemática do direito comunitário da Comunidade Andina. Em todo caso, o pronunciamento do 410.II não encerra a questão à luz da própria Constituição.

<sup>54</sup> Para a posição contrária, mais representativa da via adotada pela legislação de desenvolvimento da Constituição ainda indo bastante distante ao intentar reduzir o direito indígena a direito consuetudinário, H. ANDALUZ VEGACENTENO, *La organización jurídica del poder: El sistema de fuentes en la Constitución boliviana del 2009*, págs. 49-53. Advogado cruceño (de Santa Cruz), a posição de Horacio ANDALUZ aproxima-se substancialmente mais da contida no Estatuto de Autonomia do Departamento de Santa Cruz, cujos sérios desajustes com a Constituição estão pendentes de revisão departamental e de controle de constitucionalidade, do que a representada pela Constituição. Deveria levar a refletir que uma construção doutrinária sobre o sistema normativo possa sintonizar com a legislação de desenvolvimento constitucional para aproximar as posições do Estatuto de Santa Cruz, ainda guardando a discrição de não mencioná-lo. Convém recordar que o mesmo subordina os povos indígenas e bloqueia as possibilidades de emancipação de servidão e adjudicação de terras, abertas pela recondução comunitária da reforma agrária e a continuação pontencializadas pela Constituição. Em geral, por meio da doutrina jurídica e de outras publicações, inclusive oficiais, predominam as posições menos firmes frente aos novos imperativos constitucionais: *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, citado; Héctor ARCE, «La jurisdicción constitucional en Bolivia», em *Hacia la Construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, já também citado, págs. 85-96.

<sup>55</sup> Lei de Deslinde Jurisdiccional, artigo 4: “Os princípios supremos que regem a presente Lei são: [...] e) Diversidade Cultural. A diversidade cultural constitui a base essencial do Estado Plurinacional Comunitário. Todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas devem respeitar as diferentes identidades culturais. f) Interpretação Intercultural. No momento de administrar e distribuir justiça, as autoridades das distintas jurisdições reconhecidas constitucionalmente devem levar em conta as diferentes identidades culturais das nações e povos indígena originário campesinos. g) Pluralismo Jurídico Igualitário. Respeita-se e garante a coexistência, convivência e independência das diferentes jurisdições dentro do Estado Plurinacional da Bolívia em igualdade de hierarquia. h) Complementariedade e Reciprocidade. As jurisdições reconhecidas constitucionalmente são corresponsáveis de oferecer assistência e estabelecer mecanismos de coordenação e cooperação. i) Interculturalidade Jurídica. As diferentes jurisdições devem adotar práticas de convivência pacífica, com o fim de resolver os conflitos que apresentem-se no marco do pluralismo jurídico igualitário. j) Livre Determinação. As nações e povos indígena originário campesinos decidem e exercem suas próprias formas de governo promovendo, desenvolvendo e mantendo suas estruturas institucionais políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais. Possui caráter inalienável e gera obrigações para o Estado. k) Autonomia Jurisdiccional. No marco da igualdade hierárquica, a jurisdição indígena originário campesina goza de pleno respeito a sua independência, de

acordo com o estabelecido na Constituição Política do Estado e os instrumentos internacionais de Direitos Humanos. [...]”. Outra, como já sabemos, é a questão de que os princípios enfraqueçam no próprio corpo legal.

---

Artigo recebido em 31 de março de 2014 e aceito em 20 de fevereiro de 2015

---