

# **El derecho consuetudinario indígena en centro y sur américa: El caso Venezuela**

## **Resumen**

El Derecho Consuetudinario Indígena, conocido también en otras legislaciones como Derecho Indígena o Derecho Propio, constituye una manifestación específica de la autonomía política y social que reclaman los pueblos indígenas de algunos países de América Latina, con la finalidad de resolver los conflictos entre sus miembros de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Al hacer un recorrido por los avances constitucionales y normativos de este derecho, y observar el impacto que supone la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el orden interno de las naciones, se perfila como un elemento esencial que trastoca las disfunciones del derecho estatal y fortalece la participación de estos actores indígenas en los sistemas democráticos.

Common law indigenous rights, known in other legal jurisdictions as Indigenous Rights or natural rights, constitute a specific manifestation of the political and social autonomy claimed by indigenous populations in certain countries in Latin America, for the purpose of resolving conflicts between the same according to their customs and traditions. In a review of constitutional and normative advances in this area, one observes the impact that the ratification of this agreement (Covenant 169 of the International Labor Organization, OIT) will have in the internal legal process in each nation, and it is seen to be an element that touches upon the malfunctions of states rights, and strengthens the participation of indigenous actors in democratic systems.

## **Introducción**

El establecimiento y continuo progreso de los derechos colectivos indígenas dentro de las constituciones de los países de América Central y del Sur, y su posterior desarrollo e implementación legal, se debe fundamentalmente a la constante y tenaz lucha del movimiento indígena en cada espacio geopolítico por alterar las condiciones de injusticia, discriminación y opresión a las que se han visto sometidos desde hace siglos. Como resultado de la presencia indiscutible de los pobladores autóctonos en estas regiones, los pueblos indígenas se dieron cuenta del enorme potencial que tienen como miembros activos de las sociedades a las que pertenecen; su meta no es volver al mundo que vivieron sus antepasados prehispánicos ni tampoco buscan la independencia o la formación de nuevos Estados, sino integrarse a la vida de sus respectivos países en condiciones de igualdad y justicia, sin dejar por ello de ser indígenas.

En segundo lugar, el desarrollo de estos derechos también se debe a la influencia de la normativa internacional de derechos humanos en las cartas fundamentales de los países, en especial con el

enfoque multicultural de los derechos colectivos o de grupos. Nace así la noción del Estado Multiétnico y Pluricultural, el cual no implica que cada pueblo deba desarrollar su propio estado, sino de lo que se trata es de cambiar la idea de un Estado cultural y socialmente homogéneo por un nuevo modelo político que acepte su realidad social y reconozca la existencia de sus diversas realidades socioculturales. Así tenemos que en América Latina se han realizado profundas reformas constitucionales, tales como: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). En menor rango y profundidad se ubican las reformas de Costa Rica (1977), México (1992), Panamá (1972, revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998) y, en el caso de Chile, se emitió una ley sin reforma constitucional (1993). En todas estas reformas se reconoce –con distintos matices– la naturaleza pluricultural de sus naciones y una mayor garantía y fortalecimiento de la identidad cultural de cada pueblo indígena.

A este reconocimiento constitucional, se unió el esfuerzo de varios países del hemisferio americano en ratificar el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), el cual constituye –a nuestro modo de ver– el instrumento internacional más importante y avanzado en cuanto a reconocimiento de derechos colectivos. Por otro lado, el sistema internacional de protección de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), conformado por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han convertido en auténticas instancias de transformación de la realidad social, histórica, económica y cultural de los pueblos indígenas del hemisferio, mediante sus potestades (expedición de medidas cautelares y provisionales, visitas in loco en los países miembros, informes especiales) y atribuciones jurisdiccionales propias (opiniones consultivas y sentencias), respectivamente, contribuyendo eficazmente a la protección, consolidación y vigencia de los derechos vitales de estos grupos sociales, a través de la aplicación oportuna de criterios interculturales, creando en muchos casos las condiciones necesarias para avanzar hacia el establecimiento de una justicia social acorde al pluralismo cultural de la región y de un nuevo orden de relaciones entre los pueblos indígenas y los distintos Gobiernos. Así, el 26 de febrero de 1997, la Comisión Interamericana dio un paso importante al aprobar un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que había sido acordado desde el 18 de noviembre de 1989 y cuya discusión está en proceso.

Por supuesto, no podemos dejar de mencionar la importante labor de vigilancia y defensa de los derechos indígenas que está desempeñando la institución del Ombudsman -Defensor del Pueblo o Procurador de Derechos Humanos, como también se le conoce-, en los 23 países de América Latina y el Caribe, mejorando notablemente el acceso de los pueblos indígenas a la justicia y reportándose un aumento constante del número de casos atendidos, tal como lo refiere un proyecto sobre la institución del Ombudsman presentado por el Instituto Interamericano de Derecho Humanos (Castañeda, 2005).

No obstante los progresos mencionados, un reciente estudio sobre la situación de pobreza de los pueblos indígenas en América Latina realizada por expertos del Banco Mundial, señala que la misma ha sido particularmente severa y profunda durante la última década, proclamada por las Naciones Unidas en 1994 como la Década Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo: “A pesar de que los pueblos indígenas de la región han aumentado su poder político y representación durante la última década, esto no se ha traducido en los resultados positivos -en términos de reducción de la pobreza- que hubiésemos esperado encontrar cuando comenzamos con esta investigación” (Hall y Patrinos, 1994-2004). Igualmente, el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia realizado en la ciudad de Madrid (noviembre, 2003) y convocado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, identificó algunos factores que aún contribuyen a la discriminación de 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.), y la falta de servicios de traducción disponible en todas las fases del sistema de administración de justicia.

Por ello, las demandas colectivas más destacadas en los distintos países se enmarcan en tres áreas específicas, cuales son: primero, la petición y demarcación de territorios y tierras ocupadas ancestralmente, con el subsiguiente derecho a los recursos naturales; el reconocimiento del derecho consuetudinario, en especial las formas propias de resolver sus conflictos y, en tercer lugar, la lucha por la participación activa de los actores indígenas en las distintas esferas del quehacer público y la toma de decisiones en los diferentes proyectos de desarrollo, como expresión auténtica de la autonomía. En este sentido, la experta mexicana M. Gómez expresa:

“Pueblo, territorio y soberanía dice la teoría del Estado son los elementos que le son propios. Pueblos, territorios y autonomía son los ejes de la demanda indígena. No es casual esta aparente dicotomía si recordamos el origen histórico, la virtual precedencia de estos pueblos hoy llamados indígenas respecto a la constitución misma de los Estados nacionales” (Gómez, 2000).

Para esta autora, la definición conceptual del derecho indígena, es decir, la capacidad que tienen los pueblos indígenas para aplicar sus propias normas de control social incluye: el sujeto de derecho, la soberanía y la autonomía, así como la territorialidad. Lo cierto es que para que las autoridades indígenas puedan ejercer de manera autónoma sus funciones de administrar justicia a los demás miembros de la comunidad, requieren de un espacio territorial (hábitat), pues no se puede ejercer control y autoridad (jurisdicción), sino existe plenamente demarcada un área o espacio natural donde aplicarlo (competencia). Ambas son demandas políticas que buscan mejorar el desarrollo de las naciones originarias. A este respecto se refiere D. Iturralde cuando señala: “La autonomía es un concepto ligado al de control territorial en su acepción más amplia de espacio de reproducción social y cultural,...una manera de compartir el ejercicio de la soberanía para todos

los procesos que en él tienen lugar: como son la instalación de sistemas de autoridad, la administración de justicia...” (Iturralde, 1991: 133).

El último país en Latinoamérica en cambiar estructural e ideológicamente su constitución fue Venezuela, el cual constituye un emblemático caso de reconocimiento formal de estos derechos colectivos a favor de las poblaciones indígenas, al reconocer un capítulo expreso relativo a los derechos propios y vitales, junto a otros derechos colectivos reconocidos colateralmente en otras disposiciones constitucionales. En la actualidad se realizan esfuerzos a nivel legislativo y jurisprudencial en el proceso de consolidación real y vigencia de tales derechos, hacia una forma de Estado democrático del nuevo siglo, más justo, participativo e incluyente, que reconozca a los actores sociales olvidados de la historia.

Por tales razones, el presente trabajo tiene como objetivo dar una visión de los avances que ha experimentado el derecho propio –como derecho colectivo- de los pueblos indígenas, por ser un concepto que envuelve el de autonomía y territorio, tanto en Centro América como el América del Sur, con énfasis en la situación de Venezuela, identificando los factores que han incidido en su consolidación, para así medir las posibilidades de cambio de este nuevo paradigma dentro de los sistemas democráticos existentes, que contribuyan al desarrollo armónico de los pueblos y comunidades indígenas dentro de los Estados.

## **1. La fuerza del movimiento indígena en América**

Es indudable que el primer factor que impulsó el reconocimiento y posterior establecimiento de los derechos colectivos indígenas fue el accionar histórico de miles de originarios del hemisferio, con una clara ideología de lucha por sus derechos propios, específicos y vitales, quienes se fueron organizando en redes políticas y sociales sofisticadas en cada país, interconectados con fuertes organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales establecidas alrededor del mundo para lograr sus propósitos, cuestionando de esta manera la legitimación “democrática” de los estados-nación existentes.

Así lo demostró en 1994 el movimiento insurgente indígena de Chiapas (México), que se organizó como un ejército denominado Frente Zapatista por la Liberación Nacional (F.Z.L.N.), el cual presentó un pliego de peticiones al gobierno del entonces Presidente Salinas de Gortari, entre las cuales figuraban la solución al problema agrario por el acceso a las tierras, el autogobierno y el mejoramiento de la infraestructura de las comunidades indígenas. Todo ello como reacción a la política neoliberal que se deseaba imponer a través del Tratado de Libre Comercio y que apostaba por la integración del país azteca “...al circuito productor y consumidor de la economía norteamericana” (Diario Panorama, 1998: 4-1), sin tomar en cuenta los derechos de los diez millones de indígenas diseminados en los diversos estados de la Unión. Después de las tensiones del 22 de diciembre de 1997, como consecuencia de la muerte de 45 indígenas mayas de la población de Acteal por parte de grupos paramilitares, el presidente de México Ernesto Zedillo

firmó el Pacto de Desarrollo en Chiapas, sobre la base de una verdadera justicia social que pretende garantizar las demandas específicas de estos pueblos (Diario La Columna, 1988: 9).

Otro reto trascendente lo constituyó la lucha por la autonomía de los pueblos mayas en Guatemala, quienes se incorporaron a la guerrilla guatemalteca en la década de los ochenta y lograron en el periodo 1995-1996 el “Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas”, el cual garantizó formalmente el derecho a sus tierras, el uso de la lengua en las zonas mayahablantes, el uso del traje, el respeto de sus costumbres milenarias y el uso del derecho consuetudinario por encima del derecho positivo nacional (Gray, Andrew, 1996: 73).

En Ecuador, el movimiento indígena se encuentra representado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), realizó marchas, programas políticos, discusión con todos los sectores sociales y estructuración de organizaciones más amplias como el Movimiento Político Pachakutik-Nuevo País, el cual realizó una fuerte campaña para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente en 1997 con el propósito de establecer una nueva Constitución que reconociera los derechos de los pueblos indígenas.

Por su parte, los líderes indígenas de Venezuela vieron la oportunidad de insertar sus aspiraciones dentro de la estructura constitucional, ante la expectativa del nacimiento de una nueva República, mediante el establecimiento de principios de convivencia política, religiosa, jurídica, económica, plural y solidaria. Como estrategia inicial, el 20 de marzo de 1998, los dirigentes indígenas se habían reunido con el actual Presidente Hugo Chávez y firmaron un compromiso en el cual se les garantizaba saldar la deuda histórica que tenía la República para con ellos (Mansutti, 2000: 3). De esta manera, el 10 de marzo de 1999 se establecieron las reglas que regirían la convocatoria para la Asamblea Constituyente, y no fue sino hasta el 24 de marzo del mismo año, cuando el Consejo Nacional Electoral (CNE) definió el modo de participación indígena dentro del proceso constituyente [\[1\]](#). Paralelo a estos incidentes, en el Estado Bolívar se realizaba el Congreso Extraordinario de los Pueblos Indígenas de Venezuela durante los días 22 al 25 de marzo de 1999, convocado por el Consejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE) y las principales organizaciones regionales de base del país, como lo son la Federación de Indígenas del Estado Bolívar (FIB), la Organización Indígena de la Cuenca del Caura (KUYUJANI), la Organización Regional de los Pueblos Indígenas de Amazonas (ORPIA) y la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Zulia (ORPIZ), y al cual asistieron 300 delegados electos en todo el país. Los fines de este Congreso fueron la elaboración de propuestas para la nueva constitución y la elección de los representantes indígenas a la Asamblea Nacional Constituyente (Véase Mansutti, 1999: 135-150).

Más recientemente, la participación activa de la dirigencia del movimiento indígena quedó evidenciada con la proclamación del líder aymará Evo Morales, como máxima autoridad de Bolivia, el país con más población indígena de América, acontecida el día 22 de enero de 2006, luego que los grupos indígenas convocados por la Central Obrera Boliviana (COB) movilizaran a los sectores combativos, mediante bloqueos de rutas y protestas en las calles, exigiendo la nacionalización inmediata de los hidrocarburos -en especial, la protección del gas natural-, y la expulsión de las multinacionales petroleras, que a su criterio “saqueaban” al país mediante leyes aprobadas por el

parlamento boliviano [2]. En su discurso, luego de juramentado por el Congreso y dar gracias a los movimientos populares e indígenas de Bolivia y de América, manifestó:

“Queremos tener relaciones con todo el mundo y profundizarlas para resolver los problemas en democracia...Los pueblos indígenas, que son mayoría de la población boliviana, el 62%, hemos sido condenados, humillados (...) y nunca reconocidos como seres humanos, siendo dueños absolutos de esta tierra...; estamos acá para decir que llegamos al poder (...), para acabar con la injusticia la desigualdad, la opresión a la que hemos sido sometidos” (Diario Panorama, 2006: 2-10).

De allí que los gobiernos latinoamericanos ven al movimiento indígena como un problema más para sus economías estancadas, quienes además tienen que responder a las demandas de las otras organizaciones sociales ya establecidas, como lo son las fuerzas militares, la iglesia, los partidos políticos y otras instituciones.

## **2. El convenio 169 de la OIT y su repercusión en el orden interno de los países**

La mayoría de los países latinoamericanos ha ratificado el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) [3] el cual sustituyó al Convenio 107 de la OIT (1957), que trataba igualmente sobre derechos de las Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en los Países Independientes, con una marcada tendencia integracionista. No obstante, desde 1989 la Sala Constitucional de Costa Rica ha venido recociendo jurisprudencialmente diversos derechos indígenas, a los cuales les ha dado rango constitucional, en especial al reconocer la vigencia del Convenio 169 de la OIT, como norma aplicable en ese país [4]. Por su parte, el gobierno venezolano ratificó este convenio el 22 de mayo de 2002, conocida como la Ley No. 41 [5].

Este instrumento internacional asume conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a los derechos individuales; el término pueblo indígena, como sujeto de derecho, se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat. El convenio 169 de la OIT, aún cuando no establece de manera explícita el derecho a la libre determinación, si lo presupone cuando señala en su preámbulo la necesidad de que los pueblos indígenas controlen sus propias instituciones dentro del marco del Estado en el cual habitan. También establece los principios de participación y consulta en la toma de decisiones y el control “hasta donde sea posible” sobre su desarrollo social y cultural.

Por otra parte, este instrumento legal tiene varias normas que repercuten de manera directa en el proceso de coordinación o compatibilidad de sistemas normativos en el ámbito penal. Así tenemos por ejemplo, el artículo 7 el cual establece que 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.

De tal manera que este convenio, al ser ratificado por los gobiernos, forman parte del derecho nacional [6] y adquiere el rango de norma constitucional [7] o Norma Suprema [8] de obligatorio cumplimiento por parte de todos los órganos públicos del Estado y los particulares, prevaleciendo sobre el orden interno, [9] 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, cabe señalar que 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 también por la inmensa mayoría de los países de América Latina.

### **3. El papel del sistema interamericano en la protección del derecho indígena**

Finalmente, haremos referencia a los principales organismos del sistema internacional de protección de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), vale decir, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales se han convertido en auténticas instancias de transformación de la realidad social, histórica, económica y cultural de los pueblos indígenas en el hemisferio.

A partir del Primer Congreso Indigenista Interamericano realizado en Pátzcuaro, Michoacán (México) en abril de 1940, se reformularon las políticas indigenistas de los países Latinoamericanos, orientadas a “...garantizar el respeto a la personalidad y la cultura de los pueblos indígenas, rechazar las distintas manifestaciones de discriminación y desigualdad contra el indio y promover la elevación económica y social de los grupos indígenas” (Thomas Buergenthal, Grossman, Nikken, 1990: 158-159). En dicho congreso se emitieron setenta y dos acuerdos y declaraciones, sobre reparto de tierras a los indígenas, políticas de educación indígena y el respeto a sus lenguas (IIDH, 2003: 63). Ese mismo año se crea además el Instituto Indigenista Interamericano (III), con sede en el Distrito Federal, México, cuyo objetivo fundamental sería la colaboración en la coordinación de políticas indigenistas de los Estados miembros, y promover los

trabajos de investigación y capacitación de las personas dedicadas al desarrollo de las comunidades indígenas de los países miembros [\[10\]](#).

La doctrina más autorizada se plantea si los organismos creados por esta Convención, es decir, la Comisión y la Corte Interamericana, son competentes o no para asumir la defensa efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, siendo que la Convención define principalmente derechos individuales (civiles y políticos) "... sin discriminación alguna..." (Artículo 1º) y las demandas indígenas responden a derechos de naturaleza esencialmente social o colectiva (derecho a las tierras, autonomía, etc.).

### **3.1. La Comisión Interamericana (CIDH) y los derechos indígenas**

Desde 1970 el tema indígena ha sido tratado por la Comisión Interamericana [\[11\]](#) aunque inicialmente lo hizo bajo la identificación de minorías étnicas. En este mismo orden de ideas, la Comisión Interamericana se pronunció sobre el tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas, señalando que: "... la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los Estados..." En virtud de ello recomendó a todos los Estados dispensar un interés particular a la adecuada capacitación de los funcionarios que tienen contacto con estas poblaciones, "...despertando en ellos la conciencia de su deber de actuar con el mayor celo en defensa de los derechos humanos de los indígenas quienes no deben ser objeto de discriminación de especie alguna" (OEA/Serv. P. AG./ doc. 305/73, rev. 1, 14-03-1973: 89).

Por otra parte, la CIDH ha manejado la protección especial de los pueblos indígenas -como grupos minoritarios étnicos-, sobre la base de la interpretación extensiva del artículo 29, literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando establece que tales derechos no pueden interpretarse en el sentido de "... limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". De tal manera pues, que se puede hacer uso de disposiciones constitucionales y legales de los países miembros que sean favorables a dichos pueblos, o bien, aplicar normas de instrumentos internacionales, como lo es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para "...dilucidar el contenido de la Convención o la Declaración Americana" (Dulitzky, 2004: 4).

En el Informe especial realizado en el 2003, denominado "Justicia e Inclusión Social: los desafíos de la democracia en Guatemala", la Comisión Interamericana trató sobre la discriminación y la exclusión social de los pueblos indígenas en ese país, incluyendo los temas sobre la impunidad y sobre la reparación de las víctimas del conflicto armado (OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 5 rev. 1, 29 diciembre 2003). Asimismo, en el Informe sobre Colombia de 1981, la Comisión recomendó al gobierno colombiano que en la ejecución de operaciones militares "...se tomen todas las medidas necesarias para la protección de todas las personas ajenas a los hechos, especialmente de los campesinos y de los indígenas que habitan las zonas objeto de las mismas" (CIDH, 1981: 218). Así mismo, en el Informe de 1993 la Comisión resaltó la importancia del reconocimiento

constitucional de la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas para el desarrollo de la independencia de las minorías étnicas en dicha nación (CIDH, 1993: 362-363).

### **3.2. La Corte Interamericana (CrIDH) y los derechos indígenas**

Con la entrada en vigencia del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana -aprobado en noviembre de 2000 con vigencia a partir del 1º de junio de 2001-, se registró un cambio radical dentro del procedimiento por ante la Corte Interamericana, y es que el artículo 2, numeral 23 del referido Reglamento consideró que la expresión “partes en el caso” significa “...la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión”. De igual modo, el numeral 31 del mismo artículo, considera que “víctima” es “la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte”. De manera pues, que los miembros de pueblos y comunidades indígenas -individualmente considerados-, tienen ahora legitimidad procesal y pueden en adelante accionar en forma directa por ante la Corte Interamericana para impulsar sus peticiones.

En cuanto al tema del derecho consuetudinario indígena, el caso más resaltante resuelto jurisdiccionalmente por la Corte Interamericana lo constituye el Caso Aloeboetoe y Otros Vs. Suriname (Sentencia del 10 de septiembre de 1993), el cual se trató de la detención, trato cruel, inhumano y degradante y muerte de los indígenas Daison Aloeboetoe, Dedemanu Aloeboetoe, Mikuwendje Aloeboetoe, John Amoida, Rícenle Voola, Martin Indisie Banai y Beri Tiopo, miembros de la Tribu Saramaca, Suriname, ocurridos en 31 de diciembre de 1987 (Véase: Padilla, 1995).

Lo fundamental de esta sentencia es que la CrIDH reconoció la existencia del derecho consuetudinario de la tribu Saramaca sobre las leyes de Suriname, estableciendo que los términos del derecho civil de hijos, sucesores, descendientes y otros, deberían ser interpretados según el derecho local, pues “...no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana” [\[12\]](#).

Hasta la presente fecha la CrIDH no ha emitido una opinión consultiva en forma específica relativa a los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, bajo una interpretación intercultural, las opiniones consultivas ya promulgadas pueden ser aplicadas y consideradas en su contenido a favor de los pueblos originarios (Dulitzky, 2004: 29). Así por ejemplo, la Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de Septiembre de 1982, estableció que los órganos del sistema interamericano pueden recurrir en sus tareas a otros instrumentos de derechos humanos, por lo que es fácil entender la aplicación del Convenio 169 de la OIT en los casos que se ventilan en esas instancias, o bien, las demás disposiciones internacionales que reconozcan derechos a los pueblos indígenas.

#### 4. La multiculturalidad en los estados latinoamericanos

Debido a la constante lucha del movimiento indígena por el logro de sus reivindicaciones históricas, algunas naciones comenzaron a plasmar en sus cartas políticas y a erigirse como Estados multiculturales o pluriculturales, es decir, un nuevo paradigma que reconoce la existencia de las distintas culturas dentro del mismo territorio, superando otros modelos de grupos. Para el Relator del Grupo de Trabajo de la OEA sobre Derechos Indígenas, el multiculturalismo implica la noción de la “unidad en la diversidad”, el cual constituye un principio político y constitucional en América Latina que se ha insertado no sólo en países con grandes proporciones de población indígena, como lo son Ecuador, Bolivia, Guatemala y México, sino también en naciones donde representan una proporción pequeña de la población nacional, como es el caso de Brasil, Argentina, Colombia y Venezuela (Kreimer, 2003: 3).

La multiculturalidad de Latinoamérica está representada por los distintos grupos étnicos existentes, afrodescendientes y los diversos pueblos y comunidades indias, con variadas formas de organización social y económica, distintas culturas, cosmovisión, usos y costumbres, así como sus idiomas y religiones, que garantizan su identidad cultural como pueblos. De acuerdo a datos y cifras del Índice de Desarrollo Humano 2004 publicado por la ONU, se calcula que la población indígena en Latinoamérica es de 40 millones, con una riqueza lingüística de más de 300 lenguas indígenas, del cual el 90% se concentra en la región de Mesoamérica (zona sur de México, Guatemala, Belice, y el occidente de Honduras y Nicaragua) y en la región de los Andes Centrales (Ecuador, Perú y Bolivia).

De acuerdo a datos aportados por el Instituto Nacional Indigenista (INI) y Consejo Nacional de Población (CONAPO), para el año 2002 existía en México una población estimada de 12.707.000 indígenas, constituyendo el 10% del total de su población; en Guatemala, la población indígena es cercana al 50% del total de su población nacional, en Costa Rica existen 8 culturas indígenas, constituyendo el 1% de la población y, en Belice, los grupos étnicos representan casi 15% de su población total. Cabe resaltar que Panamá cuenta con una población indígena cercana al 5.5%. Por su parte, en el Perú su población indígena es aproximadamente del 40,8%, en Bolivia representan el 56.8% y en el Ecuador gira alrededor de 25% (World Bank, 1994). En el Cono Sur, destaca la presencia del pueblo Mapuche, el más numeroso y singular, con una población cercana a 1.200.000 mapuches, distribuidos entre Chile (92%) y Argentina (8%). Asimismo, Paraguay tiene un 3% de pobladores indígenas. Llama la atención la República de Brasil, que teniendo una población total de más de 147 millones de habitantes, cuenta apenas con 300.000 indígenas, lo cual representa el 0,20%. En el Caribe Insular, subsisten no más de 30.000 personas de ascendencia amerindia, especialmente en San Vicente y en Trinidad y Tobago, éste último país con 12.000 amerindios.

Conforme a los datos extraoficiales del censo poblacional realizado en 2001, en Venezuela existen aproximadamente 511.408 indígenas en 34 grupos culturalmente diferenciados, los cuales, desde el punto de vista numérico, constituyen una minoría étnica (el 2,09%) en comparación con el resto de la población, la cual oscila aproximadamente entre 24.390.000 habitantes [\[13\]](#). Aún cuando

algunos pueblos pudieran catalogarse como “minorías” desde el punto de vista numérico, ello no implica el desconocimiento de tales derechos y, menos aún, su desprotección y garantía.

#### **4.1. Carácter multicultural de las Constituciones Latinoamericanas**

Existen varias constituciones en América Latina que reconocen de manera expresa y categórica la diversidad étnica y cultural de sus naciones, entre las que se encuentran la de Colombia (1991), que en su artículo 7 reconoce y protege de manera expresa “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, reconociendo además la oficialidad de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos en sus territorios (artículo 10). La Constitución Política de Perú (1993), reconoce y protege la “pluralidad étnica y cultural de la Nación”, como el derecho que tiene toda persona a la identidad étnica y cultural (artículo 2, numeral 19º). Igualmente, la Carta Magna de Bolivia (1994), la cual en su primer artículo resalta el carácter “pluricultural y multiétnico” de su nación; la Carta Política de Nicaragua (1995), que en su artículo 8 reconoce la naturaleza multiétnica de su pueblo; la constitución de Ecuador (1998), que en su Preámbulo reconoce “...la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas...” Por su parte, la Constitución de México (1995) expresa formalmente que “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...” Venezuela forma parte de este rubro de Estados, pues en el Preámbulo del Texto Constitucional se declaró al Estado venezolano como una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe, reconociendo además “el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes...”, aún cuando su población indígena es minoritaria, como ya se mencionó.

Otros países sólo reconocen la existencia o preexistencia de los pueblos indígenas, como grupos de cultural anteriores a la formación y organización de los Estados; tal es el caso de lo expresado en el artículo 62 de la Constitución de Paraguay (1992), aún cuando reconoce de manera clara el derecho que tienen los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria de la tierra (artículo 64), el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, y reconoce la lengua indígena guaraní como idioma oficial (artículo 65). Semejante redacción tiene la Carta Magna de Argentina de 1994 [\[14\]](#).

Un tercer grupo de países lo constituyen aquellos en cuyas constituciones la cuestión indígena es exigua o inexistente, como es el caso de Costa Rica y Chile, a pesar de contar con población indígena del 1% y 6%, respectivamente, y cuyo desarrollo lo hacen las leyes indígenas; simbólica e indirecta, como es el caso de la Constitución de El Salvador (1982), o bien con un carácter tuitivo, como es el caso del artículo 346 de la Carta Política de Honduras de 1982 (Cabedo, 2002: 42).

#### **5. De la multiculturalidad al pluralismo jurídico**

Con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en las Constituciones de la mayoría de los países latinoamericanos, se dio paso al reconocimiento de un nuevo sujeto de derecho, los

pueblos o nacionalidades indígenas, con carácter colectivo. En el Estado pluricultural 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" (Peña Jumpa, 1994: 11). Así tenemos que el llamado "pluralismo jurídico", conocido también como "pluralismo legal", no es más que una categoría sociológica que nace en tanto que coexistan dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio social o geopolítico (Ídem), todo lo cual implica que deberá dársele cabida a las instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar los conflictos.

La interpretación postmoderna de lo que se ha dado por denominar pluralismo legal o jurídico, como uno de los nuevos paradigmas surgidos en los últimos años, ha venido cuestionando la concepción del derecho estatal, que se presenta como una "... ley única, autónoma y autocrática", omnipresente en todos los ámbitos de la vida social de los Estados naciones (De Sousa Santos, 1997: 170). El llamado "Monismo jurídico", impuesto por la teoría jurídico positivista de H. Kelsen, concibe al Estado como la única entidad capaz de crear normas, procedimientos y estructuras administrativas y judiciales para regular los conflictos que se plantean entre los miembros de una sociedad, a través de los órganos del poder público: es decir, que ello implica el "...monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica" (Yrigoyen, 1999: 11-12), sin dar espacio a otros sistemas jurídicos.

La aceptación de los sistemas normativos indígenas se ha generado por dos razones fundamentales. En primer lugar, debido a la práctica reiterada y permanente en el tiempo de las formas propias de solución de conflictos de los pueblos indígenas, que de manera efectiva han logrado la paz y tranquilidad a sus comunidades, a pesar de los profundos procesos de aculturación que han sufrido a lo largo de la historia por los grupos dominantes. En segundo lugar, a la debilidad de los Estados en resolver los numerosos problemas que se plantean entre los miembros de los diversos grupos sociales, entre los que se encuentran los indígenas, lo cual implica una crisis en la justicia estatal, caracterizada en términos generales por un retardo procesal en todas las instancias formales de control social (tribunales, fiscalías, defensorías públicas), altos niveles de corrupción e impunidad, y constantes abusos por parte de los cuerpos de seguridad del Estado hacia los particulares.

Por otro lado, el reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígenas amplía y enriquece la noción de Estado Social de Derecho, pues ello implica además la participación de nuevos actores sociales (los indígenas) dentro del sistema de administración de justicia que aplicarán formas propias de resolución de conflictos, de acuerdo a su cosmovisión y patrones culturales. Así la justicia, como valor superior del ordenamiento 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” (Binder, 2001).

Por estas razones, las últimas reflexiones del Postmodernismo hablan de una concepción multicultural de los derechos humanos, como factor de política progresista y emancipadora, que cuestiona la función reguladora del Estado moderno. Como bien señala B. De Sousa Santos, no existe un proceso de globalización genuino, sino que existen globalizaciones que surgen en tanto en cuanto emergen de éstas un determinado localismo, es decir, presuponen siempre la localidad (De Sousa Santos, 1997: 44). Este nuevo enfoque pretende superar el eterno debate sobre el universalismo y el relativismo cultural, como conceptos perjudiciales a una concepción emancipadora de los derechos humanos. Por lo tanto, la interpretación de los derechos humanos debe ser a la luz de un diálogo intercultural, pues “...no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad” (Yrigoyen, 1999: 40).

### **5.1. El pluralismo jurídico en América Central**

Debe aclararse que algunos Estados han reconocido el Derecho Indígena, más no la posibilidad de que las autoridades puedan aplicar esas instancias de justicia dentro del territorio. Otros Estados, en cambio, reconocen tanto el Derecho Indígena como la competencia de las autoridades indígenas para aplicar el derecho consuetudinario a los miembros de ese pueblo, dentro de sus espacios territoriales.

Entre los Estados situados en América Central que reconocen el Derecho Indígena, tenemos los siguientes: Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá, excluyendo por supuesto a México, por razones didácticas y por constituir el país más avanzado en el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, lo cual sería dificultoso agotar su extensión en este trabajo.

Guatemala. De acuerdo al Informe Final sobre Acceso a la Justicia en Guatemala presentado en mayo de 2003, la justicia indígena comunitaria se ha venido debilitando debido a tres factores: a) La militarización de las comunidades durante la guerra, que desplazó a las autoridades indígenas para reemplazarlas por estructuras militares o paramilitares, como lo fueron las Patrullas de Autodefensa Civil subordinadas al Ejército, o las Fuerzas Irregulares Locales de la guerrilla. b) La reforma de la Constitución de 1985, la cual eliminó las funciones de justicia a los alcaldes, otorgando exclusividad de la función jurisdiccional a los tribunales de justicia; c) El fracaso a la Consulta Popular o Referéndum en 1998, convocada para aprobar las reformas a la Constitución y constitucionalizar los Acuerdos de Paz. El informe agrega además que la “...presencia física de los aparatos de justicia en las zonas indígenas también trajo como consecuencia un mayor celo frente a las autoridades tradicionales. Ello se ha traducido en la persecución penal de alcaldes auxiliares y autoridades indígenas por tomar decisiones que para jueces y fiscales “usurpan sus funciones”” (Irigoyen, 2003: 10-11).

No obstante, se debe reconocer el esfuerzo que realizan algunos organismos internacionales (Banco Mundial, PNUD, BID, USAID y MINUGUA), para implementar el Proyecto de Modernización del Poder Judicial de Guatemala, el cual tiene como objetivo crucial los Acuerdos de Paz, a los fines de establecer un sistema de justicia moderno, eficiente y confiable para todos los grupos sociales.

Costa Rica. Desde 1977, la Ley Indígena No. 6172 es la que regula la organización comunal y territorial indígena, reconociendo una serie de derechos a favor de los “naturales”. A su vez, existe el Reglamento a la Ley Indígena (Decreto No. 8489-G, de 1978), el cual desarrolló algunos derechos de la Ley Indígena, disponiendo que las Asociaciones de Desarrollo Integrales Indígenas fueran las que regirían las vidas de los indígenas en sus territorios. Al respecto, cabe destacar que la Sala Constitucional de Costa Rica, desarrollando el contenido del Convenio 169 de la OIT (aprobado por la Ley N° 7316 de 1992), emitió una sentencia en la cual reconoció el derecho propio indígena, en los siguientes términos:

“La legislación penal tampoco contempla la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna de estos pueblos, según el cual el mayor de la comunidad, —cacique, o sukia—, líder espiritual, aplica un derecho consuetudinario para resolver las controversias surgidas dentro del grupo.(...) Sólo en casos de lesiones o hechos más graves recurren a la justicia común. Por ello aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho; el de su comunidad y el de la justicia común...” [\[15\]](#).

En el Voto 1867-95, de fecha 5 de abril de 1995, la Sala Constitucional reconoció las instituciones jurídicas indígenas, cuando expresó que “...al resolver la consulta legislativa del proyecto de aprobación del convenio 169 citado (sentencia 3002-92), claramente se indicó que éste obliga a reconocer validez a las instituciones jurídico-materiales y procesales de cada comunidad indígena, y por ende también a los órganos de su ejecución o aplicación,...” (Chacón Castro, 2001).

El Salvador. A pesar de haber firmado la República Salvadoreña los Acuerdos de Paz que se dieron en Chapultepec, México, para la protección de la discriminación, la legislación maneja en forma integral la problemática indígena. Apenas existe el artículo 62 de la Constitución de la República de El Salvador (1982), el cual refiere en forma indirecta a los indígenas, cuando indica que el castellano es la lengua oficial, y “Las lenguas autóctonas que se hablan en el territorio nacional forman parte del patrimonio cultural y serán objeto de preservación, difusión y respeto”.

Honduras. El artículo 346 de la Constitución de la República de Honduras (1982), prescribe que es “deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieran asentadas”, siendo la única referencia a la cuestión indígena, a pesar de tener una población indígena del 12.40% del total de la población.

Nicaragua. La Constitución de Nicaragua de 1995 tiene dos disposiciones importantes que reconocen el derecho consuetudinario indígena. Por una parte, el artículo 5 establece que “El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas,...y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar

sus asuntos locales”. En concordancia con esta disposición, el artículo 89 de la Constitución de establece que “Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones”.

Panamá. Es uno de los países que no hace referencia directa sobre el derecho consuetudinario indígena en la Constitución, aún cuando si existe legislación en materia indígena. Este Estado fue el primero en reconocer la autonomía indígena, a raíz de la Revolución de Tule en 1925, liderizada por los indígenas kuna (Cabedo, 2002: 153). Así, la Ley No. 16 de 1953 creó la Comarca Indígena San Blas, conocida como Comarca Kuna Yala, dentro de la cual las autoridades indígenas ejercen la función jurisdiccional, resolviendo los conflictos civiles y penales, conforme al derecho consuetudinario indígena. Otras leyes han creado nuevas comarcas indígenas, dentro de las cuales se aplica el derecho indígena (Ibídem: 153-156).

## **5.2. El pluralismo jurídico en Suramérica**

Las Constituciones de todos los Estados que conforman la Comunidad Andina reconocen tanto el derecho consuetudinario como la potestad de su aplicación dentro de sus espacios territoriales, con las críticas que se hacen a la limitación impuesta en la de Bolivia. Haciendo pues una revisión de los países de Sur América que han reconocido el pluralismo jurídico en sus Cartas Políticas, tenemos:

Colombia. Reconoció en la Constitución de 1991 el carácter pluricultural y multiétnico de la nación (artículo 7), se atrevió a establecer la Jurisdicción Especial indígena a las autoridades naturales de acuerdo a su propio derecho: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Este reconocimiento constitucional se ha visto reforzado por múltiples decisiones emanadas de la Corte Constitucional de Colombia, la cual ha resuelto varios problemas de competencia entre la jurisdicción nacional y la especial indígena, entre las que destacan:

a) La Sentencia T-254/94, del 30 de mayo de 1994, en la cual estableció que la jurisdicción indígena no estaba condicionada a la expedición de una ley de coordinación que la habilite.

b) La sentencia C-139/96, del 9 de abril de 1996, en la cual se sostiene que las normas constitucionales tienen efectos normativos directos. Esta sentencia además estableció los elementos centrales de la jurisdicción indígena, cuales son: las autoridades propias de los pueblos indígenas y la potestad de establecer normas y procedimientos, por una parte; por la otra, la

sujeción de esta jurisdicción especial a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador de señalar pautas de coordinación entre el sistema judicial nacional y la indígena.

c) En Sentencia T-523/97, la Corte Constitucional también señaló que «de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (art.12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.5) el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución».

Paraguay. El artículo 63 de la Constitución Nacional de Paraguay de 1992, reconoció expresamente al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para garantizar la identidad étnica de los mismos, pudiendo aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de su convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución: "...En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena".

A pesar de este reconocimiento constitucional, no se ha avanzado en el campo del derecho indígena, pero algunas comunidades han presentado varias demandas por ante los órganos interamericanos en materia de reclamos de territorios tradicionales (IWGIA, 2004: 182-184).

Perú. La Constitución Política del Perú de 1993 reconoció la personería jurídica de las comunidades Campesinas y Nativas, estableciendo entre los principios y derechos de la función jurisdiccional el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (numeral 8 del artículo 139); en consecuencia, se deben aplicar "... los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario". En esta Constitución también se reconoció la capacidad jurisdiccional de las autoridades comunales, articulada perfectamente con el sistema de justicia nacional, cuando estableció en el artículo 149 que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, podrán ejercer "...funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas". Como advierte R. Yrigoyen, en los casos de Colombia y Perú la jurisdicción indígena es competente incluso para conocer todo tipo de hechos que ocurran dentro de sus territorios, sin límites en razón a la gravedad de los mismos (Yrigoyen, 1999: 134).

Bolivia. En el artículo 171 de la reciente Reforma Constitucional de Bolivia de 1994, se estableció que las autoridades naturales de las comunidades indígenas podían ejercer "... funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y a las leyes...". Por supuesto, también se prevé un proceso legislativo de compatibilidad de estas funciones con las atribuciones de los otros poderes públicos.

Como se puede observar, este último precepto constitucional sólo reconoce a las autoridades indígenas funciones administrativas y no jurisdiccionales para dirimir sus conflictos. Igualmente

queda supeditada su aplicación a la “compatibilidad” con las demás normas constitucionales y demás leyes y a la estructura organizativa del Poder Judicial creada en cada país. Como bien apunta Cabedo Mallol, en el pensamiento del constituyente boliviano existió “...un espíritu más restrictivo del pluralismo jurídico que en las otras Constituciones, que se traduce en mayores límites al ejercicio de estas funciones jurisdiccionales” (Cabedo, 2002: 100).

Ecuador. El inciso 4º del artículo 191 de la Constitución de Ecuador de 1998, reconoce la jurisdicción indígena en los siguientes términos: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes...”. Dicha disposición constitucional tal prevé una ley que regulará el proceso de compatibilidad de sistemas (indígenas y el nacional). Al comentar esta norma constitucional, N. Pacari sostiene que el constituyente reconoció implícitamente: a) que existe un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria; b) que tal norma obliga a la autoridad indígena para que aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho consuetudinario de su pueblo, y c) reconoce el derecho del acusado para que éste exija el cumplimiento del procedimiento que ancestralmente vienen practicando.

Respecto a Argentina, Chile y Brasil, el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena ha sido casi nulo y con poco desarrollo legislativo. Así tenemos:

Argentina. Además de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, la Constitución argentina hace también mención al respeto a la identidad, educación intercultural y a la personalidad jurídica, la propiedad de sus tierras ocupadas tradicionalmente de dichos grupos, pero no hace ninguna referencia a la posibilidad de aplicar el derecho consuetudinario. Sin embargo, la doctrina sostiene que algunas provincias legislaron en otros tiempos sobre el derecho indígena (Wilfredo Ardito, citado por Cabedo, 2002: 160).

Chile. Históricamente la política indígena de este país ha sido de asimilación de la población mapuche. En la actualidad sólo rige la Ley Indígena 19.253, aprobada el 28 de septiembre de 1993, votada durante el mandato del presidente Patricio Aylwin, el cual reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollarse según sus propios criterios, cultura y “costumbre”, eliminando el artículo 54 del capítulo VII referido a los procedimientos judiciales de los jueces de paz indígenas, con posibilidades de resolver conflictos dentro de las comunidades (Ídem).

Brasil. Su Constitución fortalece el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras ocupadas ancestralmente, así como sus recursos (artículo 231), sin reconocer la posibilidad de aplicar su derecho propio. Por el contrario, establece la competencia a los jueces federales procesar y juzgar “...la disputa sobre derechos indígenas” (artículo 109). Sin embargo, establece como función institucional del Ministerio Público la defensa judicial de “...los derechos e intereses de las poblaciones indígenas” (artículo 129) y le otorga legitimación dentro de los juicios a los indios, comunidades y organizaciones indígenas (artículo 232).

Cabe señalar que el 28 de junio de 1994, la Cámara de Diputados aprobó por unanimidad el Estatuto de Sociedades Indígenas, que reglamentaría el Capítulo VIII, Título VIII de la Constitución referente a “los indios”, incluyendo: “...f) Las normas penales que definen los tipos de delitos contra los indios”.

### **5.3. El Pluralismo Jurídico en Venezuela**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 reconoció de manera expresa el Capítulo VIII denominado “De los Derechos de los Pueblos Indígenas” y se enmarca dentro del Título III de la Constitución, intitulado “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, con lo cual no queda duda que se trata de derechos fundamentales [16]. En una disposición aislada, pero vinculada estrechamente con este Capítulo, el Constituyente estableció el artículo 260, en el cual se reconoció por primera vez la coexistencia de los sistemas normativos indígenas con el sistema jurídico nacional, mediante la jurisdicción especial indígena como mecanismo alternativo y formal 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”. Dicha norma constitucional también prevé la creación de una ley que determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Nótese 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. A diferencia de las limitaciones que imponen las normas constitucionales de Bolivia [17], Colombia [18], Ecuador [19] México [20] y Perú [21] a la jurisdicción indígena, la disposición comentada establece que la misma no podrá ser contraria a la “...Constitución, a la ley y al orden público”.

Así pues, el reconocimiento 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, porque ello implica la participación de nuevos actores sociales (los indígenas) dentro del sistema de administración de justicia que aplicarán formas propias de resolución de conflictos, de acuerdo a su cosmovisión y patrones culturales.

### 5.3.1. Componentes de la Jurisdicción Indígena

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 [22]. 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. Así tenemos los siguientes elementos:

a) La autoridad indígena, la cual 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 Putchipu'u o "palabrero guajiro" para los Wayuu, a modo de ejemplo. 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 cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente- a las partes en conflicto o administrados.

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.

b) El uso del derecho consuetudinario indígena, llamado también derecho tradicional o costumbre jurídica para otros, constituye el segundo componente esencial de la jurisdicción indígena, 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 R. 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...” (1990: 27). 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 Estado (Ídem).

Siguiendo a 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 indígena (1990: 31).

De acuerdo con a Durand Alcántara, se trata de un derecho múltiple, complejo e histórico, sometido a ciertos cambios por su carácter dinámico, y que se mantiene en el tiempo por la práctica reiterada de los miembros de una comunidad (Cabedo, 2004: 8). No se debe pretender el establecimiento 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.

A pesar de los logros a nivel legislativo, en Venezuela persisten enfermedades como la malaria y la tuberculosis en los estados Amazonas, Barinas, Bolívar, Delta Amacuro, Sucre y Zulia, en los cuales se concentran la mayoría de las poblaciones indígenas, las cuales están diezmando a numerosos miembros de tales grupos, a pesar de los esfuerzos que realizan las Direcciones Regionales de Salud y Desarrollo Social, a decir de la organización de derechos humanos mas importante del país (PROVEA, 2003: 159 y ss.).

### **5.3.2. Avances en la Legislación y Jurisprudencia Venezolanas**

Podríamos afirmar que en materia de Derecho Indígena se ha avanzado desde el punto de vista legislativo, mientras que las decisiones judiciales han sido exiguas, tanto por parte del Tribunal Supremo de Justicia como de instancia y tribunales superiores.

#### **a. En cuanto a la Legislación sobre Derecho Indígena**

La Comisión Permanente de Pueblos Indígenas forma parte de la Asamblea Nacional, y está integrada por once miembros en representación de los diferentes estados con presencia indígena. Esta Comisión ha impulsado dos importantes leyes que repercuten en la aplicación del derecho indígena, a saber: el “Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo” (OIT), el cual ya fue comentado, y la recién aprobada Ley Orgánica sobre Pueblos y Comunidades Indígenas, del 8

de Diciembre de 2005, cuyo propósito será la de "...reafirmar respecto a los pueblos y comunidades indígenas, los principios de una sociedad democrática, participativa, protagónica, multiétnica, multilingüe y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado y, establecer los mecanismos de participación en la sociedad venezolana en aras de fortalecer sus instituciones políticas, económicas, sociales, culturales y jurídicas" (Exposición de Motivos).

Esta última ley orgánica contempla el Capítulo VI dedicado a la Administración de Justicia, regulando todo lo relativo a los principios que rigen la jurisdicción especial indígena, los componentes de la justicia indígena, las pautas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, y los derechos de los indígenas dentro de los procedimientos ordinarios, en especial en los juicios penales.

b. En cuanto a la jurisprudencia nacional

La jurisprudencia nacional ha sido escasa y tímida en esta materia. En el Estado Zulia, donde existen cinco pueblos indígenas culturalmente diferenciados, 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 éste había desconocido la legitimidad de la accionante, 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 RAMIREZ, Putchipuu o mediador del pueblo Wayuu y miembro de la Oficina Municipal de Asuntos Indígenas Frontera, sosteniendo que:

"En relación al hecho de que el PUTCHIPUU 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 Putchipuu o Mediador es designado por la comunidad indígena para la búsqueda de la solución de los diferentes problemas que se les puedan presentar".

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 (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, someténdolo 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 hasta 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.

## Conclusiones

El discurso occidental sobre los derechos humanos -en especial, los derechos colectivos-, debe evolucionar hacia un diálogo entre culturas diferentes, pues cada pueblo y comunidad indígena, con su especificidad cultural, posee una concepción distinta de dignidad humana, que se aparta de los falsos conceptos globalizantes o universales. En este sentido, los operadores de justicia no indígenas deben entender que las normas consuetudinarias son practicadas con conciencia por los indígenas y llegan a tener carácter obligatorio entre ellos, justamente por la repetición de estos actos en el tiempo.

Por otra parte, el reconocimiento del derecho consuetudinario y la jurisdicción indígena en las Cartas Fundamentales de los países en estudio, constituye un espacio político que permitirá consolidar el proceso de democratización de la justicia, pues con la incorporación y participación directa y efectiva de los nuevos actores sociales en los mecanismos de resolución de conflictos, se garantizará la identidad cultural de cada uno de los pueblos y comunidades indígenas, consolidándose de esta manera el sistema democrático. Esta nueva visión intercultural debe impregnar también todos los procesos en los cuales se vea involucrado un indígena, incluso en los hechos punibles. Por esta razón, los operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores públicos, abogados en ejercicio) deben garantizar el derecho consuetudinario indígena en la aplicación de las normas procesales penales, mediante la interpretación intercultural de los principios constitucionales. A la vez, las Cortes Constitucionales de los Estados deberán realizar el control de las violaciones a los derechos fundamentales y a las garantías individuales de los indígenas en la aplicación del derecho consuetudinario.

Asimismo, consideramos que tanto la Comisión como la Corte Interamericana han contribuido eficazmente a la protección, consolidación y vigencia de los derechos vitales de estos grupos sociales, a través de la aplicación oportuna de criterios interculturales, creando en muchos casos las condiciones necesarias para avanzar hacia el establecimiento de una justicia social acorde al pluralismo cultural de la región y de un nuevo orden de relaciones entre los pueblos indígenas y los distintos Gobiernos.

Como recomendación, estimamos que la máxima instancia del Poder Judicial de cada país debe implementar mecanismos reales para garantizar los derechos de los indígenas dentro de los procesos judiciales, en especial:

- a) Designar de varios abogados indígenas, dependiente de los grupos étnicos de cada región, como defensores públicos de presos, que puedan garantizar una defensa técnica efectiva, dado el hecho de poder conocer sus valores culturales así como su riqueza lingüística.
- b) Designar de uno o varios intérpretes de lenguas indígenas, como concedores auténticos de estas culturas, para que los asistan en los distintos procesos penales, civiles o administrativos.
- c) Considerar que en aquellos casos criminales graves donde se encuentren involucrados indígenas no integrados, deben incorporarse indígenas como jurados o escabinos para formar parte del

Tribunal Mixto, y asimismo contar con un equipo multidisciplinario para que realice el correspondiente informe socio-antropológico del indígena procesado.

Por último, se debe recordar que los Estados, mediante el compromiso que han adquirido con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, deben instaurar programas de formación y capacitación en multiculturalidad, multilingüismo y derechos indígenas para traductores, médicos forenses, defensores públicos, abogados, funcionarios del Ministerio Público y en general, a todos los empleados públicos que intervengan en procesos administrativos o judiciales referidos a indígenas. En este sentido, las universidades públicas y privadas de cada país están llamadas a abrir espacios de discusión sobre la difusión, protección viable y efectiva de los derechos de los pobladores originarios del Hemisferio.

## Notas

1. El Parágrafo Único del artículo Tercero de la convocatoria para la Asamblea Nacional Constituyente, estableció inicialmente que los indígenas estarían representados por tres<sup>3</sup> constituyentes electos de acuerdo a sus costumbres y normas ancestrales. Posterior a la impugnación de las bases comiciales por ante la Corte Suprema de Justicia, el CNE modificó el anterior artículo y estableció que la elección de los tres<sup>3</sup> constituyentes indígenas se haría "...de acuerdo a la previsión reglamentaria que al efecto dicte el Consejo Nacional Electoral, tomando en cuenta sus costumbres y prácticas ancestrales".

2. La magnitud de las reservas de gas de Bolivia alcanzan los 54.9 tcf (toneladas de pies cúbicos) entre probadas y probables, ocupando el primer lugar en Sudamérica, con el 42% de reservas, seguida por Argentina con el 20.8% y Venezuela con el 16.6% (Véase: IWGIA. El Mundo Indígena 2004. Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2004: p. 161 y ss.).

3. Así tenemos, en orden cronológico, las siguientes ratificaciones: Colombia (7-08-91), Bolivia (11-12-91), Costa Rica (02-04-93), Paraguay (2-02-94), Perú (02-02-94), Honduras (28-03-95), Guatemala (05-06-96), Ecuador (15-05-98). Véase: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm#Ratificaciones>

4. Véase el Voto 3003-92 de la Sala Constitucional costarricense, relativa a la consulta legislativa sobre el Convenio OIT-169, en el cual la Sala concluye que el Convenio 169 no es inconstitucional, sino que más bien reflejaba los valores nacionales, que podía ser aprobada por el organismo legislativo, y que constituiría la base para la revisión y adecuación de las leyes secundarias.

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

6. Artículo 55 de la Constitución de Perú: "Los tratados (de Derechos Humanos) celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional". En igual sentido, el artículo 163 de la Constitución de Ecuador: "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una

vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

7. El artículo 23 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

8. Artículo 133 de la Constitución de México: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...”

9. Artículo 93 de la Constitución de Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

10. Véase: <http://www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/> Desde 1953, el III es un organismo especializado de la OEA. Entre los países miembros se encuentran Chile, Argentina, Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia, los países centroamericanos y México.

11. Para un mejor entendimiento del tema, consúltese: Davis Sheldon. Land Rights and Indigenous Peoples. The Role of the Inter-American Commission on Human Rights. Cultural Survival Report 29. Cambridge Mass, 1988. Ariel Dulitzky. Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 1. Costa Rica, 1997; Viviana Krsticevic y Ariel Dulitzky. La Protección de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Una visión no gubernamental. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997; Oswaldo Kreimer. La Situación de los Derechos Humanos de las Personas Indígenas en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.), 1999.

12. Véase: Caso Aloeboetoe y Otros. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 62). 1995.

13. Ver: <http://consulvenbarcelona.com/poblacion.htm> Otro organismo gubernamental menciona una población de 543.816 indígenas, distribuidos en 34 pueblos, de los cuales 197.343 indígenas se encuentran en 2.295 comunidades asentadas sus hábitat tradicionales (estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia), mientras que 328.065 indígenas en otras regiones ([www.gerenciasocial.org.ve/boletinsocial/bs\\_03pdf\\_doc/jueves/mision\\_guaicaipuro.pdf](http://www.gerenciasocial.org.ve/boletinsocial/bs_03pdf_doc/jueves/mision_guaicaipuro.pdf) ). Por su parte, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) informó que para el año 2001, la población era de

22.688.803 (En: [www.ine.gov.ve/ine/censo/boletines/asi\\_va\\_el\\_censo09.pdf](http://www.ine.gov.ve/ine/censo/boletines/asi_va_el_censo09.pdf), con lo cual el porcentaje de la población indígena podría ubicarse en un 2.3% del total de la población.

14. Artículo 75, inciso 17: “Corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

15. Voto 3003-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 7 de octubre de 1972.

16. Dicho Capítulo consta de 8 artículos (119 al 126), entre los cuales se reconocen los siguientes derechos colectivos: 1) Derecho a mantener su propia organización social, política y económica, culturas, idiomas y religiones (artículo 119); 2) derecho a la propiedad de sus 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” (Véase: Ricardo Colmenares Olívar. Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001).

17. La Constitución y los tratados internacionales ratificados por Bolivia en materia de derechos humanos.

18. La Constitución y demás leyes de la República.

19. La Constitución e instrumentos internacionales vigentes.

20. Atenerse a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

21. Derechos fundamentales de la persona.

22. 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” (Gaceta Forense del 28-02-1985. Sala Político Administrativa, C.S.J.: p. 713).

## Lista de Referencias

1. BINDER, Alberto. Entre la Democracia y la Exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. Argentina. Ediciones INECIP, 2001. En: [www.derechoysociedad.org](http://www.derechoysociedad.org)
2. BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro. Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Costa Rica, Editorial Jurídica Venezolana, 1990.
3. CABEDO MALLOL, Vicente. "Análisis de las Constituciones Políticas Latinoamericanas". En Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina. Lima (Perú), Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
4. CABEDO MALLOL, Vicente. "El Derecho consuetudinario indígena". Conferencia presentada en la Universidad del Zulia (Venezuela), marzo 2004.
5. CASTAÑEDA, Amílcar. La institución del Ombudsman en América Latina y su papel en el Acceso a la Justicia de las personas y pueblos indígenas. Programa Ombudsman y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2005.
6. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Colombia. OEA/Ser. I/V/II. 53 doc. 22. Del 30 de junio de 1981.
7. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/Ser. I/V/I.84. Doc. 39 rev, 14 de octubre de 1993.
8. CHACÓN CASTRO, Rubén. Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de Jurisprudencia Constitucional. San José, C.R., Impresora Gossestra Intl. S.A., 2001.
9. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Una concepción multicultural de los Derechos Humanos". Revista Memoria. Nº 101. México, 1997.
10. Diario La Columna, del 29 de abril de 1988.
11. Diario Panorama, del 8 de febrero de 1998.
12. Diario Panorama, del día 23 de enero de 2006.
13. DULITZKY, Ariel. "Jurisprudencia y Práctica del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos relativa a los Derechos de los Pueblos Indígenas y sus Miembros". En Seminario Taller: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los Derechos de las Personas Migrantes, Pueblos Indígenas, Mujeres y Niños, Niñas y Adolescentes. Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 2004.

14. GÓMEZ, Magdalena. "Derecho Indígena y Constitucionalidad". 2000. En: <http://geocities.com/alertanet/index.html.alertanet@hotmail.com>
15. GRAY, Andrew. "Los pueblos indígenas en las Naciones Unidas". En el Mundo Indígena 1995-1996. Copenhague, Naciones Unidas, 1996.
16. MANSUTTI RODRÍGUEZ, Alexander. "Crónicas Indigenistas desde el Consejo Nacional Electoral en Venezuela: por una representación legítima de los Pueblos Indígenas". En Boletín Antropológico No. 46. Mérida (Venezuela), Universidad de los Andes, 1999.
17. PADILLA, David. "Reparations in Aloeboetoe v. Suriname". En Human Rights Quarterly Review. Volume 17, Number 3. Cincinnati (U.S.A.), 1995.
18. PEÑA JUMPA, Antonio. "Pluralismo Jurídico en el Perú". Revista Deshaciendo Entuertos. Nº 3. Lima (Perú), 1994.
19. PROVEA. Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos. "Situación de los Derechos Humanos en Venezuela". Informe Anual Octubre 2002/Septiembre 2003.
20. 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.
21. WORLD BANK. Indigenous People and Poverty in Latin America: An Empirical Analysis. Washington, D.C. 1994.
22. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.
23. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. "Reconocimiento Constitucional del derecho Indígena y la Jurisdicción especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)". Justicia Penal y Comunidades Indígenas. Revista Pena y Estado. Argentina. Editores del Puerto, S.R.L., 1999.
24. YRIGOYEN FAJARDO, Raquel y FERRIGNO FIGUEROA, Víctor. Informe Final. "Acceso a la Justicia en Guatemala: Situación y Propuestas". Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI). Guatemala, 2003.

---

[1] El Parágrafo Único del artículo Tercero de la convocatoria para la Asamblea Nacional Constituyente, estableció inicialmente que los indígenas estarían representados por tres 3constituyentes electos de acuerdo a sus costumbres y normas ancestrales. Posterior a la impugnación de las bases comiciales por ante la Corte Suprema de Justicia, el CNE modificó el anterior artículo y estableció que la elección de los tres 3 constituyentes indígenas se haría "...de

acuerdo a la previsión reglamentaria que al efecto dicte el Consejo Nacional Electoral, tomando en cuenta sus costumbres y prácticas ancestrales”.

[2] La magnitud de las reservas de gas de Bolivia alcanzan los 54.9 tcf (toneladas de pies cúbicos) entre probadas y probables, ocupando el primer lugar en Sudamérica, con el 42% de reservas, seguida por Argentina con el 20.8% y Venezuela con el 16.6% (Véase: IWGIA. El Mundo Indígena 2004. Copenhague, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 2004: p. 161 y ss.).

[3] Así tenemos, en orden cronológico, las siguientes ratificaciones: Colombia (7-08-91), Bolivia (11-12-91), Costa Rica (02-04-93), Paraguay (2-02-94), Perú (02-02-94), Honduras (28-03-95), Guatemala (05-06-96), Ecuador (15-05-98). Véase: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc8.htm#Ratificaciones>

[4] Véase el Voto 3003-92 de la Sala Constitucional costarricense, relativa a la consulta legislativa sobre el Convenio OIT-169, en el cual la Sala concluye que el Convenio 169 no es inconstitucional, sino que más bien reflejaba los valores nacionales, que podía ser aprobada por el organismo legislativo, y que constituiría la base para la revisión y adecuación de las leyes secundarias.

[5] Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre de 2001.

[6] Artículo 55 de la Constitución de Perú: “Los tratados (de Derechos Humanos) celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En igual sentido, el artículo 163 de la Constitución de Ecuador: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.

[7] El artículo 23 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

[8] Artículo 133 de la Constitución de México: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...”

[9] Artículo 93 de la Constitución de Colombia: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

[10] Véase: <http://www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/> Desde 1953, el III es un organismo especializado de la OEA. Entre los países miembros se encuentran Chile, Argentina, Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela, Colombia, los países centroamericanos y México.

[11] Para un mejor entendimiento del tema, consúltese: Davis Sheldon. Land Rights and Indigenous Peoples. The Role of the Inter-American Commission on Human Rights. Cultural Survival Report 29. Cambridge Mass, 1988. Ariel Dulitzky. Los Pueblos Indígenas: Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos N° 1. Costa Rica, 1997; Viviana Krsticevic y Ariel Dulitzky. La Protección de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano: Una visión no gubernamental. México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997; Oswaldo Kreimer. La Situación de los Derechos Humanos de las Personas Indígenas en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (O.E.A.), 1999.

[12] Véase: Caso Aloeboetoe y Otros. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 62). 1995.

[13] Ver: <http://consulvenbarcelona.com/poblacion.htm> Otro organismo gubernamental menciona una población de 543.816 indígenas, distribuidos en 34 pueblos, de los cuales 197.343 indígenas se encuentran en 2.295 comunidades asentadas sus hábitat tradicionales (estados Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre y Zulia), mientras que 328.065 indígenas en otras regiones ([www.gerenciasocial.org.ve/boletinsocial/bs\\_03pdf\\_doc/jueves/mision\\_guaicaipuro.pdf](http://www.gerenciasocial.org.ve/boletinsocial/bs_03pdf_doc/jueves/mision_guaicaipuro.pdf)). Por su parte, el Instituto Nacional de Estadísticas (INE) informó que para el año 2001, la población era de 22.688.803 (En: [www.ine.gov.ve/ine/censo/boletines/asi\\_va\\_el\\_censo09.pdf](http://www.ine.gov.ve/ine/censo/boletines/asi_va_el_censo09.pdf), con lo cual el porcentaje de la población indígena podría ubicarse en un 2.3% del total de la población.

[14] Artículo 75, inciso 17: “Corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”.

[15] Voto 3003-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del 7 de octubre de 1972.

[16] Dicho Capítulo consta de 8 artículos (119 al 126), entre los cuales se reconocen los siguientes derechos colectivos: 1) Derecho a mantener su propia organización social, política y económica, culturas, idiomas y religiones (artículo 119); 2) derecho a la propiedad de sus 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 denominada “cláusula de salvaguarda de la soberanía e integridad territorial” (Véase: Ricardo Colmenares Olívar. Los Derechos de los Pueblos Indígenas. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001).

[17] La Constitución y los tratados internacionales ratificados por Bolivia en materia de derechos humanos.

[18] La Constitución y demás leyes de la República.

[19] La Constitución e instrumentos internacionales vigentes.

[20] Atenerse a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

[21] Derechos fundamentales de la persona.

[22] 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” (Gaceta Forense del 28-02-1985. Sala Político Administrativa, C.S.J.: p. 713).

**Fuente: V Lex [en línea]**

**<http://doctrina.vlex.com.ve/vid/bioetica-limitantes-invenciones-patentes-44933743>**