

I.I.D.H.
CORRESPONDENCIA RECIBIDA
Fecha: 15 Mes: 10 Año: 93
Bernardita

Maracaibo, 10 de Octubre de 1993

Doctora
LORENA GONZALEZ DE VOLIO
Instituto Interamericano de
Derechos Humanos (I.I.D.H.)
San José (COSTA RICA).

De su aprecio y consideración:

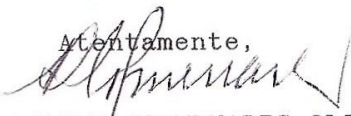
Me permito enviarle el trabajo académico intitulado "Del Derecho Consuetudinario Guajiro al Estado Social de Derecho Multiétnico en Venezuela", que me correspondió realizar como requisito en el XI Curso Interdisciplinario sobre Derechos Humanos. Si bien inicialmente deseaba desarrollar el tema de la "Justicia Militar en Venezuela", opté por la presente investigación por la actual problemática de nuestros indígenas y además porque la primera es la tesis doctoral que culminaré en la Universidad del Zulia. Cualquier observación al respecto, favor comunicarla lo antes posible.

Por otra parte, siento gran alegría volver a tener contacto con todos los amigos del Instituto, especialmente con Usted, quien fue la persona que -entre otras- me ha dado la mejor oportunidad profesional de mi vida. El Instituto Interamericano viene a constituir una luz de esperanza para la paz de todos los pueblos de América y del mundo. El agradecimiento de mi parte hacia el Instituto y a todos Ustedes será por siempre. Desde aquí cuenten con este humilde servidor -"el Juez que cojea", como me decían mis amigos cariñosamente en el Curso-, para la promoción de los derechos humanos.

Desearía saber el tiempo de revisión y corrección del trabajo a los efectos de notariar el certificado académico por ante la Embajada de Venezuela en Costa Rica, pues me lo exigen la Universidad del Zulia y el Consejo de la Judicatura.

Saludos a todos, especialmente al Doctor Pedro Nikken, Dra. Sonia Picado y a Gonzalo Elizondo, a quienes no dejo de recordarlos.

Para Usted un fuerte abrazo con todo cariño y respeto.

Atentamente,

Dr. RICARDO COLMENARES OLIVAR.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE
DERECHOS HUMANOS (I.I.D.H.).

"DEL DERECHO CONSUECUDINARIO GUAJIRO AL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO MULTIETNICO EN VENEZUELA".

Trabajo Académico presentado por el
Dr. Ricardo Colmenares O. en el XI
CURSO INTERDISCIPLINARIO SOBRE
DERECHOS HUMANOS.

Costa Rica, Agosto de 1993.

"DEL DERECHO CONSUETUDINARIO GUAJIRO AL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO MULTIETNICO EN VENEZUELA"

Por: Dr. RICARDO COLMENARES OLIVAR.
Juez Séptimo de Primera Instancia
en lo Penal del Edo. Zulia.
Profesor de Derecho Penal de
L.U.Z. Maracaibo. VENEZUELA.

INTRODUCCION.

El pueblo guajiro es una agrupación social reducida en la Península Guajira Colombo-Venezolana, en un territorio árido de una extensión aproximada de 15.380 kilómetros cuadrados. En la actualidad habitan unos 37.000 guajiros en el Distrito Páez según el último censo y existen aproximadamente unos 168.000 en el resto del Estado Zulia. Esta población guajira pertenece a los llamados "grupos marginales" dentro de esa misma estructura, dado que la mayoría de sus miembros son obreros y campesinos con niveles de ingresos muy bajos e inciertos, que los mantiene en una mera capacidad de subsistencia (1).

Ahora bien, el pueblo guajiro es una **realidad social**, como etnia cultural ancestral dentro del contexto histórico venezolano, el cual genera capacidades específicas de existir, de expresarse tal como es, toda vez que estas capacidades individuales se desarrollan con la interacción productiva (material y cultural) del hombre con su ambiente. Estas potencialidades específicas constituyen, según BARATTA, las

necesidades reales fundamentales de los pueblos, vale decir los "Derechos Humanos", y su consolidación determinan el grado de desarrollo de los mismos (2). Entre esos derechos fundamentales, el pueblo guajiro tiene los que pueden denominarse étnico-políticos, que forman parte de su cultura, y que no han alcanzado un desarrollo pleno debido al conflicto general o violencia suscitado con la normativa positiva penal venezolana, justamente porque la percepción de los hechos es distinta entre ambas sociedades y, por ende, no existe unidad de intereses en lo relativo a la coexistencia dentro de un mismo orden social.

Lo fundamental de esta ponencia es señalar brevemente la causa -a nivel ideológico-, de la "violencia" entre el derecho consuetudinario guajiro y el derecho positivo venezolano que repercute en forma notable en el ámbito político-social y, por otra parte, establecer mecanismos que contribuyan a la "pacificación" de estos conflictos, dando entrada al derecho tradicional de los pueblos indígenas utilizando como plataforma los derechos humanos y la Constitución Nacional, así como la jurisprudencia nacional e internacional en esta materia, que conlleven a la estabilidad y desarrollo del pueblo wayúu y demás comunidades indígenas dentro del contexto social venezolano, para conformar de esta manera el estado social de derecho multiétnico.

I. DERECHO CONSUETUDINARIO GUAJIRO.

El **derecho consuetudinario**, derecho tradicional o **costumbre** jurídica para otros, viene a ser 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. 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 (3).

El derecho consuetudinario forma parte de la cultura de un pueblo y si se entiende por ésta todo aquello que el hombre crea, modifica o destruye de acuerdo a su ideología (ideas políticas, moral-religiosas, estéticas), representaciones y comportamientos propios (hábitos y costumbres) para la satisfacción de sus necesidades de grupo (4), puede asegurarse que existe una cultura guajira: el reconocimiento de una lengua originaria wayúu, la existencia de aproximadamente 32 castas dentro de su organización social, las costumbres del "blanqueo" y la manta guajira en la mujer, su fetichismo a través del uso de amuletos y las diversas tradiciones orales, constituyen una clara manifestación de ella.

Este derecho consuetudinario puede surgir a partir de tres niveles: el personal, el familiar y el social. Así tenemos que desde el punto de vista de la estructura social, LABARCA PRIETO explica que el pueblo wayúu coordina sus acciones

intersubjetivas especialmente a través de la "tapushirúa" (familia), ya que carece de un poder central (5) y de instituciones represivas que mantengan el orden público y la seguridad del grupo. Esta misma sociedad ha ido creando un conjunto de normas que se enseñan a sus miembros desde que nacen y que descansan en la conciencia de cada uno de ellos (nivel personal). Las informaciones orales y la tradición misma nos dicen que el wayúu desea vivir en paz; las abuelas, las madres y las tías acostumbran a decir: "Todo problema debe arreglarse porque es muy bueno andar con seguridad y tranquilidad por los caminos", "Es bueno no tener problemas con nadie: Puedes andar libremente, dormir en el monte, andar detrás de los animales, cazar, pastorear, trabajar en cualquier cosa sin temor de tener enemigos" (*). Cuando hay una falta o se transgrede el orden social establecido, la sanción va desde el reclamo, luego la amonestación y por último, la indemnización en especie, que inicialmente era en ganado y collares y luego en dinero. En este sentido, una investigación de campo realizada sobre el perfil de la vida intracarcelaria de algunos guajiros, destacó que, en su afán de autoidentificación, los mismos mantienen relaciones armónicas, no conflictivas y definidas por patrones culturales propios (6). Por ello el lema "el guajiro es, por naturaleza, un hombre demasiado violento", no es mas que un mito.

II. VIOLENCIA ESTATAL SOBRE LA CULTURA GUAJIRA.

La **violencia** puede entenderse como el instrumento de dominación o liberación existente entre las diversas clases sociales, capaz de reprimir y/o satisfacer las necesidades o

capacidades fundamentales reales, es decir, los derechos humanos. Dentro de la "violencia estructural", se encuentra la violencia directa o indirecta que puede ejercer el Estado para reprimir las necesidades reales de un grupo, como es el caso de la ejercida sobre la cultura guajira, por ser una minoría étnica, y que clama por los derechos a la autodeterminación y el desarrollo.

Entendida esta categoría, se puede afirmar que existen una especie de violencia intercultural, entre la 'cultura' impuesta por el Estado Venezolano y la cultura guajira. La cultura "wayúu" no ha podido amoldarse a la llamada cultura criolla, ni siquiera para satisfacer sus necesidades básicas reales, tales como la educación, la salud y el mejoramiento en su modo de producción.

La primera forma de violencia ejercida sobre la cultura guajira lo constituye la violenta penetración de los medios de comunicación que, como aparatos ideológicos de dominación en un país capitalista dependiente como Venezuela, transmiten valores y actitudes ajenas a la realidad nacional, y más concretamente ajena a la cultura wayúu. Asimismo, existe violencia intercultural a través de los programas de educación diseñados por los gobiernos para la población urbana, que actúan como "factor etnocida de la cultura guajira", al prohibir el uso de la lengua guajira, la vestimenta propia y otras costumbres de los indígenas dentro del recinto escolar (7); todo ello contribuye al desarraigo cultural.

Al penetrar una cultura con valores diferentes, con otro modo de ver las cosas y de legislar, al desconocerse las especificidades socio culturales del pueblo wayúu en la educación

formal imperante en el país, se pueden generar las siguientes consecuencias:

a) Eliminación de la educación tradicional, a consecuencia del exterminio progresivo de la lengua nativa, justamente porque la transmisión de la cultura guajira es oral.

b) Desestabilización emocional del indígena guajiro por la pérdida de la identidad étnica, que muchas veces conlleva a una autodiscriminación por sentirse un "ser inferior" (acomplejado).

c) Migración de la población guajira hacia los centros urbanos, en búsqueda de trabajo, estudio, mejores condiciones de vida y salud (8).

III. SISTEMA DEMOCRATICO, CONSTITUCION Y DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA.

En el Preámbulo de la Constitución de 1961 se establecen como objetivos del Estado, entre otros, las de amparar la dignidad humana, promover el bienestar general y la seguridad social. Asimismo señala la obligación de contribuir con los fines de la comunidad internacional en cuanto a la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana. Visto así, nuestro régimen democrático se enmarca dentro de las nuevas concepciones del Estado de Derecho como un **Estado Social de Derecho** en los cuales **justicia social y dignidad humana** son los dos valores rectores de tal concepción. La dignidad humana podemos decir que constituye el fundamento del Estado de Derecho, así como la afirmación de su vida y su libertad como derechos esenciales. En tal sentido se pueden definir los valores

fundamentales de la democratización de la siguiente manera:

a) Debe existir un eminente reconocimiento a la dignidad de la persona humana, principio y fin del proceso de democratización;

b) Debe reconocerse la libertad como factor de desarrollo de las potencialidades humanas,

c) La igualdad fundamental que conlleve a la satisfacción de las necesidades básicas o fundamentales del hombre y,

d) El valor del pluralismo social e ideológico (9).

Concretamente, nuestra Constitución reconoce en forma expresa, entre otros, los siguientes derechos individuales: a) el **derecho a la vida** (art. 58 C.N.); b) el principio de **igualdad** (art. 61 C.N.); c) el derecho a la **integridad física**, en la cual queda prohibida la pena de muerte y las torturas (art. 60 C.N.); d) el derecho a la **libertad de expresión** (art. 66 C.N.), e) el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 43 C.N.) y el derecho a la libertad de conciencia y de culto (art. 65 C.N.). Asimismo se consagran en el texto constitucional algunos derechos sociales, tales como el derecho a la familia (art. 73 C.N.), el derecho a la **cultura** (art. 83 C.N.), que implica el respeto de cada pueblo a sus costumbres, expresiones artísticas, creencias, religión y forma de organización; el derecho a la protección de la salud (art. 76 C.N.), derecho a la educación (art. 78 C.N.), derecho al trabajo (art. 84) y el derecho a la asistencia social (art. 94, 2do. párrafo C.N.), entre otros, y que también son de aplicación inmediata. En materia de derechos indígenas sólo existe una disposición que

algunos en la doctrina han denominado "norma programática", cual es el artículo 77 de la Constitución y que establece el régimen de excepción de las comunidades indígenas y su incorporación a la vida de la Nación. El ejercicio pleno de estos derechos encuentra resistencia con los sectores que detentan de alguna manera el poder (económico, político, social). Lo importante es señalar que para darle una vigencia real a estos derechos humanos los mismos deben interpretarse en forma progresiva, es decir, las normas constitucionales se deben adaptar de manera adecuada y racional al caso particular con toda la significación de los cambios culturales, sociales y económicos suscitados en el espacio y en el tiempo en el que se desenvuelven las comunidades en general. Por ejemplo, no podemos interpretar el derecho a la familia aplicado a los miembros de una comunidad indígena pensando en el modelo occidental de familia impuesto por la cultura dominante sino que, por el contrario, se debe tomar en cuenta la forma de organización en clanes de los grupos, sus costumbres y demás realidades culturales. Por otra parte, existe la posibilidad de resguardar un derecho fundamental inherente a la persona humana aún cuando no esté contemplado expresamente en la Constitución (derecho tácito); tal proposición tiene su asidero legal en el artículo 50 cuando dispone:

"La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figure expresamente en ella".

Todo ello viene a significar que el régimen de excepción para las comunidades indígenas establecido en el citado artículo 77 de la Constitución, deja de ser una norma de programa de

acción del Estado ("programática") que impida el cumplimiento de dichas obligaciones hasta tanto las mismas no sean reglamentadas.

Como bien señala MOLINA VEGA:

"La calificación de programáticas, y por ende inaplicables, que los órganos del Poder Público han dado a algunas normas constitucionales, unida a la negligencia del Congreso para reglamentarlas reflejan simplemente una oposición a los principios constitucionales por parte de quienes han gobernado" (10).

En este mismo orden de ideas, por vía jurisprudencial la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el hecho de que no existan leyes que reglamenten los derechos constitucionales no impide el ejercicio de los mismos (**). Igualmente la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo también señaló lo siguiente:

"...no puede pretenderse que la ausencia de legislación sea obstáculo para su aplicación, esto dejaría sin efecto la idea de la jerarquía de la Constitución. Lo dicho en la Exposición de Motivos es ratificado por el Constituyente cuando indica en el artículo 50: "La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos" (Sent. del 8-12-83).

Ante la realidad formal del ordenamiento interno descrito anteriormente, existe otra realidad: el reconocimiento oficial de los derechos humanos en el ámbito Internacional, el cual, a raíz de las crisis mundiales en el orden social y político, fueron evolucionando como concepto jurídico hasta plasmarse en instrumentos supranacionales. Venezuela ha suscrito los siguientes tratados de Derechos Humanos: **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (10-12-48), donde se reconoce que todos los individuos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** (10-08-78) en

el cual se declaran los derechos de las "minorías" de gozar de su propia cultura, de profesar y practicar su propia religión y de utilizar su propio idioma. Asimismo se suscribió el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (10-08-78) en el cual se establece -entre otros derechos- la prohibición legal contra la discriminación; la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** o Pacto de San José (14-06-77). Ahora bien, los derechos humanos contemplados en la Declaración Universal, en los Pactos Internacionales y en la Convención Americana sólo son comprensibles en un Estado democrático, justamente porque "...el estado de derecho representa ... un límite al poder de las autoridades y una garantía del respeto a la dignidad del ser humano y a sus derechos esenciales,..." (11). Estos tratados al ser suscritos y ratificados por el Gobierno de Venezuela mediante ley especial, forman parte de nuestro ordenamiento interno, con rango de normas constitucionales, de conformidad con lo establecido en el art. 128 de la Constitución Nacional. De esta manera se han reconocido al ser humano la titularidad de derechos subjetivos o **derechos fundamentales de la persona**. Curiosamente se puede observar que en ninguna de estas declaraciones y convenciones internacionales se hace mención específica de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, los miembros de los grupos indígenas -por ser personas humanas- tienen derecho a disfrutar de una manera indiscutible de todos los derechos humanos existentes (12), reconocidos expresa o tácitamente tanto en el ordenamiento interno como en el orden internacional, por aplicación de los principios de igualdad y no discriminación. En consecuencia el Estado Venezolano se

compromete básicamente ante la comunidad internacional a **respetar** los derechos y libertades, **garantizar** su libre y pleno ejercicio y **adoptar** las medidas legislativas o judiciales necesarias para hacerlos efectivos. Además el estado democrático deberá entenderse como un sistema que consagre un gobierno de mayorías y permita o tolere los derechos políticos de los grupos minoritarios, como es el caso de los pueblos indígenas de nuestro territorio.

Existe también el **Convenio 107** de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes, adoptada en Ginebra en 1957 y ratificado por el Gobierno venezolano según Ley Aprobatoria que fuera publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3.253 de fecha 3 de agosto de 1983, que formalmente otorga una protección igual a los indígenas en las leyes nacionales y prohíbe la discriminación. Este Convenio establece expresamente en el artículo 7 que se deberá tener en consideración el derecho consuetudinario de estas poblaciones y que podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando éstas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional; asimismo se establece en el artículo 8 -como vía alterna a la función punitiva- la posibilidad de emplear los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión cuando sean sus miembros quienes cometan delito. Cuando estos métodos de control no se puedan aplicar, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán considerar las costumbres de dichas poblaciones en

materia penal. Por último, debe señalarse que el artículo 10 de dicho Convenio establece el régimen de protección especial a las personas pertenecientes a las poblaciones indígenas, indicando que se deberá tener en cuenta el grado cultural de dichas poblaciones para el momento de la imposición de las penas, indicando además que se deberán emplear los "... métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento". Como se puede observar, son las únicas normas internacionales en materia indígena que han sido ratificadas por Venezuela y que, sin embargo, en la práctica no se aplican, tal vez por el desconocimiento de su contenido o bien por su carácter "integracionista" o asimilación de los pueblos indígenas a la comunidad nacional (13). No obstante ello, esto no implica que se pueda utilizar como instrumento legal para reclamar y amparar los derechos consagrados en éste a favor de los indígenas, pues se trata de una Ley con normas de rango constitucional que tiene plena vigencia en todo el territorio venezolano.

El 27 de junio de 1989, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó una versión revisada del Convenio 107 conocida como el **Convenio No. 169**, que elimina las actitudes paternalistas y asimilacionistas frente a las poblaciones indígenas y que reconoce -entre otros- el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas (art. 14), pero el gobierno de Venezuela no lo ratificó alegando lo siguiente:

"En dicho Convenio ... se han incorporado nociones que, por su naturaleza y alcance, están en contradicción con normas contenidas en la Constitución Nacional venezolana y con algunas disposiciones expresas de la legislación que sobre el particular rige en Venezuela" (14).

Han olvidado nuestros Representantes que la obligación de extender la protección especial a los pueblos indígenas forma parte del derecho consuetudinario internacional, obligatorio para todos los países. En este sentido, si acudimos a la doctrina internacional, encontramos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo interpretación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (***), subrayó que la aplicación de esta norma no depende de la solución adoptada por el sistema jurídico interno de un país sino que éstos tienen que adaptarse a las obligaciones internacionales, y no a la inversa (15). Igualmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la especial protección de los indígenas no se circunscribe a los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresando que:

"...El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión, y en general todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural" (16).

IV. LA JURISDICCION PENAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS INDIGENAS.

Dentro de una Democracia bien entendida, la función garantista que le corresponde al Derecho y, en especial, a la jurisdicción penal, es la de contribuir a minimizar la violencia punitiva del Estado, estableciendo un conjunto de preceptos que resguarden los derechos fundamentales del ciudadano contra el abuso y la arbitrariedad de la fuerza por parte de los órganos

del poder público y de los particulares. En un campo específico, el orden de los valores que preside la Constitución del Estado Social de Derecho se materializa mediante la protección de quienes ajercen la ardua y noble tarea de administrar justicia. Ahora bien, muchas veces la indefensión y la discriminación legal de los pueblos indígenas proviene, de un lado, por el desconocimiento por parte de sus miembros de los derechos constitucionales e internacionales y los mecanismos establecidos para hacerlos valer; por el otro, según afirma el Consejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE):

"salvo en casos excepcionales, los jueces, fiscales, defensores públicos y otros funcionarios del sistema judicial carecen de información sobre la organización social-política de las sociedades indígenas, sobre las normas que las rigen y sobre el sistema jurídico en el que se basa la relación entre las personas y las instituciones en nuestras sociedades" (17).

Asimismo, los jueces, los fiscales y los defensores públicos muchas veces no pueden garantizar los derechos de los individuos pertenecientes a grupos sociales vulnerables -como es el caso de los indígenas-, debido al contrasentido del **sistema penal venezolano** que tiene las siguientes características:

a) **La manera de percibir la violencia como problema social es "parcial"**: los acontecimientos no son tratados tal como han sucedido sino como fueron artificialmente registrados y transmitidos por el sistema técnico-jurídico, ya que éste fabrica el delito;

b) **La "criminalidad" creada por el sistema es netamente selectiva**: la acción punitiva recae sobre grupos sociales marginales. En este sentido en Venezuela ha surgido un nuevo

proceso de criminalización derivado de la actividad del narcotráfico. Sin embargo, el rigor de la ley especial de estupefacientes y psicotrópicos recae la mayoría de los casos sobre mujeres guajiras que sirven de "mulas" en el transporte de la droga, sin tener ninguna situación excepcional frente a los jueces por pertenecer a una cultura indígena, mientras que los verdaderos traficantes (los pocos que han sido aprehendidos) quedan rápidamente en libertad.

c) **El sistema punitivo opera como sistema de violencia institucional:** como el control penal no es preventivo, las consecuencias de la violencia sólo se eliminan simbólicamente mediante la pena. Por ello, sus efectos inciden negativamente sobre los individuos y en la sociedad, reproduciendo relaciones desiguales de propiedad y poder, a la vez que reprime necesidades reales (violencia institucional).

Por el contrario, la **justicia guajira** -con una concepción diferente del proceso de criminalización y que se ha venido aplicando como derecho consuetudinario durante decenas de años- se desarrolla de la siguiente manera: con la producción de un conflicto de tipo criminógeno (**purchi**), que cause un daño material a una víctima (**asirú**), nace el pago de una indemnización (**maúna**), mediante una ley de compensación y cuya resolución pacífica se deja generalmente en manos de intermediarios (**purchipú**) de los diferentes grupos o clanes conflictuantes, para evitar actos de venganza inmediata (18). La ley guajira se respeta y se cumple a cabalidad sin necesidad de existir tribunales y cárceles; en ella no existe individualización de la pena y la sanción sólo tiene repercusión patrimonial.

Esta forma primitiva de administrar justicia dentro de una sociedad que implica una resolución no violenta de un conflicto, ha sido reformulada en la doctrina penal moderna por L. HULSMAN (Holanda), como una alternativa eficaz en una sociedad libre y democrática. Se trata de la "teoría Abolicionista", que tiene como finalidad esencial la privatización de los conflictos por parte de los sujetos intervinientes sin que medie la represión impuesta por el Estado: esto es, desea eliminar el orden público o actuación de oficio que posee el sistema penal (como el venezolano), logrando una mayor incidencia del acuerdo entre las partes o por anuencia de la víctima (19).

El enfrentamiento entre estos dos sistemas genera a su vez dos niveles de violencia de tipo individual, a saber: 1) la existencia de conductas prohibidas por el derecho positivo que para la cultura guajira no constituyen delito; 2) al existir doble normatividad existe para el guajiro doble sanción, es decir, la que le impone el sistema positivo dominante y la impuesta por su grupo étnico.

Las poblaciones indígenas en general no pueden seguir marginadas por los diferentes órganos de la administración de justicia. En resguardo del derecho de igualdad consagrado en nuestra Constitución, el Juez con competencia en materia criminal debe despojarse de ese sentido de superioridad frente al indígena y debe entender, en primer lugar, las relaciones de poder social a la cual se enfrenta el indígena, generalmente discriminado. Asimismo no debe tratarlo de hombre primitivo y salvaje; en todo caso, debe valorar las condiciones en que se

cometió el delito, las causas que dieron lugar a ello, su entorno cultural y sus costumbres ya que si se cometió el hecho delictivo sin consciencia de la antijuricidad o en la creencia de que su hecho es lícito, actúa dentro de una situación de **error de prohibición**, que conlleva a la no responsabilidad penal por vía de **inculpabilidad** y no por causa de inimputabilidad, como sostienen algunos autores venezolanos (****), el cual contiene un sentido de inferioridad, estigmatizante y discriminatorio. El Juez penal debe entender que las normas consuetudinarias o costumbres son practicadas a conciencia por los indígenas y llegan a tener un carácter obligatorio, justamente por la repetición en el tiempo de estos actos. Por lo tanto, la costumbre -como fuente del derecho penal- puede ser admisible en este campo, siempre como una circunstancia a favor del reo; así tenemos que en la parte general, el derecho consuetudinario opera sin limitación alguna, al menos en los casos en que la costumbre actúa más allá de pautado por la ley (*praeter legem*) (20) y en la parte especial, la costumbre puede excluir, atenuar la pena o limitar el tipo (21).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS:

1) El pueblo guajiro, por tratarse de una etnia minoritaria al igual que el resto de las etnias indígenas establecidas dentro del territorio venezolano, sufre las incidencias de la violencia producida por medios de comunicación de la cultura dominante y del sistema penal establecido, constituyéndose en un grupo discriminado y marginado en todos los ámbitos. Por otra parte se puede afirmar que las normas generales desarrolladas en los Tratados de Derechos Humanos y que han sido suscritos por Venezuela no protegen de manera adecuada los derechos de las poblaciones indígenas establecidas en nuestro territorio, pues niegan implícitamente las características especiales de estos pueblos, como son el derecho a sus tierras tradicionales, el uso de su derecho consuetudinario y el derecho a su propia forma de organización y gobierno, diferentes a otras minorías étnicas. Sin embargo, el Convenio 107 de la OIT que si bien es cierto no resulta el más adecuado para proteger todos los derechos de las comunidades indígenas del país, puede resultar en estos momentos el único instrumento internacional **eficaz** para garantizar los relativos al uso del derecho consuetudinario de cada grupo dentro del proceso penal. No podemos seguir a la espera de un acuerdo de voluntades políticas para la suscripción y ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas, pues existen muchos intereses económicos que superan y dificultan esta ratificación.

De todas maneras debe darse estricto cumplimiento a la normativa internacional de derechos humanos relativa a la

protección de los derechos de los indígenas, como normas de rango constitucional, en el ordenamiento interno, específicamente deben incluirse los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, suscritos por Venezuela, pues todos son aplicables también a los pueblos indígenas.

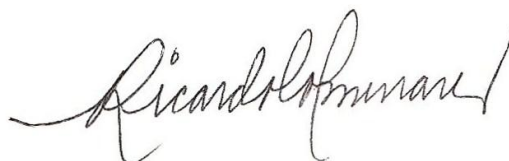
2) Como corolario de lo anteriormente expuesto, se debe puntualizar que la función del juez -como garantizador del estado de derecho- debe ser netamente creadora (22), mediante la interpretación **progresiva y teleológica** de la norma constitucional que toma en cuenta la realidad histórica y cultural de los pueblos, sobre todo si se trata de la defensa de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, consagrados en los diferentes Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos aún cuando éstos no estén expresamente reconocidos en el ordenamiento interno (ver art. 50 C.N.). En este sentido, al no existir las instancias y tribunales especiales que garanticen en forma adecuada el uso del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en Venezuela, podría el juez penal - en atención a la normativa internacional sobre derechos humanos suscrita y ratificada por Venezuela-, realizar una **política criminal alterna** a favor de los indígenas, como por ejemplo: tomar en cuenta la cultura indígena con toda su especificidad como

atenuante genérico para rebajar la pena (art. 74, ord. 4to. del Código Penal Venezolano; dependiendo de un informe cultural circunstanciado y la participación de un perito antropólogo, podría emplear medidas de readaptación alternas al encarcelamiento, etc. Como bien puntualiza O'DONNELL, "...el Juez que aplica la normativa internacional vigente, cuando es pertinente, estará efectivamente ayudando a su país a cumplir con sus obligaciones ante la comunidad de naciones" (23).

Por otro lado, dentro de la administración de justicia los fiscales del Ministerio Público cumplen una tarea encomiable en cuanto a velar por el cumplimiento de los derechos del procesado dentro de la causa penal. En este sentido, en la declaración informativa y/o indagatoria de un indígena no integrado, así como en todos los actos del proceso penal se le debe permitir el derecho a hablar su propia lengua y estar debidamente asistido por un intérprete o traductor oficial, tal como lo señala el art. 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho fundamental a la defensa y, por ende, a su propia cultura y que podría conllevar a la reposición de la causa.

3) Más que una Ley Orgánica que desarrolle y sistematice los derechos de nuestros pueblos indígenas, considero que debe impulsarse la reforma constitucional, ya que no se le puede poner límites a la riqueza de nuestras culturas ancestrales. En este sentido es preferible un capítulo dentro de la Constitución, donde el Estado reconozca los derechos fundamentales de todas las poblaciones indígenas del territorio, tales como: a) el derecho

a preservar y desarrollar su identidad étnica; b) el uso del derecho consuetudinario de cada comunidad indígena para regular su organización política, social, económica, cultural y religiosa; c) el derecho a la propiedad colectiva o comunitaria de la tierra; d) el derecho a la participación en la vida de la sociedad venezolana y, e) el derecho a la educación y a la asistencia (Véase, a título de ejemplo, la Constitución de Paraguay de 1992). Con esta reforma -a nuestro juicio-, el Estado Venezolano se transformaría en un verdadero estado social de derecho, multiétnico y plurinacional capaz de colmar las aspiraciones de los pueblos autóctonos.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Ricardo Colmenares Olivar'. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Dr. RICARDO COLMENARES OLIVAR.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

- (1) JIMENEZ A., Maria A. "Conflictos de Cultura: "Los Guajiros Reclusos", un caso de discriminación étnica". CAPITULO CRIMINOLOGICO No. 4. Instituto de Criminología de L.U.Z. 1976. p. 138.
- (2) BARATTA, Alessandro. "Derechos Humanos: entre violencia estructural y violencia penal". Revista NUEVO FORO PENAL No. 46. Bogotá(COLOMBIA): Edit. TEMIS, 1989. p. 443.
- (3) Véase: STAVENHAGEN, Rodolfo. "Derecho consuetudinario indigena en América Latina", del Libro ENTRE LA LEY Y LA COSTUMBRE. México: Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.
- (4) ANIYAR, Armando. "La concepción del mundo y de la vida del guajiro". Revista No. 50. Facultad de Derecho de L.U.Z. Maracaibo (VENEZUELA), 1983. P. 395.
- (5) LABARCA PRIETO, Domingo A. CUESTIONES DE FILOSOFIA SOCIAL Y JURIDICA. Maracaibo (VENEZUELA): Inst. de Filosofía del Derecho de L.U.Z. 1979. p. 109.
- (*) Transmitido de "viva voz" de la Lic. Nohelí POCATERRA, Dirigente Indigenista Internacional de Venezuela.
- (6) JIMENEZ, Maria A. Op. Cit. p. 142.
- (7) ORTIN DE MEDINA, Nevi, citado por ARREAZA CAMERO, Emperatriz. VIOLENCIA CULTURAL EN VENEZUELA. Inst. de Criminología de L.U.Z. Maracaibo (VENEZUELA): 1982. p. 109.
- (8) Véase: ORTIN DE MEDINA, Nevi, AÑEZ, E. y PACHECO, B. LA ESCUELA PRIMARIA COMO FACTOR ETNOCIDA PARA LA COMUNIDAD INDIGENA GUAJIRA. Universidad del Zulia. 1976.
- (9) COMBELLAS, Ricardo. ESTADO DE DERECHO. Crisis y Renovación. Caracas: Edit. Jurídica Venezolana, 1990, pp. 55-58.
- (10) MOLINA VEGA, José E. "Los Derechos Sociales: Utopía o Realidad?", en LA CONSTITUCION DE 1961. Universidad del Zulia, 1988. p. 409.
- (*) Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa (20-10-83). En el mismo sentido, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte Primera en lo Contencioso-Administrativo del 24-01-85.
- (11) NIETO NAVIA, Rafael. "La Democracia como marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista del IIDH. 1989, p. 37.

- (12) "Los derechos de los pueblos indígenas". Folleto No. 9, Naciones Unidas, p. 12.
- (13) **DERECHOS INDIOS, DERECHOS HUMANOS.** Washington: Indian Law Resource Center. p. 28.
- (14) Tomado del Informe Anual de PROVEA -Octubre 1990-Septiembre 1991-, p. 103.
- (***) Artículo 27: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".
- (15) "Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas". Serie No. 5. Naciones Unidas. p. 102.
- (16) Informe Anual 1984-85, pág. 31, párr. 7.
- (17) Informe Anual de PROVEA, Ob. Cit., p. 103.
- (18) PERRIN, Michel y ULIYUU MACHADO, José. **LA LEY GUAJIRA.** Revista CENIPEC No. 9. Mérida (VENEZUELA): Universidad de Los Andes. 1988. p. 89-95.
- (19) Véase a Louk HULSMAN. **SISTEMA PENAL Y SEGURIDAD CIUDADANA: HACIA UNA ALTERNATIVA.** Barcelona (ESPAÑA): Edit. ARIEL, S.A. 1984.
- (****) Entre ellos, Tulio CHIOSSONE, MENDOZA TROCONIS, MATOS ROMERO y Ramiro PARRA.
- (20) FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. **DERECHO PENAL FUNDAMENTAL.** Tomo I. 2da. edic. Bogotá (COLOMBIA): Edit. TEMIS, S.A., 1989, p. 62.
- (21) MAURACH, p. 103, citado por Juan FERNANDEZ C., Ob. Cit., p. 62.
- (22) ROSSELL S., Jorge L. "El Juez Penal y la Constitución". **DERECHO CONSTITUCIONAL 1811-1961.** Barquisimeto: Inst. de Est. Jur. del Edo. Lara. 1991. p. 82.
- (23) O'DONNELL, Daniel. **PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.** Perú: Comisión Andina de Juristas. 1988, p. 42.