

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005



REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

El derecho indígena hoy en América Latina

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas

Ricardo Colmenares Olívar*

Introducción

El derecho consuetudinario indígena, llamado también *derecho tradicional*, *derecho propio* o *costumbre jurídica*, fue reconocido expresa y formalmente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como un derecho colectivo de los pueblos originarios, asociado al derecho a la propia cultura, usos y costumbres, cosmovisión y valores, plasmados en el artículo 119 del Capítulo VIII del Título III dedicado a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Más específicamente, se dispuso como un elemento esencial de la *jurisdicción especial indígena* –como medio alternativo de justicia–, consagrado en el artículo 260, mediante el cual las autoridades legítimas de dichos pueblos y comunidades tienen (y siempre han tenido) la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (*hábitat*), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. En otras palabras, se reconoció algo que ya aplicaban los pueblos indígenas, es decir, la vigencia de sus normas consuetudinarias, autoridades legítimas y procedimientos.

Este paralelismo de sistemas es lo que se ha dado por llamar “*pluralismo jurídico*”, conocido también como “*pluralismo legal*”, que no es más que una categoría sociológica, y que nace en tanto coexistan dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio social¹. Esto implica que deberá dársele cabida a las instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar los conflictos.

* Jurista, Profesor e investigador en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Juez Titular de la Corte de Apelaciones del Estado Zulia, Venezuela.

¹ Peña Jumpa, Antonio. “Pluralismo Jurídico en el Perú”. En *Revista Desfaciendo Entuertos*. N° 3. Lima, Perú, 1994, p. 11.

Cabe destacar que el enfrentamiento entre las normas consuetudinarias indígenas con las del *sistema de justicia nacional* (“formal”), generan dos niveles de violencia de tipo individual, a saber: 1) La existencia de conductas prohibidas por el derecho positivo que para las culturas indígenas no constituyen delito; 2) Al existir doble normatividad, concurre para el indígena doble sanción, es decir, la que le impone el sistema positivo dominante y la impuesta por su grupo étnico².

Tal confrontación es lógica suponerla pues el Estado, concebido como un ente todopoderoso, cree ser el único que posee los mecanismos de control y equilibrio social para preservar su propio sistema; es por esta razón que todo agente social que no se incorpore al equilibrio hegemónico, es discriminado inmediatamente por la misma ley. Sin embargo, la existencia de los diferentes pueblos indígenas y demás grupos étnicos asentados a lo largo del territorio venezolano, como organizaciones sociales con elementos de autonomía, han permitido entender que sus normas consuetudinarias, como parte de su cultura, también producen derecho y, en consecuencia, control social dentro de su grupo.

El Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia realizado en noviembre de 2003 en la ciudad de Madrid y convocado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, identificó algunos factores que aún contribuyen a la discriminación de los pueblos indígenas en la administración de justicia, entre los que destacan: el creciente desequilibrio y desigualdad en sus derechos económicos, sociales y culturales, la falta de reconocimiento y protección de sus territorios ancestrales, el trato discriminatorio por parte de autoridades judiciales hacia miembros indígenas, la participación limitada o nula de indígenas dentro del sistema de justicia (abogados, jueces, fiscales, etc.), falta de servicios de traducción disponible en todas las fases del sistema de administración de justicia.

Por otro lado, con la finalidad de reforzar la visión intercultural y el carácter pluralista de la justicia, la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de la Asamblea Nacional impulsó la ratificación del “Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales” de la

² Colmenares Olívar, Ricardo. “Bases para la construcción de un Estado Pluricultural en Venezuela”. En Revista *FRÓNESIS*, N° 2, Año 1. Instituto de Filosofía del Derecho. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1994, p. 86.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)³, mediante el cual el Estado Venezolano se obliga a respetar las normas del derecho consuetudinario, instituciones y métodos de control social de los pueblos indígenas. Asimismo, impulsó la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (en adelante LOPCI-2005)⁴, que regulará todo lo concerniente a la aplicación del derecho indígena y su incidencia con la jurisdicción ordinaria, y que en su artículo 124 reconoce el "... Derecho Propio de los pueblos indígenas".

Siendo entonces el derecho consuetudinario indígena un derecho colectivo de aplicación inmediata por mandato del artículo 23 constitucional, este trabajo pretende esbozar su desarrollo legislativo y constitucional, a la luz de algunos criterios interculturales cónsonos con el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del nuevo orden constitucional, tomando en cuenta algunas pautas trazadas por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Igualmente, se intentará conformar un marco teórico sobre el tema en cuestión, que pueda contribuir en forma práctica y positivamente al proceso de compatibilidad entre el sistema de justicia nacional y los sistemas normativos indígenas, de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley orgánica que regirá la materia en estudio.

Antecedentes del derecho consuetudinario indígena en Venezuela

A muchos resulta exagerada y riesgosa la posibilidad de darle la potestad de administrar justicia a los dirigentes naturales sobre los miembros de una comunidad indígena. Sin embargo, ya la Recopilación de Indias, como cuerpo legislativo que pretendía atenuar los efectos de la conquista, permitió que los indios mantuvieran sus usos y costumbres para resolver sus problemas,

³ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre del 2001. Este convenio sustituyó al Convenio 107 de la OIT, que trataba igualmente sobre derechos de las Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en los Países Independientes (G. O. Extraordinaria No. 3.253, del 03-08-1983), el cual tenía una marcada tendencia *integracionista*. Dicho convenio fue ratificado por el gobierno venezolano en fecha 22 de mayo de 2002.

⁴ Fue sancionada en Segunda Discusión en fecha 8-12-2005; actualmente espera la aprobación definitiva para su posterior promulgación, conforme a lo pautado en los artículos 213 y 214 de la Constitución.

siempre que no fueran injustas en el trato con el blanco. En 1542, esta legislación ordenó al Tribunal o Audiencia de Indias lo siguiente: "... no den lugar a que en los pleitos entre indios, o con ellos, se hagan procesos ordinarios, ni hayan largas, como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos ...".

Esta *autonomía jurisdiccional* distinta a la jurisdicción ordinaria, había sido reconocida con anterioridad con la creación de la Ley de Misiones en 1915, seguida por su Reglamento de 121, mediante el *fuero eclesiástico* otorgado a los misioneros religiosos sobre los indígenas. Así tenemos que la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, según Dictamen N° 167-1, de fecha 14 de diciembre de 1962, dejó por sentado que las Misiones son "... organismos de carácter público que se presentan con autonomía funcional, realizando labores de civilización de indígenas"⁵, a quienes además se les dio poder de policía especial "... bajo las condiciones que juzguen convenientes"⁶. De igual modo, este mismo Organismo estableció que "... los indígenas no están sometidos a otra jurisdicción distinta de la del respectivo Superior o Vicario", afirmando que la "Misión está separada de toda otra jurisdicción distinta de la del Ejecutivo Nacional y, en consecuencia, sobre el indígena no tienen competencia, ni por la materia, ni por razón de la persona, los jueces ordinarios ni los especiales"⁷. En igual sentido se pronunció la Dirección de Justicia del Ministerio de Relaciones Interiores, cuando sostuvo lo siguiente: "Corresponde exclusivamente a la misión juzgar, con el altísimo sentido moral que el caso requiere, el grado de responsabilidad que pudiera presumirse en el indígena delincuente no civilizado y aplicarle las sanciones que estime adecuadas, ya que sería inadmisibles que un ser en estado primitivo fuese sometido a la jurisdicción penal ordinaria"⁸.

De manera pues, que la Ley de Misiones, hoy derogada implícitamente por las normas constitucionales, constituyó un

⁵ Armellada, F. Cesáreo de. *Fuero Indígena Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1977. p. 214.

⁶ *Ibíd.* p. 213.

⁷ *Ibíd.* p. 405. Véase también Dictamen N° CJMJ-175, del 30 de octubre de 1967.

⁸ Gabaldón Márquez, Joaquín. *Fuero Indígena Venezolano, Parte II*. Comisión Indigenista del Ministerio de Justicia. Caracas, 1954. p. 322.

verdadero retroceso en cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario, pues las autoridades naturales fueron sustituidas durante mucho tiempo por personas (religiosos y religiosas) que, si bien es cierto les movía un espíritu filantrópico y de rectitud moral, eran ajenas a sus prácticas sociales, costumbres y cosmovisión.

No obstante, queremos significar que se ha venido reconociendo implícitamente el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, a través de los múltiples arreglos levantados mediante actas por funcionarios de las Oficinas Regionales de Asuntos Indígenas del país, la Guardia Nacional y la Confederación de Indígenas de Venezuela, en los cuales por medio del diálogo de las partes involucradas en el conflicto, se ha puesto fin a innumerables casos por vía pacífica, sin mediar autoridad judicial alguna.

La constitución de 1999 y los derechos indígenas

En el Preámbulo del Texto Constitucional se declaró al Estado Venezolano como una nación *multiétnica, pluricultural y multilingüe*, reconociendo de manera expresa un capítulo que consagra los derechos *propios y vitales* de los distintos pueblos y comunidades indias, que garantizan su organización social y económica, sus culturas, usos y costumbres, así como sus idiomas y religiones, vale decir, su *identidad cultural* como pueblos. El Capítulo VIII denominado “De los Derechos de los Pueblos Indígenas”, se enmarca dentro del Título III intitulado “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, con lo cual no queda duda que fueron reconocidos como derechos fundamentales. Dicho capítulo consta de 8 artículos (119 al 126), y entre los derechos reconocidos están: 1) Derecho a mantener su propia organización social, política y económica, culturas, idiomas y religiones (artículo 119); 2) derecho a la propiedad de su *hábitat* y tierras ocupadas ancestralmente (artículo 119); 3) derecho al aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 120); 4) protección a la identidad y cultura indígena (artículo 121); 5) derecho a la educación intercultural y bilingüe (artículo 121); 6) derecho a la salud y reconocimiento a la medicina tradicional indígena (artículo 122); 7) derecho a la autonomía y autogestión (artículo 123); 8) derecho a la propiedad intelectual colectiva (artículo 124); 9) derecho a la participación política, acceso a la formación profesional y al trabajo (artículo 125). El artículo 126 está

la denominada “*cláusula de salvaguarda de la soberanía e integridad territorial*”.

El reconocimiento, respeto y aplicación de tales derechos colectivos aflora de manera inmediata y los mismos no están sujetos a la operatividad de normas reglamentarias futuras (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, por ejemplo), por aplicación del principio de *progresividad* de los derechos humanos consagrado en el artículo 19 del Texto Constitucional vigente, por lo cual nunca deben ser considerados como normas de contenido “programático”, tal como sucedía con la interpretación que se hacía de los derechos sociales y culturales reconocidos en la Constitución venezolana de 1961, pues sería un criterio violatorio de tales derechos. Así lo entendió la Sala Electoral del Máximo Tribunal de la República, en sentencia 51 de fecha 19-05-2000, cuando sostuvo lo siguiente:

Así pues, de acuerdo al Constitucionalismo moderno y considerando que la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) es un sistema de normas, conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría ser considerada como un documento político contentivo de programas, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieren operativos mediante el proceso legislativo; por tanto, considera esta Sala, que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable calificar de norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional.

De manera pues que, formalmente, la Constitución Nacional de 1999 saldó la deuda histórica y social que teníamos con nuestros pueblos originarios, y se coloca a nivel internacional en un peldaño bien alto en materia de derechos humanos indígenas.

Visión intercultural de los Principios Constitucionales

En atención al *principio de la supremacía* de la Constitución como fundamento de ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 7, todas las demás disposiciones legales deben ser interpretadas bajo el nuevo contexto intercultural, para garantizar el respeto de los derechos específicos y vitales de los pueblos

indígenas, en especial, cuando un miembro de dichas poblaciones se encuentra sometido a la jurisdicción ordinaria.

Así tenemos que el principio de *igualdad y no discriminación* de todos los ciudadanos ante la ley plasmado en el artículo 21 de la Carta Magna, debe ser interpretado a la luz de esta visión antropológica, pues los pueblos indígenas tienen una identidad cultural preexistente al Estado Venezolano. En este sentido, los miembros de los grupos indígenas, por ser personas humanas, tienen derecho a disfrutar de manera indiscutible de todos los derechos (individuales y colectivos) existentes en los textos internacionales de derechos humanos, por aplicación de los principios de igualdad y no discriminación⁹. Sin embargo, los indígenas poseen además una identidad étnica y cultural distinta de los demás habitantes de la República y, por ende, tienen derechos distintos al resto de los ciudadanos. Es lo que se ha denominado el *derecho a la diferenciación cultural*. Esto último no atenta contra el principio de igualdad sino que, por el contrario, intenta rescatar la identidad cultural de estos pueblos que fue sepultada durante siglos por el proceso de *aculturación* de grupos dominantes. Esta *discriminación positiva* fue plasmada en el numeral 2 del artículo 21 de nuestra Carta Política, cuando expresa: “La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

A este respecto, la Comisión Interamericana dejó sentado que aún cuando el tratamiento de las minorías (entendiendo así a los indígenas) se inspira en el principio de igualdad de todos los pueblos, se “...requiere una acción positiva: un servicio concreto ofrecido a un grupo minoritario...”¹⁰. De allí que la clave del principio de igualdad no radica en la no diferenciación, sino en la no discriminación, pues la primera es justificada y razonable mientras

⁹ Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993. p. 12.

¹⁰ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la situación de los Miskitos en Nicaragua, 1984.

que la segunda no lo es¹¹. De tal manera que los operadores de justicia no vulneran el principio de igualdad cuando consideran la condición indígena del procesado en sus decisiones.

En cuanto a la garantía del *debido proceso* consagrado en el artículo 49 del Texto Fundamental, podríamos acotar que debe exigirse una atención especial a los miembros de estos grupos, pues en la mayoría de los casos se trata de personas con condiciones socio-económicas precarias. Así tenemos que en un caso relativo a la muerte de un indígena *Macuxi* de Brasil, que fuera arrestado en forma discriminatoria, muriendo luego a raíz de malos tratos durante su detención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó el derecho a una justicia rápida y eficaz el cual debe ser garantizado por los Estados, condenando tales acciones policiales, a la vez que censuró la conducta del Estado en postergar indefinidamente el proceso criminal contra los responsables, proceso que llevaba casi diez años sin completarse con la consiguiente falta de indemnización a los familiares. Tales hechos los caracterizó como violatorios del Artículo 25 de la Convención Americana.

Por otra parte, la garantía del debido proceso abarca a su vez el derecho a un *intérprete* para aquellas personas que no hablen o no puedan comunicarse en el idioma castellano (numeral 3). A su vez, el artículo 9 de la actual Constitución reconoce las *lenguas* de los distintos pueblos indígenas como idiomas oficiales en las respectivas entidades federales y/o municipios indígenas donde se encuentren asentados estas culturas¹². A nuestro modo de ver, el respeto por la lengua de cada miembro indígena, como parte del derecho a la cultura, es el presupuesto básico de una defensa real y efectiva para los indígenas, que garantiza además su identidad cultural.

Este derecho fue expresamente reservado en el ordinal 4° del artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal a favor del imputado. En este mismo sentido, el artículo 133 del proyecto de LOPCI-2005 garantiza el uso de sus idiomas en todo proceso administrativo y judicial, estableciendo su irrenunciabilidad, señalando que "... los actos que hayan sido efectuados sin la

¹¹ Ídem.

¹² Artículo 9, C.R.B.V.: "El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad".

presencia del intérprete serán nulas”. No obstante, si un indígena acciona en juicio en el idioma castellano, no podrá pretender que el Tribunal esté en la obligación de colocarle un intérprete para la traducción de las actas al idioma indígena, tal como lo dejó sentando la Sala Constitucional en sentencia del 20 de diciembre de 2000 (Caso pueblo *Pemon* contra EDELCA), sin violar por ello el derecho a la defensa, pues en ese caso sostuvo que existía la presunción del dominio de la lengua castellana.

En cuanto al derecho a ser juzgado por sus *jueces naturales* consagrado en el ordinal 4° del artículo 49 del Texto Fundamental, también tiene sus tropiezos cuando los enfrentamos a la potestad jurisdiccional que tienen las autoridades naturales de los pueblos indios. En estricto sentido, dados los tres presupuestos establecidos en el artículo 260 de la Constitución, es decir, un hecho cometido entre miembros de una mismo pueblo o comunidad, dentro del mismo *hábitat* y bajo las normas tradicionales de ese mismo pueblo, podríamos aceptar que correspondería a las autoridades naturales indígenas la competencia para conocer y resolver ese conflicto, como jurisdicción especial reconocida constitucionalmente y no a la jurisdicción penal ordinaria.

El artículo 49, numeral 10 de la Constitución también garantiza al derecho a la *defensa* y la subsiguiente *asistencia jurídica* del procesado, lo cual implica la asistencia de un abogado público o privado que asuma la defensa técnica del caso durante el proceso. El artículo 132 del proyecto LOPCI-2005, establece al respecto lo siguiente: “A los fines de garantizar el derecho a la defensa de los indígenas, se crea la Defensa Pública Indígena, dentro del Sistema de Defensa Pública del Tribunal Supremo de Justicia, por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Para el nombramiento de defensores públicos de indígenas se exigirá que los mismos sean abogados y conozcan la cultura y derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Los defensores públicos de indígenas son competentes para ejercer la representación y defensa de los indígenas en toda materia y ante toda instancia administrativa y judicial, nacional e internacional”.

Por su parte, el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal garantiza la inviolabilidad del derecho a la *defensa* y a la *igualdad* en todo estado y grado del proceso. Es por ello que los indígenas tienen derecho irrenunciable de contar con una defensa profesional idónea.

Para tal efecto se creó el Área de Defensa Pública Indígena dentro de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, para el nombramiento de defensores públicos de indígenas¹³, teniendo en cuenta que los mismos conozcan la cultura (idiomas y costumbres) y los otros derechos propios de los indígenas.

Con relación a esta garantía procesal, podemos encontrar dos fallos muy interesantes de la Corte Constitucional de Colombia que asumen una posición de respeto a la diversidad étnica y cultural a favor de los pueblos indígenas. Uno es la Sentencia T-349/96 que se pronunció diciendo que el derecho a la defensa no existe para los indígenas como nosotros lo entendemos, pues “... no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente”, aceptando como sucedáneo el que sus parientes estuvieren presentes en el proceso. El segundo caso lo constituye la Sentencia T-523/97, mediante el cual la Corte Constitucional decidió que “los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad”¹⁴.

A nuestro juicio, los defensores públicos indígenas son competentes para actuar en defensa de los indígenas en todas las materias (penales, civiles, tributarias, etc.) ante cualquier instancia judicial y/o administrativa, pudiendo incluso tramitar los reclamos ante las instancias internacionales, vale decir, ante el sistema universal de Naciones Unidas como el sistema de protección interamericano de derechos humanos, de acuerdo al artículo 30 de la Carta Magna.

Por último, el artículo 121 del Proyecto de LOPCI-2001 establecía que en los procedimientos judiciales y administrativos en los que participen miembros de los pueblos indígenas, la autoridad judicial o administrativa respectiva, para mejor decidir, deberá contar con un informe pericial socio-antropológico o de la autoridad

¹³ El Tribunal Supremo de Justicia ha designado a varios defensores públicos “indígenas” para la defensa formal de indígenas dentro del proceso penal. Concretamente, en la ciudad de Maracaibo existen 9 defensores, sometidos a un plan de formación especial en el área indígena.

¹⁴ Cabedo Mallol, Vicente. “La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos”. En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

indígena correspondiente, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. El informe pericial será elaborado por el Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas o por un profesional idóneo.

La jurisdicción especial indígena en Venezuela

Aparte del capítulo de los derechos indígenas, existen otras disposiciones constitucionales que se vinculan estrechamente con tales derechos colectivos, como es el caso del artículo 260 de la Constitución Nacional, en el cual se reconoce por primera vez la *jurisdicción especial indígena* como mecanismo alternativo de justicia, en los siguientes términos: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

El establecimiento de este importante derecho colectivo posibilita a su vez un doble reconocimiento. En primer lugar, reconoce la *jurisdicción indígena especial*, es decir, la potestad pública ejercida por las autoridades indígenas legítimas de los distintos pueblos y comunidades indias, para ejercer funciones de justicia, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, con capacidad incluso de crear y modificar normas. La competencia que se les asigna a estas autoridades se extiende no sólo a la resolución de conflictos de orden criminal, sino también que puede ser aplicable a los asuntos laborales, mercantiles y civiles existentes entre los indígenas. En segundo lugar, reconoce además el uso del *derecho consuetudinario indígena* y sus propios procedimientos para resolver conflictos.

A este respecto, resulta interesante recordar la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando al analizar el alcance de normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se adelantó en señalar lo siguiente: “No existe obstáculo ni constitucional ni legal –con base en las solas disposiciones señaladas– para que la función jurisdiccional que realizan los tribunales pueda ser confiada a otros poderes u otros órganos estatales especialmente creados por mandato del Constituyente”¹⁵.

¹⁵ Gaceta Forense del 28-02-1985. Sala Político Administrativa, C.S.J., p. 713.

En principio, debemos entender que la potestad de administrar justicia de las *autoridades indígenas* tendría cabida plena dentro de las unidades político-territoriales, es decir, en los *hábitat* y/o Municipios Indígenas, sobre todo si el conflicto se plantea entre dos indígenas (integrados o no integrados) del mismo grupo étnico; no obstante, desde una perspectiva intercultural, se podrían ampliar estos límites, tal como se indicará más adelante.

Por otro lado, esta norma constitucional permite hablar propiamente de un *Estado pluricultural*, es decir, se reconoce de manera oficial a una sociedad que no es homogénea y que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos. Todo ello va a permitir que las normas estatales y las no formales "... convivan en armonía las formas de intersubjetividad y control social propias de humanos históricamente diferenciados del conglomerado estatal, como lo son por antonomasia las poblaciones indígenas"¹⁶.

Tal declaración se encuentra reforzada por la aprobación del ya referido Proyecto LOPCI-2005, por parte de la Asamblea Nacional e impulsada por la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de dicha Asamblea, que en su artículo 124 establece el Derecho Propio de dichas poblaciones: "El Estado reconoce el Derecho Propio de los pueblos indígenas, en virtud de lo cual tienen la potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su *hábitat* y tierras por sus autoridades legítimas y que sólo afecten a sus integrantes, de acuerdo a su cultura y necesidades sociales, siempre que no sea incompatible con los derechos humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, interculturalmente interpretados y con lo previsto en la presente Ley".

El reconocimiento expreso del derecho y la jurisdicción indígenas amplía y enriquece la noción de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 del Texto Fundamental venezolano, pues ello implica además la participación de nuevos actores sociales (los indígenas) dentro del sistema de administración de justicia, quienes aplicarán formas propias de resolución de conflictos, de acuerdo a su cosmovisión y patrones culturales. Así la justicia, como valor superior del ordenamiento

¹⁶ Peña J., Antonio. "Pluralismo Jurídico en el Perú". *Ob. cit.*, 1994, p. 11.

jurídico, alcanza su verdadera dimensión para cada indígena, pues la retribución concreta que espera del derecho (para nosotros “equidad” o justicia concreta) responderá de acuerdo a sus patrones culturales y no conforme a un derecho ajeno o de “terceros”. De esta manera, como afirma Binder, el sistema judicial se transforma en un verdadero espacio de lucha política, pues las decisiones tomadas por los distintos operadores de justicia afectarán indiscutiblemente “...al conjunto de la vida social”¹⁷.

Nótese además que se trata de una jurisdicción especial autónoma en sentido estricto, que se encuentra inserta dentro del Capítulo III del Título V, relativo al Poder Judicial y al Sistema de Justicia Nacional –al igual que la jurisdicción militar y la justicia de paz–, en el cual deben existir relaciones de coordinación y subordinación con el sistema de justicia nacional, tal como lo prescribe el mismo artículo 260 y por el principio de *supremacía constitucional* pautado en el artículo 7 del Texto Constitucional, debiendo además respetar el principio de la interdependencia y colaboración con los demás Poderes Públicos a los fines del Estado, conforme lo ordena el artículo 136 de la Constitución. Así debe entenderse por razones de integridad y soberanía nacional.

Por otra parte, la Constitución también estableció en el artículo 253 que el origen de la potestad de administrar justicia dentro de la República de Venezuela emana de los ciudadanos o ciudadanas, es decir, de todos los miembros del pueblo venezolano, incluyendo por supuesto, a los indígenas. Como parte del proyecto democrático, el artículo 62 Constitucional expresa: “La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo...”. De tal forma que el reconocimiento de la justicia indígena en el contexto constitucional está en perfecta armonía con el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas aprobado por unanimidad en la *Subcomisión de Prevención y Protección de las Minorías, Comisión de Derechos Humanos*, que en su artículo 33 expresa: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y

¹⁷ Binder, Alberto. “Entre la Democracia y la Exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”. Ediciones INECIP, Argentina. 2001. En: www.derechoysociedad.org

sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.

De la lectura del precepto constitucional comentado queda claro que en los casos de conflictos internos menos graves que produzcan un daño social leve, es decir, en hechos criminosos como lesiones, hurtos, etc., ocurridos en un *hábitat* determinado y donde intervengan miembros de un mismo grupo étnico, no existiría ninguna dificultad en la aplicación del derecho indígena, pues la competencia territorial estaría determinada por el espacio territorial del pueblo o comunidad indígena donde se ocurra el hecho, una vez que hayan sido demarcados por la ley especial. El problema se podría suscitar cuando se presenten hechos graves y complejos (homicidios, robos a mano armada, violación y otros), en los cuales estén involucrados indígenas (integrados o no) y ciudadanos no indígenas, que pudieran originar conflictos de competencia por razón de la materia, persona y del territorio con los tribunales ordinarios. De allí que urge la necesidad de iniciar y acelerar el proceso de *compatibilidad* y/o coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, tal como lo ordena el referido artículo 260 constitucional.

Por otra parte, la nueva constitución en su artículo 258, promueve el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros *medios alternativos* para la solución de conflictos, entre los cuales podemos perfectamente incluir el derecho consuetudinario indígena. Todo esto significa, y así lo ha entendido la doctrina, que no sólo las agencias estatales de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son fuentes legítimas y legales de producción de normas, sino también el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas¹⁸, capaz además de dirimir conflictos reales.

Componentes de la jurisdicción indígena

El alcance del artículo 260 constitucional requiere definir y delimitar los tres componentes de esta jurisdicción especial, tomando

¹⁸ Ramírez, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En “Justicia Penal y Comunidades Indígenas”. *Revista Pena y Estado* N° 4, Año 4. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 72.

en consideración el proyecto LOPCI-2005 y otros importantes proyectos de la región andina¹⁹. Así tenemos:

1. La autoridad indígena. La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el *Cacique* para los *Yukpas* y *Barí*, el *Capitán* para los *Kariñas* y el pueblo *Pemon*, el *Pütchipü'ü* o “palabrero guajiro” para los *Wayuu*, a modo de ejemplo. El artículo 111 del Proyecto de LOPCI-2001 usaba la siguiente definición: “Se considera autoridades indígenas legítimas a las personas, instancias colectivas o instituciones que cada pueblo o comunidad indígena establece y designa según sus propias reglas y para las funciones que dichos pueblos definen. Las autoridades indígenas tienen competencia para tomar decisiones sobre actos jurídicos y controversias de todo tipo”.

Por su parte, la experta E. Sánchez B., señala algunos perfiles que deben asumir las autoridades indígenas tradicionales, pues las mismas:

... son contemporáneas porque comparten los signos de los tiempos y están sometidas a influencias del mundo nacional e internacional, a principios éticos dictados a partir de lógicas distintas al peso de la historia y a consideraciones de utilidad y conveniencia. Pero también, las autoridades están sometidas a factores característicos de su actividad fija o temporal, definida por nacimiento o por elección, como por ejemplo, hábitos mentales, críticas de pares o de las comunidades mismas, y de la naturaleza del derecho propio que implica variación de las acciones según situaciones tipificadas en los casos: imparcialidad, coherencia y estabilidad²⁰.

Para ejercer la potestad jurisdiccional, es decir, la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y

¹⁹ Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas, Ecuador; el Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos y Comunidades Indígenas–Campesinas, Bolivia; y el Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas, Perú.

²⁰ Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel C. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Imprenta Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000. p. 68.

cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados²¹. En este sentido, de acuerdo al artículo 126 del proyecto LOPCI-2005, las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, con el fin de reestablecer el orden social dentro de su comunidad, teniendo las facultades expresas de “...conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y, la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos”.

En el artículo 3 del Proyecto de Ley Indígena de Ecuador se establece que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tienen carácter obligatorio para las partes que intervengan en los procesos (indígenas y no indígenas, personas naturales o colectivas), es decir, tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los demás órganos judiciales, causando incluso *cosa juzgada*, sin poder ser revisadas por otro órgano público, salvo los casos de violación de derechos humanos que serán conocidos por el Tribunal Constitucional. En igual sentido, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia establece: “El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario”. De similar redacción es el artículo 5 del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú.

Todo ello parece muy acertado y digno de incorporar a nuestro proyecto, por estar en plena consonancia con la facultad otorgada en el artículo 335 de la Carta Política a la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, máximo organismo jurisdiccional de la República a quien le compete la interpretación de la Constitución, garantizador además de la supremacía de los derechos, garantías y demás principios constitucionales²². De igual forma, el Tribunal

²¹ Ídem.

²² Artículo 335, C.R.B.V.: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Supremo deberá conocer de los conflictos de competencia que se susciten entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, de acuerdo a lo pautado en el numeral 7° del artículo 266 del mismo Texto Fundamental.

Por último, se debe resaltar que para asumir las funciones de autoridad indígena no se requiere ser abogado o un especialista indigenista; basta que sea miembro (a) respetado de un pueblo o comunidad integrado a sus costumbres, lengua y con los perfiles de líder natural capaz de solventar con equidad los problemas planteados por los demás miembros. Indudablemente que también se le debería exigir a este representante una conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural, o bien, haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas, tal como lo estableció el Constituyente en la Séptima Disposición Transitoria de la actual Constitución, para los efectos de la representación indígena en los órganos legislativos. Sin embargo, sería conveniente que en las universidades nacionales se promovieran programas sobre derechos humanos, antropología jurídica, pluralismo jurídico dirigidos a indígenas y no indígenas, a los fines de fomentar la comunicación intercultural y coadyuvar en la consolidación de los derechos indígenas.

2. El uso del derecho consuetudinario indígena. El segundo componente esencial de la jurisdicción indígena lo constituye el uso del derecho consuetudinario indígena, llamado también *derecho tradicional*, *costumbre jurídica* o simplemente *derecho indígena* para otros, que no es más que el conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social, como es el caso de los pueblos indígenas. Es tan esencial a los mismos que si se destierra se pierde su identidad como pueblo. Como bien afirma Rodolfo Stavenhagen, las prácticas sociales más significativas que conforman la cultura de los pueblos indígenas son las costumbres jurídicas propias: "... el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo... junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituyen un

elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad...”²³. A diferencia del derecho positivo, el derecho consuetudinario opera sin Estado, mientras que las normas del derecho positivo emanan de una autoridad política constituida y son ejecutadas por órganos del Estado²⁴. El artículo 125 del proyecto LOPCI–2005 define el derecho indígena como: “El Derecho Indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio y, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar y garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno”.

Si hacemos una retrospectiva histórico-cultural, podemos encontrar que el pueblo *Wayuu*, ubicado en la Península Guajira y que constituye el grupo étnico más numeroso del Venezuela, tiene unos dignos representantes de una verdadera justicia de paz: los *pütchipü’ü* (o “palabrereros guajiros”) de los diferentes grupos o clanes, que son grandes conocedores de sus costumbres y ritos, y que con su sabiduría han contribuido calladamente al restablecimiento del orden y la paz social de dicho pueblo, evitando actos de venganza inmediata. Este pueblo tiene su propio derecho consuetudinario reconocido históricamente y que viene a ser un conjunto de normas de tipo tradicional, no escritas ni codificadas que han sido transmitidas oralmente en el tiempo por los miembros de esta comunidad para luego ser compartidas y aplicadas por el grupo social. Se trata de la *ley wayüü* (o Ley Guajira) y su concepción de justicia criminal, cuyos principios se desarrollan de la siguiente manera: con la producción de un conflicto de tipo criminógeno (*pütchi*) que cause un daño material a una víctima (*asiruu*), nace el pago de una indemnización (*maiinnaa*), mediante una ley de compensación y cuya resolución pacífica se deja generalmente en manos de intermediarios. La ley guajira se respeta y se cumple a cabalidad sin necesidad de existir tribunales ni cárceles; en ella no

²³ Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En *Entre La Ley Y La Costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena En América Latina*, publicado por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México, 1990, p. 27.

²⁴ Ídem.

existe individualización de la pena y la sanción sólo tiene una repercusión patrimonial²⁵.

Siguiendo a Rodolfo Stavenhagen, se podrían enumerar algunas de los asuntos que forman parte del derecho consuetudinario y que podrían ser material de esa competencia, entre las cuales tenemos: a) Normas de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de los derechos y obligaciones de los miembros; d) distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.); e) transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción; g) manejo y control de la forma de solución de los conflictos y, h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena²⁶. Por su parte, Durand Alcántara clasifica el contenido del derecho indígena en los siguientes asuntos: a) Las que surgen de las relaciones de propiedad; b) las que se refieren al parentesco; c) las de tradición oral relativas a la socialización del grupo; d) las concernientes al acatamiento de las órdenes de las autoridades tradicionales y, e) las que se relacionan en la experiencia de gobierno indígena²⁷.

Se trata pues, de un derecho múltiple, complejo e histórico, siguiendo a Durand Alcántara, sometido a ciertos cambios por su carácter dinámico, y que se mantiene en el tiempo por la práctica reiterada de los miembros de una comunidad²⁸. No se debe pretender el establecimiento de un único procedimiento para resolver los conflictos entre indígenas, puesto que se atentaría justamente con el carácter oral, dinámico y flexible de las diversas prácticas indígenas, las cuales no requieren de papeles, medios de grabación y demás trámites administrativos.

²⁵ Colmenares Olívar, Ricardo. "Sistema de justicia penal formal y el derecho consuetudinario Wayuu". En *Revista Presencia Ecueménica*. N° 43. Caracas, Venezuela. Abril-julio. 1997. p. 6.

²⁶ Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina". *Ob. Cit.*, 1990. p. 31.

²⁷ Durand Alcántara, Carlos. "Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio". 1998. p. 275-277, citado por: Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Editorial de la UPV, Valencia, España, 2004. p. 43.

²⁸ Cabedo Mallol, Vicente. *Ob. Cit.*, 2004: p. 49.

Por último, es importante señalar que en el artículo 171 de la Constitución Política de Bolivia se reconoce el derecho consuetudinario indígena como una fuente formal de su derecho interno, con lo que puede constituir un precedente legislativo para considerar con el mismo carácter a las normas consuetudinarias indígenas en el orden interno venezolano.

3. El espacio territorial. El tercer elemento de la jurisdicción indígena lo constituye el *espacio territorial* donde se desarrollan culturalmente los pueblos y comunidades indígenas, hoy conocidos como *hábitat*. La nueva Carta Magna consagró de manera expresa en el artículo 119 el derecho a la *propiedad colectiva de las tierras* que ancestral y tradicionalmente han ocupado, con el subsiguiente derecho del aprovechamiento de los recursos naturales existentes en los *hábitat* donde se desarrollan como pueblos y/o comunidades. Por su parte, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas,²⁹ el *hábitat indígena* se define como: "...la totalidad del espacio ocupado y utilizado por los pueblos y comunidades indígenas, en el cual se desarrolla su vida física, cultural, espiritual, social, económica y política, que comprende las áreas de cultivo, pesca fluvial y marítima, recolección, pastoreo, asentamiento, caminos tradicionales, los caños y vías fluviales, lugares sagrados e históricos y otras necesarias para garantizar y desarrollar sus formas específicas de vida".

Tal elemento ha sido reconocido expresamente como un derecho colectivo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20 de diciembre de 2000:

En cuanto a los pueblos indígenas, es necesario reconocer además la existencia de un vínculo antiguo y esencial entre dichos pueblos y las tierras que tradicionalmente han habitado, así como su contribución al equilibrio ecológico y su interés en la conservación del ambiente. Se trata de un vínculo que forma parte de la cultura misma de los citados pueblos. De allí que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 119 constitucional, el Estado deba reconocer el *hábitat* de los pueblos y comunidades indígenas, así como sus derechos originarios sobre las tierras que ancestral y

²⁹ Publicada en la Gaceta Oficial No. 37.118, de fecha 12 de enero de 2001.

tradicionalmente ocupan, necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

El mismo artículo 119 del Texto Fundamental ordena delimitar tales áreas de tierras, mediante un proceso nacional de demarcación a cargo del Ejecutivo Nacional, con la consulta previa y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, tal como lo prevé el artículo 8 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras antes mencionada. Sin embargo, llama la atención que luego de cinco años de la promulgación de esta ley especial, aún no exista un acuerdo entre los entes oficiales involucrados en este proceso y los distintos pueblos indígenas para delimitar físicamente tales espacios, lo cual incide negativamente en la aplicación del derecho consuetudinario indígena, pues los jueces ordinarios se consideran competentes para conocer de los casos que se suscitan entre indígenas dentro de sus tierras ancestrales, bajo el pretexto de no existir tal demarcación.

Competencia de la jurisdicción indígena

Los problemas y demás conflictos que se susciten dentro del espacio territorial en el cual habitan los indígenas constituyen hechos y situaciones reales concretas, que deberán ser resueltos dentro de un marco procedimental establecido según las costumbres de cada pueblo o comunidad, la cual pudiéramos llamar “relación procesal”. Así, desde el punto de vista jurídico, las autoridades indígenas tienen la plena facultad de aplicar el derecho consuetudinario dentro de un espacio territorial (competencia): es decir, tienen la capacidad de administrar justicia. En este orden de ideas, el artículo 127 del Proyecto LOPCI-2005 considera tres tipos de competencias, a saber:

1. Competencia territorial. La jurisdicción indígena tiene competencia dentro del ámbito local territorial de cada pueblo o comunidad indígena, es decir, dentro del hábitat, que pudiera estar conformado como un municipio o parroquia indígena de acuerdo al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, previa solicitud de los pueblos y comunidades u organizaciones indígenas³⁰. También se prevé la competencia *extra-territorial*

³⁰ Publicada en Gaceta Oficial No. 38.204, del 08 de junio de 2005. El artículo 50 de la Ley dispone: “El Municipio indígena es la organización del régimen de gobierno y administración local, mediante la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial, tomando en cuenta la organización social, política y económica, cultural, usos y costumbres, idiomas

respecto de controversias surgidas fuera del ámbito territorial indígena, cuando las mismas sean entre indígenas que no revistan carácter penal y que no afecten derechos de terceros no-indígenas, y siempre que la jurisdicción indígena decida asumir dichas controversias. En este último caso deberá resolverse conforme a las normas, usos y costumbres indígenas.

2. Competencia Material. La jurisdicción indígena tiene competencia para conocer todo tipo de asuntos, civil o penal, independientemente del monto o la gravedad de los hechos que se susciten dentro de su ámbito o espacio territorial, de acuerdo a su derecho consuetudinario y cuando la misma decida asumir. Esto último implica que las autoridades indígenas pueden acordar remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria, tal como lo manifestaran algunos representantes del pueblo *Barí* en el Seminario sobre Derecho Consuetudinario Indígena, realizado en mayo de 2005 y organizado por la Universidad del Zulia. De igual modo, la jurisdicción indígena puede pedir la colaboración a la jurisdicción ordinaria y a la fuerza pública en los casos que considere necesario. Por supuesto, por razones de seguridad de Estado, la ley especial excluye de esta competencia material, a los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y, los crímenes internacionales como son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

3. Competencia Personal. En principio, el derecho consuetudinario indígena sólo sería aplicable a las personas indígenas que se encuentren en el respectivo *hábitat* delimitado, pero ¿qué sucedería con los no indígenas que se encuentren vinculados por lazos personales a miembros indígenas en ese mismo espacio territorial, compartiendo las costumbres de ese pueblo o comunidad? Piénsese, por ejemplo, el mestizo que tiene 20 años conviviendo con una mujer indígena, con hijos totalmente integrados a esa cultura. El parágrafo único del artículo 126 de LOPCI-2005 establece que

y religiones, a fin de establecer una administración municipal que garantice la participación protagónica en el marco de su desarrollo socio cultural. La organización municipal de los municipios indígenas será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local”.

“... se entenderá por integrante, toda persona indígena que forme parte de un pueblo y comunidad indígena. También se considera como integrante, toda persona no indígena incorporada por nexos familiares o por cualquier otro vínculo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma”.

A la luz del artículo 260 constitucional, las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas pueden aplicar el derecho consuetudinario a todos los “integrantes” que se encuentren dentro del *hábitat*, una vez que hayan sido demarcados dichos territorios por ley especial; es decir, el Constituyente no hizo distinción entre indígenas y no indígenas.

Proceso de coordinación entre la jurisdicción indígena y la nacional

En los procesos de coordinación o compatibilidad de sistemas se han encontrado dos niveles de conflictos de competencia. El problema aparece cuando se presentan hechos graves y complejos (homicidios, robos a mano armada, violación y otros), en los cuales estén involucrados indígenas (integrados o no) y no indígenas, y que pudieran originar conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria por razón de la materia, persona y del territorio. En el artículo 128 del proyecto LOPCI-2005 se encuentran previstas las siguientes situaciones:

Conflictos entre colectividades indígenas

Está claro que los conflictos y controversias que se originen dentro del ámbito territorial de los pueblos y comunidades indígenas, serán resueltos por sus propias autoridades conforme a su derecho consuetudinario, siempre que no se violenten los derechos fundamentales de la persona humana. De acuerdo a la jurisprudencia colombiana, entre los “*derechos mínimos aceptables*” se encuentran: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura³¹.

Principios que se manejan en este tipo de Conflictos

Conforme al artículo 128 del Proyecto LOPCI-2005, dentro de esta esfera se pueden manejar los siguientes principios:

³¹ Véase Sentencia T-349, del 8 de agosto de 1996, de la Corte Constitucional de Colombia.

1. Reserva de la jurisdicción indígena. Los actos jurídicos y las decisiones tomadas por las autoridades indígenas no son revisables por la jurisdicción ordinaria, salvo que atenten contra "... los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República". A nuestro juicio, por tratarse de derechos fundamentales (individuales y colectivos) en juego, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia siempre debería conocer de los conflictos planteados entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, de acuerdo a lo pautado en el numeral 7° del artículo 266 del mismo Texto Fundamental. Igualmente, la jurisdicción ordinaria no tiene competencia para recibir causas referidas a hechos realizados dentro del ámbito territorial del *hábitat* indígena, debiendo, en todo caso, someterlas a conocimiento de la jurisdicción especial indígena. Las decisiones tomadas por la jurisdicción ordinaria en casos que competan a la jurisdicción indígena son nulas y generan responsabilidad, debiendo devolverse el caso a la jurisdicción indígena.

2. Relaciones de coordinación. La jurisdicción indígena puede establecer relaciones de coordinación y colaboración con la jurisdicción ordinaria cuando lo considere necesario. La fuerza pública está obligada a brindar el apoyo requerido por la jurisdicción indígena para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.

Conflictos fuera de la colectividad indígena

En un segundo plano, nos encontramos los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas ocurridos fuera de su ámbito territorial, los cuales –en principio– son conocidos por las autoridades estatales competentes; es decir, en este punto conviene revisar las pautas que debe considerar el operador de la justicia ordinaria (juez, fiscal, defensor) al momento de juzgar a un indígena, de acuerdo a los principios constitucionales y normas procesales que rigen para el resto de los ciudadanos no indígenas.

Juzgamiento de los indígenas en la jurisdicción penal ordinaria

El vigente Código Orgánico Procesal Penal (COPP)³², no dio cabida dentro de sus normas al derecho consuetudinario indígena

³² Publicado en la Gaceta Oficial No. 5.208, de fecha 23 de enero de 1998 y entró en vigencia el 1° de julio de 1999. Sufrió una primera reforma el 25 de agosto

como mecanismo alternativo reconocido constitucionalmente, ni estableció procedimiento alguno de tratamiento especial para indígenas involucrados en hechos punibles. Tampoco previó disposiciones procesales para dirimir los posibles conflictos de competencia que pudieran suscitarse entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción especial indígena, tal como se sugirió en su oportunidad³³.

En armonía con el artículo 258 constitucional, el código penal adjetivo establece mecanismos alternos de resolución de conflictos que permiten reducir los costos administrativos de la justicia y el retardo procesal, promoviendo soluciones adecuadas a las necesidades de las partes involucradas en el proceso, aumentando además la tasa de cumplimiento voluntario. En este sentido, el nuevo sistema acusatorio introdujo los mecanismos alternos a la prosecución del proceso que promueven soluciones adecuadas a las necesidades de las partes involucradas en el litigio, aumentando la tasa de cumplimiento voluntario, tales como: el principio de *oportunidad* (artículo 37), los *acuerdos reparatorios* (artículo 40), la *suspensión condicional del proceso* (artículo 42) y el procedimiento especial de la *admisión de los hechos* (artículo 376). Sin embargo, la última reforma que sufriera el código procesal penal en noviembre de 2001 constituyó un retroceso, pues se prohibió la celebración de acuerdos reparatorios en los casos de homicidios culposos, con lo cual también se limitará el principio de compensación utilizado por la mayoría de las comunidades indígenas en la resolución de sus conflictos.

Resultaría interesante incluir una disposición en el código procesal penal que exprese que en los casos de delitos que afecten bienes jurídicos propios de los pueblos y comunidades indígenas o bienes personales de algunos de sus miembros, las partes –imputado y víctima– puedan resolver su conflicto de acuerdo al derecho consuetudinario, trayendo como consecuencia la declaratoria de la extinción de la acción penal por parte del órgano jurisdiccional

de 2000 (G. O. No. 37.022). La última reforma apareció publicada en G. O. Extraordinaria No. 5.558 de fecha 14 de noviembre de 2001.

³³ En julio de 1998, la Sección de Antropología Jurídica del Instituto de Filosofía del Derecho de La Universidad del Zulia, sugirió a la Comisión redactora del Proyecto lo siguiente: “El juez competente también tendrá en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y su modo de dirimir conflictos, como un modo de terminación del proceso”. No obstante su importancia, no se tomó en consideración.

competente, tal como lo prevé el artículo 40 del Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, en Argentina, sin excluir los casos de homicidios dolosos³⁴.

Por su parte, el artículo 136 del proyecto LOPCI-2005 prevé tres reglas fundamentales que deben ser consideradas al momento de juzgar a un indígena dentro de un proceso penal ordinario. Así tenemos:

1. “No se perseguirá penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y Derecho estos actos sean permitidos, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Al respecto, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional del Tribunal Supremo de Colombia ha sido ejemplo del reconocimiento del derecho indígena, dictando pautas de coordinación ante los posibles conflictos de competencia en materia penal que pudieran suscitarse entre la jurisdicción indígena y el derecho nacional. En estos casos, la Corte Constitucional insiste en tomar en cuenta tanto el fuero *personal* como el *territorial*, en cada caso concreto. Así expresó:

- a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada

³⁴ Artículo 40 del Anteproyecto: “Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de algunos de sus miembros, tanto el imputado como la víctima, o en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal. En estos casos cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o juez de paz en los casos en que este pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte”.

reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos³⁵.

Por lo tanto, esta emblemática sentencia puede servir de marco de referencia para el operador de justicia en su función de interpretar las situaciones fácticas que se le presentan, quien deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del autor del hecho y el grado de aislamiento o integración del indígena sometido a proceso, con relación a la cultura dominante, a los fines de declarar o no la competencia al fuero especial³⁶.

2. “Los jueces al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas y, decidir conforme a los principios de justicia y equidad. En todo caso, éstos procurarán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural”.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.), conocido hoy en Venezuela como la Ley No. 41³⁷, tiene varias normas que reconocen

³⁵ Sentencia T-496 de 1996. Tales pautas fueron confirmadas en sentencia T-344 del 9 de julio de 1998.

³⁶ Cabedo Mallol, Vicente. “La Jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, No. 35-36 y 37. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO), Valencia (España), 2000. p. 141-169.

³⁷ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre de 2001.

el derecho consuetudinario y repercuten de manera directa en el proceso de coordinación o compatibilidad de sistemas normativos, sobre todo en el ámbito penal. Así tenemos por ejemplo, el artículo 8.1 recomendó que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, se deberá tener en consideración el derecho consuetudinario de estas poblaciones. Por su parte, el artículo 8.2 consagra el derecho de los pueblos indígenas de “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”

Igualmente, el artículo 9.1 establece además la posibilidad de emplear métodos de control social propios de los pueblos en cuestión cuando sean sus miembros quienes cometan delito, como vía alterna a la función punitiva, pero siempre respetando los derechos humanos reconocidos en el orden interno e internacional. En materia penal, la disposición 9.2 ordena expresamente a las autoridades y tribunales a tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos. Finalmente, el artículo 10 expresa que en los casos de imposición de sanciones penales previstas en la ley, deberán tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros indígenas sometidos a su potestad jurisdiccional, dando preferencia a tipos de sanciones distintas a la del encarcelamiento, con lo cual incide en forma directa en el régimen penitenciario y en la fase de ejecución de sentencia. Esta última situación que prevé la aplicación de mecanismos alternos de cumplimiento de pena está en completa armonía con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución, que textualmente establece “En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria”, al igual que con el principio de la *progresividad* reconocido en el artículo 10 de la Ley de Régimen Penitenciario, el cual también impulsa a la adopción de medidas y fórmulas alternas de cumplimiento de penas más próximas a la libertad plena del penado. Claro está, es una norma constitucional aplicable a todo ciudadano, sea indígena o no.

De tal manera que este convenio, al ser ratificado por el gobierno venezolano, adquiere el rango de norma constitucional de obligatorio cumplimiento por parte de todos los órganos públicos del Estado, conforme lo ordena el artículo 23 de la vigente Constitución, por lo que su contenido debe ser tomado en cuenta en todos los casos de

interpretación intercultural que se hagan de las normas existentes, incluso en materia penal. Por último, la única limitación que impone el Convenio 169 al derecho indígena en cuanto que el ejercicio de esa potestad, es la no vulneración de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Venezuela.

3. “El Estado dispondrá en los establecimientos penales de los Estados con población indígena, de espacios especiales de reclusión para los indígenas, así como del personal con conocimientos en materia indígena para su atención”.

La Ley de Régimen Penitenciario de 1981, no estableció ninguna norma a favor del indígena ni establecimientos especiales para ellos, por el contrario, reafirma el *principio de igualdad y no discriminación* entre los penados (artículo 5). Por el contrario, el Reglamento de Internados Judiciales de 1975³⁸, sí contempló en el capítulo XII un conjunto de normas específicas sobre el trato *excepcional* que debe dársele a los indígenas. Así tenemos que se prevé un *dormitorio común* para los indígenas que observen buena conducta, tomando en cuenta que el patrón cultural de los mismos es diferente a la del resto de la población carcelaria (artículo 66).

En cuanto al *trabajo* dentro del establecimiento penitenciario, el Reglamento indica que el Director deberá colocarlos en un sitio amplio de los talleres para que puedan trabajar juntos; sin embargo, cuando algún indígena manifieste el deseo de ser incorporado a otra actividad laboral, se atenderá con preferencia a cualquier otra solicitud (artículo 67).

Respecto a las penas alternativas de prisión que pueden ser solicitadas en la fase de ejecución y condena del proceso, se establecerán preferentemente penas distintas al encarcelamiento y que permitan la reinserción de los indígenas a su medio socio-cultural. Es muy frecuente que los abogados de indígenas condenados en sede ordinaria penal, soliciten la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, atendiendo al Informe Psicotécnico que realiza la Dirección de Custodia y Rehabilitación del Recluso del Ministerio del Interior y Justicia, por tratarse de un convenio sobre derechos humanos específico de rango constitucional, de acuerdo al artículo 23 de la

³⁸ Gaceta Oficial N° 30.784, del 2-09-1975.

Constitución Nacional y de obligatoria aplicación en los casos en los cuales se vean involucrados miembros de dichos grupos culturales.

Por su parte, el Capítulo 12 del Reglamento de Internados Judiciales prevé un tratamiento especial de los indígenas detenidos dentro de estos establecimientos penitenciarios, ordenando espacios suficientes para sus talleres y previendo una educación que tenga en cuenta las características culturales particulares de cada pueblo indígena. Por lo tanto, urge la creación de centros y establecimientos especiales para indígenas condenados, que se encuentren localizados cerca de su pueblo o comunidad indígena y de su familia, a los fines de garantizar su identidad cultural.

El artículo 69 del Reglamento también prevé lo relativo a la *educación* de los indígenas, en consideración a sus características culturales especiales, es decir, se deberían aplicar las disposiciones que regulan la educación intercultural bilingüe para garantizar su identidad cultural y su lengua materna. Este Reglamento también dispone que las *visitas* de familiares y amigos de los indígenas se puedan efectuar en días distintos a los destinados para los demás internos, concediendo el mismo tiempo y las mismas facilidades que se les otorga al resto de los detenidos. De igual modo establece que los correctivos o *sanciones disciplinarias* se aplicarán a los indígenas en forma atenuada, luego de haber agotado la vía de la persuasión, procurando eliminar la irregularidad de su conducta, aunque en las cárceles no existe el personal especializado para atender estos casos.

Para finalizar, debemos significar que los indígenas pueden optar, en igualdad de condiciones, por los beneficios previstos en leyes especiales tales como la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, la Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, previstos en el código penal adjetivo, previa aprobación de la Junta de Conducta del Penal y de los estudios socio-antropológicos de cada uno de los internos, para garantizar sus especificidades culturales.

Fortalecimiento del derecho consuetudinario indígena en Venezuela y propuestas

Es indudable que la responsabilidad de resguardar el derecho consuetudinario indígena le corresponde al Estado venezolano, quien debe implementar políticas efectivas de protección y

promoción de este derecho colectivo, con la participación de representantes de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas. Los mecanismos más positivos que se han implementados son los siguientes:

Las decisiones judiciales

La jurisprudencia nacional ha sido escasa en esta materia. Así tenemos un precedente digno de destacar, constituido por la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público del Estado Amazonas, de fecha 28 de junio de 1996, es decir, antes de la Constitución de 1999, en la cual se decretaron *medidas precautelativas judiciales*, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con el Decreto 625 del 7 de diciembre de 1989 y los artículos 8, Ordinal 15, 59 y 60 de la Ley de Turismo (hoy vigentes), en protección del pueblo *Piaroa*, quienes ocupan el entorno ambiental de los ríos Autana, Guayapo, Cuao y Sipapo, denominado “Los Cuatro Ríos”. En dicha decisión interlocutoria se resaltó la interrelación entre el derecho consuetudinario y la visión cosmogónica que tienen los miembros del pueblo *Piaroa* del ecosistema, ordenándose lo siguiente:

Se prohíbe terminantemente realizar excursiones o visitas turísticas o de cualquier otro orden por ciudadanos nacionales o extranjeros, en las comunidades *Piaroas* y en sus áreas de cultos sagrados, sin la previa autorización de las Autoridades *Piaroas*, que conforman el consejo de ancianos, que constituye dentro del derecho consuetudinario indígena *Piaroa*, el ente jerárquico, cuyas deliberaciones tienen valor obligatorio para las Comunidades que agrupan, y pueden aprobar o desaprobado disposiciones que guarden relación con su religión, cultos milenarios, visitas turísticas, y en fin decidir el control sobre sus vidas y costumbres...

En el Estado Zulia, donde existen cinco pueblos indígenas culturalmente diferenciados (*Añú, Barí, Japrería, Wayuu y Yukpas*), los fallos han sido dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones. En el caso de una reclamación civil por daño moral y corporal derivado de un accidente de tránsito e intentada por ante un tribunal de instancia penal en funciones de control, en el cual se había desconocido la legitimidad de la demandante, madre del indígena Jesús Fernández, la Sala Tercera, en decisión No. 167 de fecha 16 de julio de 2003, reconoció el derecho consuetudinario que le asistía al ciudadano Marco Antonio Ramírez, *Pütchipü'ü* o mediador del

pueblo *Wayuu* y miembro de la Oficina Municipal de Asuntos Indígenas de la Frontera, sosteniendo que:

En relación al hecho de que el *Pütchipü'ü* o Mediador no es un funcionario o autoridad legítima reconocida por el ordenamiento jurídico venezolano, tenemos que en la comunidad zuliana constituye un hecho histórico público y notorio que este personaje ha servido de palabrero o mediador ante los problemas que se han presentado con los integrantes de la etnia *Wayuu* y esto no es por simple capricho, sino porque el *Pütchipü'ü* o Mediador es designado por la comunidad indígena para la búsqueda de la solución de los diferentes problemas que se les puedan presentar.

En este sentido, ha expresado Peña, (citado por Colmenares, R. 2002), refiriéndose al artículo 260 de la Constitución Venezolana que: “Esta norma constitucional permite hablar propiamente de un Estado pluricultural, es decir, se reconoce de manera oficial a una sociedad que no es homogénea y que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos. Este paralelismo de sistemas es lo que se ha dado por llamar ‘Pluralismo Jurídico’, conocido también como pluralismo legal, que no es más que una categoría sociológica y que nace en tanto que coexisten dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio social. Esto implica que deberá dársele cabida a las instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar sus propios conflictos”.

Omissis... Concluye Colmenares (2002), afirmando: “El Juez penal no indígena debe entender que las normas consuetudinarias son practicadas a conciencia por los indígenas y llegan a tener un carácter obligatorio entre ellos, justamente por la repetición de estos actos en el tiempo”.

El otro caso fue resuelto por la Sala Tercera, con ponencia de quien suscribe este trabajo. Tratándose de un indígena que en el mes de septiembre de 2004 invadió la hacienda “La Gran China” ubicada en las laderas de la Sierra de Perijá, Municipio Machiques del estado Zulia, por reclamo de sus tierras ancestrales pertenecientes a su comunidad, sometiendo por la fuerza a los propietarios (presunto robo agravado), el tribunal colegiado, en decisión interlocutoria dictada en fecha 14 de junio de 2005, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación del imputado, otorgando una medida cautelar sustitutiva de libertad a dicho indígena, sometiénolo a la custodia de miembros de su propia comunidad, como medida alterna menos gravosa al presunto imputado. No obstante, el hecho de no estar

aprobada para la fecha la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas que establecerá los parámetros sobre la jurisdicción especial indígena, impidió la aplicación de otros mecanismos alternos a la prosecución del proceso penal acusatorio.

Programas de formación sobre derecho indígena

El artículo 130 del proyecto LOPCI-2005 prevé la coordinación de programas o proyectos de capacitación y formación en el pluralismo legal, dirigidos a las autoridades legítimas indígenas y a los operadores de justicia, para facilitar la aplicación del Derecho Indígena y la coordinación con la Jurisdicción Ordinaria. Asimismo, el Estado se propone "... la enseñanza del Derecho y carreras afines, las instituciones educativas y de formación judicial, de conformidad con las normas aplicables, incorporarán materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y el Derecho Indígena". En este sentido, la Sección de Antropología Jurídica del Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (LUZ), de la cual formo parte, ha desempeñado un papel importante en la consolidación del derecho consuetudinario indígena. El 16 y 17 de mayo de 1996, se celebró en la ciudad de Maracaibo el *Primer Seminario sobre Derecho Consuetudinario Wayuu*³⁹, organizado por nuestra sección; partiendo del análisis de los principios culturales, lingüísticos, ideológicos, filosóficos, religiosos, éticos y cosmogónicos que rigen el derecho consuetudinario *Wayuu*, relativos a la resolución de conflictos, el seminario se orientó hacia la necesidad de reflexionar y establecer criterios teóricos concretos que sirvieran de base para las reformas constitucionales y legales requeridas en el país.

Asimismo, en el mes de mayo de 2005, se organizó el Primer Seminario sobre Derecho Consuetudinario Indígena, con la modalidad de tener como conferencistas a dirigentes pertenecientes a los cinco pueblos indígenas del estado Zulia: *Añú, Barí, Japrería,*

³⁹ Este evento formó parte del proyecto de investigación No. 1939-95, intitulado "Aporte ideológico de la cultura *Wayuu* al Derecho Penal moderno", financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de LUZ. Dicho Proyecto tuvo como objetivo principal, analizar el contenido ideológico y cultural de las normas de Derecho Consuetudinario *Wayuu* (Ley Guajira) relativas a la resolución de conflictos, que pudieran incidir positivamente en la justicia penal venezolana, estableciendo fórmulas que permitan la pacificación a nivel criminológico y que conllevaran formas de compensación y restitución frente a la víctima (indígena o no indígena), generando a su vez una resistencia a la violencia producida por la restricción de libertad impuesta por las instancias formales (tribunales).

Wayuu y *Yukpa*. El objetivo principal de este evento fue conocer las formas propias de resolución de conflictos de dichos pueblos y el control social punitivo aplicable a sus miembros. Los asistentes conocieron los parámetros que regirán los conflictos de competencias entre la jurisdicción especial y la nacional. Esta actividad permitió medir el grado de asimilación de algunas comunidades al sistema jurídico nacional. A dicho evento asistieron aproximadamente 200 dirigentes indígenas de toda la región zuliana.

La experiencia anterior puede aplicarse en otros espacios territoriales venezolanos con presencia de pueblos y comunidades indígenas (Amazonas, Apure, Bolívar, Delta Amacuro y otros), por lo que se presentaron dos proyectos a la Escuela Nacional de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia: un curso de capacitación dirigido a los operadores de justicia, incorporando materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y Derecho Indígena; el otro proyecto se trata de un seminario sobre proceso de compatibilidad de sistemas, a realizarse en las distintas regiones con grupos indígenas, en la cual participarán en forma directa los máximos dirigentes de nuestros pueblos originarios. De esta manera se podrá consolidar una justicia auténticamente participativa y pluralista en Venezuela.

Bibliografía

Alberto Binder. *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*. Ediciones INECIP, Argentina. 2001. En: www.derechoysociedad.org

Armellada, F. Cesáreo de. *Fuero indígena venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1977.

Buoaventura De Sousa Santos. “Una concepción multicultural de los Derechos Humanos”. *Revista Memoria*. N° 101. México, 1997.

Vicente Cabedo Mallol. “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Editorial de la UPV, Valencia, España, 2004.

.... “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción*

Comunal, No. 35–36 y 37. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO), Valencia, 2000.

.... “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

Colmenares Olívar, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

.... “Sistema de justicia penal formal y el derecho consuetudinario Wayuu”. *Revista Presencia Ecuémica*. N° 43. Caracas, Venezuela. Abril–julio. 1997.

Gabaldón Márquez, Joaquín. *Fuero indígena venezolano, Parte II*. Comisión Indigenista del Ministerio de Justicia. Caracas, 1954.

Peña Jumpa, Antonio. “Pluralismo jurídico en el Perú”. *Revista Deshaciendo Entuertos* No. 3. Lima, Perú, 1994.

Ramírez, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En “Justicia Penal y Comunidades Indígenas”. *Revista Pena y Estado* N° 4, Año 4. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1999.

Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel C. *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Imprenta Nacional de Colombia, 2000.

Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, publicado por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México 1990.

Raquel Yrigoyen Fajardo. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Documentos

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la situación de los Miskitos en Nicaragua, 1984.

Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993.

Proyecto Político de la CONAIE. Quito, Ecuador, Consejo de Gobierno, 1994.

Leyes y proyectos

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

Código Orgánico Procesal Penal, 2001.

Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, 2001.

Proyecto de Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas, Ecuador.

Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas–Campesinas, Bolivia.

Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas “LOPCI”, Venezuela, 2005.

Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 2005.

Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, en Argentina.