Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
AÑO 5 - Nº 1 - 2011

República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

Magistra

REVISTA DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

AÑO 5 • Nº 1 • 2011

Caracas

© ESCUELA NACIONAL DE LA MAGISTRATURA
Tribunal Supremo de Justicia

ISSN: 1856-8866
Depósito legal pp 200702DC2838

Portada: Carlos Pérez Cárdenas

Esta revista fue impresa en papel alcalino.
This publication was printed on acid-free paper that meets the minimum requirements of the American National Standard for Information Sciences-Permanence for Paper for Printed Library Materials, ANSI Z39.48-1984.

Diagramación e impresión: Ediciones Astro Data, S.A.
Telf.: 0261-7511905 ~ Fax: 0261-7831345
E-mail: edicionesastrodata@cantv.net
Maracaibo, Venezuela

Consejo Directivo

Escuela Nacional de la Magistratura

Director General
Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Directora General Adjunta
Dra. Nely Vásquez de Peña

Secretaria General
Dra. Rosanna Gallo

Directora General de Administración y Recursos Humanos
Lic. Gisela Omaña

Directora General de Carrera Judicial
Abg. Dilcey Cortez

Directora General Docente (E)
Abg. Dilcey Cortez

Director General de Información y Documentación Judicial
Prof. David Jaimes Berutti

Director General de la Oficina de Cooperación Técnica y Proyectos Especiales
Dr. Humberto Ocando Ocando

Consejo Editorial de la Revista

Director
Magistrado Dr. Arcadio Delgado Rosales

Subdirectora
Dra. Nely Vásquez de Peña

Revisión y Corrección
Dra. Nely Vásquez de Peña
Mg. Sc. Dhayana Carolina Fernández
Lic. Domingo Medina Gutiérrez

La Revista ***Magistra*** es una publicación de la Escuela Nacional de la Magistratura, cuyo objetivo es dar publicidad a artículos de carácter científico-jurídico desarrollados principalmente por los miembros del Poder Judicial venezolano, pero abierta a las colaboraciones de expertos nacionales e internacionales siempre que cumplan con los requisitos de rigurosidad y objetividad propios del quehacer científico-jurídico. La Revista ***Magistra*** verifica que se cumplan las *Normas para los colaboradores* que ha establecido y lleva a cabo las labores de edición propias de una publicación de este tipo, pero las opiniones y afirmaciones contenidas en los artículos son responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

Índice

Pág.

Presentación: *Pueblos indígenas: el derecho a la diferencia* 7

Tema Central: Derechos de los Pueblos Indígenas

Domingo Medina Gutiérrez
El Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos de los pueblos indígenas. Una breve aproximación
New Latin American Constitutionalism and Indigenous Peoples' Rights: A Brief Approach 13

Ricardo Colmenares
El proceso de coordinación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional en Venezuela
The Process of Coordination between Indigenous Justice and the National Judicial System in Venezuela 41

Vladimir Aguilar Castro y Linda Bustillos Ramírez
Derechos territoriales indígenas en Venezuela como derechos humanos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas
Indigenous Territorial Rights in Venezuela as Fundamental Human Rights of Indigenous Peoples and Communities 69

Martha Coromoto Montilla
Visión constitucional de la justicia indígena y la aplicabilidad de los medios alternativos de resolución de conflictos
The Constitutional Vision of Indigenous Justice and Alternative Dispute Resolution (ADR) 85

Estudios

Dhayana Carolina Fernández Matos
Breve historia del feminismo en Occidente
A Brief History of Feminism in Western Civilization 115

Francisco Ramos Marín
Notas para una aproximación histórica a la ética como canon del Derecho en Occidente (Época antigua)
Notes for a Historical Approach to Ethics as a Canon for Law in the West (Ancient Era) 149

Reina Alejandra J. Baiz Villafranca
Tribunales de violencia contra la mujer ¿Garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia?
Courts for Violence against Woman: Do They Really Guarantee the Right of Women to a Life Free of Violence?.....165

Gudila Sánchez
Consideraciones sobre las legislaciones venezolana y española, dentro del contexto de las garantías de protección en materia de seguridad y salud ocupacional
Considerations about Venezuelan and Spanish Legislation in the Context of Protection Guarantees for Industrial Security and Occupational Health....185

NORMAS PARA COLABORADORES(AS).....199

Presentación
Pueblos indígenas: el derecho a la diferencia

Si algo caracteriza la lucha de los pueblos indígenas por sus derechos, si algo define esa lucha ya de siglos, es la exigencia del derecho a la diferencia. Explotados, saqueados, evangelizados, aculturizados, reducidos, desplazados y discriminados, primero por metrópolis invasoras, conquistadoras y colonizadoras, y luego por las clases dominantes de las naciones independientes, los pueblos indígenas que han sobrevivido a siglos de marginación vienen planteando desde hace muchos años el derecho a la diferencia como ningunos otros pueblos o naciones lo han hecho jamás. Y no estamos diciendo que se ha tratado de una política cuyo objetivo declarado ha sido la aniquilación de los pueblos indígenas (que seguramente ha sido así y que esa política ha tenido éxito en algunos casos, quizás muy contados, no es completamente falso) a la cual los pueblos indígenas hayan tenido que hacer frente.

Lo que estamos diciendo es que la política indigenista de muchos países -de la América Latina, pero también de otras latitudes- incluso inspirada por los más nobles ideales ha implicado la preterición de los pueblos indígenas. Es el caso, por ejemplo, de las políticas indigenistas inspiradas en la concepción liberal de la igualdad jurídica de todos los hombres, que sirvieron para justificar que no se implementase una política especial para las poblaciones indígenas, de lo cual se derivaba que, en el marco del pensamiento liberal, no ha habido un tratamiento diferenciado, legal y constitucionalmente establecido, para los pueblos indígenas. Dichas políticas indigenistas han pretendido integrar a los pueblos y comunidades indígenas a la nación (y al Estado del que se supone forman parte), por lo que si se daba el caso -y siempre se daba- de que los indígenas no tuviesen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos o no pudiesen ejercerlos de la misma manera era simple-

mente por fallas en los mecanismos de implantación y protección de esos derechos, pero no de la concepción de los mismos.

El reconocimiento y la preservación de sus culturas se han convertido entonces en las principales exigencias de los pueblos indígenas, prácticamente condenados a vivir en sociedades hegemónicas que históricamente han dictaminado lo contrario. No son extraños, por lo tanto, los reclamos por derechos culturales, lingüísticos y educativos que muy contadas veces (todas ellas con increíbles fallas y distorsiones) reciben del Estado. Los reclamos también abarcan otros derechos económicos, sociales y políticos, en especial, el derecho a la autonomía, la autodeterminación y el autogobierno. En los actuales momentos, parece que sigue siendo difícil alcanzar estos últimos, por lo que los debates se centran más en como traducir los derechos culturales, económicos, sociales y políticos en verdaderas políticas, e incrementar los niveles de desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, tradicionalmente muy por debajo de los que gozan otros sectores de la sociedad.

Para ello es necesario crear instrumentos legales que proclamen los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también se necesita crear las instituciones que permitan implementarlos, aplicar las leyes e instrumentalizar las políticas públicas dirigidas a los pueblos indígenas. Pero por sobre todas las cosas se requiere de voluntad política.

Los años finales del siglo XX y los primeros de este que ya comienza a recorrer su segunda década han visto cómo los pueblos indígenas han irrumpido y han comenzado a consolidarse como actores colectivos con un peso significativo en las sociedades multiétnicas y plurales en las que hacen vida. La movilización política de la que han hecho gala, no solamente en periodos y términos electorales, le han valido lo que pudiésemos considerar grandes triunfos. Por otra parte, toda esta movilización también ha llevado a una reconceptualización de los derechos de los pueblos indígenas.

En ese sentido, la Revista *Magistra* se complace en presentar su quinto volumen y dedicar el tema central precisamente a los derechos de los pueblos indígenas. Así, en este número encontraremos una aproximación al derecho de los pueblos indígenas desde la perspectiva del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, movimiento académico y sociopolítico como se le define allí, que se nutre de varias corrientes progresistas e incorpora en su visión un cambio sustancial

en la concepción de los derechos de los pueblos indígenas. Posteriormente, trascendiendo el debate teórico que se introduce con el artículo anterior, hallaremos tres estudios que analizan la materialización de los derechos indígenas en propuestas e instituciones concretas. El profesor Ricardo Colmenares nos entrega un profundo y detallado estudio acerca del llamado *pluralismo jurídico*, y esboza algunos criterios para analizar la compatibilidad y/o coordinación entre la justicia indígena y el sistema de justicia estatal en Venezuela. Por su parte, los profesores Vladimir Aguilar y Linda Bustillos nos ofrecen un interesante debate acerca del territorio como un derecho humano fundamental para los pueblos indígenas. Finalmente, cerrando el tema central, tenemos un estudio acerca de la justicia indígena y la aplicabilidad de los medios alternos de resolución de conflictos. Todos estos temas son tratados con el rigor necesario, pero no agotan ni mucho menos todos los extremos de un debate cada día más interesante y mas necesario. Por el contrario, el debate sigue abierto.

Asimismo, continuando con la tradición de la Revista ***Magistra***, la sección ***Estudios*** incluye trabajos producto de investigaciones de otras áreas del Derecho y con temáticas distintas a las tratadas en la sección precedente. Encontramos, así, un estudio que realiza un breve recorrido histórico, circunscrito a lo que se ha denominado "Occidente", sobre los principios y fundamentos de los movimientos feministas desde sus orígenes hasta la fecha. Imbuido del mismo espíritu histórico e igualmente circunscrito a "Occidente", también se incluye una aproximación histórica a la Ética como canon del Derecho. Finalmente, dos estudios de caso concretos cierran esta sección y también la edición de la Revista *Magistra* de este año: el primero de ellos intenta responder a la interesante cuestión de si los tribunales de violencia contra la mujer creados en Venezuela realmente garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, mientras que el segundo hace un estudio comparado entre las legislaciones venezolana y española, y analiza las garantías de protección en materia de seguridad y salud ocupacional que se ofrecen a los trabajadores y trabajadoras en ambos países.

Como siempre, confiamos en que los lectores y lectoras de nuestra revista nos ayuden a la construcción y enriquecimiento del conocimiento a través del análisis, cuestionamiento, crítica o comentario acerca de los artículos y estudios que hemos seleccionado para esta edición.

CONSEJO EDITORIAL

Tema Central

Derechos de los Pueblos Indígenas

Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos de los pueblos indígenas. Una breve aproximación

New Latin American Constitutionalism and Indigenous Peoples' Rights: A Brief Approach

Domingo Medina G.*

* Politólogo. E-mail: dmedina@tsj-dem.gob.ve

Si abrimos el libro de la historia, y buscamos ansiosos el origen, progresos y decadencia de las asociaciones del antiguo mundo: si la suerte de otras regiones nos interesa, ¿por qué no dirigir nuestras miradas al continente que habitamos, á esta admirable AMÉRICA cuyas tradiciones ofrecen tantas y tan maravillosas investigaciones? ¿Seremos insensibles á los destinos de nuestra patria, é ignoraremos siempre la historia de nuestros antepasados? Lejos de nosotros tan vituperable negligencia: penetremos en la oscura noche de remotos tiempos preguntando qué se hicieron los primeros habitadores de esta tierra.... dónde está su historia..... dónde sus leyes.... dónde el origen de su raza.... Triste respuesta encontraremos. Todo, todo fue sepultado con ellos, y apenas escaparon de la horrible catástrofe los fragmentos que los conquistadores nos transmitieron: sus libros están escritos: su crueldad y la devastación de esta tierra infortunada, ellos mismos la confesaron. Multitud de naciones existieron: los conquistadores las arrojaron á la nada.... [...]

Inútiles fueron los esfuerzos de la primera raza para salvarse de la bárbara irrupción de los conquistadores inhumanos. Pueblos enteros, naciones opulentas, la generación toda volvió al caos. A la guerra cruel de una invasión audaz, siguió la calma del exterminio, y bajo la dominación ominosa de los usurpadores, la América entera se convirtió en el vasto sepulcro de sus infortunados hijos.

Coronel José de Austria, *Historia Militar de Venezuela en la Guerra de su Independencia.*

RESUMEN

Uno de los rasgos distintivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, entre muchos otros por supuesto, es un cambio en la concepción de los derechos de los pueblos indígenas y también la manera de plasmarlo en los textos constitucionales. Siguiendo las líneas conceptuales de reconocidos académicos latinoamericanos, en este artículo se intenta mostrar que las constituciones surgidas al abrigo del nuevo constitucionalismo latinoamericano siguen una trayectoria que incluye el reconocimiento y el establecimiento de las garantías para el disfrute de los derechos humanos individuales por parte de los indígenas, el reconocimiento de los pueblos indígenas como tales y como consecuencia de ello el reconocimiento de sus derechos colectivos, en especial lo referente al territorio, punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos.

Palabras clave: Neoconstitucionalismo, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Derechos de los Pueblos Indígenas.

ABSTRACT

One of the distinctive features of new Latin American constitutionalism is a change in the conception of indigenous peoples' rights and the way they are expressed in constitutions. Following the conceptual elaborations of recognized Latin American academics, the aim of this paper is to demonstrate that constitutions arisen under the aegis of new Latin American constitutionalism include the recognition and establishment of guarantees for individual human rights for indigenous peoples, recognition of the indigenous peoples as such, and as a consequence, recognition of their collective rights, especially in terms of territory, a departure point for redefining indigenous peoples as collective actors.

Key words: New constitutionalism, new Latin American constitutionalism, indigenous peoples' rights.

I. Introducción

Señalan los especialistas que la premisa de neutralidad u objetividad científica está más cerca de la falacia que de la certeza. Ninguna mirada, ningún acercamiento, ningún intento por conocer la realidad está exento de cierta carga valorativa. Incluso esta misma frase (intento por conocer la realidad) presupone un punto de partida: hay una realidad que "debe" ser conocida y las más de las veces se presupone, a su vez, que esa realidad es ajena al observador. La discusión al respecto es prolija, pero no es nuestra intención plantearla en estas páginas. Si la hemos traído a colación es porque queremos dejar claro desde el principio lo que ya el título mismo del artículo asoma: hay un nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Es la nuestra una posición académica, intelectual llamémosle. Pero también una posición política. Decirlo así pudiera parecer arrogante, pero nada más alejado de la realidad: es más bien la honestidad intelectual la que nos lleva primero a afirmar que hay un neoconstitucionalismo latinoamericano y luego a reconocer que esa afirmación no sólo se basa en consideraciones de orden académico, sino también de orden político. La intención no es otra que la de avisar a los lectores nuestra convicción de que el quehacer académico, intelectual, científico si se quiere, está inserto en un contexto sociopolítico del cual le es

imposible abstraerse. Afirmaciones axiológicamente asépticas no existen, al menos en el campo de las ciencias sociales. Así, afirmar o negar la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano[1] sin más, no responde a consideraciones científicas únicamente.

Dicho esto, creemos que en las páginas que siguen podemos ofrecer ciertos argumentos para sustentar nuestras afirmaciones. Y de hecho, vamos a adelantar uno que complementa el título de este artículo: una de las características distintivas del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el cambio en la concepción de los derechos de los pueblos indígenas. Veamos esto un poco mejor.

II. El Neoconstitucionalismo

En una obra que no por breve deja de ser sustanciosa y enriquecedora (*Teoría del neoconstitucionalismo*, 2007), Miguel Carbonell intenta dilucidar, de la mano de un importante número de especialistas, qué es lo que se engloba bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo y a qué se hace referencia cuando se habla de ello. Lo primero que nos dice es que el neoconstitucionalismo es un término o concepto que sirve "para explicar un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo", lo que justamente se convierte en el motivo para examinar qué es lo realmente nuevo en él o incluso si es que hay algo nuevo. Por supuesto, el neoconstitucionalismo no es un término exento de polémica, de defensores y detractores, de discusión y de debate. Todo lo contrario. Y muestra de ello es precisamente el volumen que Miguel Carbonell edita y en el que reúne, como ya hemos dicho, a un nutrido grupo de especialistas de distintas universidades y latitudes.

Sin embargo, se pueden hallar ciertos patrones, ciertas regularidades. O dicho de otro modo: el estudio del neoconstitucionalismo permite arribar a determinadas generalizaciones que ponen de mani-

---

1 Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau (2010) hablan de "Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano" para diferenciarlo del "Neoconstitucionalismo" como el estudiado en la obra de Miguel Carbonell (2007), surgido principalmente en la Europa de la postguerra. Nosotros seguimos la línea de Viciano Pastor y Martínez Dalmau con la finalidad de evitar confusiones innecesarias en los lectores.

fiesto que, según nos explica el editor, dentro del neoconstitucionalismo se pueden hallar al menos tres niveles de análisis[2]:

1. **Textos constitucionales:** aquellas constituciones que van más allá del establecimiento de competencias y la clásica división de poderes, e incluyen normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de determinados fines y objetivos.
2. **Prácticas jurisprudenciales:** hace referencia a los nuevos parámetros interpretativos que han tenido que poner en práctica los jueces constitucionales a la hora de ejercer sus funciones, con especial énfasis en las "técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del Drittwirkung), el principio pro persone, etcétera".
3. **Desarrollos teóricos:** se incluyen aquí los aportes y desarrollos teóricos novedosos, muchos de ellos hechos a partir de las constituciones sustantivas y las prácticas jurisprudenciales mencionadas en los puntos anteriores. También se incluyen aquí aquellos aportes que no solamente explican un fenómeno jurídico, sino que incluso lo crean.

Carbonell señala que si bien todo esto está sujeto a debate, de lo que se trata es de examinar la manera en que los postulados del neoconstitucionalismo se aplican a una gran cantidad de problemas que debe resolver el Estado constitucional, entre los cuales se pueden mencionar "la interpretación de las normas constitucionales, el uso del derecho comparado por los jueces supremos, el lugar de los dere-

---

2 Ya en el número 1, año 3 de la Revista *Magistra* (2009) hicimos una recensión del libro editado por Carbonell. Allí se pueden hallar más detalles acerca de lo tratado por los distintos autores reunidos por el editor para discutir el tema del neoconstitucionalismo. Por lo pronto y en cuanto a los propósitos de este artículo, reproducimos aquí algunos párrafos que se refieren específicamente a esos niveles de análisis de los que habla Carbonell y un párrafo referido a consideraciones acerca de los mismos. La presentación del libro, titulada "El neoconstitucionalismo en su laberinto" y a cargo de Miguel Carbonell por supuesto, va de la página 9 a la 12.

chos fundamentales en el ordenamiento jurídico, su proyección a las relaciones entre los particulares, el alcance de los derechos sociales, el impacto de la globalización sobre el constitucionalismo o el papel del Estado en la defensa de derechos como la libertad de expresión" (Carbonell, 2007: 12).[3]

De modo que, *prima facie*, el neoconstitucionalismo sí tiene algo de nuevo. Y desde nuestro modesto punto de vista, eso no debería sorprender. Sin embargo, Miguel Carbonell (Ibíd: 11) alerta que habrá quien sostenga que ninguno de esos tres elementos o niveles de análisis es realmente novedoso y, por lo tanto, no hay ninguna necesidad de inventarse una nueva etiqueta para catalogar un fenómeno ya viejo y conocido. Por ello, Carbonell se permite afirmar que:

> ...sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: tal vez no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas (Ibíd).

Reconociendo que ciertamente ya antes han existido constituciones sustantivas desde principios del siglo XX o que antes de la segunda guerra mundial ya se observaban practicas jurisprudenciales muy parecidas a las que se observan actualmente (y etiquetadas bajo el rótulo de neoconstitucionalismo) o que algunos postulados neopositivistas pueden ser rastreados incluso hasta los años treinta del siglo XX, a su concepción de que lo verdaderamente novedoso del neoconstitucionalismo es la combinación de los tres elementos mencionados, Carbonell agrega lo siguiente:

> Y todavía más que eso: lo novedoso son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de Derecho *en funcionamiento*. (Ibíd: 12. Cursivas en el original).

Para comprender cabalmente a qué se refiere Carbonell cuando habla de Estado constitucional de Derecho debemos remitirnos al *Estado legislativo de Derecho*. Y lo que distingue a uno del otro es que en el Estado constitucional de Derecho se crea el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (Ferrajoli, 2007: 71).

---

3 Hasta aquí parte de lo que escribimos en la recensión mencionada.

> ...la legalidad ha cambiado su naturaleza: no es más sólo condicionante y reguladora, sino que está ella misma condicionada y regulada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales; no es más simplemente un producto del legislador, sino que es también proyección jurídica de la legislación misma, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión. De esta manera, del derecho resulta positivizado no solamente su "ser", es decir, su existencia y vigor, sino también su "deber ser", es decir, sus condiciones de "validez"; ya no solamente los vínculos formales relativos al "quién" y al "cómo" de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativos al "qué cosa" de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio. Bajo este aspecto el constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional. (Ibíd: 71-72).

Este tránsito de Estado legislativo de Derecho o Estado de Derecho a secas al Estado constitucional de Derecho que describe Ferrajoli, en opinión de Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, es "una corriente doctrinal, producto de años de teorización académica" (2010: 3). Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo seria más bien una teoría del Derecho que

> ...aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. [...] Se trata, en definitiva, de recuperar el concepto de constitución y fortalecer su presencia determinadora del ordenamiento jurídico (Ibíd).

La intención de estos autores, creemos, no es negar la existencia del neoconstitucionalismo o minimizar su importancia. En todo caso, sus afirmaciones hacen parte del debate en torno al fenómeno y corresponde a ellos presentar los argumentos para sustentarlas. En la obra que aquí estamos citando no se profundiza mucho al respecto, aunque los autores reconocen en el neoconstitucionalismo los mismos elementos de los que habla Carbonell. Para ellos, el neoconstitucionalismo

> ...está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley (Ibíd).

Ahora bien, Viciano Pastor y Martínez Dalmau presentan los comentarios anteriores para introducir una diferencia entre el neoconstitucionalismo visto y estudiado desde esa perspectiva y lo que ya se ha dado en llamar *nuevo constitucionalismo latinoamericano*: este último "es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia" y no "producto de años de teorización académica" (Ibíd). El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es un producto "más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional" (Ibíd: 3-4).

Si es esta la única diferencia entre ambos fenómenos o no; si se trata de un sólo fenómeno y el nuevo constitucionalismo latinoamericano hace parte del neoconstitucionalismo; si son fenómenos completamente diferenciados o si son complementarios, son aspectos muy interesantes de un debate que, por lo pronto y por obvias razones de espacio, no tocaremos en estas páginas. Nos interesa destacar ese elemento diferenciador del nuevo constitucionalismo latinoamericano señalado no sólo por Viciano Pastor y Martínez Dalmau, sino por otros autores dedicados al estudio del tema: el papel fundamental jugado por los movimientos sociales (Medici, s/f; Gargarella y Courtis, 2009).

III. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Viciano Pastor y Martínez Dalmau de hecho sostienen que son fenómenos que presentan ciertas similitudes[4], pero que son esencialmente diferentes. Para ellos el neoconstitucionalismo es principalmente una teoría del Derecho, mientras que el nuevo constitucionalismo sólo lo es de una manera subsidiaria, "en la medida en que la constitución rige el resto del ordenamiento jurídico" (Ibíd: 5). Pero el

4 Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo comparten la preocupación por "la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional" señalan los autores (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2010: 4).

nuevo constitucionalismo es "principalmente, una *teoría* (democrática) *de la constitución*" (Ibíd. Cursivas en el original). Con otras palabras, el neoconstitucionalismo se preocupa por la dimensión jurídica de la constitución, mientras que el nuevo constitucionalismo se preocupa en primer término por la legitimidad democrática de la constitución (Ibíd: 4).

> Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente -como consecuencia de aquélla- interesa la interioridad de la constitución, con particular referencia -y en este punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas- a su normatividad. Desde los axiomas democráticos, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico sólo puede encontrarse en que la constitución es el mandato del constituyente, y refleja su voluntad. Por esa razón, el Estado constitucional sólo puede ser el Estado regido por una constitución del Estado constitucional; esto es, una constitución legitimada democráticamente por el poder constituyente -y que, como consecuencia de ello, refleja su voluntad-, que rige sin excepciones las relaciones jurídicas y políticas creadas a partir de ella (Ibíd: 4-5).

Ahora, en cuanto a lo que ha sido su desarrollo y tal como señalan los autores, uno de los principales elementos del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el carácter democrático de los procesos constituyentes que han dado origen a nuevas constituciones en Colombia (1991), Ecuador (1998, 2008), Venezuela (1999) y Bolivia (2009). En todos los casos se trató de procesos que incluían Asambleas Constituyentes con representantes electos por voto popular. En los casos de Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia 2009 los procesos constituyentes incluyeron un referéndum aprobatorio del texto constitucional.

Este carácter democrático -y si se quiere participativo e incluyente- respondía a (o era resultado de) las grandes movilizaciones sociales que precedieron a dichos procesos constituyentes (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2010: 6; Medici, s/f: 1). Las mismas se habían producido como respuesta a años de implementación de políticas de corte neoliberal que generaron la exclusión de vastos sectores de la sociedad, especialmente los más vulnerables y discriminados como los pueblos indígenas. A este respecto debemos decir, de la mano de Gar-

garella y Courtis, que las nuevas constituciones así aprobadas intentan responder a la pregunta de cómo solucionar una situación de crisis por la que atravesaban las sociedades en ese momento. En el caso de Bolivia, se trataba de acabar con la marginación de los pueblos indígenas (Gargarella y Courtis, 2009: 11). En el resto de los países, el autor señala la desigualdad, problema "que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región" (Ibíd).

Desde el punto de vista formal, Viciano Pastor y Martínez Dalmau señalan que las características más importantes de los nuevos textos constitucionales surgidos en la América Latina al calor del nuevo constitucionalismo son: un contenido innovador, un articulado considerablemente extenso, la conjugación de una complejidad técnica y un lenguaje sencillo, y la activación del poder constituyente como mecanismo de cambio constitucional (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2010: 14). Nosotros nos quedaremos con los dos primeros, ya que son los que por ahora sirven mejor a los propósitos de este artículo.

Contenido innovador y articulado extenso casi siempre van de la mano. Por supuesto, y tal como ya hemos dicho, las nuevas constituciones intentan dar solución a lo que Gargarella y Courtis llaman una pregunta-objetivo (marginación indígena, desigualdad) (Gargarella y Courtis, Ibíd: 9-11). En ese sentido, las constituciones surgidas en la América Latina durante los últimos años buscan "promover la integración social, crear un mayor bienestar y [...] establecer elementos de participación que legitimen el ejercicio de gobierno por parte del poder constituido" (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, Ibíd.).

En ese mismo orden de ideas, no es casualidad que esas nuevas constituciones apelen a la participación como elemento legitimador del ejercicio del gobierno, como señalan Viciano Pastor y Martínez Dalmau (Ibíd). De hecho, tanto desde el punto de vista político como desde el académico, se ha asociado la desigualdad y la discriminación o marginación con la falta de acceso al poder y a las instancias y mecanismos de toma de decisiones. De hecho, habría que agregar a lo ya dicho por los autores que no se trata solamente de la participación como elemento legitimador del ejercicio del gobierno, sino como elemento del ejercicio mismo del poder por parte de los sectores tradicionalmente excluidos.

Pero la innovación no se queda en la apelación a los mecanismos de participación (como las distintas modalidades de referéndum, por ejemplo), sino que incluye -dependiendo de las circunstancias de cada país y guiado el constituyente por la pregunta-objetivo de la que hablan Gargarella y Courtis- aspectos como el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador, la inclusión de dos nuevos Poderes (Electoral y Moral) en Venezuela y la plurinacionalidad en Bolivia (Ibíd: 14-15).

Estas y muchas otras innovaciones de los textos constitucionales de la America Latina, junto con los otros elementos tradicionales en el constitucionalismo latinoamericano es lo que, en gran medida, hace que los mismos sean considerablemente extensos. De lo que se trata es de garantizar que el poder constituido respete la voluntad del constituyente, no dejar mucho espacio a la discreción del poder constituido (Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2010: 16). A ello habría que agregar que, en virtud de las disposiciones en materia de reforma constitucional que los nuevos textos incorporan, hacen mucho mas difícil cambiar lo referente a los derechos sociales, económicos, políticos culturales, así como los principios de inclusión, nueva institucionalidad, etcétera[5]; si fuesen materias reguladas por leyes (sean ordinarias u orgánicas), determinadas circunstancias podrían permitir que acuerdos políticos entre distintos sectores dieran marcha atrás a los mismos. Siendo materia constitucional, en el ámbito del nuevo constitucionalismo latinoamericano estos cambios deben ser refrendados por el pueblo y, al menos es lo que se espera y se supone, el pueblo no votaría a favor de una reforma que menoscabe sus derechos o elimine las conquistas sociales.

Ahora bien, esa innovación presente en las nuevas constituciones latinoamericanas y la extensión de la que hablamos son fuente

---

5 Y esto es válido no sólo cuando las reformas pretenden dar marcha atrás a las conquistas de estos derechos o cambiar la institucionalidad que les da vida, sino incluso cuando se supone que el objetivo de las mismas es más bien profundizarlos. Es el caso de la fallida reforma constitucional intentada en Venezuela en el año 2007: si la reforma no hubiese requerido el trámite del referéndum aprobatorio y hubiese bastado el voto favorable de la Asamblea Nacional, habría sido aprobada porque el partido de gobierno, promotor de la reforma, tenía mayoría absoluta en el parlamento.

de las constantes críticas que se le hacen a las mismas. Gargarella y Courtis lo exponen así:

> Uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas Constituciones (por ejemplo, las recientemente aprobadas en Ecuador y el Estado Plurinacional de Bolivia, o la Constitución de Colombia de 1991, o la Argentina de 1994) es que ellas incluyen largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos). Las referencias a los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la comida saludable, los derechos de la naturaleza y un larguísimo etcétera, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos. Si uno mira a la muy austera Constitución de los Estados Unidos, que contiene 7 artículos (y una veintena de enmiendas), y la compara con los más de 400 artículos que uno encuentra en las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia, uno no puede sino sorprenderse. Muchos han hecho referencia, entonces, a las nuevas Constituciones latinoamericanas como poéticas": Constituciones que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican (Gargarella y Courtis, 2009: 31).

El mismo Gargarella, aún reconociendo que esta crítica no es enteramente falsa o falaz, afirma que "es exagerada y en buena medida errada" (Ibíd.: 32).

> Por supuesto, la distancia que separa a las aspiraciones y exigencias de estos textos de las realidades hoy existentes en países como los citados [Argentina, Colombia], es abrumadora. Sin embargo, también es cierto que, en buena medida gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos. [...] Y ello, en buena medida, gracias a lo escrito en estas nuevas Constituciones (Ibíd.).

Citamos extensamente a Gargarella y Courtis porque, creemos, no se puede expresar mejor una respuesta a la acusación de que las constituciones latinoamericanas no son más que poesía. Pero también porque hay una frase suya que nos permite iniciar propiamente la discusión acerca de los derechos de los pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas: "Por ejemplo -apuntan Gargarella y Courtis- grupos de indígenas [...] habitualmente maltratados en sus derechos fundamentales, han encontrado respaldo en es-

tas Constituciones" (Gargarella y Courtis, 2009: 32). En la introducción ya afirmábamos que un aspecto característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el cambio en la concepción de los derechos de los pueblos indígenas. La opinión de Gargarella y Courtis nos muestra que no somos originales al hacer tal afirmación, pero la buena noticia que de allí se desprende es que tampoco somos los únicos ni estamos solos.

IV. Derechos de los Pueblos Indígenas

Este cambio de concepción de los derechos de los pueblos indígenas no es algo que podamos calificar de reciente. La materialización de estas nuevas concepciones en las nuevas constituciones de la región ha estado precedida de muchos años de lucha en el ámbito político y de reflexiones en el académico. Ya en el emblemático año de 1992, cuando se conmemoraba el V Centenario del Descubrimiento de América[6], Rodolfo Stavenhagen resumía lo que a su juicio eran las interrogantes más serias a la hora de analizar la temática de los derechos de los pueblos indígenas. Siete son las cuestiones que Stavenhagen identifica como las más importantes:

- La relación entre los "derechos étnicos" y la concepción de los derechos humanos.
- El valor del concepto de indignidad.
- La relación entre los derechos individuales y los derechos colectivos.
- La ambigüedad del término "minoría étnica" y su relación con los pueblos indígenas.

6 La misma concepción de "descubrimiento" es algo que ha sido puesto en duda; desde otros ángulos y ámbitos se ha hablado de "encuentro de dos mundos", "resistencia indígena", "quinto centenario" a secas, etcétera. Aquí hemos preferido dejar la expresión de *V Centenario del Descubrimiento de América* con la expresa intención de llamar la atención sobre un hecho histórico que siempre fue definido y calificado desde la óptica de los grupos colonizadores, pero que gracias precisamente a la lucha de los pueblos indígenas y movimientos pro-indigenistas ha ido cambiando, tanto como la concepción de lo que en este artículo se ha definido como los derechos de los pueblos indígenas.

- Los alcances de los conceptos de "pueblo" en general y "pueblos indígenas" en particular.
- La política del Estado y los derechos indígenas.
- Los conceptos de autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas en el marco del Estado territorial moderno. (Stavenhagen, 1992: 83).

El análisis de Stavenhagen abarca un ámbito territorial mucho más amplio que el latinoamericano e intenta dar respuesta a una problemática que por supuesto también tenía su expresión en países de África, Asia y Oceanía. Pero cuando se trata de hablar del caso específico de la América Latina, Stavenhagen es claro al afirmar que durante muchos años la política indigenista de los países de la región -y por consiguiente la constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas- estaba inspirada en la concepción liberal de la igualdad jurídica de todos los hombres (Ibíd.: 97). Eso significaba, en el marco del pensamiento liberal (y neoliberal durante finales de los 70 y hasta finales de los 90) que no se justificaba una política especial para las poblaciones indígenas (Ibíd.)[7]. Que no hubiese un tratamiento diferenciado legal y constitucionalmente establecido para los pueblos indígenas era la consecuencia lógica de ello.

Asimismo, en ese marco de referencia conceptual, las políticas indigenistas de los países de la región buscaban "promover el desarrollo socioeconómico de las comunidades indígenas e 'integrarlas' a la nación" (Ibíd.). Si los indígenas no tenían los mismos derechos que el resto de los ciudadanos o no podían ejercerlos de la misma manera era por fallas en los mecanismos de implantación y protección de los derechos humanos, pero no de la concepción de estos derechos (Ibíd.: 98).

Este panorama ha cambiado radicalmente gracias a las movilizaciones y luchas de los pueblos indígenas y movimientos pro-indigenistas, especial aunque no únicamente en los países en los que los pueblos indígenas conforman una parte muy importante del censo poblacional. Quizás en 1992 Stavenhagen no podía prever la llegada

---

7 De hecho, Stavenhagen habla expresamente de poblaciones indígenas y no de pueblos, porque en la postura liberal no existe la concepción de pueblos indígenas.

de un líder indígena a la presidencia de Bolivia, pero ya señalaba que algunos textos constitucionales o legales comenzaban a hacer referencia a los derechos indígenas y a reconocer a los pueblos indígenas como tales. Dentro de esos derechos estaban "el lenguaje, la cultura, el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica[8] y, en algunos casos, el derecho al propio territorio" (Ibíd.). Más aún, adelantándose a lo que serían los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, en 1992 Stavenhagen afirmaba que:

> El Estado pluriétnico en gestación debe ser, por supuesto, civil y democrático, pero también pluricultural y pluralista en los político (Ibíd.).

Y agregaba:

> Autonomía, autogobierno, autodeterminación constituyen términos relativos que actualmente [1992] son considerados como esenciales para el pleno desarrollo de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Seguramente en los años que vienen serán definidas las maneras de uso y ejercicio en beneficio de los indígenas de América (Ibíd.: 99)

Catorce años más tarde, al hacer un repaso de los logros alcanzados en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, Stavenhagen no se mostraba tan optimista, aunque reconocía que gracias a iniciativas como la de la ONU, especialmente el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la Comisión de Derechos Humanos,

> ...fue surgiendo [...] una agenda indígena de derechos humanos, que ha contribuido paulatinamente a la emergencia de un nuevo derecho internacional de los pueblos indígenas y a la construcción de los pueblos indígenas como un nuevo sujeto colectivo del derecho internacional (Stavenhagen, 2006: 24).

Una agenda que tiene tres vertientes:

1. El reclamo por el reconocimiento para los indígenas de todos los derechos individuales garantizados en la Declaración Universal y

---

8 En Venezuela se suele hacer referencia a esto como jurisdicción indígena. Los estudios más recientes lo insertan en el debate sobre el pluralismo jurídico.

demás instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos. (Ibíd.). Este reclamo sigue siendo muy válido, ya que a pesar de todos los avances

> ...su acceso a la justicia es generalmente difícil, su participación política es limitada, sus niveles socio-económicos se encuentran por debajo del promedio nacional, su identidad cultural es negada y sus características culturales son menospreciadas por la sociedad mayoritaria o hegemónica (Ibíd.).

2. En segundo lugar, la agenda indígena de derechos humanos contempla el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En opinión de Stavenhagen, este es "el hilo rojo que recorre todos los ámbitos del debate sobre sus derechos humanos [...] ya que el reconocimiento de sus derechos colectivos tiene diversas vertientes: territoriales, jurídicas, culturales, sociales, económicas y políticas. (Ibíd.: 26).[9]

3. Y finalmente está el tema del reconocimiento jurídico de los territorios indígenas, tema de crucial importancia por dos razones principales:

- El territorio indígena es también el punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos en el mundo contemporáneo (Ibíd.).
- El control de los espacios territoriales indígenas está asociado al control de los recursos, tanto del suelo como del subsuelo, principalmente los recursos energéticos, hidrográficos y de biodiversidad (Ibíd.: 27). Aquí la lucha no sólo es para lograr más participación en las decisiones, el manejo y los beneficios de los mismos frente a los Estados de los que los pueblos indígenas hacen parte (Ibíd.), sino por la defensa de esos recursos frente a la voracidad de empresas transnacionales e incluso de potencias extranjeras.

---

9 El autor señala que faltaría por definir "quiénes son esos pueblos en la práctica, cuáles son las unidades que han de ser reconocidas como sujetos del derecho (comunidad, tribu, grupo etno-lingüístico, territorio etc.), qué criterios son utilizados para definirlos y quiénes establecen estos criterios y con qué propósitos" (Stavenhagen, 2006: 26).

Estas tres cuestiones cruciales son recogidas por los nuevos textos constitucionales surgidos al amparo o más bien al calor de ese movimiento sociopolítico y académico que es el nuevo constitucionalismo latinoamericano.[10] Para empezar, las constituciones aprobadas luego de los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia incluyen un capítulo completo del texto constitucional dedicado exclusivamente a los derechos de los pueblos indígenas. Por supuesto, la denominación varía de una a otra constitución: "De los Derechos de los pueblos indígenas" en la constitución venezolana de 1999, "Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades", en la ecuatoriana de 2008 y "Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos" en la boliviana de 2009.

Ahora bien, como ha venido señalando Rodolfo Stavenhagen, el debate acerca de los derechos de los pueblos indígenas ha estado casi siempre asociado al debate sobre los derechos humanos de segunda generación o derechos colectivos. Eso no quiere decir que se deban dejar de lado los derechos individuales; al contrario, hemos visto que el propio Stavenhagen señala que una de las vertientes de la agenda es precisamente el reclamo del disfrute de los derechos individuales por parte de los pueblos indígenas, tradicionalmente discriminados y relegados en este sentido. Pero resulta ilusorio, señala Stavenhagen, "el ejercicio de los derechos civiles y políticos cuando no existen condiciones para el disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales" (Stavenhagen, 1992: 84), de modo que en el caso de los pueblos indígenas no se pueden entender unos derechos aislados o contrapuestos a los otros, sino más bien complementarios.

---

10 De la mano de los distintos autores que hemos citado a lo largo de estas páginas hemos querido mostrar que ciertamente las nuevas constituciones aprobadas por los pueblos de algunos países de la región (Venezuela, Ecuador y Bolivia) luego de sendos procesos constituyentes de amplia participación popular han sido la expresión de las luchas sociales y políticas de distintos movimientos, colectivos y sectores tradicionalmente excluidos, pero que -tal como sostienen Viciano Pastor y Martínez Dalmau-, ello también ha dado pie para que se comience a conformar un cuerpo doctrinario consolidado y un campo de estudio delimitado que es el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Más aún, esto que nosotros llamamos movimiento sociopolítico y académico ha tenido y tiene influencias y expresiones en otros países en los que sin embargo -tal vez debamos decir aún- no se han producido los procesos constituyentes que den origen a nuevas constituciones.

Por ello, conscientes de esa realidad, los constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia lo primero que hacen es un reconocimiento previo a unos de los derechos más importantes: las lenguas indígenas: los tres textos constitucionales reconocen los distintos idiomas de los pueblos y naciones indígenas (según la denominación en cada texto constitucional) como idiomas oficiales.

La constitución boliviana los menciona expresamente a todos:

> **Artículo 5. I.** Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawaya, machineri, maropa, mojeñotrinitario, mojeñoignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uruchipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

La Constitución de Ecuador por su parte establece en su artículo 2 que:

> El castellano es el idioma oficial del Ecuador; el castellano, el kichwa y el shuar son idiomas oficiales de relación intercultural. Los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley. El Estado respetará y estimulará su conservación y uso.

Y el artículo 9 de la Constitución venezolana establece que:

> El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

Y no son poca cosa estos artículos. Tanto o incluso más importante que visibilizar a los pueblos indígenas es darles voz, dejarlos expresarse. Y que lo hagan en su propia lengua. Nada se hace si, como las políticas indigenistas de corte liberal denunciadas por Gargarella y Courtis, se habla de una supuesta autonomía y de una integración, pero a los pueblos indígenas no se les permite expresarse en sus lenguas. Por otra parte, la libertad de expresión, recogida por todos los textos constitucionales, cobra un nuevo sentido para los pue-

blos indígenas con estas disposiciones constitucionales de la co-oficialidad de sus lenguas.

Asimismo, los constituyentes de los países cuyos procesos constituyentes desembocaron en nuevas constituciones también consideraron -rasgo distintivo del nuevo constitucionalismo, según nos han mostrado Viciano Pastor y Martínez Dalmau- incluir disposiciones sobre la participación popular, en este caso de los pueblos indígenas. Las tres constituciones reafirman el derecho de los pueblos indígenas a la participación, lo cual incluye por ejemplo la representación indígena en el parlamento nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena (Venezuela), la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Bolivia) o la adopción de medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados (Ecuador).

Las constituciones que aquí comentamos también prohíben la discriminación por razón de sexo, religión, orientación política, raza, etcétera, en términos generales; esto es, para todos los ciudadanos. Pero todas reafirman la prohibición de discriminación a los pueblos indígenas y les garantizan o establecen la obligatoriedad para los Estados de garantizar la libertad cultural y religiosa de los mismos, y la de establecer y desarrollar las actividades económicas que consideren más acordes con sus costumbres, tradiciones, organización, etcétera.

Visto así, estos derechos se enmarcan dentro de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pero desde el punto de vista individual implica que los indígenas tienen derecho a la participación, al uso de su lengua materna, a practicar su credo, a dedicarse a la actividad económica de su preferencia y a no sufrir discriminación por su origen étnico. De modo que lo que han querido garantizar los constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador es que los indígenas como individuos tengan todos los derechos humanos individuales garantizados y reconocidos por los distintos tratados internacionales.

Ahora bien, y aquí ya entramos en lo que con Stavenhagen hemos venido llamando la segunda vertiente de la agenda de los derechos de los pueblos indígenas, los derechos individuales de los indígenas "no pueden ser plenamente disfrutados si no son reconocidos los pueblos indígenas como entes colectivos con identidad propia y

con derechos colectivos que históricamente les habían sido negados" (Stavenhagen, 2006: 25-26) y ya hemos mencionado que los derechos colectivos son más bien un abanico que abarca derechos territoriales, jurídicos, culturales, sociales, económicos y políticos (Ibíd. 26).

Más arriba reseñábamos que las tres constituciones hablan de pueblos, naciones o nacionalidades indígenas, lo que de por si ya se constituye en un reconocimiento. De hecho, la Constitución venezolana de 1999, en su artículo 119, señala expresamente que:

> El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

Por su parte, el numeral I del artículo 30 de la Constitución boliviana de 2009 expresa que:

> Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

Y finalmente, la Constitución ecuatoriana de 2008, en su artículo 56:

> Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Lo cual se complementa con los artículos 57 (reconocimiento de derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas), 58 (reconocimiento de los derechos colectivos a los pueblos afroecuatorianos) y 59 (reconocimiento de los derechos colectivos a los pueblos montubios).

En los enunciados de esos artículos, así como en el desarrollo de los capítulos sobre derechos de los pueblos indígenas, se evidencia la intención de los constituyentes de dar respuesta a las exigencias de garantías para el disfrute de lo que hemos llamado el abanico de derechos colectivos de los pueblos indígenas y que incluye territoriales,

jurídicos, culturales, sociales, económicos y políticos.[11] El contexto sociopolítico e histórico de cada país y sus procesos constituyentes ha dado lugar a distintos enunciados y los constituyentes han considerado conveniente y oportuno incluir especificaciones determinadas sobre algunas de estas cuestiones. Así, por ejemplo, en la Constitución de Ecuador se ha considerado conveniente dedicar una sección a la justicia indígena en el capítulo que trata de la Función Judicial. (Las otras constituciones también establecen la jurisdicción indígena, aunque no en una sección aparte como en la de Ecuador.)

Finalmente, tenemos el tema del reconocimiento jurídico de los territorios indígenas, que como hemos dicho es de crucial importancia para la configuración de los pueblos indígenas como actores colectivos, por una parte, y por el control y explotación de los recursos del suelo y el subsuelo. Veamos qué establecieron los constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador a este respecto.

En el caso de Venezuela, citaremos nuevamente el artículo 119, aunque esta vez de manera más extensa:

> El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley (Subrayado nuestro).

---

11 No se trata, por otra parte, de reproducir íntegramente aquí cada uno de los capítulos y artículos de esas constituciones, sino señalar y puntualizar la cuestión. En otras palabras, dejar claro que en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, los constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador, cada uno con su estilo y respondiendo al contexto sociopolítico e histórico en el que se desarrolló cada uno de los procesos constituyentes, se preocuparon por dar una respuesta al problema de la desigualdad, discriminación y marginación de los pueblos indígenas.

Por su parte, el artículo 57 de la Constitución de Ecuador, que también hemos citado ya, establece como derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas:

> 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
> 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
> 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
> 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.
> Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva.

Y finalmente, en el caso de la Constitución boliviana, el ya también citado artículo 30, en su numeral II establece que

> En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:
> 4. A la libre determinación y territorialidad.
> 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
> 7. A la protección de sus lugares sagrados.
> 17. A la gestión territorial indígena autónoma [...]

Al garantizar el reconocimiento jurídico de esos territorios como territorios indígenas efectivamente se garantiza la conformación de los pueblos indígenas como actores colectivos porque los constituyentes también han querido garantizar que en la jurisdicción de dichos territorios los pueblos indígenas puedan desarrollar sus potenciales y decidir autónomamente las prácticas económicas, políticas, culturales, religiosas y de justicia que mejor se adapten a sus usos, costumbres y tradiciones.[12]

---

12 La constitución de Ecuador establece expresamente que las decisiones de la jurisdicción indígena deben ser respetadas por todas las instituciones y autoridades públicas, pero que las mismas no deben ser contrarias a la misma constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. (Artículo 171 de la Constitución de Ecuador).

En cuanto al control y explotación de los recursos de los suelos y subsuelos de los territorios indígenas, estas constituciones parecen tener el claro objetivo de proteger los ecosistemas y la biodiversidad, dada su importancia para el desarrollo de las mismas formas de vida de los pueblos indígenas. Por supuesto, el espectro de especificaciones y disposiciones es amplio y, una vez más, varía en función del contexto sociopolítico e histórico de cada país. Los Estados, por supuesto, no renuncian a la propiedad de los recursos del suelo y el subsuelo y al derecho de explotarlos, pero en los tres casos se garantiza la consulta previa a los pueblos indígenas acerca de los planes y proyectos de explotación de los recursos ubicados en sus territorios. La más parca es la Constitución de Venezuela, cuyo artículo 120 señala que:

> El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

La Constitución de Ecuador desarrolla este tema en varios numerales de su artículo 57, ya citado. Veamos:

> 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
> 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
> 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

Y la Constitución de Bolivia, que también desarrolla el tema en varios numerales del artículo 30, los cuales citamos seguidamente:

> 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
> 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
> 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
> 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

Lo que persiguen estas disposiciones constitucionales es que los pueblos indígenas dejen de ser "espectadores impotentes de los despojos y la destrucción de sus territorios y tierras ancestrales" (Stavenhagen, 2006: 27). Queda pendiente el debate acerca de la materialización de estas disposiciones, asunto que por ahora excede los modestos propósitos que aquí nos hemos planteado.[13] Recordemos las críticas que constantemente se hacen a las constituciones de los países de la América Latina, muchas de ellas -como bien nos enseñan Gargarella y Courtis- exageradas y erradas, pero que en todo caso no eximen de verificar cómo se desarrollan en la práctica los postulados constitucionales que aquí hemos examinado. Por otra parte, recordar también que las disposiciones de los constituyentes no abarcan solamente los temas que aquí hemos traído a colación ni mucho menos. Asuntos tan cruciales como los relativos a

---

13 Específicamente sobre el tema de los territorios indígenas, véase más adelante en esta misma revista el artículo "Derechos territoriales indígenas en Venezuela como derechos humanos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas", de los profesores Vladimir Aguilar Castro y Linda Bustillos Ramírez del Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI) de la Universidad de los Andes (Nota del Editor).

la educación, la salud y los saberes ancestrales también merecieron la atención de los constituyentes y la consiguiente expresión constitucional. Si no nos hemos detenido en ellos es por meras razones de espacio, pero somos conscientes de que son parte integral de los derechos de los pueblos indígenas.

V. A modo de conclusión

La América Latina es una región que ha recibido muy poca atención por parte de los estudiosos de los procesos y fenómenos sociopolíticos. Muy poca atención con respecto a la que reciben otras regiones (Europa, Estados Unidos, por ejemplo). Muy poca atención con respecto a la riqueza de la vida sociopolítica de cada uno de los países que conforman la región. Muy poca atención desde fuera, pero también desde dentro.

Los procesos constituyentes vividos en Venezuela, Bolivia y Ecuador luego de durísimos y hasta traumáticos eventos políticos y sociales, y las réplicas que se han intentado (hasta el momento sin éxito) o la influencia que han ejercido en otros países, aún no han sido valorados en su justa dimensión. Criticados, menospreciados y hasta enfrentados -olíticamente y también por la vía de la fuerza y de las armas- por sectores políticos que se han visto desplazados en cada uno de esos países, también han sido relegados en los centros de estudio, tradicionalmente controlados por elites intelectuales que comparten valores y hasta intereses con las elites gobernantes desplazadas.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, como movimiento sociopolítico y como cuerpo doctrinario consolidado o al menos en vías de consolidación, ciertamente representa un avance con respecto al neoconstitucionalismo, tal como éste es entendido por los especialistas de la talla de Miguel Carbonell o los autores cuyas obras recoge en su libro. Hemos visto, tal vez muy brevemente, qué cosas tienen en común y en qué cosas se diferencian.

Hemos sostenido en las páginas precedentes que uno de los rasgos distintivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, entre muchos otros por supuesto, es un cambio en la concepción de los derechos de los pueblos indígenas y también la manera de plasmarlo en los textos constitucionales. Siguiendo las líneas conceptuales de reconocidos académicos latinoamericanos, he-

mos querido asimismo mostrar que las constituciones surgidas al abrigo del nuevo constitucionalismo latinoamericano siguen una trayectoria que incluye el reconocimiento y el establecimiento de las garantías para el disfrute de los derechos humanos individuales por parte de los indígenas, el reconocimiento de los pueblos indígenas como tales y como consecuencia de ello el reconocimiento de sus derechos colectivos, en especial lo referente al territorio, punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos, como sostiene Rodolfo Stavenhagen (2006: 26).

Referencias bibliográficas

Austria, José de (1857). *Historia Militar de Venezuela en la Guerra de su Independencia.* Valencia (Venezuela), Imprenta del Coronel Juan D'Sola.

Berraondo, Mikel (Coord.) (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos.* Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto.

Carbonell, Miguel (Ed.) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid, Editorial Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.

Clavero, Bartolomé (2006). "Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas". En Berraondo, Mikel (Coord.) (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos.* Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. pp. 313-338.

Ferrajoli, Luigi (2007). "Sobre los derechos fundamentales". En Carbonell, Miguel (Ed.) (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid, Editorial Trotta / Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. pp. 71-89.

Gargarella, Roberto y Christian Courtis (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes.* Santiago de Chile, CEPAL / ASDI. Serie Políticas Sociales Nro. 153.

Medici, Alejandro (s/f). *Ocho proposiciones sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro descolonial: Bolivia y Ecuador.* Ponencia presentada al *II Congreso Provincial de Cs. Jurídicas. CALP.* La Plata, Argentina (Mimeo).

Stavenhagen, Rodolfo (1992). "Los derechos de los pueblos indígenas: algunos problemas conceptuales". En *Nueva Antropología.* Vol. XIII, N° 43, pp. 83-99.

------- (2006). "Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos". En Berraondo, Mikel (Coord.) (2006). *Pueblos indígenas y derechos humanos.* Bilbao, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto. pp. 21-28.

Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau (2010). *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Mimeo. Conferencia presentada ante el *VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional.* México D.F., México, 6 al 10 de Diciembre de 2010.

El proceso de coordinación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional en Venezuela

The Process of Coordination between Indigenous Justice and the National Judicial System in Venezuela

Ricardo Colmenares Olivar*

* Profesor Titular e Investigador de la Universidad del Zulia (LUZ). Doctor en Derecho (LUZ, 1998); Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas (LUZ, 1992), Especialista en Derechos Humanos (Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica, 1993); Especialista en Paz y Resolución de Conflictos por la Universidad de Uppsala (Suecia, 2000). Juez Titular (Jubilado) de la Corte de Apelaciones del Estado Zulia (Venezuela).

RESUMEN

En las últimas dos décadas, los países de la región Andina reconocieron de manera expresa en sus cartas políticas el carácter multiétnico y pluricultural del Estado, admitiendo además la coexistencia paralela o alternativa de los sistemas normativos de los pueblos indígenas con el derecho estatal, es decir, el llamado pluralismo jurídico dentro del ámbito de la administración de justicia. Todas estas constituciones, incluyendo la de Venezuela, reconocen en términos generales que los pueblos indígenas tienen potestad jurisdiccional para resolver conflictos que ocurran dentro de sus espacios territoriales, con aplicación de sus propias normas y costumbres, teniendo como límites los derechos humanos y los derechos constitucionalmente reconocidos, todo lo cual debe estar expresamente regulado mediante la aprobación de una ley de coordinación y/o compatibilidad (en el caso de Bolivia, se le conoce como Ley de Deslinde Jurisdiccional) entre los sistemas judiciales estatales y la justicia indígena. Siguiendo entonces las anteriores plataformas constitucionales y legales y las pautas dictadas recientemente por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, este trabajo pretende esbozar algunos criterios racionales que coadyuven al proceso de compatibilidad y/o coordinación entre la justicia indígena y el sistema de justicia estatal en Venezuela, cónsonos con los principios constitucionales.

Palabras clave: derechos de los pueblos indígenas, justicia indígena, pluralismo jurídico.

ABSTRACT

In last the two decades, countries of the Andean region expressly recognized the multi-ethnic and multi-cultural character of the State in their constitutions, admitting furthermore, the parallel or alternative coexistence of the legal systems of indigenous peoples along with ordinary justice systems: a so-called legal pluralism. All these constitutions, including that of Venezuela, recognize in general terms that indigenous peoples have jurisdictional power to solve conflicts that occur within their territorial spaces by applying their own norms and customs, with human rights and constitutionally recognized rights as their limits; this must be specifically regulated by approving a law of coordination and/or compatibility (in the case of Bolivia, known as the Law of Jurisdictional Demarcation) between state judicial systems and indigenous justice. Following previous constitutional and legal platforms and guidelines recently pronounced by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice of Venezuela, the aim of this paper is to outline some rational

criteria that contribute to the process of compatibility and/or coordination between indigenous justice and the state justice system in Venezuela, in accordance with constitutional principles.

Key words: Indigenous peoples rights, indigenous justice, legal pluralism.

Introducción

En las últimas dos décadas, los cuatro países de la región Andina de América Latina reconocieron de manera expresa en sus cartas políticas el carácter multiétnico y pluricultural del Estado, admitiendo además la coexistencia paralela o alternativa de los sistemas normativos de los pueblos indígenas con el derecho estatal, es decir, el llamado *pluralismo jurídico* dentro del ámbito de la administración de justicia.[1] Así tenemos que la Constitución de Colombia de 1991 fue la primera en reconocer el derecho consuetudinario y la jurisdicción especial indígena, seguida por la de Perú en el año 1993, luego por las dos reformas constitucionales habidas en el Estado Plurinacional de Bolivia en los años 1994 y 2009, la de Ecuador en 1998 con su posterior reforma en el 2008; a este proceso de transformación también se sumó Venezuela en 1999.

Todas estas constituciones, incluyendo la de Venezuela, reconocen en términos generales que los pueblos indígenas tienen potestad jurisdiccional para resolver conflictos que ocurran dentro de sus espacios territoriales, con aplicación de sus propias normas y costumbres, teniendo como límites los derechos humanos y los derechos constitucionalmente reconocidos, todo lo cual debe estar expresamente regulado mediante la aprobación de una ley de coordinación y/o compatibilidad (en el caso de Bolivia, se le conoce como Ley de Deslinde Jurisdiccional) entre los sistemas judiciales estatales y la justicia indígena.

---

1 Cfr.: Raquel Yrigoyen Fajardo. PAUTAS DE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999: p. 21. Igualmente: Vicente Cabedo Mallol. *"Análisis de las Constituciones de Latinoamericanas"*. En: CONSTITUCIONES, DERECHO Y JUSTICIA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA. Lima (Perú), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002: p. 95 y ss. Como es sabido, la hoy Comunidad Andina sólo incluye a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, pues Chile se retiró durante el régimen militar de Augusto Pinochet.

Ahora bien, tal como lo planteara la Comisión Andina de Juristas en el Seminario Internacional sobre "El ejercicio de la justicia indígena en los países andinos y su relación con los Derechos Humanos" realizado durante el mes de noviembre de 2010 en la ciudad de Lima (Perú), a nivel de desarrollo de legislación secundaria, sólo en Bolivia y Ecuador -al igual que en Venezuela- se están discutiendo las normas y los criterios de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, mientras que en Colombia y Perú el proceso de coordinación ha generado diversas reacciones a nivel judicial, como se verá más adelante, por lo que aún no está claro es cómo se va a interpretar y aplicar ese "límite" que imponen los derechos humanos.

A su vez, estos procesos constituyentes se han visto reforzados por la ratificación del **Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales** de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, el cual estableció derechos mínimos que deben ser respetados y puestos en práctica por los Estados que lo han ratificado[2]. De igual modo, por la más reciente **Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**, aprobada por la Asamblea General de la ONU en fecha 13 de septiembre de 2007, que también reconoció en sus artículos 34 y 35 los sistemas jurídicos y la jurisdicción propia de los pueblos indígenas.

Sin embargo, a nuestro juicio la **Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI)** aprobada por la Asamblea Nacional de Venezuela en diciembre de 2005 estableció pautas de coordinación bien definidas entre ambos sistemas (indígenas y estatal), aun cuando en la actualidad se discute el **proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema de Justicia**, elaborado por la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas del referido Cuerpo Legislativo.

Siguiendo entonces las anteriores plataformas constitucionales y legales y las pautas dictadas recientemente por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, este trabajo pretende esbozar algunos criterios racionales que coadyuven al proceso de compatibilidad

---

2 Así tenemos: Estado Plurinacional de Bolivia (11-12-1991); Colombia (07-08-1991); Ecuador (15-05-1998); Perú (02-02-1994) y la República Bolivariana de Venezuela (22-05-2002). Tomado de: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C169.

y/o coordinación entre la justicia indígena y el sistema de justicia estatal en Venezuela, cónsonos con los principios constitucionales.

I. Los procesos de compatibilidad de sistemas en otros países de la región Andina

En este punto se expondrán los mecanismos y esfuerzos que realizan los países de la región Andina en cuanto a los procesos de compatibilidad, comenzando por Colombia, seguida de Perú, siendo los dos países que no tienen ley secundaria pero han hecho cambios en la materia a partir de las decisiones judiciales dictadas por las Cortes Supremas de Justicias de ambos Estados.

Así tenemos que en el artículo 246 de la **Constitución Política de Colombia** de 1991 se habla de la existencia de *Jurisdicciones Especiales* dentro del ámbito territorial indígena, aunque con las limitaciones antes expresadas: *"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos,..."*, estableciendo como limitante a esta potestad jurisdiccional que sus decisiones *"...no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.* Dicha disposición agrega que *"La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"*.

Tal como lo señalaba la Comisión Andina de Juristas, la praxis judicial en Colombia da cuenta que si una decisión dictada en la justicia indígena producía una vulneración a la constitución, se presenta una acción de tutela (similar a una acción de amparo en Venezuela), la cual puede ser o no admitida dependiendo del criterio del órgano jurisdiccional. Lo cierto es que sin tener ley orgánica ni una propuesta a nivel legislativo que rija el proceso de compatibilidad, son innumerables los criterios emanados de la Corte Constitucional de Colombia que han fijado lineamientos claros sobre 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 di-

rectos. 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».*

Cabe destacar la encomiable labor que realiza la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales del Consejo Regional Indígena del Departamento de Tolima (CRIT), el cual se ha establecido como el principal soporte institucional de las reivindicaciones de los derechos indígenas en Colombia y que creó el Tribunal Superior Indígena del Tolima en el año 2001, que mantiene una relación de respeto y colaboración mutua con el Consejo Superior de la Judicatura del Poder Judicial de Colombia al momento de decidir conflictos de competencias entre ambos sistemas.[3]

Por su parte, 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

---

3 *Véase:* Comisión Andina de Juristas (2010). *"Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina"*. Primera Edición. Lima (Perú). Producto de ese trabajo conjunto y coordinado entre el Tribunal de Tolima y las autoridades judiciales estatales de la zona, se elaboró una propuesta de Protocolo de Acuerdo Interjurisdiccional entre Autoridades Judiciales Estatales y Autoridades Tradicionales de las comunidades indígenas para el ejercicio de la justicia de los pueblos indígenas del Tolima.

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 lo siguiente: *"Las autoridades de las comunidades campesinas nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona..."* (Subrayado propio). Aquí también se agrega la obligación de establecer una ley de *"...de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial"*.

En el "I Taller de Consulta del Proyecto de Ley de Coordinación entre la Jurisdicción Especial y la Jurisdicción Ordinaria" realizado en la ciudad de Cajamarca (Perú) los días 8 y 9 de septiembre de 2010 y organizado por el Instituto de Justicia Intercultural y otras organizaciones, se presentó el **Proyecto de Ley de Desarrollo del artículo 149 de la Constitución** (Ley de Coordinación entre la Jurisdicción Especial y la Jurisdicción Ordinaria), con el objetivo de establecer los criterios y reglas de coordinación entre ambos sistemas (Artículo 1º). Así, en el artículo 3º de dicho proyecto se señalaron los principios generales que regirían dicho proceso de coordinación, entre el que destacaba el "Principio del respeto de los derechos fundamentales", cónsono con la disposición constitucional, expresando que *"La finalidad de la jurisdicción especial es la administración de justicia en beneficio de la población de las comunidades campesinas, comunidades nativas y rondas campesinas y tiene como límite el respeto de los derechos fundamentales"*. De igual modo, el proyecto contempla en el artículo 4º las competencias de la jurisdicción indígena (Territorial, Personal y Material), señalando expresamente las excepciones concretas de esta competencia.[4]

Luego de un emblemático caso de un líder indígena procesado y sentenciado por secuestro de un ladrón de ganado y producirse decisiones contradictorias respecto a hechos similares, se adoptó el

---

4 Artículo 4: *"...Competencia Material. La jurisdicción especial tiene competencia sobre todas las materias a excepción de aquellas referidas a delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Artículos 325 al 345 del Código Penal), delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional (Artículos 346 al 353 del Código Penal), delitos contra la Humanidad (Artículos 319 al 324 del Código Penal) y delito de terrorismo, además de aquellos casos relativos al derecho a la vida y a la libertad sexual"*.

Acuerdo Plenario Nº 01-2009/CJ-116 de los magistrados de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú, el cual reconoció la facultad jurisdiccional de las Rondas Campesinas y sosteniendo que muchas acciones que realizaban estas autoridades en ejercicio de sus funciones (detención de personas, embargo de bienes, etc.) no constituían ilícitos penales.

De otro lado, el inciso 4º del artículo 191 de la **Constitución de Ecuador** de 1998, reconoció 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 también 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.

En noviembre de 2002, la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del Congreso Nacional de Ecuador presentó el Proyecto de Ley de Compatibilización y de Distribución de Competencias en la Administración de Justicia, en la que participó activamente la Diputada Nacional indígena y experta en la materia Nina Pacari Vega, del Movimiento de Unidad Plurinacional. Dicho proyecto constaba de una Exposición de Motivos y cinco capítulos: Capítulo I (Disposiciones Generales); Capítulo II (Jurisdicción y Competencia de la Jurisdicción Indígena); Capítulo III (Conflictos fuera de la Colectividad); Capítulo IV (De las Resoluciones, Actas y Registros) y el Capítulo V (Derecho Indígena y Derechos Humanos). Resulta interesante lo que establece el artículo 19 de dicho proyecto, al señalar que al momento de establecer la compatibilidad o la incompatibilidad del derecho indígena con los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el Ecuador, *"...se buscará dejar a salvo la dignidad de la persona y se procederá según la interpretación intercultural de los hechos y el derecho"*. Asimismo, se advierte la conveniencia res-

pecto a la designación de una Sala de Conjueces con especialistas en Derecho Indígena (Artículo 20).

Luego de la reforma constitucional acaecida en el 2009, en fecha 14 de octubre de 2010 se elaboró el **Anteproyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria**, mucho más acabado en su redacción y contenido. Consta igualmente de cinco Títulos: el segundo de ellos trata de los "Derechos y Principios" que deben regir en el proceso de compatibilidad, estableciendo que se garantizarán los derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades reconocidos en la Constitución, el Convenio Nº 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se resalta que los derechos humanos interpretados *interculturalmente* constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todas las personas (Artículo 5.7), estableciendo de manera expresa la prohibición a las autoridades indígenas la utilización procedimientos discriminatorios y sanciones prohibidas que atenten contra la dignidad de la persona humana, como son: 1) Pena de muerte; 2) Tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes y, 3) La esclavitud o servidumbre (Artículo 16).

Por último haremos referencia a la **Nueva Constitución Política del Estado** (NCPC) de Bolivia aprobada mediante referéndum del 25 de enero de 2009, la cual avanza hacia un enfoque más completo, por cuanto parte del reconocimiento multicultural del Estado *"...a una relación más armónica y simétrica entre culturas (interculturalidad)"*.[5] Entre las disposiciones constitucionales más importantes que marcan pautas de compatibilidad y coordinación entre los sistemas indígenas y estatales están:

> ***Artículo 190.*** *I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.*

5 Véase: Marco Antonio Mendoza Crespo (2009). *"Estado de Relacionamiento en Bolivia"*. En ESTADO DE LA RELACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ESTATAL EN LOS PAÍSES ANDINOS. Comisión Andina de Juristas. Lima (Perú).

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

***Artículo 191.** I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.*

.../...

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

***Artículo 192.** I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina".*

La Constitución también ordena la creación de una **Ley de Deslinde Jurisdiccional**, la cual determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Por su parte, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia establece: *"El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario"*. De similar redacción es el artículo 5 del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú.

Todos estos aportes parecen muy acertados y dignos de incorporar al proyecto patrio, por estar en plena consonancia con la facultad otorgada en el artículo 335 de la Carta Política a la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, máximo organismo jurisdiccional de la República a quien le compete la interpretación de la Constitución, garantizador además de la supremacía de los derechos, garantías y demás principios constitucionales.[6] De igual forma, el Tribunal Supremo deberá conocer de los conflictos de competen-

cia que se susciten entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, de acuerdo a lo pautado en el numeral 7º del artículo 266 del mismo Texto Fundamental.

2. Principios constitucionales aplicables al proceso de compatibilidad de sistemas

El carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la Nación y del Estado Venezolano reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, amplía y enriquece la noción de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 del Texto Fundamental, pues ello implica -entre otras cosas- la aceptación de sistemas normativos diferentes al estatal y la participación de nuevos actores sociales dentro del Sistema de Administración de Justicia que aplicarán formas propias de resolución de conflictos, de acuerdo a su cosmovisión y tradiciones. 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 transformará 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"*.[7]

Bajo este nuevo paradigma y atendiendo al *principio de la supremacía* de la Constitución como fundamento de ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 7, todas las demás disposiciones legales deben ser interpretadas bajo este nuevo contexto pluricultural, para ga-

---

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

7 Alberto Binder (2001). *"Entre la Democracia y la Exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual"*. Argentina. Ediciones INECIP. En: www.derechoysociedad.org

rantizar el respeto de los derechos específicos y vitales de los pueblos indígenas.

Así tenemos que el artículo 9 de la actual Constitución reconoce las *lenguas* de los distintos pueblos indígenas como idiomas oficiales en las respectivas entidades federales y/o municipios indígenas donde se encuentren asentados estas culturas.[8] A nuestro modo de ver, el respeto por la lengua de cada miembro indígena, como parte del derecho a la cultura, es el presupuesto básico de una defensa real y efectiva para los indígenas, que garantiza además su identidad cultural.

El principio de *igualdad y no discriminación* de todos los ciudadanos ante la ley plasmado en el artículo 21 de la Carta Magna, también debe ser interpretado a la luz de esta visión antropológica, pues los pueblos indígenas tienen una identidad cultural preexistente al Estado Venezolano. En este sentido, los miembros de los grupos indígenas, por ser personas humanas, tienen derecho a disfrutar de manera indiscutible de todos los derechos (individuales y colectivos) existentes en los textos internacionales de derechos humanos, por aplicación de los principios de igualdad y no discriminación.[9] Sin embargo, los indígenas poseen además una identidad étnica y cultural distinta de los demás habitantes de la República y, por ende, tienen derechos distintos al resto de los ciudadanos. Es lo que se ha denominado el *derecho a la diferenciación cultural*. Esto último no atenta contra el principio de igualdad sino que, por el contrario, intenta rescatar la identidad cultural de estos pueblos que fue sepultada durante siglos por el proceso de *aculturación* de grupos dominantes. A este respecto, la Comisión Interamericana dejó sentando que aun cuando el tratamiento de las minorías (entendiendo así a los indígenas) se inspira en el principio de igualdad de

---

8 Artículo 9 C.R.B.V.: "El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad". En el mismo orden de ideas, la Constitución reconoce en su artículo 119 que el Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, sus culturas y sus...idiomas..."

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

todos los pueblos, se *"...requiere una acción positiva: un servicio concreto ofrecido a un grupo minoritario..."*[10]

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

Por otra parte, la garantía del debido proceso abarca a su vez el derecho a un *intérprete* para aquellas personas que no hablen o no puedan comunicarse en el idioma castellano (numeral 3). Este derecho fue expresamente reservado en el ordinal 4° del artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal a favor del imputado. En este mismo sentido, en el literal b) del artículo 119 del Proyecto de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas presentada por la Sub Comisión de Legislación en el mes de noviembre de 2001, se establecía la *irrenunciabilidad* de este derecho, estableciendo que las declaraciones efectuadas ante los tribunales o instancias administrativas serán nulas si fueron realizadas sin intérpretes y no podrán *"...ser utilizadas para tomar decisiones que afecten derechos... "*. No obstante, si un indígena acciona en juicio en el idioma castellano, no podrá pretender que el Tribunal esté en la obligación de colocarle un traductor para la traducción de las actas al idioma indígena, tal como lo dejó sentando la Sala Constitucional en sentencia del 20 de diciembre de 2000 (Caso pueblo Pemon contra EDELCA), sin violar por ello el derecho a la defensa, pues en ese caso sostuvo que existía la presunción del dominio de la lengua castellana.

El derecho a ser juzgado por sus *jueces naturales* consagrado en el ordinal 4° del artículo 49 del Texto Fundamental, también tiene sus tropiezos cuando los enfrentamos a la potestad jurisdiccional

que tienen las autoridades naturales de los pueblos indios. En estricto sentido, dados los tres presupuestos establecidos en el artículo 260 de la Constitución, es decir, un hecho cometido entre miembros de una mismo pueblo o comunidad, dentro del mismo hábitat y bajo las normas tradicionales de ese mismo pueblo, podríamos aceptar que correspondería a las autoridades naturales indígenas la competencia para conocer y resolver ese conflicto, como jurisdicción especial reconocida constitucionalmente y no a la jurisdicción penal ordinaria.

En cuanto a los derechos a la *defensa* y la *asistencia jurídica* consagrados en el numeral 10 del artículo 49 de la Carta Política, que implica la asistencia de un abogado público o privado que asuma la defensa técnica del caso, podemos encontrar dos fallos muy interesantes de la Corte Constitucional de Colombia que asumen una posición de respeto a la diversidad étnica y cultural a favor de los pueblos indígenas. Uno es la Sentencia T-349/96 que se pronunció diciendo que el derecho a la defensa no existe para los indígenas como nosotros lo entendemos, pues *"... no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente"*, aceptando como sucedáneo el que sus parientes estuvieren presentes en el proceso. El segundo caso lo constituye la Sentencia T-523/97, mediante el cual la Corte Constitucional decidió que *"los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad"*.[11]

2.1. El Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT

La Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de la Asamblea Nacional logró que el Gobierno de Venezuela ratificara el "Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales" de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), o Ley No. 41,[12] el cual elimina las actitudes

---

11 V. J. Cabedo Mollol. *"La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos"*. En: http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm

12 Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre de 2001. Este convenio sustituyó al Convenio 107 de la OIT, que trataba igualmente sobre derechos de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes (G. O. Extraordinaria No. 3.253, del 03-08-1983), el cual tenía una marcada tendencia *integracionista*.

paternalistas y asimilacionalistas frente a las poblaciones indígenas. Dicho convenio al ser incorporado al ordenamiento legislativo nacional, se convierte en un instrumento legal de rango constitucional y de obligatorio cumplimiento, que prevalece sobre las normas internas, conforme lo ordena el artículo 23 de la Constitución Política.

Este instrumento legal tiene varias normas que repercuten de manera directa en el proceso de coordinación o compatibilidad de sistemas normativos. 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, estableciendo de igual forma una limitación en cuanto a su aplicación: "...que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos..."*

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

Podría entenderse entonces que la única limitación que tendría el Convenio 169, sería en cuanto que el ejercicio de esa potestad no debe contrariar los principios establecidos en la Constitución, las le-

yes de la República y demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Venezuela.

3. El proceso de coordinación de sistemas en Venezuela

El artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela reconoció la *Jurisdicción especial* a las autoridades legítimas de los pueblos indígenas, como medio alternativo de justicia, con la potestad de resolver los conflictos entre sus miembros dentro de sus espacios territoriales (hábitat), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales; es decir, se reconoció a dichos pueblos la vigencia de sus sistemas legales, sus autoridades propias y los procedimientos ancestrales. Dicha norma constitucional se relaciona estrechamente con los derechos con los derechos a la propia cultura, usos y costumbres, cosmovisión, valores, reconocido en el capítulo constitucional dedicado a los pueblos indígenas (artículo 119 al 126). A diferencia de las limitaciones que imponen las normas constitucionales de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú 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"*.

En la misma disposición constitucional, el Constituyente dispuso de manera expresa el compromiso de establecer una ley que determinaría las relaciones de coordinación entre la nueva jurisdicción indígena y el complejo sistema judicial nacional, debiendo además respetarse 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, y así debe entenderse por razones de integridad y soberanía nacional.

Si bien la norma constitucional contenida en el artículo 260 de la Constitución, establece que la *"(...) ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"*, no es menos cierto que *"La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos"*, conforme lo ordena el artículo 22 constitucional. Así lo entendió la Sala Electoral del Máximo Tribunal de la República, en la sentencia de fecha 19 de mayo de 2000, en la cual aplicando el principio de *progresividad* que rige en materia de derechos humanos, eliminó el carácter "programático" de las normas constitucionales, estableciendo que *"no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable*

calificar de norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional".

Lo anterior significa que independientemente de que algunas disposiciones constitucionales carezcan de reglamentación legal, las mismas deben ser aplicadas de modo que permitan al titular del derecho hacer valer su ejercicio y su defensa. Así expresamente lo reconoció la Sala Constitucional en la sentencia del 1154/2000 caso: *Julián Isaías Rodríguez Díaz*, de la forma que se transcribe a continuación:

> *"De tal modo, que es el reconocimiento de los mencionados derechos como inherentes a la persona humana, lo que los ubica en el orden jurídico interno, como derechos de rango constitucional, los cuales "prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables" a las establecidas en el Texto Fundamental "y en las leyes de la República" (artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).*
>
> *De igual modo, en razón del carácter operativo de las disposiciones relativas a los derechos humanos, la aplicación de los mismos, sin menoscabo de la integración de la regulación internacional con la interna, no puede estar condicionada a la existencia de una ley que los desarrolle; antes por el contrario, la falta de instrumento jurídico que los reglamente, no menoscaba su ejercicio, por cuanto tales derechos "son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público" (artículos 22 y 23 de Texto Fundamental)."*
>
> *En definitiva, los preceplos que fijó el constituyente para alcanzar "un profundo cambio de perspectiva politica y cultural que reoriente la conducción del Estado venezolano, al reconocer su carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe" ostentan plena operatividad; por lo tanto, "las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas."*[13]

13 Sentencia N° 1.571/2001, Sala Constitucional del TSJ, caso: *"ASODEVIPRILARA"*.

Por su parte, el artículo 132 de la LOPCI complementa el alcance de la jurisdicción especial indígena, otorgando a las autoridades indígenas las facultades de *"conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos"*, resolviendo sobre la base de *"la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la comprensión y la reparación del daño"*, con la finalidad de restablecer la armonía y la paz social de cada comunidad, participando en este proceso tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. Además, las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional, por lo que las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los *"derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad con la presente Ley"*.

3.1. El Proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional

En los actuales momentos la Asamblea Nacional realiza un esfuerzo por discutir y aprobar el **Proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional**, cuyo artículo 14 prevé la creación de los Tribunales Indígenas *"para conocer en primera instancia los conflictos de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional"*, así como para *"conocer los conflictos de competencia que puede suscitarse entre autoridades indígenas en caso de no contar con instancias propias de resolución de conflictos en ese nivel"*; y si bien en el artículo 15 *eiusdem*, estos Tribunales Indígenas *"serán constituidos y organizados de acuerdo a los requerimientos técnicos, jurídicos y culturales que estime el Tribunal Supremo de Justicia en coordinación con la representación de los pueblos indígenas ubicados en la entidad federal correspondiente"*, no es menos cierto, que aunque no haya sido aprobada la citada ley que desarrolle el precepto constitucional contenido en el artículo 260, se debe mantener la integridad de sus derechos colectivos, y de ponerlos a resguardo de cualquier intento o acto que pudiese vulnerarlos, evitando que los mismos queden a merced de que exista o no una legislación que explícitamente los consagre y reglamente.

Este proyecto pretende además establecer una jurisdicción especializada que atenderá los casos donde estén involucrados miembros

de estas comunidades fuera del hábitat y tierras indígenas, lo cual significa que reconoce la existencia y vigencia de la competencia material de las actuales autoridades indígenas (artículo 2), tal como lo establece el artículo constitucional 260.

A pesar de lo anterior, los artículos 134 y 135 de la LOPCI ya establecieron claramente un conjunto de reglas de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la justicia Ordinaria. Así lo hizo saber el informe que presentó la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de la Asamblea Nacional al aprobarse en el 2005 en segunda discusión el referido proyecto, cuando dejó sentado que esta ley orgánica comprendía además *"un conjunto de normas destinadas a regular la coordinación de esta jurisdicción especial con la jurisdicción ordinaria"*. En el mismo orden de ideas, la Comisión Andina de Juristas ha señalado al respecto lo siguiente:

> *"El único país latinoamericano que cuenta con una ley que regula la justicia indígena y la forma en que ésta se articula con el sistema judicial estatal, es Venezuela, a través de la Ley Orgánica de Comunidades y Pueblos (sic) Indígenas. Este instrumento jurídico promulgado el año 2005, representa un importante avance para el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en dicho país, en tanto establece y desarrolla mecanismos específicos para garantizar la protección, superando los resquicios y vacíos que generalmente dejan las disposiciones constitucionales en su aplicación concreta".*[14]

Así tenemos las siguientes reglas de coordinación establecidas en la LOPCI:

> *"1. **Reserva de la jurisdicción especial indígena**: las decisiones tomadas por las autoridades indígenas legítimas sólo serán revisadas por la jurisdicción ordinaria cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República.*
> *2. **Relaciones de coordinación**: La jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación y colabo-*

14 Comisión Andina de Juristas (2009). *"Manual Informativo para Autoridades Judiciales Estatales"*. 1era. Edición. Lima (Perú), Editorial Asociación Gráfica Educativa: p. 135-136.

ración, a los fines de prestarse el apoyo requerido para la investigación, juzgamiento o ejecución, de sus decisiones.
*3. **Conflicto de jurisdicción**: De los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria conocerá el Tribunal Supremo de Justicia, mediante el procedimiento respectivo establecido en la ley que regula la materia.*
*4. **Protección del derecho a la jurisdicción especial indígena**: Cuando la jurisdicción ordinaria conozca de casos que correspondan a la jurisdicción especial indígena, debe remitir las actuaciones a esta última".*

Por otro lado, la reciente **Ley del Sistema de Justicia**[15] también prevé algunas pautas de coordinación entre el sistema estatal y los diversos sistemas normativos indígenas. Así tenemos que el artículo 10 de la referida ley establece que existirá una Comisión Nacional del Sistema de Justicia, el cual tendrá entre sus atribuciones las siguientes:

"6. Coordinar el registro, organización, funcionamiento y prestación de servicios de la jurisdicción especial indígena, de conformidad con la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Ley, las leyes que la desarrollen y sus reglamentos.
(...)
12. Aprobar el programa básico de formación y capacitación de quienes prestan servicio a los órganos y entes del Sistema de Justicia, así como promoverlos para las personas, los consejos comunales y las demás formas de organización del Poder Popular, garantizando su efectivo cumplimiento.
El programa básico de formación, incorporará contenidos referidos a la aplicación del Derecho Indígena".

3.2. Conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria

En lo que respecta a los conflictos entre la jurisdicción especial indígena con la ordinaria en virtud de los conflictos individuales o colectivos de los indígenas con ciudadanos no indígenas ocurridos dentro y fuera de su ámbito territorial, conviene revisar las pautas

15 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.276, de fecha 01 de octubre de 2009.

que debe considerar el operador de la justicia ordinaria (juez, fiscal, defensor) al momento de juzgar a un indígena, de acuerdo a los principios constitucionales y normas procesales que rigen para el resto de los ciudadanos no indígenas.

En este orden de ideas, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional del Tribunal Supremo de Colombia ha sido ejemplo del reconocimiento del derecho indígena, dictando pautas de coordinación ante los posibles conflictos de competencia en materia penal que pudieran suscitarse entre la jurisdicción indígena y el derecho nacional. En estos casos, la Corte Constitucional insiste en tomar en cuenta tanto el fuero *personal* como el *territorial*, en cada caso concreto. Así, en la reconocida Sentencia T-496 de 1996, cuyas pautas han sido confirmadas en la sentencia T-344 del 9 de julio de 1998, la Corte Constitucional expresó:

> *"a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.*
>
> *b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos".*

Por lo tanto, el operador de justicia en su función de interpretar las situaciones fácticas que se le presentan, debe tomar en cuenta la

conciencia étnica del autor del hecho y el grado de aislamiento o integración del indígena sometido a proceso, con relación a la cultura dominante, a los fines de declarar o no la competencia al fuero especial".

3.3. Conflictos de derechos humanos y jurisdicción indígena

El artículo 135 de la LOPCI establece un procedimiento para resolver conflictos de derechos humanos, contemplando el ejercicio de la acción de amparo constitucional para el restablecimiento del derecho vulnerado, a saber:

> *"Contra toda decisión emanada de la jurisdicción especial indígena, violatoria de derechos fundamentales, se podrá interponer la acción de Amparo Constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la cual se tramitará conforme al procedimiento previsto en la ley respectiva y estará orientada según las reglas de equidad, garantizando la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, tomando en cuenta el derecho propio de los pueblos y comunidades indígenas involucrados".*

Está claro que la discusión entre la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural ha sido resuelta -hasta ahora- bajo la perspectiva de un *diálogo intercultural* de los derechos en colisión, para así descubrir los valores transculturales. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Qué sucede cuando existe contradicción entre los derechos individuales de un indígena y los derechos diferenciados de su grupo? ¿Cuál derecho prevalece? La respuesta no es tarea fácil. Si se privilegia a los primeros, se exigirá al grupo que adopte los valores de la tradición liberal, *ergo*, se quebraría la cosmovisión de dicho grupo étnico. Si se da preferencia a los derechos del grupo, se dejaría desprotegido al indígena reclamante. Lo que está claro es que las diferencias culturales no pueden invocarse en ningún caso para violentar los derechos humanos, debido justamente al carácter universal de los mismos, como bien lo ratificara la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993. Por ello, en el caso de conflictos entre el derecho indígena y los derechos humanos fundamentales, los operadores de justicia deberán establecer procedimientos adecuados para resolverlos, bajo una interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

3.4. Criterios de compatibilidad y/o coordinación fijados por vía jurisprudencial

En el presente año la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República ha sentado jurisprudencia en torno a la interpretación y el alcance de las normas constitucionales, internacionales de derechos humanos y ordinarias sobre jurisdicción indígena y su competencia, que servirán como pauta con carácter vinculante a los demás operadores de justicia en casos de conflictos de competencias, dando preferencia de aplicación a otras jurisdicciones especiales sobre la indígena. En ambos casos fue ponente la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán.

a) El primer caso es la sentencia **Nº 1285 dictada por la Sala Constitucional en fecha 26 de julio de 2011** (Expediente Nº 09-1440), relacionado con la acción de amparo intentada por el abogado Clarense Daniel Rusian Pérez, en su carácter de Defensor Público de la Sección Penal del Adolescente, adscrito a la Unidad de la Defensa Pública del Estado Delta Amacuro, a favor de un adolescente indígena del pueblo Warao (identidad omitida de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica Para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes), quien fue condenado en fecha 23 de noviembre de 2009, por los caciques del pueblo Warao de la Comunidad Indígena de Bonoina, ubicada en la Parroquia Manuel Renaud, Municipio Antonio Díaz del Estado Delta Amacuro, que a su vez fuera confirmada en fecha 02 de diciembre de 2009 por el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de Adolescentes de Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, condenando al quejoso a cumplir la pena de veinte (20) años de prisión por la comisión del delito de Homicidio Intencional en perjuicio del ciudadano Lucio Romero, por considerar que se violentaban los derechos a la defensa y al debido proceso.

En dicho caso se fijó una audiencia constitucional a la que asistieron las partes involucradas, así como la representación de la Defensoría del Pueblo y la presencia de varios antropólogos que fueron designados por la Sala Constitucional como testigos expertos. Luego de la deliberación, la Sala Constitucional declaró CON LUGAR la acción de amparo interpuesta por la defensa del adolescente warao condenado, anulando consecuencialmente las decisiones dictadas el día 23 de noviembre de 2009 por la Jurisdicción Especial Indígena, y

el día 23 de noviembre de 2009 por el Tribunal Segundo de Control Sección Penal de adolescentes del Estado Delta Amacuro, y ordenando la inmediata libertad del niño condenado.

b) El segundo caso decidido por la misma Sala Constitucional en fecha **04 de agosto de 2001** (Expediente 11-0645), se relaciona con la acción de amparo constitucional interpuesta por el abogado Aquilino Antonio Rodríguez, adscrito a la Unidad de Defensa Pública del Estado Monagas, en su carácter de Defensor del ciudadano indígena CARLOS EDUARDO RAMOS VARGAS, perteneciente a la "Comunidad Indígena Chaima", por la presunta comisión de los delitos de violencia física y amenazas, en perjuicio de la ciudadana Emerieda del Valle Farías Sabolla (no indígena), hechos ocurridos el 30 de Enero de 2011, en la Comunidad Indígena la Guanota, ubicada en el Municipio Caripe del Estado Monagas.

Luego de reconocer inequívocamente la existencia de la jurisdicción especial indígena, la Magistrada ponente manifiesta que *"Son de esta manera, normas consuetudinarias que coexisten con el ordenamiento jurídico formal, y que tienen regulaciones para su aplicación, amén de dicha convivencia jurídico legal, no significando ello que tales sujetos de derechos están excluidos de los deberes, derechos y garantías constitucionales presentes en los procedimientos ordinarios en materia de resolución de conflictos"*, advirtiendo además que dichas normas tienen una limitación en su aplicación: *"...si bien es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena existe y es reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, siendo de aplicación preferente en ciertos casos, no es menos cierto que tal aplicación está delimitada igualmente, tanto por los Convenios Internacionales como por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes especiales"*, con lo cual invoca lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT referido en este trabajo, y la prohibición fijada por el Constituyente cuando expresa *"...siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público"*. A continuación se transcribe el fondo de la decisión:

> *"En la caso de autos, el Ministerio Público imputó al ciudadano Carlos Eduardo Ramos Vargas, por haber cometido presuntamente los delitos de violencia física y amenaza, están previstos y sancionados en los artículos 41 y 42 de la vigente Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, por lo que estamos en presencia de uno de los delitos de violencia de género, cuya Ley Orgánica en su artículo 115 establece: "Corresponde a los tribunales de violencia contra la*

mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en esta Ley, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna"; por lo que la Sala considera que la tutela del bien jurídico de la dignidad de la mujer y la libertad sexual, establecidos en la Ley Especial de Violencia de Género, es de especial resguardo y protección por el Estado Venezolano, con independencia de las características de los sujetos involucrados en el delito, siendo por tanto, que el monopolio de la jurisdicción para el juzgamiento de estos delitos lo tienen los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia.

Ello se reafirma del parágrafo único del artículo 71 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuando establece: "Los pueblos indígenas constituirán órganos receptores de denuncia, integrado por las autoridades legítimas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, sin perjuicio que la mujer agredida pueda acudir a otros órganos indicados en el presente artículo."

Así entonces, el propósito del legislador con esta disposición es que las autoridades legítimas de los pueblos indígenas sean solo órganos receptores de denuncia, siempre y cuando la mujer indígena víctima así lo estime, pero la Ley Especial no le da facultad jurisdiccional, por lo que lo que en materia de delitos de violencia de género la jurisdicción especial indígena está limitada por las disposiciones previstas en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, lo que está en consonancia con el artículo 9, numeral primero del Convenio OIT N° 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, supra citados, según los cuales se podrá aplicar la usanza indígena tradicional para la resolución de conflictos o delitos, siempre que esta no transgreda o en modo alguno colide con el ordenamiento jurídico nacional u orden público.

Con base en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, esta Sala -con carácter vinculante- ***reafirma la competencia de la jurisdicción especial en materia de género para el juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, con independencia de que el sujeto activo sea un ciudadano indígena****, y en consecuencia los delitos catalogados como de violencia de género, deben ser investigados*

incluso de oficio por los tribunales especializados con competencia en violencia de género. Así se decide" (Resaltado propio).

Por lo tanto, sobre los argumentos antes expuestos, se sigue que la Sala Constitucional ha comenzado el camino de marcar pautas de coordinación en materia de la aplicación de las normas de competencia en la jurisdicción indígena, dando una prevalencia a las jurisdicciones especiales contempladas en la Ley de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y en la Ley de Protección de la Mujer a una Vida Libre de Violencia sobre la jurisdicción especial indígena, sobre todo cuando se trate de protecciones que devienen de la aplicación de normas internacionales de derechos humanos, consideradas aquí como de *orden público*.

A modo de conclusión

Si bien es cierto existe un mandato constitucional de crear la ley de coordinación entre el sistema de justicia nacional con los sistemas propios indígenas, la misma no parece imprescindible por el momento, pues la LOPCI ya establece de manera categórica claras pautas de coordinación entre ambos sistemas. Pareciera más bien que el proyecto de ley de coordinación que reposa en la Asamblea Nacional pretende crear una especie de "pirámide" de normas al mejor estilo del derecho kelseniano (normas constitucionales, leyes orgánicas, leyes ordinarias y reglamentos), que a fin de cuentas construirá un sistema estrictamente "legalista" (*"Si la ley no existe, el operador de justicia no reconocerá el derecho que se tenga"*), el cual limitará la fluidez y riqueza del derecho indígena no escrito, e incrementando una *justicia indígena burocrática*, todo lo cual impedirá la participación protagónica de los pueblos y comunidades indígenas -a través de los consejos comunales- en la gestión y control de una justicia popular basada en la equidad y el conocimiento sabio y ancestral de las autoridades.

Es plausible la labor de interpretación que realiza la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cuando en sus decisiones expone el alcance de las disposiciones constitucionales y los valores que deben tomarse en cuenta para desaplicar o darle prevalencia a unas normas sobre otras, en atención a los principios que rigen el nuevo orden democrático establecido en la Carta Magna de 1999 y en atención a los parámetros fijados en la normativa internacional de derechos humanos.

Referencias Bibliográficas

Binder, Alberto (2001). *"Entre la Democracia y la Exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual"*. Argentina. Ediciones INECIP.

Cabedo Mallol, Vicente (2002). *"Análisis de las Constituciones de Latinoamericanas"*. En: CONSTITUCIONES, DERECHO Y JUSTICIA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA. Lima (Perú), Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú.

Colmenares Olívar, Ricardo (2011). *"Desarrollo de la Jurisdicción Especial de los pueblos indígenas y los mecanismos de coordinación con el Sistema Judicial Nacional"*. En EL ESTADO ANTE LA SOCIEDAD MULTIÉTNICA Y PLURICULTURAL. Copenhague, Editorial IWGIA.

Comisión Andina de Juristas (2010). *"Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina"*. Primera Edición. Lima (Perú).

Comisión Andina de Juristas (2009). *"Manual Informativo para Autoridades Judiciales Estatales"*. 1era. Edición. Lima (Perú), Editorial Asociación Gráfica Educativa.

Mendoza Crespo, Marco Antonio (2009). *"Estado de Relacionamiento en Bolivia"*. En ESTADO DE LA RELACIÓN ENTRE JUSTICIA INDÍGENA Y JUSTICIA ESTATAL EN LOS PAÍSES ANDINOS. Comisión Andina de Juristas. Lima (Perú).

Naciones Unidas (1993). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos.* Declaración y Programa de Acción de Viena (Austria).

Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999). PAUTAS DE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL. Guatemala, Fundación Myrna Mack.

Referencias de leyes consultadas:

Constitución Política de Colombia (1991)

Constitución de Perú (1993)

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)

Constitución de Ecuador (2008)

Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (2005)

Ley del Sistema de Justicia (2009)

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (1989)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)

Anteproyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria de Ecuador (2010)

Proyecto de Ley de Desarrollo del artículo 149 de la Constitución de Perú (2010)

Proyecto de Ley de Coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Judicial Nacional de Venezuela (2010)

Páginas web consultadas:

http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C169

V. J. Cabedo Mollol. *"La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos"*. En: http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm

Derechos territoriales indígenas en Venezuela como derechos humanos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas

Indigenous Territorial Rights in Venezuela as Fundamental Human Rights of Indigenous Peoples and Communities

Vladimir Aguilar Castro*
Linda Bustillos Ramírez**

* Politólogo y Abogado.
** Abogada y Politóloga

RESUMEN

A doce años de su consagración constitucional, todavía no se avanza en la puesta en práctica de la demarcación de las tierras indígenas en Venezuela. En oposición a lo consagrado en la CRBV y, contrario a lo que significaba un compromiso de la sociedad venezolana en general y el Estado en particular para con los pueblos y comunidades indígenas del país, la demarcación ha implicado la juridización de los conflictos existentes en los territorios indígenas, creando las condiciones para su positivización, al incluir el reconocimiento de los llamados intereses de terceros en contraposición con los derechos territoriales indígenas. En virtud de lo antes expuesto, el Estado debe convertirse en el garante de los derechos territoriales constitucionalmente reconocidos, tratando de transitar de un Estado conflictual a un Estado intermediario. Desde esta perspectiva, la autodemarcación surge como la contrapropuesta que desde los pueblos y comunidades indígenas se presenta, para promover la necesaria distensión en territorios indígenas, pero sobre todo, como mecanismo para avanzar desde los derechos reconocidos hacia los derechos ejercidos.

Palabras clave: Derechos de los Pueblos Indígenas, Derecho al territorio, demarcacion de tierras indígenas, autodemarcación.

ABSTRACT

Twelve years have passed since the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (CBRV) was created. Since then, no advances in the demarcation of indigenous lands have been observed. In opposition to the rights stated in the CBRV, and also in opposition to Venezuelan society as a whole and Government commitment to the indigenous peoples and communities of the country, demarcation has implied that conflicts in indigenous territories have been carried to courts, creating conditions for their positivization by including recognition of third party interests versus indigenous territorial rights. In the light of this situation, the State must become guarantor of the constitutionally stated territorial rights, transforming itself from a conflictive State into an intermediary State. From this perspective, self-demarcation arises as a counterproposal presented by the indigenous peoples and communities themselves, to promote the necessary distension in indigenous areas and territories, but above all, as a mechanism to advance from recognized rights toward exercised rights.

Keywords: Rights of indigenous peoples, right to territory, demarcation of indigenous lands, self-demarcation.

Derechos territoriales indígenas en Venezuela como derechos humanos fundamentales de los pueblos y comunidades indígenas [1]

La demarcación[2] de los territorios de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela continúa siendo un asunto pendiente de materialización por parte del Estado venezolano. En efecto, la demarcación de los territorios indígenas se erigía como el mecanismo mediante el cual los derechos territoriales indígenas se harían efectivos, no obstante, a doce (12) años de su consagración constitucional, todavía no se avanza en su puesta en práctica.

---

1 Este artículo retoma algunas ideas fundamentales hechas en un trabajo reciente a la Fundación Pachamama de Ecuador. Asimismo, sintetiza el resultado de varias investigaciones, proyectos, consultas y reflexiones propias que sobre el tema de la demarcación y autodemarcación hemos realizado desde el año 1999. Aunque parezca pretencioso decirlo, la cuestión de la demarcación y autodemarcación no tiene antecedentes inmediatos en la historia de las políticas públicas indígenas en Venezuela. Es así como teorizar e indagar sobre el tema ha sido un esfuerzo de años. En efecto, en lo concerniente a los títulos de propiedad sobre las tierras otorgados por el Estado venezolano hacia los pueblos y comunidades indígenas del país, elevamos opiniones al pueblo Yekwana y Pemon en el año 2001 y 2005 respectivamente. En lo referente a la autodemarcación, muchas estrategias fueron realizadas con el pueblo Pemon en el proceso que ellos mismos avanzaron en tres años de trabajo (2005-2008), y que fueron presentados en el trabajo intitulado Medina, José & Aguilar Castro, Vladimir (eds.), **Conservación de la biodiversidad en los territorios indígenas Pemón de Venezuela.** Mérida, TNC-ULA, 2008. Más recientemente hemos acompañado la elaboración de las bases preliminares para la autodemarcación y Plan de Vida del Pueblo Bari. Por otra parte, algunas reflexiones aquí esbozadas se encuentran también prefiguradas en el libro **Derechos indígenas pendientes en Venezuela,** Mérida, ULA, Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI), 2008. Finalmente, algunas conclusiones ya han sido planteadas en otro libro Aguilar Castro Vladimir; Uzcátegui Astrid; Bustillos Ramírez, Linda, **El estado del derecho consuetudinario en Venezuela**, ULA, Fundacite-Mérida, CEPSAL, TNC, 2007; y en el trabajo ***Pueblos aislados y en contacto inicial: Caso Venezuela***, en **Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco**, Copenhague-Dinamarca, IWGIA, 2007.

2 La demarcación se entiende como el proceso mediante el cual el Estado venezolano se obliga, con la participación de los pueblos y comunidades indígenas, a la delimitación de sus territorios habitados de manera ancestral o tradicional. Su contenido jurídico está establecido en el artículo 119 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), y en la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas respectivamente.

En oposición a lo que el constituyente pretendía al consagrar estos derechos en la CRBV y, contrario a lo que significaba un compromiso de la sociedad venezolana en general y el Estado en particular para con los pueblos y comunidades indígenas del país, el proceso de demarcación ha implicado la juridización de los conflictos existentes en los territorios indígenas, creando las condiciones para su positivización, al incluir el reconocimiento de los llamados intereses de terceros en contraposición con los derechos territoriales indígenas.

En virtud de lo antes expuesto, el Estado debe convertirse en el garante de los derechos territoriales constitucionalmente reconocidos, tratando de transitar de un Estado conflictual[3] a un Estado intermediario[4].

Desde esta perspectiva, la autodemarcación[5] surge como la contrapropuesta que desde los pueblos y comunidades indígenas se presenta, para promover la necesaria distensión en territorios indígenas, pero sobre todo, como mecanismo para avanzar desde los derechos reconocidos[6] hacia los derechos ejercidos[7].

---

3 A los efectos del presente Informe, entendemos por Estado conflictual aquel que no cumple con las tareas que históricamente les son asignadas, en cuanto a la función mediadora de conflictos sociales se refiere.

4 A los efectos del presente Informe, el Estado intermediario es el que juega un papel de mediación frente a los conflictos potenciales que pueden aparecer en el ámbito de su jurisdicción territorial.

5 La autodemarcación es el proceso de deslinde llevado a cabo por los propios pueblos y comunidades indígenas, el cual debe ser validado por el Estado. Este se desarrolla en virtud de la mora con los procesos de demarcación de hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela por parte del Estado, y por la urgencia y necesidad de los pueblos y comunidades indígenas de tener la propiedad sobre su hábitat y tierras, ante las amenazas, el acecho y la violencia a la que están siendo sus territorios ancestrales y tradicionales.

6 Derechos reconocidos son aquellos que se encuentran contenidos y garantizados en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

7 Derechos ejercidos son aquellos que, una vez reconocidos y garantizados, son apropiados por el destinatario del derecho, es decir, por el o los sujetos de derecho (s), en este caso los pueblos y comunidades indígenas.

1. El Derecho al Territorio como un derecho humano fundamental de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela

Ya hemos señalado que el derecho al territorio es un derecho humano fundamental de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela, pues alrededor de este giran el resto de derechos reconocidos a estos sujetos de derechos.

¿Por qué el Derecho al Territorio es un derecho humano fundamental de los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela?

1. Porque los derechos colectivos sólo pueden hacerse efectivos a través de los derechos territoriales que se materializan con la demarcación.
2. En el caso de Venezuela, la autodemarcación es ejercida por los propios sujetos de derechos (pueblos y comunidades indígenas).
3. En este sentido, los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas se hacen efectivos en un territorio donde puedan ejercerlos. Estos derechos se encuentran consagrados en distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales (ver ut supra) aprobados y ratificados por Venezuela, que contienen normas que van de lo general a lo específico.
4. Para el caso de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ratificada por Venezuela en el año 2007, ella representa el principal instrumento jurídico internacional que reconoce y garantiza los derechos colectivos de los pueblos indígenas, constituyendo el principal techo del marco jurídico indígena internacional, fortaleciendo los derechos humanos de los pueblos indígenas sin crear nuevos derechos sustantivos que no hayan sido reconocidos a otros individuos o grupos.
5. Hoy en día, la demarcación/autodemarcación de los pueblos y comunidades indígenas en Venezuela encontraría un nuevo fundamento jurídico en dicha Declaración.
6. Teniendo en cuenta que la Declaración reconoce la libre determinación como la reparación de lo que históricamente ha sido negado, la misma establece la salvaguarda de las tierras y territorios indígenas a través de medidas especiales, siendo que la tierra es propiedad de los pueblos y comunidades indígenas en ese carácter de ancestralidad, también es claro que se necesita una

acción jurídica que materialice el principio de libre determinación (autonomía en sus formas de vida de conformidad con el artículo 119 de la CRBV), consagrado no sólo en la Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, sino también en otros instrumentos jurídicos internacionales y nacionales aprobados y ratificados por Venezuela.

7. De nuevo para el caso de Venezuela, esta acción jurídica se materializa a través de la demarcación/autodemarcación según sea el caso, y se expresa a través de los títulos de propiedad colectiva sobre los territorios, con los cuales los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho de manera autónoma a determinar y elaborar sus prioridades y estrategias propias de gestión territorial (ver punto 4).

2. La demarcación como deber pendiente del Estado y como derecho indígena fundamental pendiente

La demarcación como derecho (pendiente) de los pueblos y comunidades indígenas establecida en el artículo 119 de la CRBV, ha sido superada en estos doce (12) años de mora del Estado, por los procesos de autodemarcación que los propios pueblos y comunidades indígenas han decidido emprender. En efecto, cada vez son más los casos en el país en que el ejercicio del derecho reconocido (derecho a la tierra) se materializa mediante las acciones propias y directas llevadas a cabo por los sujetos de derecho.

Ya hemos dado cuenta de la diferencia entre demarcación y autodemarcación. Asimismo, hemos visto como derecho reconocido no es lo mismo que derecho ejercido. Una constante en la Carta Magna venezolana es el de la existencia de un catálogo de derechos reconocidos sin posibilidad de ejercicio. No es asunto de este Informe dar cuenta de ellos, no obstante, el caso de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas del país reconocidos en el Capítulo VIII de la actual Constitución es un buen ejemplo de esta diferenciación.

Por otra parte, vale la pena destacar la diferencia entre delimitación, demarcación y titulación de territorios indígenas. Como lo establece la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), a favor del pueblo Saramaka versus Surinam, del 28 de noviembre del año 2007, la cual dice en el párrafo 196, numeral a y f respectivamente, lo que sigue:

(...) A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: a) delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales. Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo. (Asimismo deberá) adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo Saramaka los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal. El Estado deberá cumplir con esta medida de reparación en un plazo razonable (...) (subrayado nuestro).

Partiendo de lo anterior, se puede inferir que en el caso de Venezuela se ha reconocido el derecho a que los hábitat[8] y tierras de los pueblos y comunidades indígenas sean delimitados, más no se ha avanzado ni en su demarcación ni mucho menos en el otorgamiento de los títulos de propiedad colectiva sobre las tierras, como fin último del proceso de deslinde. Asimismo, el deslinde sería el deber que tiene el Estado de demarcar y el titulo, la herramienta mediante la cual el destinatario del derecho reconocido puede ejercer el resto de derechos que requieren del territorio como fin último para su materialización.

---

8 No pretendemos en este artículo volver a hacer disquisición alguna sobre el significado de la noción de hábitat indígena, tal como fue incorporada en la CRBV. Para nuestros efectos, basta con entender que se trata de un formulismo (más político que jurídico), una suerte de mecanismo de protección de la soberanía y de la integridad territorial, planteado por sectores militares en el debate constituyente de 1999 y aceptado por los representantes indígenas por razones de conveniencia, como parte de la contingencia política del momento.

3. La autodemarcación como estrategia y herramienta para el ejercicio de Derecho al Territorio como derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas

En la primera parte de estas conclusiones hemos dado una definición de la autodemarcación. También podemos decir que se trata de una estrategia "desde abajo", es decir, desde las organizaciones de base. Implica a su vez un mecanismo de fortalecimiento institucional de las formas de organización ancestral y tradicional.

Para el caso de Venezuela, se debe de tener en cuenta que el movimiento indígena surgió desde las regiones, terminando de consolidarse como un movimiento nacional aglutinado en el actual Consejo Nacional Indio de Venezuela (CONIVE).

Este dato histórico no es nada despreciable toda vez que la autodemarcación como proceso político y jurídico, pero sobre todo, como forma de gestión cultural de los territorios, está en los actuales momentos determinada por un proceso similar al de la constitución de las organizaciones.

En virtud de lo anterior, la demarcación/autodemarcación constituye una estrategia para el ejercicio de derechos reconocidos mediante:

a) *El Plan de Vida del Pueblo Indígena*: a través del cual se fortalecen los usos ancestrales del territorio que permiten garantizar las formas de vida. Asimismo, consiste en el desarrollo de un plan o programa de gestión del territorio de cada pueblo o comunidad a partir de su visión propia.
b) *Plan de Gestión Territorial*: constituye un Plan de Gestión de Dinámicas Culturales y de territorialización de procesos sociales. Está fundamentado en las tradiciones, usos y costumbres de cada pueblo y la estrategia de definición e implementación del mismo descansa en las comunidades, las cuales constituyen la unidad territorial organizativa propia del pueblo indígena.
c) *El Territorio* implicaría así una representación de derechos; el lugar para su ejercicio así como el espacio para la gestión de los recursos. En consecuencia, la representación del territorio que sintetiza las tres anteriores también anticipa lo que es una representación de construcción de consensos para la resolución de conflictos.

d) Siendo esto así, la figura del *Hábitat Indígena*, desde una perspectiva de Área Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE) en Venezuela, reforzaría:
   1. La noción de territorio a través de la soberanía e integridad territorial.
   2. La noción de Hábitat Indígena en donde los títulos colectivos determinan el uso del territorio.
   3. Las condiciones para la cogestión del territorio en el que los garantes del mismo son los pueblos y comunidades indígenas.
   4. El territorio nacional estaría reforzado por las ABRAE (art.326 y 327 de la CRBV).

e) Finalmente, representar el *Territorio* mediante la autodemarcación significaría:
   - Representación jurídica de derechos reconocidos;
   - Representación política de formas de ejercicio de derechos reconocidos a través de las políticas públicas;
   - Lugar donde las victimas se constituyen en sujetos activos;
   - Espacios donde los sujetos de derechos se convierten en actores políticos.

4. Los títulos de propiedad colectiva sobre las tierras como fundamento de la demarcación/autodemarcación

Los títulos de propiedad colectiva sobre las tierras ancestrales y tradicionales indígenas, se constituyen en una herramienta importante para la concreción de la demarcación/autodemarcación. Asimismo, los títulos de propiedad colectiva serían el fundamento para el desarrollo de los Planes Vida contenidos como sustento de la demarcación/autodemarcación.

En cuanto al carácter de los títulos de propiedad colectivos la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas nos indica que:

1. Deben ser títulos colectivos que señalen a las comunidades como comunidades intergeneracionales.
2. Deben ser títulos de propiedad que establezcan el "derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
c) Toda forma de traslado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
d) Toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo.

3. Es así como los títulos de propiedad colectiva debe servir de instrumento que recoja todos los elementos jurídicos para que sea posible que los pueblos indígenas tengan derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

5. La autodemarcación como forma de ejercicio del derecho a la libre determinación

La libre determinación debe ser entendida como un derecho humano de los pueblos indígenas frente a los derechos de los Estados. De nuevo, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas establece que como forma concreta de los pueblos indígenas ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el acceso de personas que no son miembros a su territorio, así como los medios de financiar estas funciones autónomas.

La Declaración reconoce así la libre determinación como la reparación de lo que históricamente ha sido negado. Ella establece la salvaguarda de las tierras y territorios indígenas a través de medidas especiales. Ya hemos señalado que esta acción jurídica se materializa a través de la demarcación/autodemarcación.

Aquí la libre determinación queda garantizada por el ejercicio pleno reconocido en este principio constituyendo la demarcación/autodemarcación un instrumento necesario para su concreción.

6. Algunos criterios para la gestión de los territorios indígenas en la Amazonia venezolana

La División Política Territorial del Estado Amazonas sustentada en el Plan de Ordenamiento del Estado tendrá su fundamento, para el caso de los hábitats y tierras indígenas, en los procesos de demarcación y autodemarcación que el Estado desarrolle o en aquellos que los pueblos y comunidades indígenas hayan implementado o estén por implementar, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indigenas (LOPCI) y en la Ley de Demarcación y Garantía de los Hábitats y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LDGHTPCI) respectivamente, así como en la propia Constitución del Estado Amazonas.

La demarcación/autodemarcación en favor de los pueblos y comunidades indígenas constituiría el fundamento del Plan de Ordenamiento del Estado Amazonas, cuando este se refiera a los hábitats y tierras indígenas. El Plan de Ordenamiento del Estado Amazonas se articularía, de conformidad a las competencias de cada unidad territorial, con la demarcación y autodemarcación de los pueblos y comunidades indígenas del Estado Amazonas.

La demarcación/autodemarcación sería así la forma primaria de ordenación del territorio en los hábitats y tierras de los pueblos y comunidades indígenas del Estado Amazonas.

7. Derechos territoriales indígenas en la Amazonía venezolana: algunas conclusiones preliminares

- La historia de los derechos indígenas ha sido una historia por el derecho al territorio.
- Todos los derechos indígenas son derechos humanos.
- No hay una sola estrategia de demarcación.
- Pueden haber tantas estrategias como pueblos y comunidades existan.
- Algunos limitantes de la demarcación han sido:

1. El tiempo del derecho no ha sido el tiempo de las instituciones.
2. En algunos casos, la renuncia de los sujetos de derechos a sus demandas históricas ha conllevado a derivas y desafecciones en el ámbito de sus derechos y territorios (ver Figuras 2 y 3).
3. De territorios en conflicto y en tensión debe transitarse hacia territorios para la búsqueda de consensos y acuerdos, es decir, en territorios para la demarcación.

- ¿Para qué de nuevo el replanteo de la demarcación?

La demarcación es/coadyuva a:

1. Una estrategia para reconocer y no necesariamente sólo para deslindar.
2. Positivizar un derecho sobre el espacio y el tiempo a través de los derechos territoriales.
3. Garantizar la seguridad territorial de los pueblos y comunidades indígenas pero también la del Estado.
4. Garantizar un ordenamiento territorial, nacional, regional y local.

El acercamiento entre el ser y el deber ser del derecho da en definitiva cuenta de la necesidad de realización del derecho a través (en el ámbito de la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho) de la política pública.

Figura 1
Momentos para el ejercicio del derecho al territorio.

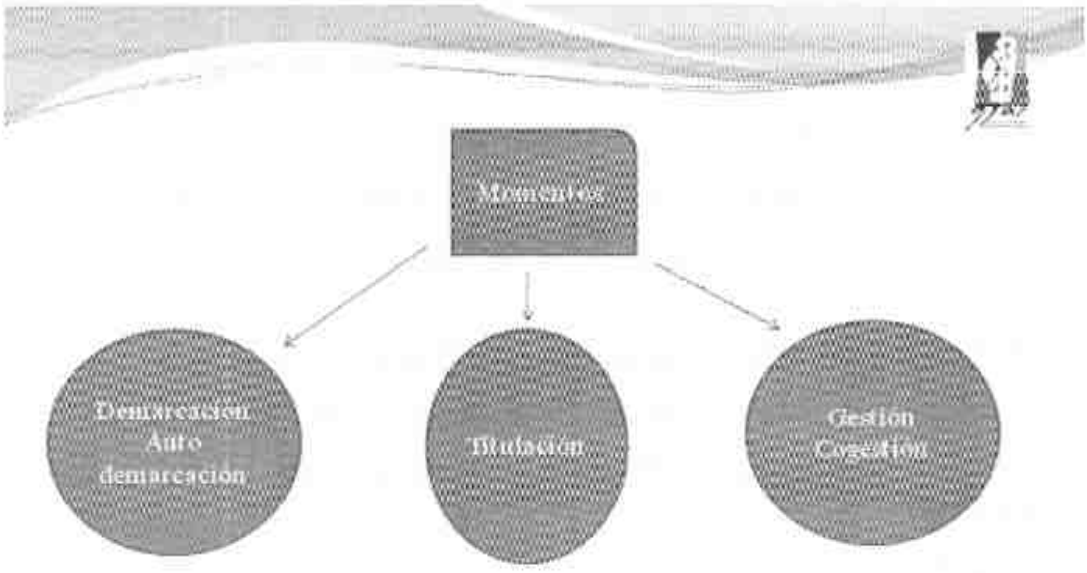


Figura 2
Coexistencia de estructuras de poder en el ejercicio de la toma de decisiones en los territorios indígenas.

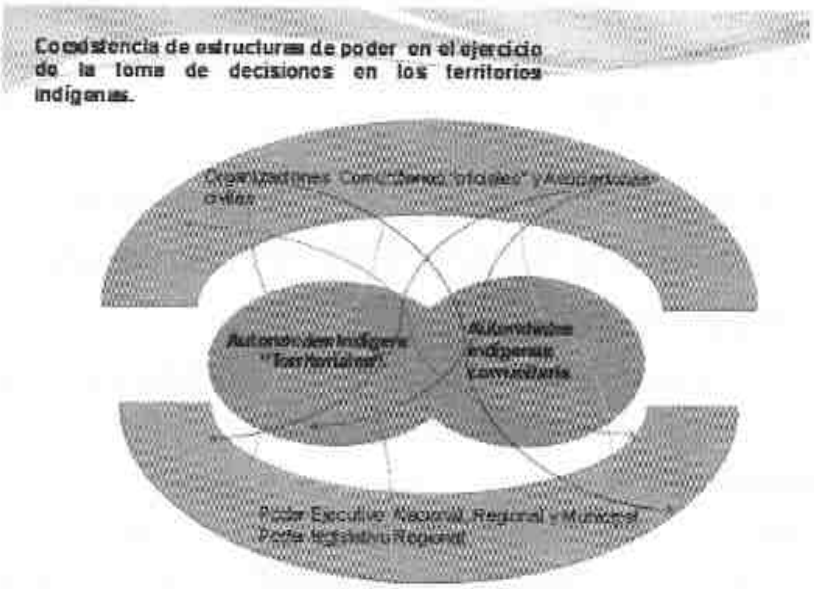


Figura 3
Toma de decisiones sobre el futuro de los territorios indígenas.



Una política pública sería el conjunto de acciones públicas que permiten la materialización del derecho reconocido.

En doce (12) años hemos avanzado de una voluntad política convertida en voluntad del poder constituido, hacia una voluntad constitucional. Sin embargo, esta última debe transitar en voluntad de Estado e institucional.

8. A manera de epílogo: elementos para consensuar una agenda para la demarcación en Venezuela

Objetivo del Consenso

Buscar los elementos comunes y contradictorios que permitan consensuar una agenda para la demarcación.

Marco explicativo

La estrategia con cada actor (indígenas y Comisión Nacional de Demarcación respectivamente), buscará establecer una agenda de negociación para ser conocida en el último encuentro en el cual estarán presentes ambas partes. En este se intentará promover una agenda de acuerdos y desacuerdos en torno a la demarcación que sirva de guía para articular una mesa permanente de diálogo, a objeto de transitar del reconocimiento al efectivo ejercicio de los derechos territoriales indígenas.

Se establecerá una hoja de ruta que permita explorar y precisar las figuras jurídicas de reconocimiento de territorios indígenas inventariando, de conformidad con la realidad de cada pueblo y comunidad, las posibles alternativas de ejercicio de derechos reconocidos.

El propósito fundamental será que los actores determinen los elementos en los cuales hay consenso de manera que sean parte de una guía pedagógica de negociación y en los que haya desacuerdo, reconocerlos como tales y asumirlos como parte de un proceso de diálogo posterior. Dicho de otra manera, los aspectos contradictorios y disímiles de la agenda serán objeto de mecanismos y estrategias específicas para una negociación ulterior.

1. Fundamentos jurídicos y políticos que permiten la conversión de la autodemarcación en demarcación.

- ***Los aspectos políticos de la conversión (del reconocimiento al ejercicio de derechos):***

a) El carácter democrático y participativo de la democracia venezolana.

b) El Estado social de derecho.

c) La primacía de los derechos colectivos en el transito a un modelo societario.

d) Las políticas públicas "desde abajo" como ejercicio de derechos.

- ***Los aspectos jurídicos de la conversión (del ejercicio a la materialización territorial de derechos)***

a) La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

b) El Convenio 169 de la OIT.

c) La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

d) La Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI).

e) La Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos y Comunidades Indígenas (LDHTPCI).

2. Inventariando los aspectos comunes de la agenda.

3. Inventariando los aspectos contradictorios y disímiles de la agenda.

Referencias bibliográficas

Aguilar Castro, Vladimir. **Derechos indígenas pendientes en Venezuela,** Mérida, ULA, Grupo de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (GTAI), 2008.

Aguilar Castro, Vladimir & Bustillos Ramírez, Linda. **Tranversalización de la política (pública) para pueblos indígenas.** Venezuela, ULA-Consejo de Publicaciones, 2006.

Aguilar Castro, Vladimir & Bustillos Ramírez, Linda. **Estado del Derecho Consuetudinario en Venezuela.** Venezuela, CEP-SAL-TNC-ULA-Fundacite, 2007.

Aguilar Castro, Vladimir & Bustillos Ramírez, Linda. *"Oportunidad política en Venezuela. La cuestión indígena entre continuidades y rupturas institucionales"*. **Revista Venezolana de Ciencias Políticas,** número 30, julio-diciembre 2006.

Aguilar Castro, Vladimir & Bustillos Ramírez, Linda *"Povos isolados ou em contato inicial: caso Venezuela"*. Em el libro IWGIA, **Povos indígenas em isolamento voluntário ou em contato inicial na Amazônia e no Gran Chaco.** São Pablo, Brasil, 2006.

Aguilar Castro, Vladimir & Bustillos Ramírez, Linda. *Pueblos aislados y en contacto inicial: Caso Venezuela.* En el libro IWGIA, **Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco.** Copenhague,-Dinamarca, IWGIA, 2007.

Linda Bustillos Ramírez & Aguilar Castro, Vladimir. *"Los Pueblos Indígenas como titulares del principio de Libre Determinación de los Pueblos"*. **Revista Venezolana de Ciencias Políticas**, N° 35, Enero-Julio 2010.

Medina, José & Aguilar Castro, Vladimir (eds.), **Conservación de la biodiversidad en los territorios indígenas Pemón de Venezuela.** Mérida, TNC-ULA, 2008.

Informes

-Informe sobre la Situación del Derecho al Territorio y al Autogobierno de los Pueblos Indígenas en La Región Amazónica. Caso Región Amazónica Venezolana. Consultoría para la Fundación Pachamama de Ecuador.

-Reingeniería de la Secretaría de Pueblos Indios del Estado de Chiapas, México. Consultoría para la Unión Europea. 2006.

- **Observaciones al Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano**. Misión Permanente de Venezuela ante la OEA. 2007.

- **Informe realizado a IWGIA sobre** Pueblos aislados y en contacto inicial: Caso Venezuela, que se encuentra publicado en el libro Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en la Amazonia y el Gran Chaco. Copenhague, Dinamarca, 2007.

Visión constitucional de la justicia indígena y la aplicabilidad de los medios alternativos de resolución de conflictos

The Constitutional Vision of Indigenous Justice and Alternative Dispute Resolution (ADR)

Martha Coromoto Montilla García*

*Abogado y Magísters Scientiarium en Derecho Laboral y Administración del Trabajo

RESUMEN

La Constitución de 1999 trajo consigo el reconocimiento de la biodiversidad cultural, étnica y la declaración de los derechos humanos fundamentales a los grupos minoritarios. Esta afirmación de derechos viene a facilitar la potestad de los pueblos indígenas de establecer sus propias normas y autoridades para resolver sus propios problemas, se presenta una integración del derecho positivo con el derecho consuetudinario. Por otro lado, la inserción de los medios alternativos de resolución de conflictos viene a involucrar directamente a las partes en la solución de sus controversias, consolidándole como un elemento de la cultura venezolana, y es de país desarrollado que estos se asuman como política de Estado para su progreso a los fines que contribuyan a la creación de un clima que permita el surgimiento de la cultura de paz, incorporándose de esta manera nuestro ordenamiento jurídico a la justicia de paz. Esta justicia entraña un proceso de humanización y desarrollo de la justicia comunitaria, sus prácticas y mecanismos buscan la participación de las comunidades de manera directa en la administración de justicia, a través de jueces populares que pertenecen a ellas, que tramitan controversias y producen fallos que no se fundamentan estrictamente en la ley, sino que responden a los valores y formas pacíficas, en las que tradicionalmente la comunidad resuelve sus conflictos. El Texto Constitucional dio la oportunidad para abrir el espacio a los medios alternos de justicia, pero es necesario iniciar un proceso de reflexión sobre los parámetros que habrán de regir su puesta en marcha, para garantizar su mayor eficacia en las etapas de aplicación y seguimiento.

Palabras clave: Justicia Indígena, Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Justicia de Paz, Justicia Comunitaria.

ABSTRACT

The Venezuelan Constitution of 1999 (CBRV) recognized cultural and ethnic biodiversity and the declaration of fundamental human rights for minority groups. This affirmation of rights empowers indigenous peoples to establish their own standards and authorities to resolve their own problems, integrating positive law with customary law. On the other hand, Alternative Dispute Resolution (ADR; in Spanish, MARCs), also established in the 1999 CBRV, involves the parties directly in resolving their controversies and conflicts. Justice based on ADR involves a process of humanization and the development of communitarian justice whose practices and mechanisms seek the direct participation of communities in administering justice. The 1999 CRBV offers a great opportunity

to ADR, but it also implies the need for analysis in order to guarantee the effectiveness of its application.

Key words: Indigenous justice, alternative dispute resolution (ADR), justice of the peace, communitarian justice.

1. Cuestiones Generales

Enfocarnos en los medios o mecanismos alternativos de resolución de conflictos es hacer referencia obligatoria a los métodos variados contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tales como la mediación, conciliación, negociación, el arbitraje, la justicia de paz dada por las comunidades, la justicia indígena, la equidad, consenso, entre otros. Algunos de estos son denominados como medios para dar por terminado el conflicto, ya sea por autotutela, autocomposición o hertercomposición.

No podemos olvidar, que dentro de estos medios figura el Defensor del Pueblo, que en países como Finlandia, Dinamarca, Noruega, ésta institución existe bajo la denominación de Ombudsman, pero para Gran Bretaña el nombre de Comisario parlamentario es utilizado para la Administración, Francia lo utiliza como Mediador, en Portugal se define como el Promotor de Justicia, en Italia la figura ha sido instituida en varias regiones con la denominación de Defensor Cívico, en España la figura se refiere al Defensor del Pueblo. En Venezuela ésta institución es novísima y está consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 280, vigente desde 1999.

Los medios alternativos de resolución de conflictos han existido desde épocas históricas, aún cuando no era esa la denominación con la cual se les conocía. Basta revisar nuestros antecedentes para entender que antes de las Leyes de Indias y las primeras Constituciones de Venezuela, los indígenas y/o aborígenes pacificaban sus conflictos aplicando sus propias técnicas para los casos que hoy día denominamos civiles, mercantiles, laborales y penales. El reconocimiento de una instancia superior natural o un tercero permitía alcanzar acuerdos que se asumían como obligatorios para las partes involucradas.

Hoy día estos mecanismos alternativos son reconocidos como la potestad que tienen los sujetos de acceder al sistema de justicia en igualdad de condiciones y el reconocimiento al pluralismo jurídico para el caso de la justicia indígena. La Constitución Federal de los

Estados Unidos de Venezuela de 1811, en su Capitulo Nono, artículo 200, establecía textualmente:

> "Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se han denominado *Indios*, no han conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía Española dictó à su favor, porque los encargados del gobierno en estos paises tenian olvidada su execucion; y como las basas del sistema de gobierno que en esta Constitucion ha adoptado Venezuela, no son otras que la de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente à los Gobiernos provinciales, que asi como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustracion de todos los habitantes del Estado, proporcionarles escuelkas, academias, y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religion, de la sana moral, de la política, de las ciencias, y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraher á los referidos ciudadanos naturales à estas casa de ilustracion y enseñanza, hacerles comprehender la íntima union que tiene con todos los demas ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno, y los derechos de que gozan por el solo hecho de ser hombres iguales à todos los de su especie, à fin de conseguir por este medio sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de cosas, y que no permanezcan por mas tiempo aislados, y aun temerosos de tratar a los demas hombres; prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente á prestar sus servicios á Tenientes, ó Curas de sus parroquias, ni á otra persona alguna, y permitiendoles el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesion, para que á proporcion entre los padres de familia de cada pueblo, las dividan y dispongan de ellas como verdaderos señores, segun los términos y reglamentos que formen los Gobiernos provinciales".

La Asamblea General de la Naciones Unidas de fecha 13 de Septiembre de 2007, mediante resolución aprobada, declaró los derechos de los pueblos indígenas, destacando dentro de los mismos y afines al contenido de este aporte ensayístico, que los referidos pueblos tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, así como sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas, y cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales

de derechos humanos, así como a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

En igual sentido, se les reconoce el derecho a los arreglos constructivos que estos concerten con los Estados o sus sucesores para que sean obligados, observados y aplicados; y que estos lo acaten y respeten, se incluyen los tratados, acuerdos y otros arreglos favorables. Igualmente, tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrá obligatoriamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

La diversidad de los mecanismos alternos de resolución de conflictos está referida a la forma determinada de hacer justicia, de solucionar conflictos. Algunos autores, como Rosario García (2002:155) sostiene que: "Su tratamiento tiene una perspectiva puramente sociológica, sin reflejo jurídico alguno, y sus procedimientos, finalidad y significancia son analizados desde los conocimientos que aportan la antropología, sociología o psicología social, aunque no por ello pierden validez sociológica".

Pero el pluralismo de alternativas pacíficas de resolver conflictos conforme a nuestra carta magna, es una afirmación al propio poder del Estado de impartir justicia y al mismo tiempo se configura como un reconocimiento de la cultura y derechos humanos de los pueblos indígenas, manifestación concreta de organización social y manera de entender su propia cosmogonía.

Nuestro texto Constitucional fijó para el derecho positivo un gran desafío, como lo es la coexistencia, interacción y convergencia en un mismo espacio geográfico de sistemas jurídicos diversos, cuando concede potestad al derecho indígena independiente de la administración de justicia ordinaria nacional, siempre que aquella no sea contraria a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la sistematización del ordenamiento jurídico vigente y al orden público. Podríamos establecer que hay mayor reconocimiento al Derecho Consuetudinario Indígena, en tanto que, estos les reconocen obligatoriedad a las reglas de conducta que se establecen y la referida Constitución adjudica la jurisdicción especial indígena.

Corresponde precisar que no ha de confundirse la justicia de paz con justicia indígena, la primera debe entenderse como un mecanismo más armonioso para la obtención del reconocimiento de un derecho que cualquiera puede considerar le ha sido conculcado y garantizar la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad vecinal, y los indígenas pueden ser parte de esa comunidad vecinal.

Si utilizamos terminología de la justicia ordinaria, correspondería a un proceso civil y hasta administrativo, debido a que si le damos una mirada a la Ley Orgánica de Justicia de Paz, administrativamente dependerá de los órganos administrativos territoriales del país. De no lograrse el acuerdo o consenso entre las partes, las mismas podrán recurrir a la justicia ordinaria. La Justicia de Paz procurará la solución de los conflictos y controversias por medio de la conciliación, y de no ser posible resolverá con arreglo a la equidad salvo que la Ley imponga una solución de derecho.

En cuanto a la Justicia Indígena, es un derecho concedido constitucionalmente a la pluralidad de indígenas existentes en el territorio venezolano, y en tal sentido, el Estado está obligado a promoverlo y dar voto de confianza a las capacidades de autogobierno de los pueblos originarios. Un aspecto importante del derecho indígena es el devolver la armonía transgredida, rescatar las relaciones y si es posible la reconciliación. Esta no se considera como una justicia predominantemente castigadora o exegética, pues se considera la situación tanto del agresor como de la víctima, así como la costumbre.

La realidad sociológica de nuestro país nos indica que existen diversas razas indígenas, permitiendo ello la existencia de varios sistemas jurídicos indígenas que se adaptan a los diferentes espacios y tiempos de acuerdo a la realidad antropológica de cada pueblo o comunidad indígena.

Para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena debe considerarse el estudio de aspectos importantes que conlleven a la reconstrucción de sus costumbres y antecedentes históricos, a sus prácticas ancestrales, la interculturalidad, invención y redefinición de costumbres. También convendría definir el concepto de norma o ley que estas poblaciones comprenden, cual es su idea de fuerza, alma y ánimo de acción, que conexión existe entre la conducta natural y la conducta abstracta establecida en la norma del derecho positivo.

2. Algunas definiciones de términos básicos

Preparar un estudio sobre los mecanismos alternos de resolución de conflictos, cómo estos han adquirido carácter constitucional en el marco jurídico venezolano y el enfoque de ellos en la justicia indígena, conlleva de manera obligatoria a precisar algunos términos básicos que permitan la comprensión del alcance de esta disertación documental.

Iniciaremos compartiendo las definiciones establecidas en la I Convención Nacional de Jueces del Trabajo 2004, extraído textualmente de la Colección Eventos N° 17 (2005) del Tribunal Supremo de Justicia, Coordinado por el Magistrado Omar Mora Díaz, que estableció:

- *Conciliación*: Es donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo.
- *Mediación*: Es donde un tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas especificas de arreglo.
- *Arbitraje*: Es un medio alternativo para la solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en unos o un tercero, llamados árbitros la resolución de su controversia. Los árbitros, siguiendo un procedimiento oral deciden la controversia mediante un laudo arbitral que es de obligatorio cumplimiento para las partes.

Para definir la *Negociación*, tomaremos lo expuesto por Hung F., (2001), sostiene que "La negociación es considerada como un mecanismo cuya finalidad es, unas veces, evitar la aparición del conflicto, y otras, actuar como válvula para resolver el conflicto ya surgido". No obstante a lo expresado por este autor, podemos complementar la definición, argumentando que la negociación también es un proceso donde las partes involucradas en un conflicto establecen estrategias y líneas de conducta que les permita resolver ese conflicto procurando obtener o alcanzar resultados que sirvan a sus intereses mutuos.

Por su parte, Nelly Cuenca de Ramírez (2001: 332) sostiene que "La Mediación, la Negociación, la Conciliación constituyen verdaderos medios alternativos o equivalentes para solucionar los conflictos, extrajudicialmente, es decir, sin acudir al juez ni a un proceso judicial. A través de ellos no se pretende suplantar el poder judicial ni

privatizar la justicia. Se trata de crear oportunidades para que las propias partes, o con ayuda de un tercero neutral o de un equipo multidisciplinario, logren acuerdos por unanimidad, para resolver las diferencias que los vinculan."

Otro de los términos a definir es la *Justicia de Paz* que conforme al texto constitucional es dada por las comunidades, pero no hay definición precisa sobre ella. Si revisamos históricamente los antecedentes de la justicia de paz, nos remontamos hasta el año de 1989 cuando se habló por vez primera de tribunales vecinales de paz, hasta la vigencia de la actual la Ley Orgánica de Justicia de Paz, sin dejar pasar que actualmente en la Asamblea Nacional se presentó para su discusión una Ley de Reforma a ésta.

No podemos establecer que la justicia de paz refiere a una jurisdicción judicial, por que legalmente ésta no está así concebida, pero será que es válido instituir que la misma se basa en la búsqueda de una solución justa, haciendo prevalecer el sentido común de las personas que forman parte de una comunidad que por causas de vecindad presenten algún conflicto, todo a fin de hacer prevalecer la convivencia pacífica sin más limitaciones que las derivadas del orden público. Es de acotar, que el representante de la justicia de paz, que la ley ha denominado juez de paz, debe tomar decisiones justa pero no necesariamente legales, y la justicidad no es más que juicios de valores morales que se fundamenta en un principio de distribución de los derechos y los deberes de las partes atendiendo a las características concretas del caso o conflicto en cuestión.

La *Justicia Indígena* la podemos definir como la facultad o potestad que el Estado les reconoce a los diversos pueblos indígenas asentados en el país para que en casos de conflictos apliquen sus propias costumbres, lenguas, cultura a través de la presencia y disponibilidad de un mediador, que en lenguas indígena es conocido como el "palabrero" o "putchipü'üis". Esta persona debe ser un sujeto experimentado en la negociación e interacción ante un conflicto entre los clanes. Ellos promueven la reflexión colectiva y la paz a través de la palabra o "pútchikalü".

Este mediador indígena es una autoridad reconocida dentro de ese clan o grupo de ciudadanos, que goza de credibilidad y respeto, y los acuerdos que las partes alcancen a través de éste deben ser cumplidos. La justicia indígena es un derecho que tienen estos de go-

zar de sus propias leyes, puesto que, ellos desde la antigüedad han organizado y desarrollado sus propias sociedades. Si damos una ojeada a la cosmovisión y filosofía indígena, estas colectividades son entidades históricas que se han desarrollado en base de instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas e indiscutiblemente jurídicas; porque la existencia del sistema jurídico les ha garantizado su existencia y supervivencia y les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas.

Corresponde definir *la equidad*. Este término conforme a la real academia española posee diferentes acepciones, pero para el Derecho se relaciona con la justicia distributiva, es un postulado de los Principios Generales del Derecho consagrado en nuestro Código Civil en el artículo 4. Decir equidad es decir justicia, es indicar igualdad y proporcionalidad. Establecerla como un medio alterno de resolución de conflictos no es más que la ponderación a la cual las partes involucradas en conflicto acuden para lograr acuerdos justos.

El *consenso* como mecanismo de resolución pacífica de conflictos, es expresión referida al acuerdo que alcanzan las personas o partes que conforman u grupo o varios grupos, mediante el consentimiento de sus miembros. La consensualidad tiene como objetivo minimizar el nivel del conflicto con la minoría. El consenso en cualquier sociedad sea o no indígena permite alcanzar la paz social y la convivencia armónica, porque sentirán que sus derechos son reconocidos y disminuirá la tendencia al conflicto.

Cualquiera de las expresiones definidas y asumidas como medios alternos de resolución de conflictos, para que logren su aplicación efectiva debe conducir a los sujetos a un mínimo de tolerancia, de ello dependerá la efectividad de los mismos.

3. Enfoque Constitucional de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos y sus alcances en la Justicia de Paz

Los medios alternativos de resolución de conflictos están establecidos en el texto constitucional como el mecanismo al cual las personas excluidas del acceso a la justicia ordinaria nacional pueden lograr o alcanzar una solución de justicia a sus problemas, y al mismo tiempo podría decirse que es un progreso importante para la transforma-

ción del sistema judicial. Los mismos tienen como único fin el conseguir un acceso a la justicia de forma rápida, imparcial, efectiva, independiente, equitativa, idónea, responsable, confiable, entre otras.

El artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana establece que los medios alternativos de resolución de conflictos forman parte del sistema de justicia, así como los ciudadanos y las ciudadanas que participan en la administración de justicia. Es por ello, que la justicia de paz que se organice en las comunidades formará parte de la tutela del Estado, enmarcándose dentro de los principios de oralidad, concentración, simplicidad, igualdad, celeridad y gratuidad.

Cabe destacar que la Justicia de Paz como mecanismo de resolución pacifica de conflicto, prevé en la Ley Orgánica de Justicia de Paz que los Jueces son competentes para conocer los conflictos y controversias por vía de equidad, pero que de razonar que los hechos que le son sometido, vulneran disposiciones legales cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria o a jurisdicciones especiales, deberá remitir sus actuaciones al Juez competente.

La justicia de paz no entra en dilema con la justicia ordinaria nacional, el campo de acción está bien delimitado y cada tipo de justicia aplica los mecanismos acorde a la materia específica que debe conocer, no se suscita un conflicto de competencia ni de jurisdicción. La existencia de la conciliación, la mediación, el arbitraje, la negociación, se encuentran ligadas a la sociedad misma, a las comunidades rurales, a los niveles más básicos de entidad social y forman parte de las reglas de conducta y de control social. Este tipo de justicia tiene una perspectiva claramente sociológica, sin reflejo jurídico alguno, y sus procedimientos, finalidad y significancia deben ser analizados desde los conocimientos que aportan la antropología, sociología o psicología social, aunque no por ello pierde validez sociológica.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en su artículo 258 la organización de la justicia de paz y los medios alternativos de resolución de conflictos, de manera siguiente:

> **Artículo 258.** La ley organizará la **justicia de paz en las comunidades.** Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.
> La ley promoverá el **arbitraje, la conciliación, la mediación** y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (Negrillas propias).

En este sentido, observamos que el Estado asume un papel donde predomina la participación social, inspirada en la búsqueda de la justicia social, la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad social.

La justicia de paz como método alterno de resolución de conflictos es una forma de administrar justicia de manera consensual o por requerimiento de los sujetos en conflicto, que goza de amparo legal para todos sus efectos, y su exigencia es solucionar de una forma integral los conflictos que se les presenten, siendo la equidad su herramienta para la solución de la controversia. Esta resulta ser un mecanismo idóneo para la creación de una nueva cultura ciudadana.

Es de considerar, que la justicia de paz es alterna pero a la justicia ordinaria, debido a la serie de limitaciones que la Ley Orgánica de Justicia de Paz impone. Tenemos así sus competencias relativas a pequeñas causas civiles, pagos de pequeña cuantía, conflictos familiares, vecinales, los derivados de ordenanzas municipales referidas a convivencia familiar o vecinal, arrendamiento o propiedad horizontal si no están atribuidos a la jurisdicción ordinaria o jurisdicciones especiales, daños a las cosas y las personas, seguridad y tranquilidad pública, condiciones de elegibilidad del juez de paz que en su esencia es un conciliador porque llega generalmente a una solución consensuada, y los casos que debe resolver lo hace tomando en cuenta los usos y las costumbres del lugar.

4. Aspecto Constitucional sobre la Jurisdicción Especial Indígena y sus límites

La Jurisdicción Especial Indígena es un tema nuevo en nuestro texto constitucional, y se presenta como un reconocimiento y sistema de protección a los derechos colectivos y fundamentales de este grupo de minorías étnicas, que busca ejercer la función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial a través de sus propias normas y procedimientos. La jurisdicción indígena debe ser catalogada como un *derecho fundamental* de los pueblos indígenas, ligado a su *supervivencia cultural.*

Venezuela desde sus orígenes ha sido un país multiétnico y pluricultural, pero no existía fuerza social que hiciera predominar y valer los derechos que en la diversas Constituciones Venezolanas se les había consagrado. Es por ello, que sin olvidarnos de nuestras Leyes de India, tomemos como ejemplo la Constitución Nacional de 1961,

que establecía en sus derechos individuales (artículo 61) que "No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social". E igualmente establecía en su artículo 77 que:

> **Artículo 77.** El Estado propenderá a mejorar las condiciones de vida de la población campesina. **La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación** (Negrillas propias)

Pero es de acotar que, la Ley a la cual hacía referencia el señalado artículo no fue nunca creada ni desarrollada por el entonces extinto Congreso de la República de Venezuela, por contrario, se mantuvieron vigentes la Ley de Misiones del 16/06/1915 publicada en Gaceta Oficial Nº 12.562 de los Estados Unidos de Venezuela; Decreto 250 sobre Expedición a Zonas Indígenas de fecha 27/07/1951 publicada en Gaceta Oficial Nº 23.594 de fecha 02/08/1951; y Ley de Protección y Defensa del Patrimonio Cultural publicada en Gaceta Oficial Nº 4.623 de fecha 03/10/1993. Esto demuestra que no hubo voluntad política de dar el reconocimiento y protección a las comunidades indígenas que existen y hacen vida en nuestro país, constituyéndose como una gran deuda social acumulada.

El reconocimiento a las razas étnicas y la diversidad cultural, no es un fenómeno social venezolano sino mundial, porque se relaciona con los derechos humanos y con la situación de las minorías del mundo. Con fundamento en tal reconocimiento entra en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que estableció:

> **Artículo 260.** Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Con base a este precepto constitucional, se arguye que podrán utilizar su propia lengua tanto dentro o fuera de su territorio, el respeto de sus lugares sagrados y religión en general, el derecho a ser tratados dignamente por el legislador y no como hombres "salvajes" o "no

civilizados", el cumplimiento mínimo del Estado de la obligación de otorgarles la cédula de identidad, vivienda y hábitat, la salud, participación política, entre otros. Todos estos derechos están consagrados en el Texto Constitucional en el Capítulo VIII De los Derechos de los pueblos indígenas, comprendidos entre los artículos 119 a 126.

El señalado artículo 260 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela nos dice que los pueblos indígenas podrán aplicar sus propias normas y procedimientos, siempre que estos no sean contrarios a la propia Constitución, a las leyes y a las normas de orden público, constituyéndose estos como los límites a la aplicabilidad de la justicia indígena donde prevalecen los derechos fundamentales. Pero donde quedan los principios de diversidad étnica y cultural y los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan en nuestro territorio nacional, quienes se apoyan en un mediador para la solución de los conflictos en cuanto estos tengan que ver con derechos humanos como código universal de convivencia, dialogo entre las culturas, los presupuestos de paz, justicia, libertad y la prosperidad de todos los pueblos.

Dicho artículo da a pensar, que las leyes o normas imperativas de conductas prevalecerán sobre los usos y costumbres, siempre que protejan directamente los valores constitucionales ni atenten contra los derechos humanos internacionalmente reconocidos por el ordenamiento jurídico venezolano. Es por ello, que siempre deberán establecerse mecanismos alternativos y procedimientos que tiendan a solucionar el conflicto que pueda surgir por la aplicabilidad del principio de diversidad étnica y cultural.

Es de entender que, en la medida que las normas y procedimientos indígenas, que son asumidos como derechos originarios de los pueblos, sean compatibles con el ordenamiento jurídico positivo y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los cuales estos recurren tradicionalmente para la represión de lo delitos cometidos por sus miembros.

En tal sentido, las autoridades indignas que ejercen la actividad jurisdiccional deben respetar las normas internas de la comunidad a fin de no aplicar sanciones que atenten contra los derechos humanos, tales como: el destierro del país o nación aún cuando si puede ser desterrado de la comunidad indígena, prisión perpetua, pena de muerte, confiscación de sus propiedades o bienes, así como no extralimitarse

en castigo de conductas lesivas u ofensivas. Porque de ser así, se les violaría derechos constitucionales que igualmente les son consagrados a estas personas, como sería el debido proceso, el principio de legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad de la conducta y la sanción, el derecho a la defensa y contradicción, entre otros.

El enfoque constitucional que se da a la jurisdicción indígena pretende el reconocimiento de un alto grado de autonomía que asegure la supervivencia cultural de los pueblos indígenas, y están obligadas a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento a las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social, pero ha tenerse en cuenta que las culturas no son estáticas sino dinámicas y estas pueden evolucionar y disminuir el peso de la tradición.

El 07/12/2005 fue publicada en Gaceta Oficial Nº 38.344 la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que desarrolla las normas constitucionales, y se basa en el principio del respeto a la integridad cultural de los pueblos indígenas, entendida de manera amplia y cubriendo todos los aspectos que abarca. Es el marco normativo de la materia indígena del país, establece los lineamientos y criterios que sirven de guía para la elaboración de todas aquellas leyes o disposiciones legales que traten temas relacionados directamente con los pueblos indígenas y comunidades indígenas o que de alguna manera incidan en el ejercicio de sus derechos.

Es de resaltar que antes de la entrada en vigencia de la señalada Ley, ya se había comenzado a dar un reconocimiento implícitamente al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, a través de los múltiples arreglos levantados mediante actas por funcionarios de las Oficinas Regionales de Asuntos Indígenas del país, la Guardia Nacional y la Confederación de Indígenas de Venezuela, en los cuales por medio del diálogo de las partes involucradas en el conflicto, se puso fin a innumerables casos por vía pacífica, sin mediar autoridad judicial alguna.

La Jurisdicción Indígena les reconoce a estos pueblos minoritarios el derecho a ser juzgados por sus jueces naturales, estas *autoridades indígenas sólo* tendría cabida plena dentro de sus 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 al mismo grupo étnico; no obstante, desde una perspectiva intercultural, se podrían ampliar estos límites.

El texto constitucional viene a reconocer a los indígenas como nuevos actores sociales dentro de un sistema de administración de justicia quienes han de aplicar sus formas propias de resolución de conflictos de acuerdo a sus patrones culturales y cosmovisión; y siguiendo lo expuesto por Ricardo Colmenares (2005: 94) cuando sostiene que la jurisdicción indígena viene a enriquecer y ampliar la noción de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia.

Por otro lado, tenemos que la jurisdicción especial indígena consagrada en el señalado artículo 260 del argumento Constitucional, le establece tres elementos esenciales como lo es:

- Autoridad Indígena o Autoridades legítimas: Se consideran a las personas o instancias colectivas que uno o varios pueblos o comunidades indígenas designen o establezcan de acuerdo con su organización social y política, y para las funciones que dichos pueblos o comunidades definan de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Artículo 3 numeral 8). Estas autoridades resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, con el fin de reestablecer el orden social dentro de su comunidad, teniendo las facultades expresas de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y, la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos.
- Deber de aplicar el Derecho Consuetudinario Indígena: Que comprende "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" (Colmenares Olivar, 2005: 99).
- El hábitat y/o espacio territorial: Es el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y socioculturales, que constituyen el entorno en el cual los pueblos y comunidades indígenas se desenvuelven y permiten el desarrollo de sus formas tradicionales de vida. Comprende el suelo, el agua, el aire, la flora, la fauna y en general todos aquellos recursos materiales

e inmateriales necesarios para garantizar la vida y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Artículo 3 numeral 5).

Respecto a este último elemento, se puede indicar que fue publicada en la Gaceta Oficial Nº 37.118, de fecha 12/01/2001 la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas que tiene por objeto regular la formulación, coordinación y ejecución de las políticas y planes, relativos a la demarcación del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas, a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas de sus tierras consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20 de diciembre de 2000, reconoció la existencia del derecho de propiedad colectiva:

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

Es de carácter obligatorio para el desarrollo de este punto hacer referencia a los Convenios Internacionales reconocedores de la Justicia Indígena. Así tenemos que, la jurisdicción especial indígena tiene su fundamento en el Convenio sobre Pueblos Indígenas Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), suscrito por Venezuela; publicado en la Gaceta Oficial N° 37.305 del 17/10/2001, ratificado el 22/05/2002; que establece: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática, con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad".

Precisamente, en virtud del artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, corresponde aplicar el convenio, que no exceptúa la posibilidad de juzgar delitos de orden públi-

co. Para ello, el Estado deberá disponer de establecimientos penales con espacios especiales de reclusión indígena, así como disponer de personal con conocimientos en materia indígena para su atención, para todos los casos de interpretación intercultural.

El marco Constitucional que da carácter supraconstitucional a los convenios y tratados internacionales ratificados por Venezuela que versen sobre derechos humanos, dio origen a la creación a la Defensoría Especial para Pueblos Indígenas, que se constituye como un órgano asesor especializado para promover la defensa y vigilancia de los derechos y garantías constitucionales que le asistan a los pueblos y comunidades indígenas de todo el país.

5. Conflicto entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria Nacional

La jurisdicción ordinaria nacional es conocida ampliamente por nosotros, más aún cuando esta ha sido parte del desarrollo profesional del abogado, donde hemos aprendido que ejercer esa jurisdicción debe darse por circunstancia concretas de materia, cuantía, grado, tiempo, territorio imponiéndose por tanto una competencia, por necesidades de orden práctico.

Argumento contrario acontece con la jurisdicción especial indígena, tal como lo establece la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, que recoge en su artículo 132, que la referida jurisdicción consiste en la potestad que tienen los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus autoridades legítimas, de tomar decisiones de acuerdo con su derecho propio y conforme con los procedimientos tradicionales, para solucionar de forma autónoma y definitiva las controversias que se susciten entre sus integrantes, dentro de su hábitat y tierras.

La misma concibe la facultad de conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos que le son sometidos a su competencia y la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos. Debiendo resolver las autoridades indígenas, los conflictos sobre la base de medios alternativos como lo es la vía conciliatoria, el diálogo, la medición, la compensación y la reparación del daño, con la única finalidad de reestablecer la armonía y la paz social.

En tanto que, en los procedimientos participarán tanto el ofensor como la víctima, la familia y la comunidad. Las decisiones constituyen cosa juzgada en el ámbito nacional; en consecuencia, las partes, el Estado y los terceros están obligados a respetarlas y acatarlas, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República y de conformidad a la señalada Ley.

A pesar de lo expuesto, la referida Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas en su artículo 133 señala que la capacidad de esta jurisdicción especial indígena debe estar concertada por criterios de competencia territorial, extraterritorial, material y personal. En tal sentido, las mismas se entienden como:

Competencia Territorial: Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer de cualquier incidencia o conflicto surgido dentro del hábitat y tierras de los pueblos y comunidades indígenas respectivos.

Competencia Extraterritorial: Las autoridades legítimas tendrán competencia extraterritorial respecto de controversias sometidas a su conocimiento, surgidas fuera del hábitat y tierras indígenas, cuando las mismas sean entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, no revistan carácter penal y no afecten derechos de terceros no indígenas. En este caso, la autoridad legítima decidirá según las normas, usos y costumbres del pueblo o comunidad indígena y lo dispuesto en el presente artículo, si conoce o no de la controversia y, en caso negativo, informará a los solicitantes y remitirá el caso a la jurisdicción ordinaria cuando corresponda.

Competencia Material: Las autoridades legítimas tendrán competencia para conocer y decidir sobre cualquier conflicto o solicitud, independientemente de la materia de que se trate. *Se exceptúan* de esta competencia material, los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes y tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y los crímenes internacionales: el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

Competencia Personal: La jurisdicción especial indígena tendrá competencia para conocer de solicitudes o conflictos que involucren a cualquier integrante del pueblo o comunidad indígena.

Sin embargo, las personas que no siendo integrantes de la comunidad pero que encontrándose dentro del hábitat y tierras indígenas cometan algún delito previsto en la legislación ordinaria, podrán ser detenidas preventivamente por las autoridades legítimas, las cuales deberán poner al detenido a la orden de la jurisdicción ordinaria conforme a lo dispuesto en el Código Orgánico Procesal Penal.

Pese a lo expuesto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela no admite de forma total la aplicación de la justicia indígena en casos de delitos graves, como el homicidio y la violación, que se consideran de orden público. Esta falta de reconocimiento de la justicia indígena por parte del Poder Judicial ha generado dificultades. Ejemplo de ello, y en base a las costumbres ancestrales del pueblo wayúu, tenemos el caso de Venejildo González, quien pagó 50 chivos, 10 vacas y 3 collares a su hijastra de 15 años, por el delito de violación, puesto que ese fue el acuerdo indemnizatorio al que llegaron el agresor y la víctima.

El acuerdo fue homologado ante la División Regional de Educación Intercultural del estado Zulia, en fecha 04/08/2009. Sin embargo, al tiempo la policía detuvo a González, porque estaba solicitado penalmente. A instancia de la Fiscalía Pública, un Tribunal de Control de Zulia decretó su detención judicial preventiva, y luego declaró procedente la acusación de violación. El indígena se encuentra recluido en el internado Judicial de El Marite, donde espera el comienzo de un juicio que podría acarrearle entre 15 y 20 años de prisión, conforme lo establece el numeral 2 del artículo 374 del Código Penal. Es de señalar que "El agresor y la víctima formaron pareja luego del acuerdo, y tuvieron un hijo. La cónyuge es una de las más interesadas en que se respete la justicia wayúu y su marido no sea juzgado por la justicia alijuna, o no indígena" (El Nacional, Cuerpo Ciudadanos; 05/05/2011).

Otro caso representativo que mereció ser tratado por la jurisdicción especial indígena fue el caso de los dirigentes Yukpa Sabino Romero y Olegario Romero, donde la jurisdicción ordinaria nacional según las declaraciones de los involucrados estuvo plegada de vicios y no dio cumplimiento al mandato Constitucional en cuanto al debido proceso y la valoración de medios probatorios. Es de acotar bre-

vemente, que el caso estaba referido al incidente ocurrido el 13/10/2009 en la Sierra de Perijá, donde resultaron muertos dos indígenas Yukpas, y las autoridades habrían determinado la responsabilidad de siete indígenas, de los cuales cuatro estaban ya detenidos y los otros tres tenían solicitud de privativa de libertad, el motivo del hecho fue la demarcación del territorio, conforme a Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas.

El Juzgado de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal, extensión La Villa del Rosario decretó medida judicial privativa de libertad contra Sabino Romero, en el marco del proceso penal que se le seguía por la comisión de los delitos de homicidio calificado y lesiones personales en riña. Esta decisión fue apelada por ante la Sala Nº 2 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia el 24/11/2009. Posteriormente, se ejerció Amparo Constitucional contra la decisión de esta Corte, y la Sala Constitucional, en fecha 30/07/2010 con ponencia de la magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, declaró inadmisible la acción de amparo constitucional interpuesta conjuntamente con medida cautelar innominada, por el apoderado judicial de Sabino Romero Izarra y Alexander Fernández Fernández. El Magistrado Pedro Rondón Haaz salvó el voto.

Basada en la jurisprudencia en la materia, la Sala del Alto Tribunal del país concluyó que en el referido caso "ha operado la causal de inadmisibilidad antes descrita, por cuanto la parte accionante ha optado por recurrir a la vía judicial ordinaria, aunado al hecho de que en dicho proceso judicial se han cumplido todos los derechos procesales garantizados a los indígenas en los artículos 137 y 138 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, y en el referido proceso penal no se ha emitido una decisión definitiva, que cause un gravamen irreparable a los accionantes, ya que contra la misma, disponen de los recursos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico."

Este caso fue radicado en el Circuito Judicial Penal del Estado Trujillo, y el Juez de la causa en sentencia definitiva dictaminó "declara inculpable" a Olegario Romero, cacique de Guamopamocha, uno de los acusados, por los cargos que el Ministerio Público le imputó. Además ordenó interrumpir el juicio a Sabino Romero, cacique de Chaktapa, por sus ausencias a las audiencias.

Pero lo más interesante de este caso fue que una vez que la Justicia Ordinaria absolvió de culpa a Olegario Romero, el mismo caso fue pro-

cesado por la justicia indígena según la tradición yukpa el 12/06/2011 y declaró la culpabilidad de Olegario Romero y la inocencia de Sabino Romero. El escenario de este proceso fue en la Sierra de Perijá, en el Tukuko, en un galpón frente a una encrucijada de calles el juicio comenzó a las 12 del mediodía y fue mediado por la cacica Reina Uribichi y siete caciques yukpas. Se habla de la resistencia, tenacidad y valentía de los yukpas. El juicio culminó a las 2 de la madrugada.

El padre de Antonio Romero, pudo sacarle la verdad a Olegario. Sacar la verdad en la cultura Yukpa tiene un significado muy grande. El juicio terminó, después de 17 horas seguidas a las 5:30 de la mañana, con la firma de un acta en la que las partes se comprometieron a cancelar Bs. 700.000,00 por cada víctima y Bs. 100.000,00 por cada herido, cifra que parece desmedida para las posibilidades económicas de los envueltos en el caso; Olegario, también se comprometió a abrir el portón del camino para que Sabino y su familia pudieran pasar.

Finalmente, se pudo comprobar, por la ley Yukpa, la inocencia total de Sabino, quien fue criminalizado y satanizado por algunos sectores del gobierno. Sabino, sólo defendía los derechos ancestrales de sus tierras, las cuales han sido invadidas poco a poco por los colonos ganaderos quienes están ocupando grandes extensiones de tierra. Los Yukpas sufren también una campaña de desprestigio en la zona de Machiques, son acusados por los watías (criollos) de ser bandidos y forajidos, que les invaden sus tierras y roban su ganado. Cualquier parecido con la campaña que hicieron los colonos sajones en el exterminio de los indígenas norteamericano, es pura coincidencia o con los palestinos, también puede ser casualidad.

Otro hecho que presentó conflicto entre el procedimiento de la jurisdicción indígena y la ordinaria fue el caso de un adolescente indígena de la etnia Warao, quien recibió condena por la presunta comisión del delito de homicidio intencional y fue juzgado por la Jurisdicción Especial Indígena, la cual emitió un dictamen que fue luego revisado y homologado por el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro. El referido adolescente fue juzgado por la Jurisdicción Especial Indígena, conformada en este caso por un grupo de caciques de la región, emitió su pronunciamiento el 23/11/2009. Posteriormente, el Tribunal Segundo de Control de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro revisó la decisión, conforme al artículo 134 de la Ley Orgánica de

Pueblos y Comunidades Indígenas, y la ratificó mediante sentencia de fecha 02/12/2009.

El representante de la Defensa Pública y solicitante del amparo destacó en sus alegatos que las actuaciones violaron el orden constitucional y las disposiciones de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en cuanto que, el imputado y luego sentenciado no habría tenido derecho a la defensa ni disfrutado de garantías procesales, además de que no se tomó en cuenta que por tratarse de un adolescente no podría recibir una pena como la que le fue impuesta, porque la legislación estipula un máximo de dos años de pena para los niños (menores de 12 años) y un máximo de cinco para los adolescentes (mayores de 12 años y menores de 18), y este había sido sentenciado a 20 años de prisión.

Por su parte, la representante de la Defensoría del Pueblo expresó que la sentencia dictada por la Jurisdicción Especial Indígena atentó contra la propia Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, ya que este instrumento legal establece la privación de libertad como el último recurso a considerar dando prioridad a la conciliación, y expresó que en el caso analizado la sentencia es violatoria de los derechos humanos. Con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia anuló la sentencia condenatoria a 20 años de prisión y ordenó la inmediata excarcelación del adolescente de la etnia Warao (Sentencia Sala Constitucional de fecha 26/06/2011).

La sentencia más reciente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 04/08/2011, con ponencia de la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, en atención al presente tema, y que tiene carácter vinculante, es para los hechos de violencia de género cuando el sujeto activo del hecho sea un ciudadano indígena, en la que se reafirma la competencia de la jurisdicción especial en esta materia para su juzgamiento de los delitos previstos en la Ley Orgánica sobre el derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

6. Aproximación de la Justicia Indígena a la Justicia de Paz

Venezuela al igual que otros países latinoamericanos ha reconocido la facultad de administrar justicia a las autoridades de las comunidades nativas o indígenas, así como la función ejercida por comunidades territoriales a través de los jueces de paz. Ambas justicias

pueden coexistir en un mismo territorio, por cuanto legalmente no son excluyentes, aún cuando pueden presentar barreras lingüísticas, económicas, cultural, entre otras.

En ambos tipos de justicia no se requiere que el mediador sea un abogado o magistrado, basta que sea designado por la comunidad y se les observe respeto porque tienen la mayor legitimidad social. Estos tipos de justicia, resuelven casos que llevados a la justicia ordinaria podría acarrear problemas de competencias, económicas, de traslado de las partes o sus litigantes, entre otras.

Estas realidades legales de justicia, tal vez puedan ser de difícil aceptación para quienes tienen visión positivista y consideran que el Estado a través de su Poder Judicial, es el único llamado para administrar justicia, pero también puede presentar una percepción diferente para aquellos que oponen al Estado la población indígena como si fueren mundos diferentes. Podríamos afirmar que ambas son parte de expansión y crecimiento del Estado y de su derecho positivo, pero la realidad es más compleja de lo acá reflejado.

En una y otra justicia se manifiesta el reconocimiento del pluralismo cultural y el pluralismo jurídico. Pero la situación de los derechos humano es un problema más complicado que amerita ser debatido, porque las sanciones que han de aplicarse deben ser respetuosas de la dignidad de las personas. La iglesia, los medios de comunicación, organismos no gubernamentales pueden ser vehículos que generen cambios importantes en estos tipos de justicia siempre que se canalicen hacia la búsqueda de una mejor calidad de vida de la población.

La justicia indígena y la justicia de paz como mecanismos de resolución de conflictos han entrado con fuerza en las reformas judiciales debido al cambio constitucional que busca democratizar la justicia y permitir una mayor participación ciudadana, además debe fortalecer el pluralismo político, ideológico y cultural, fortificar el pluralismo territorial tanto de las territorios municipales como resguardos de tierras indígenas.

Debemos estar consiente que estos mecanismos de justicia tienen limitado alcance, no van a resolver conflictos sociales de desigualdades sociales de las sociedades donde nacen, porque la justicia ordinaria a través del poder judicial sigue teniendo la atribución de resolver los amplios y complejos conflictos sociales.

La Justicia de Paz y la Justicia Indígena como mecanismos alternos a la resolución de conflictos no pueden ser equiparadas a la justicia por mano propia con actos delincuenciales porque pondrían en zozobra a la población, y en muchos casos se puede llegar a "linchar" a inocentes.

La Justicia de Paz es la forma eficiente y efectiva de brindar justicia aproximando la justicia estatal a la comunidad, mientras que la justicia indígena persigue establecer las normas internas de comunidades nativas, sólo en su espacio territorial, cuya fuente directa es la costumbre o tradición, pero ambas deben garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona que acude a ellos como medios alternos a la resolución de sus conflictos.

La Cultura de Paz es la que sostiene a estas instancias especiales, porque las acciones que se ejecuten estarán siempre dirigidas a prevenir conflictos, evitar y erradicar la violencia en estas comunidades sociales. De allí que la materia penal se presenta en ambas justicias como una de las más complejas en el ejercicio de sus funciones. Un Juez de Paz es ante todo un conciliador y una autoridad indígena es un mediador, por lo que en lo posible procurarán que incluso algunas conductas rotuladas en Derecho como ilícitas puedan ser objeto de un acuerdo o arreglo por las partes con el objeto de mantener la paz social y armonía en sus respectivas comunidades.

El Sistema de Justicia Venezolano está integrado por diversas instituciones y actores directos e indirectos, y a cada uno de ellos le corresponde según la función que desarrollan promover de manera conjunta y coordinada el fortalecimiento de la Justicia de Paz, para ello tienen a disposición todos los mecanismos que permitan resolver los conflictos sociales, aún cuando estas sean jurisdicciones especiales u ordinarias.

Pero el derecho a un debido proceso que garantice la tutela jurisdiccional efectiva a todas las personas sin excepción, no debe ser un obstáculo o un pretexto para que se cometan injusticias, es por ello que debe existir una articulación de la igualdad y tutela jurisdiccional en los diversos sistemas de solución de conflictos reconocidos, y esta articulación debe estar dada entre la normatividad y la realidad existente en materia de solución de conflictos en las comunidades indígenas, para que viabilice el planteamiento de un equilibrio de competencias que de asiento a un Sistema de Plurijurisdiccional.

Correspondería esclarecer los conceptos de justicia y delito que aplican para la justicia indígena y la justicia comunitaria que comprende la justicia de paz, debido a que esos conceptos trascienden y encierran otros supuestos morales y sociales diferentes a los que se dan en la justicia ordinaria del derecho positivo. Esto a fin que permite plantear el debate sobre la consolidación de la justicia alternativa como una expresión más en la construcción de la ciudadanía y la sociedad democrática y de otro lado, que permita plantear los límites de dichas justicias.

La justicia de paz o comunitaria y la justicia indígena aún cuando históricamente se han comportado como sistemas que se resisten al cambio, deben ir en la búsqueda de fijar reglas que permita regular las relaciones humanas reflejadas y constatadas en el acumulado de la modernidad, es decir, su historia debe ser moderna de acuerdo con sus niveles de desarrollo y apropiación de las mismas.

Conclusiones

Posiblemente las conclusiones que puedan extraerse de lo expuesto en este trabajo se refiera más a interrogantes de aplicabilidad de eficacia de estas formas alternativas de resolver conflictos en nuestras diversa comunidades, mediante la aplicación de la justicia ordinaria, de paz e indígena, en donde la valoración de los resultados en estas dos últimas formas, apenas es incipiente.

Es importante profundizar en la antropología cultural y la sociología jurídica a fin que las instituciones incorporen y articulen los procedimientos para la aplicabilidad de los diversos medios alternativos que el Texto Constitucional nos otorga, y estos no se vuelvan inoperantes. Los estudios de antropología cultural y social van a permitir dar mayor reconocimiento a las características multiculturales que coexisten en nuestro país para así garantizar una real justicia social y distributiva.

Los mecanismos alternos de resolución de conflictos buscan alcanzar celeridad y oportunidad en la solución de divergencias y economía de costos, que permitan a través del concurso de un tercero alcanzar la justicia mediante un servicio gratuito a la comunidad. Busca el arreglo satisfactorio con ventajas para las partes. Son instrumentos que buscan la convivencia y el acercamiento pacífico, la calidad de vida de los ciudadanos, la vida de relación en forma armo-

niosa y la consolidación del mayor anhelo del país y el mundo: "LA PAZ".

El Tribunal Supremo de Justicia a través de la Escuela Nacional de la Magistratura es la llamada a dictar cursos de capacitación dirigida a sus operadores de justicia, que incluyan materias referentes a los medios alternativos de resolución de conflictos, pero acogidas desde el seno de la multiculturalidad, pluralismo legal e indígena, que permita ver claramente la compatibilidad de los sistemas de justicia de paz e indígena en las distintas regiones donde sea la aplicabilidad de ellos: y no solo se concentren en el estudio de los mecanismos alternos señalados como la mediación, la conciliación, el arbitraje, que para una gran parte de los administradores de justicia no les es fácil diferenciar entre las características propias de unos y otros. De esta manera se podrá consolidar una justicia auténticamente participativa y pluralista en Venezuela.

Se requiere mayor voluntad del Estado para el desarrollo de la Jurisdicción Especial Indígena, así de esta forma poder establecer los auténticos límites entre las facultades jurisdiccionales de la justicia ordinaria y la indígena, donde se logre conciliar el carácter universal de los derechos humanos y el respeto a los derechos culturales de estos grupos minoritarios. Para ello, es importante dar cumplimiento a la delimitación de los territorios indígenas, por cuanto todo delito que se cometa dentro de ellos, por sus propios miembros, deberá ser juzgado por sus usos y costumbre siempre y cuando respeten la Constitución y demás leyes venezolanas. De igual forma, deberá determinarse la competencia de la jurisdicción cuando se presenten casos de conductas contrarias al derecho positivo, donde estén involucrados indígenas o no, dentro y fuera del territorio natural indígena.

Finalmente, los medios alternos de resolución de conflictos, entre los cuales se incluyen la justicia de paz y la justicia indígena han ganado un importante reconocimiento y espacio en el ámbito del derecho positivo, en donde la sociedad venezolana busca un consenso y desahogo al sistema de justicia ordinaria. La aceptación de ellos y sin apartarnos de las leyes y normas que rigen la convivencia en sociedad y el respeto a los principios constitucionales y derechos fundamentales de la persona, es una opción que ningún ciudadano debe desconocer.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de la Naciones Unidas de fecha 13 de Septiembre de 2007. Véase la Resolución 2200 A (XXI), anexo. A/CONF.157/24 (Part I), cap. III. Resolución 217 A (III).

Colmenares Olívar, Ricardo (2005). "El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas". **Revista IIDH**, Vol. 41. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Edición especial sobre Derechos Indígenas Enero-Junio 2005.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial, Nº 36.860, del 30/12/1999.

Constitución Federal de Venezuela de 1811; Estudio preliminar por C. Parra Pérez, Academia Nacional de Historia, Caracas, 1959.

Cuenca de Ramírez, Nelly (2001). **La optimización del desempeño de los Abogados en la solución de conflictos mediante el uso de la Negociación, Mediación y Conciliación.** Ponencia presentada en las XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escovar y publicada en Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (pp. 309-347). Barquisimeto. Gráficas Monserrat, 2da. Edición 2001.

El Nacional, Cuerpo Ciudadanos; de fecha 05/05/2011

Filipo Ernesto Burgos Guzmán (2008). "Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver". **Revista Derecho del Estado**, Nº 21.

Gaceta Oficial Nº 37.718 de fecha 25/06/2003. Defensoría Especial Resolución de fecha 01/08/2001.

García Rosario (2002, Abril). "Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina". **El Otro Derecho**, Nº 26-27. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

Hung, F. (2001) **Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano.** Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos Nº 74, Caracas.

Instituto Popular de Capacitación (2003). **Contraste sobre lo Justo: Debates en Justicia Comunitaria.** Medellín Colombia, Primera Edición. ISBN: 958-97019-2-2.

Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Gaceta Oficial Nº 37.118 de fecha 01/12/2001.

Ley de Misiones. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Nº 12.562. El Congreso de los Estados Unidos de Venezuela, de fecha 16/06/1915.

Ley Orgánica de Justicia de Paz. Gaceta Oficial Nº 4.817 Extraordinario del 21/12/1994.

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Gaceta Oficial Nº 38.344 de fecha 07/12/2005.

Mora Díaz, Omar (Coord.) (2005). **I Convención Nacional de Jueces del Trabajo 2004.** Tribunal Supremo de Justicia. Colección Eventos N°17.

Estudios

Breve historia del feminismo en Occidente

A Brief History of Feminism in Western Civilization

Dhayana Carolina Fernández Matos*

*Abogada y Politóloga

RESUMEN

Se pretende realizar un breve recorrido histórico, que en ocasiones no es lineal, sobre los principios y fundamentos de los movimientos feministas desde sus orígenes hasta la fecha. Además, se hace referencia a mujeres y hombres que por sus aportes e ideologías, ocupan un rol estelar en la lucha de las mujeres por sus derechos y libertades.
Se incluyen también las Conferencias Mundiales sobre las Mujeres celebradas en el marco del Sistema de Naciones Unidas porque representan un hito fundamental en el reconocimiento de los derechos de las humanas.
Cabe destacar que no se trata de un estudio de la trayectoria histórica universal del feminismo sino de una visión particular: los movimientos feministas desarrollados en Europa (haciendo especial referencia al caso español) y Estados Unidos. Es por ello que hablamos de movimientos de mujeres y feministas de Occidente, correspondientes a países industrializados, dejando para una investigación posterior, la exposición sobre las "otras inapropiables", es decir, las feministas de la periferia o de los márgenes, que han desarrollado corrientes ideológicas que escapan de la tradición occidental.

Palabras clave: Feminismo, derechos humanos, género, conferencias mundiales de las mujeres.

ABSTRACT

This paper presents a brief historical and occasionally non-linear review of the principles and foundations of feminist movements from their origins to the present day. In addition, it refers to women and men who have made huge contributions to the fight for women's rights and freedoms. The paper also includes the UN World Conferences on Women because they represent a milestone in the recognition of women's human rights. This is not a study of the universal history of feminism, but a particular view of feminist movements developed in Europe (especially Spain) and the U.S. The paper refers to women's and feminist movements in Western industrialized countries, leaving research on feminism and feminists on the periphery, who have developed ideological currents outside the western tradition of thought, for a later investigation.

Key words: Feminism, human rights, gender, World Conferences on Women.

Introducción

En esta memoria histórica se pretende hacer referencia a aquellos movimientos de mujeres que, como señala Mary Nash (2004:69), implicaron una lucha a favor de sus derechos, un cuestionamiento al orden patriarcal y a la supremacía masculina; movimientos en los cuales las mujeres se identificaron como agentes históricos capaces de la transformación social y de "renegociar el orden de género establecido".

También haremos referencia a figuras individuales, es decir, a mujeres que por sus aportes personales, teóricos y/o políticos, contribuyeron de manera determinante a la construcción del movimiento feminista tal y como lo conocemos actualmente.

Dividiremos este trabajo en dos secciones, la primera referida al desarrollo del pensamiento feminista desde finales de la Edad Media hasta las primeras décadas del siglo XX en Europa y Estados Unidos y en el segundo, nuestra exposición se centrará en la situación particular de las mujeres en España en el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX.

Es de hacer notar que esta memoria excluye conscientemente del análisis los movimientos de mujeres existentes en otras latitudes, como es el caso particular de América Latina, lo que por experiencia de la autora no significa que no exista una historia propia en esta cuestión, sin embargo, se descartan para ser retomados en futuras investigaciones. En este sentido, debemos puntualizar que se trata de un recorrido histórico de los movimientos de mujeres en las sociedades industriales de Occidente y no un recorrido histórico mundial.

Se precisa además subrayar que, si bien es cierto que usar el término feminismo para identificar movimientos de mujeres antes de las últimas décadas del siglo XIX es un anacronismo, ya que se plantea la invención de este término a partir de los años 1870, lo usaremos para referirnos a las luchas de las mujeres que sirvieron de germen para el posterior desarrollo del movimiento feminista.

I. Feminismo en Europa y Estados Unidos

En la Edad Media no se puede hablar de movimientos de mujeres, sin embargo, si podemos apreciar ciertas obras que pueden ser vistas como antecesoras del pensamiento feminista contemporáneo, entre ellas, la obra de la escritora veneciana Christine de Pizan, *La*

Ciudad de las damas, escrita en 1405, que era una clara respuesta a las posturas abiertamente misóginas de religiosos, académicos, universitarios y oficiales reales.

En "La ciudad de las Damas", la autora presenta una defensa de las mujeres ante los constantes ataques por parte de hombres cultos que las consideran débiles, infieles, pecadoras y de escasa capacidad intelectual. Se muestra un diálogo con tres figuras alegóricas: la Razón, la Justicia y la Rectitud, donde se plantea cuál es la situación de las mujeres, la razón por la cual son invisibilizadas, por qué se desconoce su contribución y sus aportes a la sociedad, siendo uno de los aspectos más significativos, la reflexión que se hace sobre la educación de las mujeres.

Niega De Pizan que las mujeres no tengan capacidad intelectual para recibir una educación como los hombres, lo que ocurre es que se les impide, expresa que "(...) si la costumbre fuera mandar a las niñas a la escuela y enseñarles las ciencias con método, como se hace con los niños, aprenderían y entenderían las dificultades y sutilezas de todas las artes y ciencias tan bien como ellos" (De Pizan, 2000: 119).

Los planteamientos de la escritora veneciana sobre la educación no son recogidos por los filósofos e intelectuales de su época ni de las siguientes, siendo necesario esperar varios siglos para lograr el reconocimiento del derecho de las mujeres a educarse y a tener las mismas posibilidades que los hombres, lo que incluso en la actualidad no se ha logrado completamente[1].

En el siglo XVII, nos encontramos con una de las obra más conocidas de ese tiempo a favor de las mujeres: *De la igualdad de los sexos* (1673), escrita por Poulain de la Barre, su gran aporte fue el uso de la razón como argumento para la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres, señalaba que "la mente no tiene sexo" y de esta manera, rebatía la tesis imperante basada en una supuesta inferioridad femenina, denunciaba "(l)a condena de las mujeres a la minoridad perpetua" (Valcárcel, 2008: 26). En su texto muestra cómo se puede combatir la desigualdad sexual a través de la educación;

---

1 Sobre este tema, revisar: Fernández Matos, Dhayana (2009). "El derecho a la educación de las mujeres en Venezuela". En: *Magistra*, Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura, Año 3, Nº 1.

usando como tesis la igualdad natural entre los sexos, constata la desigualdad social e histórica entre hombres y mujeres y a partir de allí, haciendo uso del método cartesiano en la elaboración de su argumento, presenta un discurso a favor de la emancipación de las mujeres y su derecho a la educación (Cobo, 1995: 83).

Cabe destacar que Poulain de la Barre se anticipó al discurso de la Ilustración puesto en boga a comienzos del siglo siguiente, el XVIII, y que tuvo como sus máximos exponentes a Montesquieu, Voltaire y principalmente a Jean Jacques Rousseau, entre otros. Anticipándose a los planteamientos de los teóricos ilustrados, critica el arraigo de los prejuicios y propugna el acceso al saber de las mujeres como remedio a la desigualdad imperante y camino hacia el progreso (Sánchez Muñoz, 2001: 18).

Para poder comprender los posteriores argumentos de las feministas de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, se precisa conocer los cambios profundos que el discurso ilustrado implicó en el llamado "Siglo de las luces", aunque sin duda en relación al reconocimiento de los derechos de las mujeres y su condición de ciudadanas, siguió prevaleciendo la más absoluta oscuridad. En este sentido, se sustituye a Dios como el centro del universo, origen de todas las cosas y este lugar es asumido por la razón como fuente principal del conocimiento y el hombre como centro del universo. Este cambio implicó un cuestionamiento profundo de las instituciones sociales y del orden político de la época; se cuestiona el origen divino del poder y los privilegios sociales.

Pero sin duda la esencia de la Ilustración la constituyen: la universalización de atributos como la racionalidad; un corpus de ideas filosóficas, morales y jurídicas con pretensiones de universalismo, es decir, aplicables a toda la especie humana; la autonomía de los sujetos y su aplicación en la esfera política. En otras palabras, se trata de la emancipación de los prejuicios y de la autoridad (Sánchez Muñoz, 2001: 18).

Comienza a hablarse de un conjunto de derechos naturales que poseen todos los hombres (literalmente se referían a todas las personas del sexo masculino, estando las mujeres excluidas de la titularidad de estos derechos), sin ningún tipo de distinción, reconociéndose la igualdad entre todos, principio clave de la Ilustración. Además, se plantea que el origen del orden político está en un pacto o contra-

to, que Rousseau llama *"El contrato social"*, según el cual los hombres en aras del interés común, ceden sus derechos naturales a favor de la voluntad general que se expresa a través de las leyes, estableciendo un elemento clave de la democracia moderna tal y como se concibe actualmente, ya que plantea un *pactum unionis* donde el pueblo es el titular de la soberanía.

Según estos supuestos, "(l)a legitimación del Estado no sólo va a originarse en el momento de su fundación, en el pacto, sino también en la defensa y protección de los derechos naturales -previos a la existencia del Estado- que al ser ahora reconocidos por la ley positiva pasarán a ser considerados no ya derechos de la persona, sino derechos de los ciudadanos, garantizados y respetados por el poder estatal y por los demás miembros de la comunidad" (Sánchez Muñoz, 2001: 19).

Estos postulados fueron recogidos en los artículos I y II de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, dictada en el calor de la Revolución Francesa, los cuales rezan: "I. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común" y "II. La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son **la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión**[2]".

En su obra "El Contrato Sexual", Carole Pateman explica que el contrato social es sólo una parte de la historia, el resto, la compone el contrato sexual mediante el cual se establece la sujeción de las mujeres a los hombres, quedando establecido que la diferencia sexual es una diferencia política:

> "Las mujeres no son parte del contrato originario a través del cual los hombres transforman su libertad natural en la seguridad de la libertad civil. Las mujeres son el objeto del contrato. El contrato (sexual) es el vehículo mediante el cual los hombres transforman su derecho natural sobre la mujer en la seguridad del derecho civil patriarcal" (Pateman, 1995: 15).

---

2 Las negritas son nuestras para resaltar los principios fundamentales de las reformas y Estados liberales que nacen a partir de estos postulados.

Con el contrato social los hombres se convierten en ciudadanos, titulares de derechos e iguales entre todos, con el contrato sexual las mujeres quedan sujetas a los hombres, se les objetiviza, se les niega la titularidad de derechos; no son iguales a los hombres, son jurídicamente incapaces y carentes de ciudadanía. Como señala Cristina Sánchez Muñoz, siguiendo el análisis de Pateman (2001: 22):

> "(E)l origen del espacio público se encuentra en el contrato social, que instaura un pacto entre iguales -*pactum unionis*- de carácter democrático, mientras que el espacio privado presenta su origen en un contrato sexual de subordinación -*pactum subjectionis*. El contrato social es, por tanto, aquel que se realiza entre los que son iguales -los varones-, mientras que las mujeres, al no ostentar el atributo de la igualdad, sino que, como señala Amorós, son heterodesignadas como las idénticas, quedarán excluidas como sujetos del contrato, aunque no así como objetos de transacción de éste (...) La desigualdad supuestamente natural deviene de esta manera en desigualdad política".

Pese a lo señalado y a la exclusión de las mujeres de la ciudadanía impulsada por las ideas ilustradas, no puede negarse, como dice Amelia Valcárcel, que "El feminismo es un hijo no querido de la Ilustración" (2008:20), porque esos principios democráticos, con pretensiones universales, de reconocimiento de derechos y de igualdad entre todos, fueron usados por las feministas para cuestionar la exclusión de las mujeres del orden liberal que se instaura.

En esta línea de argumentación, cabe destacar la obra de Mary Wollstonecraft, *Vindicación de los derechos de la mujer*, publicada en 1792, en la cual la autora usa los principios liberales de la Ilustración para reivindicar los derechos de las mujeres. Esta autora expresó: "Me declaro en contra de todo poder cimentado en prejuicios aunque sean antiguos"[3], con lo cual critica los postulados rousseaunianos y de otros autores de la época que establecen que la condición femenina está dada por la naturaleza, siendo uno de sus roles más importantes "agradar al hombre", como lo establece el propio Rousseau en su obra *Emilio o de la educación*.

---

3 Citada por Amelia Valcárcel, pág. 17.

Para Wollstonecraft, la distinción y desigualdad existente entre los hombres y mujeres era tan arbitraria como la referida a la clase o a los privilegios, que el racionalismo ilustrado había criticado y combatido. La Humanidad sólo lograría alcanzar el grado de perfección que el ideario ilustrado prometía, si sus grandes verdades eran auténticamente universales (Burdiel[4], 1994:58), ello implicaba igualdad entre hombres y mujeres, siendo un elemento fundamental en su discurso, la necesidad de instruir a las mujeres, porque "(p)ara hacer también realmente justo el pacto social, y para extender los principios ilustrados (...) debe permitirse que las mujeres fundamenten su virtud sobre el conocimiento, lo que apenas es posible si no se las educa mediante las mismas actividades que a los hombres" (1995: 363).

En una carta a M. Talleyrand-Périgod, ex obispo y político activo durante la Revolución Francesa, Mary Wollstonecraft presenta argumentos para atacar la supuesta falta de razón de las mujeres, cabe destacar los siguientes extractos:

> "(...) si los hombres luchan por su libertad y se les permite juzgar su propia felicidad, ¿no resulta inconsistente e injusto que subyuguen a las mujeres, aunque crean firmemente que están actuando del modo mejor calculado para proporcionarles felicidad? ¿Quién hizo al hombre el juez exclusivo, si la mujer comparte con él el don de la razón?
>
> De este mismo modo argumentan todos los tiranos, cualquiera que sea su nombre, desde el rey débil hasta el débil padre de familia; todos ellos están ávidos por aplastar la razón, y también siempre afirman que usurpan el trono sólo por ser útiles".

Más adelante agrega, a tenor con lo dicho en el párrafo precedente:

> "(...) si se debe excluir a las mujeres, sin tener voz, de participar en los derechos naturales del género humano, pruebe primero, para rechazar la acusación de injusticia e inconsistencia, que carecen de razón; de otro modo, esta grieta en vuestra Nueva

4 En la obra *Vindicación de los Derechos de las Mujeres* de Wollstonecraft, Isabel Burdiel, editora de la misma, hace una introducción de la vida, obra y legado de esta autora.

> Constitución siempre mostrará que el hombre, de alguna forma, debe actuar como un tirano (...)". (1995:110-111).

En su obra *Feminismo en el mundo global*, la filósofa española Amelia Valcárcel (2008:63) trata de explicar cómo Wollstonecraft, usando los mismos argumentos que Rousseau, critica que se haya excluido a las mujeres. Señala al respecto:

> "Porque Mary Wollstonecraft es demócrata rousseauniana, porque estima que tanto *El contrato social* como el *Emilio* dan en la diana de cómo debe edificarse un estado legítimo y una educación apropiada para la nueva ciudadanía, no está dispuesta a admitir la exclusión de las mujeres de ese nuevo territorio (...) Justo porque entiende bien que cada sujeto ha de ser libre y dueño de sí y sus derechos, que no ha de ser guiado por su exclusivo interés, sino que debe realizar un contrato con la voluntad general, que esta voluntad general no coincide con la voluntad de todos, ya que posee elementos normativos propios, porque acepta que cada sujeto debe autodominarse para la vigencia de los objetivos comunes, y, por último, que el estado ha de ser quien represente tales objetivos y bienes comunes, Wollstonecraft no puede digerir que el sexo excluya a la mitad de la humanidad de este anhelo de la razón".

Si esto es lo que estaba sucediendo en Inglaterra y con una autora en particular, en Francia, en esta misma época y bajo el fulgor de la Revolución Francesa, las mujeres se organizaron en defensa de sus derechos.

Durante el desarrollo de la Revolución Francesa las mujeres tuvieron una participación muy activa, tenían como norte los clásicos principios de dicha revolución: libertad, igualdad y fraternidad, los cuales serían una fuente de inspiración para el reconocimiento de su condición de ciudadanas e iguales a los hombres. Sin embargo, el sueño se desvaneció cuando la convocatoria de los Estados Generales en mayo de 1789, las excluyó[5].

Como se sabe, esta convocatoria implicaba un llamado a los tres grandes estamentos: la nobleza, el clero y el Tercer Estado o estado

---

5 Para una mayor comprensión de esta etapa ver Nash, 2004: 74 y ss., así como la obra de Ana de Miguel titulada *Los feminismos a través de la historia*, capítulo 2.

llano. Las mujeres pertenecientes al Tercer Estado, quienes habían luchado al lado de sus compañeros, expresaron su malestar y sus esperanzas en unos cuadernos, llamados en francés *cahiers de doléances*[6]. Algunos de los reclamos recogidos en estos cuadernos se referían a la prohibición de la prostitución, la violencia sexual y los malos tratos de las mujeres en el matrimonio, mejorar las condiciones de su educación y en general acerca de sus derechos.

Sin embargo, sus peticiones no fueron escuchadas y cuando se hace la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, quedan excluidas expresamente como ya señaláramos.

Frente a esta negación absoluta de derechos civiles y políticos, reacciona pronto Olimpia de Gouges y es así como en 1791 publica la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, donde por primera vez se hace la más clara defensa de la condición de ciudadanía para las mujeres[7], estableciendo en su primer artículo que la mujer nace libre e igual al hombre y por tanto tiene los mismos derechos que éste. De esta manera, Olimpia de Gouges dejaba clara la posición de las mujeres al respecto y denunciaba la falsedad del universalismo igualitarista que estaba de moda después de la Declaración de 1789.

De Gouges argumentaba que si la mujer tenía el derecho de subir al cadalso, haciendo referencia a que las mujeres que se consideraba que habían cometido un delito, debían pagar por él y eran encarceladas o llevadas a la guillotina, pues también tenían derecho a la tribuna, es decir, derecho a la representación en la elaboración de las leyes y en la soberanía nacional. Paradójicamente, de esa manera culminó esta autora su vida, en la guillotina, ante la crueldad propia de la época de Robespierre, por ser girondina y por la defensa de los derechos de las mujeres.

El régimen del terror que se impuso con Robespierre y luego la política desarrollada por Napoleón Bonaparte, supusieron un duro revés para las mujeres francesas en la lucha por sus derechos. El famoso Código Napoleónico aprobado en 1804, inspirado en el derecho romano, fue un código civil que estableció la incapacidad de las mujeres, equiparándolas con los menores de edad y los incapaces,

---

6 Cuadernos de quejas.

7 La obra de Mary Wollstonecraft, fue un año después en 1792.

estando siempre bajo la tutela del marido o del padre. Es de hacer notar que los postulados de este código se extendieron y hoy día, podemos seguir encontrándonos vestigios del mismo en instrumentos jurídicos alrededor del mundo -Venezuela y el resto de los países de América Latina no escapan de esta influencia-, con el agravante que estos vestigios implican códigos o leyes civiles que conservan su carácter patriarcal y androcéntrico[8].

Haciendo una comparación entre la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada por la Asamblea Nacional y la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* escrita por Olympe de Gouges, podemos evidenciar que la segunda es semejante a la primera pero redactada, usando términos actuales, con perspectiva de género, incluyendo las experiencias y reivindicaciones de las mujeres. A continuación se presenta un cuadro comparativo de algunos artículos de estos 2 textos.

Cuadro comparativo

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)	Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana (1791)
Artículo 1 Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos. Por lo tanto, las distinciones civiles sólo podrán fundarse en la utilidad pública.	Artículo 1 **La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos***. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.

8 Sirva de ejemplo lo establecido en relación con el cumplimiento de las obligaciones como un buen padre de familia, extrapolándose a nuestra realidad la figura del *Pater Familias* originaria del Derecho Romano, inexistente en el contexto histórico venezolano.

* Las negrillas son nuestras para resaltar los argumentos relativos a la igualdad y equiparación de derechos entre hombres y mujeres.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)	Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana (1791)
Artículo 3 La nación es esencialmente la fuente de toda soberanía; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.	Artículo 3 El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que **no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre**: ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos.
Artículo 4 La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.	Artículo 4 La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, **el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y de la razón.**
Artículo 10 Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley.	Artículo 10 Nadie debe ser molestado por sus opiniones incluso fundamentales; **si la mujer tiene el derecho de subir al cadalso, debe tener también igualmente el de subir a la Tribuna** con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la Ley.
Artículo 11 Puesto que la comunicación sin trabas de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, teniendo en cuenta que es responsable de los abusos de esta libertad en los casos determinados por la ley.	Artículo 11 **La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos de la mujer,** puesto que esta libertad asegura la legitimidad de los padres con relación a los hijos. **Toda ciudadana puede, pues, decir libremente, soy madre de un hijo que os pertenece, sin que un prejuicio bárbaro la fuerce a disimular la verdad**; con la salvedad de responder por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789)	Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana (1791)
Artículo 13 Siendo necesaria, para sostener la fuerza pública y subvenir a los demás gastos del gobierno, una contribución común, ésta debe ser distribuida equitativamente entre los miembros de la comunidad, de acuerdo con sus facultades.	Artículo 13 Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, **las contribuciones de la mujer y del hombre son las mismas;** ella participa en todas las prestaciones personales, en todas las tareas penosas, por lo tanto, **debe participar en la distribución de los puestos, empleos, cargos, dignidades y otras actividades.**
Artículo 14 Todo ciudadano tiene derecho, ya por sí mismo o por su representante, a emitir voto libremente para determinar la necesidad de las contribuciones públicas, su adjudicación y su cuantía, modo de amillaramiento y duración.	Artículo 14 **Las Ciudadanas y Ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por medio de sus representantes, la necesidad de la contribución pública**. Las Ciudadanas únicamente pueden aprobarla si se admite un reparto igual, no sólo en la fortuna sino también en la administración pública, y si determinan la cuota, la base tributaria, la recaudación y la duración del impuesto.
Artículo 17 Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa.	Artículo 17 **Las propiedades pertenecen a todos los sexos reunidos o separados**; son, para cada uno, un derecho inviolable y sagrado; nadie puede ser privado de ella como verdadero patrimonio de la naturaleza a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización.

Cabe destacar la redacción del artículo 14 de la declaración de Olympe de Gouges donde consagra el derecho de comprobar la necesidad de la contribución pública, pero no habla abiertamente del derecho al voto como lo harán las mujeres del siglo XIX en los movimientos sufragistas.

El siglo XIX destaca por la aparición de los grandes movimientos sociales tales como los diferentes tipos de socialismo, el anarquismo y por primera vez aparece el feminismo como un movimiento social de carácter internacional, con su propia identidad, con autonomía teórica y organizativa. Estos movimientos en ciertas medidas eran herederos de las demandas igualitaristas de la Ilustración que habían quedado sin resolver (Miguel Álvarez, s.f.: Capítulo II).

El año 1848 es fundamental para el movimiento feminista, ya que en Estados Unidos se publica la "Declaración de Sentimientos" de Seneca Falls, considerándose crucial la lucha por el derecho al sufragio, como factor clave para que los derechos de las mujeres fueran reconocidos.

Para entender el inicio del movimiento de mujeres en Estados Unidos, se debe ubicar el contexto sociopolítico y religioso existente en esa época. Por un lado, se estaba dando el movimiento de abolición de la esclavitud en el cual las mujeres participaron activamente y, por el otro, el reformismo religioso protestante que, a diferencia de la religión católica promovía la lectura e interpretación individual de los textos sagrados, implicaba que muchas mujeres blancas, clase media, supieran leer y tuvieran un desarrollo intelectual superior a sus pares en Europa y otras partes del mundo. Además, estas mujeres fueron impulsoras del reformismo protestante y participaron activamente en actividades de las iglesias hasta su posterior proceso de secularización con el movimiento sufragista. Esto les dio la seguridad necesaria para la lucha y la participación social.

En relación con el movimiento abolicionista, ya desde la Ilustración se estableció una comparación en cuanto a la discriminación y ausencia de derechos entre los/as esclavos/as y las mujeres. Las mujeres que participaron en este movimiento pensaban que cuando se reconociera los derechos de los esclavos también serían reconocidos sus propios derechos.

Dos mujeres fueron cruciales en la Declaración de Seneca Falls, trabajaron activamente en el movimiento que luchaba contra la es-

clavitud: Elizabeth Cady Stanton y Lucretia Mott. Ambas sufrieron una decepción cuando en el año 1840, en la Convención Internacional Antiesclavista celebrada el Londres, se les prohibió estar presentes en la sala y tuvieron que escuchar detrás de las cortinas.

Ante la discriminación de la cual habían sido víctimas, decidieron convocar una convención por los derechos de la mujer que tuvo como resultado la ya citada Declaración de Seneca Falls, en la cual se encuentran dos grandes apartados teóricos: por un lado, las exigencias para alcanzar la ciudadanía y por el otro, los principios que deberían modificar las costumbres y la moral. Por su herencia republicana liberal, las mujeres allí reunidas exigen plena ciudadanía y por su tradición protestante, apelan al derecho de conciencia y la libertad de opinión. El texto consta de doce decisiones, once de ellas aprobadas por unanimidad y la número doce, referente al voto, por una pequeña mayoría (Miyares, 1999: 2-3). Entre los puntos aprobados resaltaremos algunos que guardan estrecha relación con la evolución de los derechos humanos de los que estamos hablando:

"Decidimos:

Que la mujer es igual al hombre - que así lo pretendió el Creador- y que por el bien de la raza humana exige que sea reconocida como tal.

Que es deber de las mujeres de este país asegurarse el sagrado derecho del voto.

Que la igualdad de los derechos humanos es consecuencia del hecho de que toda la raza humana es idéntica en cuanto a capacidad y responsabilidad.

Que la rapidez y el éxito de nuestra causa depende del celo y de los esfuerzos, tanto de los hombres como de las mujeres, para derribar el monopolio de los púlpitos y para conseguir que la mujer participe equitativamente en los diferentes oficios, profesiones y negocios."[9]

---

9 Texto recuperado el 25 de mayo de 2010 de la página Web de Amnistía Internacional Cataluña: http://www2.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-senecafalls-1848.html

A partir de Seneca Falls, las mujeres en Estados Unidos comenzaron a luchar organizadamente para la vindicación de sus derechos civiles y políticos, pero nuevamente sufrieron una decepción cuando en 1869, luego de culminada la Guerra de Secesión donde resultó vencedor el norte partidario de la abolición de la esclavitud, se agregó la XIV enmienda a la Constitución que otorgaba el derecho al voto a los hombres esclavos liberados pero se le continuó negando a las mujeres. La reacción no se hizo esperar, Elizabeth Cady Stanton y Susan B. Anthony crearon la *Asociación Nacional por el Sufragio de la Mujer*, que se convirtió en la primera asociación feminista radical estadounidense, independiente de los partidos políticos y de grupos reformistas protestantes. Fue en el año 1920 que las mujeres estadounidenses obtuvieron el derecho al sufragio, más de 70 años después de Seneca Falls (Nash, 2004: 84-85).

Es preciso destacar la aparición de las mujeres negras en los movimientos que se dieron en el siglo XIX en Estados Unidos, con un discurso propio donde se plantea la intersección de los orígenes étnicos, la raza con el género como elementos presentes en la construcción de la identidad, rompiendo de esta manera con la pretendida universalidad de la opresión femenina planteada por las sufragistas blancas, que no toma en cuenta las distintas formas de opresión, que en el caso de las mujeres negras se presenta precisamente en la interrelación entre raza y género, postulado que cobrará gran importancia en la década de los ochenta, en el feminismo de la diferencia y el feminismo de las mujeres negras.

Cabe destacar la figura de Sojourner Truth (su nombre significa verdad viajera), esclava liberada del estado de Nueva York y la única mujer afrodescendiente presente en la Primera Convención Nacional de los Derechos de la Mujer, celebrada en Worcester en 1850. En su discurso puso de manifiesto que la opresión de las mujeres blancas era diferente a la sufrida por las mujeres negras, que esa analogía entre la esclavitud y la sujeción de las mujeres usada por las sufragistas blancas, invisibilizaba la situación de opresión y esclavitud de las afrodescendientes (Sánchez Muñoz, 2001: 47). En este sentido, expresó Truth:

> "Creo que con esta unión de negros del Sur y de mujeres del Norte, todos ellos hablando de derechos, los hombres blancos estarán en aprieto bastante pronto. Pero ¿de qué están hablando todos aquí?

> Ese hombre de allí dice que las mujeres necesitan ayuda al subirse a los carruajes, al cruzar las zanjas y que deben tener el mejor sitio en todas partes ¡Pero a mí nadie me ayuda con los carruajes, ni a pasar sobre los charcos, ni me dejan un sitio mejor! ¿Y acaso no soy yo una mujer? ¡Miradme! ¡Mirad mi brazo! ¡He arado y plantado y cosechado, y ningún hombre podía superarme! ¿Y acaso no soy yo una mujer? [...] He tenido trece hijos, y los vi vender a casi todos como esclavos, y cuando lloraba con el dolor de una madre, ¡nadie sino Jesús me escuchaba! ¿Y acaso no soy yo una mujer?"[10]

El movimiento sufragista en Gran Bretaña tuvo unas características peculiares: fue el más potente y radical de todos y desde el año 1866, en que el diputado John Stuart Mill presentó por primera vez la petición a favor del voto de las mujeres, no dejaron de sucederse iniciativas políticas (Miguel, s.f.: capítulo II). Se dividió en dos tendencias: una moderada, encabezada por Millicent Garret Fawcet, caracterizada por su voluntad de actuar dentro de la ley; esta corriente pretendía que el derecho al sufragio de las mujeres fuera incorporado en las reformas electorales, siempre bajo una estrategia de orden y legalidad. Esta rama se agrupó en la *Unión Nacional de Sociedades de Sufragio Femenino*, ocuparon los espacios públicos y realizaron mítines de tinte político, demostrando una amplia capacidad de movilización, pese a ello, no lograron que el Parlamento aprobase el sufragio femenino, por lo que el movimiento se radicaliza y surge la tendencia radical, de gran importancia desde principios del siglo XX hasta después de la I Guerra Mundial.

El sufragismo radical británico tuvo como máxima exponente a Emmeline Pankhurst, quien creó la *Unión Social y Política de las Mujeres*. Si bien compartían con las sufragistas moderadas su lucha por el derecho al voto, las *suffragettes* (apelativo que le dieron a las mujeres seguidoras de esta corriente) adoptaron tácticas violentas como el sabotaje de los mítines públicos, el incendio de comercios y establecimientos públicos, entre otros. Estas acciones llevaron a una fuerte represión policial contra las *suffragettes*, éstas respondieron no pagando las multas, haciendo huelgas de hambre en la cárcel, a las que el

10 En Scheneir, Miriam (1972). *Feminism, The Essential Historical Writings*. Citado por Sánchez Muñoz, 2001, 47.

gobierno respondió obligándolas a una alimentación forzada, lo que causó un gran rechazo en la sociedad y obligó al Parlamento británico a aprobar una ley según la cual las mujeres serían liberadas cuando su estado físico fuera preocupante y una vez que estaban en buenas condiciones, debían regresar a la cárcel (Nash, 2004: 113-121).

La I Guerra Mundial marcó una tregua en la lucha de las sufragistas inglesas y al concluir la misma, el derecho al sufragio de las mujeres fue replanteado por los políticos que lo consideraron como un reconocimiento por el aporte de las mujeres durante el conflicto armado, estableciéndose en 1918 una ley electoral que reconoció este derecho a las británicas mayores de 30 años y no fue hasta 1928, es decir, diez años después, que la ley conocida como *Equal Franchise Act* estableció el sufragio universal femenino en igualdad de condiciones con los hombres.

También en el resto del mundo la lucha de las mujeres en defensa de sus derechos comenzó con la lucha por el derecho al voto, siendo Nueva Zelanda el primer país en reconocer el sufragio universal, posteriormente Australia en 1902, España lo logra en 1931, Ecuador es el primer país de América Latina en conseguirlo en 1929. Llama la atención el caso de Suiza que lo establece en 1971, Portugal después de la Revolución de los Claveles en 1975, Liechtenstein en 1984 y Sudáfrica en 1994. Esto demuestra el poco tiempo que ha transcurrido para las mujeres desde que empezó a reconocerse su condición de ciudadanas[11].

Es así como a lo largo del siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX en algunos países, los movimientos sufragistas marcaron el rumbo en cuanto a la lucha de las mujeres por sus derechos humanos, se pensaba que adquiriendo el derecho al sufragio, éste abriría las puertas para el reconocimiento de otros derechos, lo que no implicaba que no existiera preocupación por lograr la conquista de otros como el de la educación o los relativos a las condiciones laborales.

Cabe destacar que los movimientos feministas decimonónicos y de principios del siglo XX, tenían un marcado carácter burgués, por lo que eran rechazados por las socialistas de las distintas corrientes:

---

11 En países como Arabia Saudita o los Emiratos Árabes Unidos, las mujeres aún no tienen derecho al sufragio.

socialista, anarquista y comunista[12]. Alegaban que se trataba de la defensa de los derechos de las mujeres de clase media y hacían un fuerte cuestionamiento de sus postulados. No obstante, pese a su rechazo a estos movimientos, había un vínculo común: la subordinación de la mujer al hombre y la invisibilización de sus necesidades.

Creemos conveniente hacer mención expresa del socialismo utópico porque en sus postulados se vislumbran elementos propios del movimiento feminista, por ejemplo, argumentaban que una sociedad para ser realmente democrática debía contemplar la igualdad entre hombres y mujeres, además de un sistema social basado en la cooperación mutua y la propiedad conjunta (Nash, 2004: 86 y ss.)

La socialista utópica Flora Tristán, en su análisis del mundo obrero, hizo especial referencia a la condición de las mujeres, estableciendo que la educación es un elemento clave para la emancipación de las mujeres, pero también es un instrumento para la rehabilitación de los obreros. Señala esta autora en su obra *Unión Obrera*:

> "La ley que esclaviza a la mujer y la priva de instrucción, os oprime también a vosotros, hombres proletarios. (...) En nombre de vuestro propio interés, hombres; en nombre de vuestra mejora, la vuestra, hombres; en fin, en nombre del bienestar universal de todos y de todas os comprometo a reclamar los derechos para la mujer"[13].

Deben explicarse los fundamentos teóricos de Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, publicada en 1884, en la que hace un examen de la "cuestión de las mujeres". Señala que antes de que se instaurara la monogamia, existía un régimen comunal en el que hombres y mujeres eran iguales. El origen de la familia mo-

---

12 Sin embargo, el marxismo en su teoría general de la historia ofreció una nueva explicación, la cual fue desarrollada por Friedrich Engels en su obra *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, publicada en 1884, donde establece que el origen de la opresión de las mujeres no estaría en causas biológicas tales como la capacidad reproductora o la constitución física, sino en causas sociales, concretamente en la aparición de la propiedad privada y la exclusión de las mujeres de la esfera de producción social (Miguel, s.f.: capítulo II).

13 Citada por Ana de Miguel, en su obra *El conflicto clase-sexo-género en la tradición socialista* (fragmentos). Documento recuperado el 23 de mayo de 2010 de: http://www.malostratos.org/mujeres/tristan.htm

nogámica y la desaparición del matriarcado se encuentra en la propiedad privada, en la transmisión de ésta mediante herencia por línea patrilineal y no matrilineal. Asimismo, la división del trabajo en la familia regula también la división de la propiedad y la dominación del marido aparece como una dominación económica que intenta proteger la propiedad. Según este planteamiento, la opresión de la mujer y su desigualdad, se insertan en la explotación económica (Sánchez Muñoz, 2001: 59). En ese sentido, si la propiedad privada es la causa de la desigualdad, la desaparición de ésta y del sistema capitalista llevaría a la igualdad entre hombres y mujeres.

De esta forma el triunfo del socialismo supone también la emancipación y el triunfo de las mujeres. Pero como argumenta Cristina Sánchez Muñoz (2001: 59), este enfoque es cuestionado por las feministas contemporáneas ya que parte del principio según el cual las mujeres deben convertirse en trabajadoras asalariadas como los hombres y desconoce la especificidad de la opresión femenina, no en relación con la clase sino por ser mujer. Es así que la cuestión de la mujer quedaría relegada a la cuestión social.

El planteamiento anterior ponía y aún sigue poniendo en serias confrontaciones a las feministas socialistas ya que no son pocas las veces en las cuales, tanto desde una perspectiva política como teórica, se les presenta un conflicto en relación con su lealtad al feminismo y al socialismo.

Dentro del socialismo alemán del siglo XIX, destacó la figura de Clara Zetkin, quien llegó a ser diputada por el Partido Comunista alemán, en 1889 durante el Congreso fundador de la *Segunda Internacional Socialista* pronunció su primer discurso sobre los problemas que afectaban a las mujeres y defendió su derecho al trabajo, la protección de las madres y los hijos y la participación amplia de las mujeres en el desarrollo de los acontecimientos nacionales e internacionales (Castro Sánchez, 2009: 354).

En Rusia, resalta la figura de Alexandra Kollontai que rompe con la ortodoxia marxista, reivindica además de igual salario para las mujeres, la socialización del trabajo doméstico, le legalización del aborto, entre otros. Su aporte fundamental es poner el tema de la sexualidad de las mujeres como elemento fundamental en la construcción de su identidad.

"El comunismo no significa para esta autora solamente una redistribución de los medios de producción y la entrada de las mujeres al mercado de trabajo, sino que, y sobre todo, significa y demanda cambiar la mentalidad tanto de las mujeres como de los hombres (...) Las mujeres, señala Kollontai han estado tradicionalmente vinculadas al mundo de los sentimientos, de tal manera que la consecución del amor aparecía como la finalidad de su vida, cosa que no ocurre con los hombres. Por el contrario, la mujer nueva encuentra otros objetivos en su vida: << un ideal social, el estudio de la ciencia, una vocación o el trabajo creador[14]>> (...) En contra del matrimonio burgués, la nueva mujer practicará el amor libre, entendiendo por tal aquel que no está basado en la exclusividad, sino en el compañerismo y la solidaridad" (Sánchez Muñoz, 2001: 63).

Después de la finalización de la II Guerra Mundial, se abre una nueva etapa para el feminismo a nivel mundial.

En el año 1949, escribe Simone de Beauvoir su famosa obra considerada el ensayo feminista más importante del siglo XX, *El segundo sexo*, donde presenta una completa exposición de las condiciones históricas, políticas y sociales de las mujeres y como éstas influyen en la construcción de su identidad como la otra que nunca pasa a ser el sujeto, porque siempre se define en relación con el hombre siendo permanentemente la *alteridad*. En este libro presenta su famosa frase "no se nace mujer, se llega a serlo", para argumentar que son los condicionantes sociales los que determinan la construcción de la identidad de las mujeres. También denuncia que el reconocimiento de derechos no implica para las mujeres abandonar su situación de subordinación:

"La mujer siempre ha sido, si no la esclava del hombre, al menos su vasalla; los dos sexos nunca han compartido el mundo en pie de igualdad; incluso en nuestros días, aunque su condición esté evolucionando, la mujer sufre grandes desventajas. En casi ningún país del mundo tiene un estatuto legal idéntico al del hombre, y en muchos casos su desventaja es considerable. Incluso cuando se le reconocen unos derechos abstractos, un hábito arraigado hace que no encuentren expresión concreta en las costumbres" (Beauvoir, 2000: 55).

---

14 En Kolloantai, Alexandra. *La mujer nueva y la moral sexual.*

Este libro tuvo gran acogida en el movimiento feminista 20 años después de su publicación cuando se convirtió en un clásico estudiado por las nuevas corrientes que empezaban a organizarse en la llamada "tercera ola del feminismo".

En los primeros años de postguerra los movimientos feministas de los países industrializados perdieron el empuje que habían demostrado al principio del siglo; conquistado ya el derecho al voto gracias a la activa lucha de los movimientos sufragistas y al reconocimiento paulatino de derechos económicos, sociales y culturales, destacando los relativos a las condiciones laborales y a la enseñanza, sumado al hecho que el fin de la guerra implicó que los hombres regresaran al trabajo y las mujeres dejaran los puestos de trabajo que habían estado ocupando hasta ese momento, regresaran al hogar donde se presumía se mantendrían contentas por todo lo que habían conseguido y serían amas de casas ejemplares y felices con todas las necesidades satisfechas.

En este contexto se fue desarrollando el "malestar que no tiene nombre", expuesto por Betty Friedan en su obra *La mística de la feminidad,* contribuyendo esta autora a fundar en 1966 la *Organización Nacional para las Mujeres* (NOW), que se convirtió en una de las organizaciones feministas más poderosas de Estados Unidos y la máxima representante de lo que pasó a llamarse feminismo liberal, caracterizado por definir el problema de las mujeres como una situación de desigualdad y no de opresión o de explotación y abogar por la reforma del sistema hasta lograr la igualdad (Valcárcel, 2008: 93 y ss.; Miguel: s.f.: cap. III).

También surge el feminismo radical, después de 1968 y con gran impulso en el primer lustro de la década del setenta. Al igual que otros movimientos sociales que se dieron en esta época, se considera que su nicho político está en la izquierda contracultural que cuestiona las contradicciones de un sistema que tiene la legitimidad en la universalidad de sus principios pero que es sexista, racista, clasista e imperialista.

El feminismo radical estadounidense ha sido el más estudiado en virtud de sus aportaciones teóricas y políticas. Resultan fundamentales las obras *Política sexual* de Kate Millet y *Dialéctica de la sexualidad* de Sulamit Firestone, usando elementos teóricos del marxismo, el psicoanálisis y el anticolonialismo, acuñaron conceptos claves

para el feminismo tales como el de género, patriarcado y casta sexual que alude a la experiencia común de opresión vivida por las mujeres. Además este feminismo radical tuvo el mérito de identificar como centro de la dominación patriarcal las relaciones de poder que se estructuran en la vida familiar y sexual, lo que hasta ese momento se consideraba parte de la esfera privada, lo que sintetizaron en el slogan que sirvió de referencia en la lucha a partir de ese momento: "lo personal es político" (Miguel: s.f.: cap. III).

Los años setenta implicaron además una revisión de los derechos conquistados; se constató que aunque los derechos políticos se tenían, los derechos educativos se ejercían, las profesiones se iban ocupando, las mujeres no habían conseguido una posición paritaria respecto de los hombres. Se hizo un diagnóstico que permitió evidenciar que la obtención del voto no había supuesto cambios en los esquemas legislativos en relación a gran parte del derecho civil y del derecho de familia, lo que hacía necesario su revisión legislativa a fin de volverla igualitaria y equitativa. De esta manera se inicia la revisión de los códigos y leyes existentes a fin de detectar y posteriormente eliminar los elementos de discriminación que continuaban vigente. Esta revisión implicó además un replanteamiento de los marcos normativos para entrar en ámbitos privados que hasta ese momento eran considerados fuera de la regulación por el Derecho, toman protagonismo nuevos temas como la violencia contra la mujer y se introduce la agenda de los derechos sexuales y reproductivos (Valcárcel, 2008: 99-101).

En los años ochenta se logra entrar a la política formal, creándose en muchos países organismos específicos de mujeres (ministerios, unidades, secretarías, etc.) que permitieron profundizar en las reformas legales y además la visibilidad se convirtió en el gran objetivo, se comienza a luchar por el sistema de cuotas, aparece el tema de la paridad y la necesidad de políticas de acción afirmativa. Además, comienzan a oírse otras voces que van enriqueciendo el discurso feminista, alimentándolo con sus propias experiencias, se trata de las "otras", las que escriben desde los márgenes o periferia del sistema capitalista, que también han vivido la situación de subordinación pero con sus características particulares y que rechazan un discurso feminista universalizador y homogeneizante que las invisibiliza doblemente, algunas como Mohanty[15] reclaman que los análisis se hagan en contextos específicos y tomando en cuenta las diferentes ma-

neras en que las mujeres se conforman como grupo sociopolítico, histórico y cultural particular. Surgen tres grandes corrientes: el feminismo multicultural, el postcolonial y el eco feminismo, que comparten la denuncia de la construcción del "otro" o bien como proyección de sí mismo, o bien como otro jerárquicamente inferior y, de alguna manera explotable y erradicable (Femenías, 2005: 156).

La *IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres* celebrada en Beijing, China, en septiembre de 1995, reconoce la existencia de las "otras", las mujeres de los márgenes o periferia, que no están dentro del feminismo occidental de los países industrializados y es por eso que se redacta el párrafo 4 de la Declaración de la siguiente manera: "Reconociendo las voces de las mujeres del mundo entero y teniendo en cuenta la diversidad de las mujeres y sus papeles y circunstancias" (Naciones Unidas, 1996: 15).

Continuando con el tema de las conferencias de las Naciones Unidas sobre la mujer, resaltaremos algunos elementos claves de cada una de ellas, en las cuales las voces de los movimientos de mujeres y feministas jugaron un rol fundamental.

La *I Conferencia Mundial sobre las Mujeres* celebrada en México en 1975, identificó tres objetivos principales:

1. La igualdad plena entre hombres y mujeres y la eliminación de la discriminación contra las mujeres.
2. La participación plena e integral de las mujeres en el desarrollo.
3. La contribución de las mujeres al fortalecimiento de la paz mundial (Rubio, 2002: 281).

En el documento final de la conferencia se estableció la "(i)ntegración de las mujeres en el proceso de desarrollo político, económico, social y cultural como socias iguales de los hombres" (Naciones Unidas, 1999: 91).

En 1980, se realiza en Copenhague, Dinamarca, la *II Conferencia Mundial sobre las Mujeres*, hay que destacar de esta cumbre lo referente a las medidas legislativas en el ámbito nacional, estableciéndose lo siguiente:

---

15 Citada por Femenías, 2005: 163.

"59. Deberían examinarse todas las medidas legislativas discriminatorias que aún existan en los ámbitos social, económico y político y en los códigos civiles, con vista a derogar todas las leyes y reglamentos discriminatorios contra las mujeres por lo que se refiere a sus derechos sobre la nacionalidad, herencia, propiedad y control de la propiedad, libertad de movimiento de las mujeres casadas, custodia de los hijos y similares o que inhiban su participación efectiva en las transacciones económicas o en su planificación, implementación y evaluación" (Naciones Unidas, 1999: 131).

En Copenhague también se habla de la necesidad de obtener la igualdad real más allá de la establecida formalmente en los textos jurídicos y terminar con la discriminación, para lo cual deben establecerse medidas compensatorias, al respecto se señala:

"3. La igualdad se interpreta aquí no sólo como igualdad legal, eliminación de la discriminación de *jure*, sino también como igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades para la participación de las mujeres en el desarrollo, como beneficiarias y como agentes activos (...) se debería reconocer que la consecución de la igualdad por parte de las mujeres, tanto tiempo en desventaja, puede exigir actividades compensatorias para corregir las injusticias acumuladas" (Naciones Unidas, 1999: 97).

La *III Conferencia Mundial sobre las Mujeres* de 1985, en Nairobi, Kenya, tuvo un gran significado en la lucha de las mujeres por sus derechos.

Ana Rubio (2002: 283) señala que esta conferencia marca el nacimiento del feminismo a escala mundial, contando con la participación de más de 15.000 representantes de organizaciones no gubernamentales que se reunieron en sesiones paralelas a las oficiales. Había transcurrido 10 años desde la primera cumbre y se hizo un análisis de los tres objetivos del decenio anterior: igualdad, desarrollo y paz.

Aparece por primera vez en las cumbres el tema de la mujer maltratada:

"288. La violencia sexual va en aumento y los gobiernos deben afirmar la dignidad de la mujer, como cuestión de prioridad. Además, los gobiernos deben intensificar sus esfuerzos por establecer o reforzar las formas de asistencia a las víctimas de este tipo de violencia, proporcionándoles alojamiento, apoyo y servicios jurídicos y de otra índole.

> Aparte de prestar asistencia inmediata a las víctimas de la violencia contra la mujer en la familia y en la sociedad, los gobiernos deben tratar de crear conciencia pública sobre la violencia contra la mujer como un problema social, de adoptar políticas y medidas legislativas para determinar las causas de esa violencia, impedirla y eliminarla (...)" (Naciones Unidas, 1999: 354-355).

De esta manera entra la violencia contra las mujeres en la agenda internacional de los derechos humanos, teniendo que pasar aún varios años antes de que se adoptara en el marco de la Asamblea General de la ONU, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* y aún no se ha conseguido la firma de un tratado en esta materia en el sistema universal.

Podemos decir que las mujeres han estado a lo largo de la historia luchando por su reconocimiento como personas titulares de derechos, pero su sometimiento histórico a la autoridad del hombre y al régimen patriarcal imperante, han impedido el ejercicio efectivo de sus derechos humanos en igualdad de condiciones y de resultados.

Fue en el año 1993 -lo cual es muy reciente si lo vemos desde la perspectiva histórica-, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, donde se adoptó la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*[16], cuando por primera vez se reconoce que los derechos de las mujeres son parte de los derechos humanos universales. Al respecto señala este texto:

> "Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.
>
> La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la

16 Recuperado el 20 de marzo de 2010 en: http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?Opendocument

valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social".

Esto idea de la universalidad de los derechos humanos, vista como una característica indubitable de su existencia y de esta manera reconocida por la *Declaración y el Programa de Acción de Viena*, más allá de la igualdad formal prevista en la ley, fue un elemento fundamental en el avance de las mujeres, sin embargo, aún no se convierte en realidad, sigue existiendo una brecha entre lo establecido legalmente y el efectivo ejercicio de los derechos consagrados en la legislación.

También fue muy importante la referencia expresa a la violencia, todas las manifestaciones de agresión sexual y la trata de personas porque son hechos que afectan la vida de muchas mujeres alrededor del mundo y sin duda suponen un atentado a su dignidad humana.

Nos señala Roxana Arroyo (2007: 94) que en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993 la comunidad internacional asumió la obligación de promover, proteger y garantizar los derechos de las mujeres, incluyendo los derechos sexuales y reproductivos ya que éstos son parte integral e indivisible de los derechos humanos, lo que cobra una trascendencia mayor cuando hablamos de las mujeres porque implica el control sobre su cuerpo y sobre su sexualidad, lo cual tiende estar controlado por el Derecho, la iglesia, la medicina, la familia y distintos órdenes sociales que deciden sobre las mujeres.

Fue en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 donde por primera vez se habló del derecho que tienen las personas de decidir libremente el número de hijos/as que desean tener y el intervalo entre sus nacimientos. Considerar ello como un derecho humano significó un avance para las mujeres, su autonomía personal y el respeto a su dignidad como personas.

Sin embargo, hubo que esperar hasta 1994, en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo[17], celebrada en El Cairo y en

17 Recuperado el 20 de marzo de 2010 en: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement

la que participaron 179 países, para que se empezara a hablar de derechos reproductivos.

Este reconocimiento fue ampliado en Beijing, en 1995 en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres[18], ya reseñada. En esta cumbre se abre una nueva etapa en la lucha de las mujeres por el reconocimiento de sus derechos; se habla del género, se plantea la necesidad de evaluar todas las estructuras sociales y todas las relaciones existentes entre hombres y mujeres. De esta forma se busca concienciar sobre la necesidad de visibilizar la situación de las mujeres que afecta a la sociedad en su conjunto y por tanto no puede tratarse de forma parcializada y sectorializada, sino que debe integrarse en el conjunto de políticas (transversalidad o *mainstreaming* de género).

II. Feminismo en España

Para entender las particularidades del feminismo español es necesario ubicarse en el contexto sociopolítico existente en la España decimonónica, con diferencias visibles en comparación con otros países europeos y Estados Unidos, donde el proceso de industrialización y el sistema liberal habían creado una burguesía potente y unos movimientos sociales, como el feminista, que abogaban por un mayor protagonismo político y social. En España, este proceso de industrialización fue lento y localizado principalmente en el País Vasco y Cataluña.

Desde el punto de vista político, a diferencia de lo que estaba ocurriendo en los países centroeuropeo donde a partir de la Restauración se inicia un proceso de consolidación de los sistemas liberales, en España aún permanece la monarquía absoluta en cabeza de Fernando VII, quien suprimió la Constitución de 1812 y los factores liberales, como el principio de separación de poderes, que las Cortes de Cádiz habían impuesto. Todo ello llevó a un retraso en el reconocimiento de los derechos del individuo, en comparación con lo que estaba ocurriendo en el resto de Europa, y constituyó un importante

18 Recuperado el 20 de marzo de 2010 en: http://www.cinu.org.mx/biblioteca/documentos/dh/ConfBeijing1995.htm

freno a las conquistas sociales y políticas de las mujeres (Folguera Crespo, 1997:417).

Mary Nash (2004:134) por su parte señala que la debilidad del sistema parlamentario español establecido después de la Restauración a finales del siglo XIX, hacía que coexistieran un régimen formal con una realidad donde el caciquismo, la corrupción y los fraudes electorales imperaban, lo que llevó una desconfianza generalizada en el sistema político que frenó el desarrollo de ideales relativos a los derechos políticos, esta fue una de las razones por las cuales no se desarrollaría un feminismo de corte sufragista que reclamara derechos políticos para las españolas.

El discurso dominante en esta época en relación con el papel social de la mujer lo observamos en la expresión "El ángel del hogar", que si bien es cierto se acuñó en Inglaterra, fue ampliamente utilizada en otras latitudes. En el caso español fue recogido por la literatura y las posturas religiosas de la época que establecían el protagonismo de la mujer en el ámbito doméstico y como factor fundamental en el bienestar de la familia.

Si bien es cierto que si se dio en esta época un feminismo español, éste al principio se basaba en demandas sociales, como el reconocimiento de roles sociales de las mujeres en relación con la maternidad, el cuidado de la familia y, además, un tema crucial fue el de la educación, donde se avanzó considerablemente a partir del *krausismo*, que concebía la educación femenina con identidad propia y las mujeres eran consideradas como individuos con derecho a la educación en beneficio propio y de la sociedad (Folguera Crespo, 1997:418).

Las instituciones existentes sin duda alguna eran un obstáculo para el reconocimiento de los derechos de las mujeres. Cabe destacar lo que ocurría en el ámbito del Derecho donde los Códigos Civil, Penal y de Comercio no reconocían la capacidad jurídica de las mujeres, en ese sentido, no tenían capacidad para contratar, debían obedecer al marido y necesitaban su autorización para realizar actividades comerciales, entre otras. En el área penal, la situación de discriminación era mucho más grave, por ejemplo, el adulterio del hombre si era discreto no era punible y sólo era punible cuando ocasionaba escándalo público, mientras que las penas otorgadas a las mujeres eran mucho más fuertes; si el esposo mataba o agredía a la esposa adúltera, se le castigaba con el destierro por un corto período de

tiempo, pero si era lo contrario, la mujer quien asesinaba a su marido, la pena era la prisión perpetua.

En este contexto, surgen figuras como Concepción Arenal (1898:151), notable escritora y jurista gallega, que en relación al tema tratado en el párrafo anterior señala:

> "Sin derechos políticos, mermados los civiles, incapacitada legalmente para las profesiones y para los cargos públicos, en el veto de la ley halla el reflejo de la opinión y un insuperable obstáculo a su actividad y razonable independencia. Proclamada legalmente su inferioridad intelectual, tenida, en parte, como menor, estas circunstancias no son atenuantes cuando delinque: el legislador, que la considera inferior para utilizar las ventajas sociales, la trata como igual al hombre para penarla, y aun en ciertos casos le exige responsabilidad mayor y la pena más severamente".

Concepción Arenal destaca por su ferviente defensa del principio de igualdad entre hombres y mujeres, haciendo una excelente argumentación teórica sobre este punto, adelantándose a su tiempo al asumirla como una comparación que supone la diferencia. Además, también es una visionaria en relación con el tema de las cárceles, principalmente en lo relativo a la situación de las mujeres en ellas, plantea la necesidad de humanizarlas y de convertirlas en instituciones que realmente permitan la reinserción social del/la penado/a.

Además de Arenal, otras mujeres resaltan en el espectro español como feministas y visionarias que defendían un cambio social que mejorara las condiciones de las mujeres, algunas de ellas destacaron en la literatura o en el periodismo como es el caso de María Josefa Zapata y Margarita Pérez de Celis, quienes editaron un periódico de marcada corriente fourierista y seguidoras del socialismo utópico; Gertrudis Gómez de Avellaneda, quien publica la primera novela antiesclavista y, una de las más conocidas, la escritora Emilia Pardo Bazán, quien publica varias novelas tales como *La tribuna, La quimera* y *La sirena negra,* entre otras.

Emilia Pardo Bazán además fundó una línea editorial que pretendía traducir al español las obras de escritores extranjeros que defendieran los derechos de las mujeres tales como John Stuart Mill o el sociólogo alemán Bebel.

Pero hablar del feminismo español, implica también hacer referencia a un tipo de feminismo que posee la particularidad de tener

una fuerte influencia de la religión católica, destacando en esta tendencia María de Echarri (1878-1955), quien promueve algunas medidas de mejoras laborales para las obreras, su objetivo era promocionar a éstas social y laboralmente, así como que hubiese mayor presencia de las mujeres en los espacios públicos de educación, beneficencia y asistencia social. También destaca Dolors Monserdá (1845-1919), defendió los derechos de las mujeres desde la óptica del nacionalismo catalán y claramente católica.

Después de la I Guerra Mundial, comienzan a incluirse reivindicaciones de tipo político en el feminismo español, surgiendo el movimiento sufragista sin la fuerza que tuvieron sus pares en otras partes, pero con una importancia fundamental en la consecución del voto femenino en España. De esta manera, la *Asociación Nacional de Mujeres Españolas* (ANME), creada en Madrid en 1918 y de la que formaron parte mujeres de clase media, maestras, escritoras, universitarias y esposas de profesionales, planteaba claramente la necesidad del voto femenino.

Como figuras individuales de este sufragismo español destacan Carmen de Burgos, escritora almeriense que en 1906 realiza una especie de encuesta sobre el voto femenino y es la primera en realizar un acto público en defensa de este derecho en 1921; Clara Campoamor, diputada del Partido Radical y Victoria Kent, diputada del Partido Radical Socialista, quienes protagonizaron un importante debate en las cortes de la II República sobre el derecho al sufragio.

Clara Campoamor, argumentaba que no podía hablarse de un régimen democrático donde existieran diferencias que no reconocieran a las mujeres su condición de ciudadanas, sólo un reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres, garantizarían la plena vigencia de una Constitución de tipo republicana como la que se pretendía promulgar. En ese sentido, señala Nash (2004:142) que para Campoamor la "universalidad de la ciudadanía en el sistema democrático no admitía principios excluyentes". En su intervención en las cortes, esta diputada expresó:

> "Yo, señores Diputados, me siento ciudadana antes que mujer, y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al margen de ese derecho, a la mujer que espera y confía en vosotros; a la mujer que, como ocurrió con otras fuerzas nuevas en la Revolución francesa, será indiscutiblemente una nueva fuerza

que se incorpora al Derecho y no hay sino empujarla a que siga su camino. No dejéis a la mujer, si es regresiva, piense que su esperanza estuvo en la Dictadura; no dejéis a la mujer que piense, si es avanzada, que su esperanza de igualdad está en el comunismo. No cometáis, señores Diputados, ese error político de gravísimas consecuencias. Salváis a la República, ayudáis a la República, atrayéndoos y sumándoos esa fuerza ansiosa que espera su redención."[19]

Este comentario de Clara Campoamor guarda relación con la disputa que se planteó con otra diputada, Victoria Kent, quien argumentaba que no estaban dadas las condiciones en ese momento para el reconocimiento del voto femenino. El argumento de Victoria Kent, compartido por otros diputados de la izquierda, era que las mujeres no estaban preparadas para asumir el sufragio, todavía la Iglesia católica tenía una muy fuerte influencia sobre ellas, de manera que las influenciarían para que votaran por los conservadores, poniendo en riesgo la estabilidad de la República, a esta posición responde Clara Campoamor diciendo que ella se sentía ciudadana antes que mujer y que no reconocer sus derechos políticos ponía en riesgo a la naciente República y su democracia.

La posición de Clara Campoamor es la que resulta victoriosa y es así como en 1931 la nueva constitución española reconoce el sufragio universal para hombres y mujeres, reconociéndoles a las mujeres su ciudadanía de pleno derecho.

Sin embargo, esta defensa comprometida con la causa de las mujeres, hace que posteriormente Clara Campoamor sea rechazada en muchos partes, esta experiencia ella la describe en su obra *Mi pecado mortal: el voto femenino y yo*.

De esta forma concluimos una etapa del feminismo español. En las siguientes décadas las mujeres españolas vivirán un retroceso en el reconocimiento de sus derechos hasta la muerte del dictador Francisco Franco en 1975, surgiendo posteriormente un feminismo renovado que tiene aún mucho que decir.

---

19 Citada por García Méndez, Esperanza (1979). *La actuación de las mujeres en las cortes de la II República*. pp. 183.

Referencias bibliográficas

ARENAL, Concepción (1898). *La igualdad social y política y sus relaciones con la libertad.* Madrid, Librería de Victoriano Suárez.

ARROYO VARGAS, Roxana (2007). Derechos humanos de las mujeres en América Latina: un camino para la transformación cultural. *Pensamiento Jurídico Feminista.* N° 3, año 3, pp. 89-98.

CASTRO SÁNCHEZ, Claribel de (2009). Mujer y derechos: la labor de Naciones Unidas. En: Ana María Marcos del Cano (Coord.). *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos.* Valencia: UNED y Tirant lo blanch, pp. 349-384.

COBO, Rosa (1995). *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau.* Madrid: Ediciones Cátedra.

FEMENÍAS, María Luisa (2005). El feminismo postcolonial y sus límites. En: Celia Amorós y Ana de Miguel (Eds.). *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización: De los debates sobre el género al multiculturalismo.* Volumen 3. Madrid: Minerva Ediciones, pp. 153-213.

FOLGUERA CRESPO, Pilar (1997). "Las mujeres en la España contemporánea". En Garrido, Elisa (Editora), (1997). *Historia de las mujeres en España.* Madrid, Editorial Síntesis.

GARCÍA MÉNDEZ, Esperanza (1979). *La actuación de las mujeres en las cortes de la II República.* Madrid, Ministerio de Cultura.

MIGUEL ÁLVAREZ, Ana de (2003). *El movimiento feminista y la construcción de marcos de interpretación: el caso de la violencia contra las mujeres.* Revista Internacional de Sociología. N° 35, Mayo. Recuperado el 30 de marzo de 2010, del sitio Web Mujeres en Red: http://www.mujeresenred.net/news/IMG/pdf/anamig.pdf

_____ (s.f.). *Los feminismos a través de la historia.* Capítulo I, II y III. Recuperado el 30 de marzo de 2010, del sitio Web Mujeres en Red: http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?rubrique115

MIYARES, Alicia (1999). El Manifiesto de "Seneca Falls". *Revista Leviatán,* N° 75, Primavera. Recuperado el 23 de mayo de 2010 de la página Web de la Universidad de Vigo: http://webs.uvigo.es/pmayobre/textos/varios/seneca_falls.pdf

Naciones Unidas, Asamblea General (2006). *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General.* A/61/122/Add.1

_____ (1999). *Las Conferencias Mundiales de Naciones Unidas sobre las Mujeres. Textos aprobados.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.

_____ (1996). *Declaración de Beijing y plataforma para la acción. IV Conferencia mundial sobre las mujeres. Beijing (China) septiembre 1995.* Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer.

NASH, Mary (2004). *Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos.* Madrid, Alianza Editorial.

PATEMAN, Carole (1995). *El contrato sexual.* Barcelona: Anthropos, México: UNAM.

PIZAN, Cristina de (2000). *La Ciudad de las Damas.* Madrid: Editorial Siruela.

RUBIO CASTRO, Ana (2002). Género y desarrollo: internacionalización de los derechos humanos de las mujeres. En: García Inda, A. y Lombardo, E. (coord.). *Género y derechos humanos. Terceras jornadas "Derechos humanos y libertades fundamentales".* Huesca, Zaragoza: Mira Editores, pp. 279-311.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina (2001). "Genealogía de la vindicación". En Beltrán Elena *et al.* (2001). *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos.* Madrid, Alianza Editorial.

VALCÁRCEL, Amelia (2008). *Feminismo en el mundo global.* Madrid, Ediciones Cátedra.

WOLLSTONECRAFT, Mary (1996). *Vindicación de los Derechos de la Mujer.* (Carmen Martínez Gimeno Trad.). Madrid: Ediciones Cátedra.

Notas para una aproximación histórica a la ética como canon del Derecho en Occidente (Época antigua)

Notes for a Historical Approach to Ethics as a Canon for Law in the West (Ancient Era)

Francisco Ramos Marín*

*Abogado UCAB (1999). Especialización en Derecho Financiero (UCAB). Curso de Civilización Francesa (2003). (Université Catholique de Lyon). Director Ejecutivo de la Magistratura.

RESUMEN

En el presente artículo se exponen sucintamente notas sobre una aproximación histórica a la ética como canon del Derecho en Occidente (Época antigua), cuyo alcance no sólo se circunscribe a criterios jurídicos, sino también a nociones filosóficas, políticas, sociales e históricas que fundan las bases de lo que hoy en día conocemos universalmente como Estado de Derecho. En las reflexiones en torno a la consagración de los derechos humanos en Occidente, la ética de la dignidad humana junto con su vinculación directa entre democracia y libre mercado, se nos plantea la interrogante de si éstos son los elementos únicos y fundamentales para generar el mayor bienestar social entre toda la humanidad. Para analizar y entender el origen y evolución de éstos fenómenos jurídicos y sociales nos trasladaremos a diferentes etapas de la historia de la humanidad, comenzando con la influencia mesopotámica, como las primeras normas jurídicas conocidas por la humanidad. Continuando con las raíces griegas de lo que se conoce como pensamiento jurídico occidental; se examinará la *Diké* entendida como la limitación necesaria en la civilización griega a los actos de fuerza, a los actos de violencia privada que transgredían el orden social. Por último, se tratará el orden de la diferenciación de la ética en el campo de la inmanencia, contrapuesta al orden jurídico trascendente.

Palabras clave: Derechos humanos, Ética, *Diké*, Inmanencia.

ABSTRACT

This article refers briefly to notes about a historic approach to ethics as the canon for law in the Western hemisphere (Ancient Era), whose scope not only includes legal criteria but also philosophical, political, social and historical notions that lay the groundwork for what we currently know universally as the Rule of Law. In reflections about the consecration of human rights in western civilization, the ethics of human dignity along with their direct connection between democracy and free market, pose the question as to whether these are the only fundamental elements for generating the greatest social welfare among all mankind. In order to analyze and understand the origin and evolution of these legal and social phenomena, the paper examines different stages of mankind's history, beginning with Mesopotamia and the first legal standards known to man. The study continues with the Greek roots of what is known as western legal thought: the *Diké*, understood in Greek civilization as the necessary limitation to acts of force, acts of private violence that trespass the social order. Finally, it refers to the differentiation of ethics in the field of immanence, contrasted with the transcendent legal order.

Key word: Human rights, ethics, *Diké*, immanence.

Planteamiento introductorio. ¿Un presente tranquilo?

Mucho y demasiado para algunos, mientras que para otros jamás será suficiente, es lo que puede postularse sobre la posibilidad lumínica de la ética sobre el canon jurídico. Incluso, la racionalidad codificadora de la ley (como voluntad general) se ha *vestido* con la ética para presentar sus normas más ambiciosas.

La ansiada *universalidad* del Derecho (*ubi societas, ibi ius)* exhibe como logros correspondientes a una ética *unánime* y *mundial*, dos productos intelectuales de legítima factura jurídica: (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y (ii) la identidad axiomática entre democracia y libre mercado, ambos reconocidos como libertades básicas del *Estado de Derecho*.

Estos conceptos se elevan, a su vez, sobre una infraestructura dogmática que se ha denominado *el núcleo central de la tradición intelectual de Occidente*[1], a saber:

i) Para todas las preguntas legítimas sólo hay una verdadera respuesta y una sola, siendo las demás desviaciones de la verdad, y por tanto falsas. Esto aplicaría a las cuestiones de teoría y observación, *así como a las cuestiones de valores*.

ii) Las verdaderas respuestas a tales preguntas legítimas son, en principio, cognoscibles; y

iii) Estas respuestas verdaderas no pueden chocar entre sí, pues una proposición verdadera no puede ser incompatible con otra que también lo sea. En conjunto, *estas respuestas deben conformar un todo armonioso*.

La consagración de los derechos humanos (en tanto que *homogeneización* de sus contenidos según el *episteme* y *ethos* de Occidente) y el casamiento entre democracia y libre mercado son, entonces, las respuestas civilizatorias a las preguntas sobre cuáles son los elementos identificadores de la dignidad humana y cuál es el medio más idóneo que tienen los estados para otorgar bienestar a sus habitantes, respectivamente. Estas respuestas se erigen desde Occidente

---

1 BERLIN, Isaiah. *"La apoteosis de la voluntad romántica. La rebelión contra el mito de un mundo ideal"*. Contenido en *"El Estudio adecuado de la humanidad"*. Fondo de Cultura Económica-Turner. 2009.

como legítimas, verdaderas, armónicas, y por sobre todo, *únicas*. Como corolario de ello, cualquier planteamiento jurídico o valorativo que se aparte de este canon, es *falso* e *ilegítimo*.

En este estado de cosas, el tiempo presente podría catalogarse como una *cruzada* de esta ética universal, de estas normas y nociones comunes a toda la humanidad, contra un estadio *premoderno* en algunas zonas de la geografía continental. En estas regiones, no sólo se rechazarían los derechos humanos consagrados en 1948 como definidores del *único* sentido posible que puede tener la *dignidad* de la persona humana; sino que, además, habría falencias en el libre mercado y en los derechos de propiedad que harían insostenible el funcionamiento de un régimen democrático.

La continuidad hacia un infinito cartesiano de este proceso *racional* que supone la consolidación de valores éticos e instituciones jurídicas aceptados por doquier, finiquitaría la gestación de los movimientos históricos y desmantelaría las mediaciones culturales que fraguan los pueblos en la conquista de sus utopías. *Ergo*, en los estados nacionales que incorporen a sus leyes, normas y relaciones ciudadanas los estándares occidentales de la ética de la dignidad humana, la democracia y el libre mercado, debería verificarse entre sus habitantes la mayor suma de felicidad posible.

Sin embargo, la realidad en estos últimos países transgrede una y otra vez las promesas de esta *proposición axiológica*.

O lo que es peor, mientras que las promesas de esta *modernidad* se materializan -en promedio- en los estados que generaron la agenda discursiva unilateral de la dignidad humana y el derecho subordinados al libre mercado, este mismo sistema naufraga en aquellas naciones que, a merced de exigencias económicas para acceder a un intercambio comercial "ventajoso", adoptaron los rituales del canon globalizado del Derecho aun a expensas de su ADN cultural y social (*imposición axiológica*[2]).

---

2 Podría afirmarse que este reduccionismo social contemporáneo es similar al descrito por BATAILLE a propósito de la aparición del fascismo: *"en las relaciones humanas, los valores perfectos se presentan bajo forma de autoridad real o imperial, en las que se manifiestan en su grado supremo las tendencias crueles y la necesidad de realizar e idealizar el orden"*. Vid. *"La estructura psicológica del fascismo"*. Contenida en *"Obras escogidas"*. Barral Editores. España, 1974.

Esta contradicción entre el *corpus iuris* de una ética universal y la frustración en alcanzar sus correspondientes promesas por los medios que ella misma propone, coloca en el tapete los ecos de Foucault, quien recordaba que el triunfo de la moral occidental no exime ni libera a la humanidad de la *interrogación ética*[3]. Esta idea exige algún desarrollo preliminar, fundamental para el propósito de este trabajo.

Durante la Edad Media, el triunfo transitorio de la Iglesia cristiana como unidad religión-estado trajo consigo la *juridización progresiva de la cultura occidental*. La consecuencia fundamental de este proceso, a criterio del filósofo francés, fue la adopción de la *ley* (y la *forma de la ley*) como el principio general *para toda regla en el orden de la práctica humana*. Pero es claro que la voluntad, la consciencia y las relaciones del hombre con los demás y consigo mismo son mucho más complejas y transversales que lo que puede pretender el radio descriptivo de cualquier norma jurídica.

La ley, entonces, no lo es todo ni tiene la última palabra en el devenir de la humanidad. O como también explica Foucault *"la ley no es más que uno de los aspectos de esta larga historia durante la cual se constituyó el sujeto occidental tal como está hoy frente a nosotros"*.

Siendo la ley una técnica constitutiva de subjetividad en el mundo[4], ¿cómo hoy en día se afirma como única fuente de autoridad universal?; o lo que es más, ¿de qué manera se estatuyó a la ley como la única mediación material de los valores éticos?; y si esto es así, ¿por qué la ley objetiviza uno u otro sentido de los valores éticos mientras excluye otros?

Lo que se persigue en estas notas, entonces, es incitar a la *sospecha* de que constituye una simplificación excesiva universalizar, desde el recurso de la legalidad o la *supralegalidad*, un sentido de la ética expresado en un entendimiento *monológico* de la manera cómo cada

---

3 FOUCAULT, Michel. *"La hermenéutica del sujeto. Curso del Collège de France, 1982"*. Edit. Akal. España, 2005.

4 El trabajo de Alain SUPIOT confirma este aserto: *"el Hombre de los derechos humanos es un individuo en términos cuantitativos y cualitativos. Este individuo es la partícula elemental de la sociedad, estable y numerable, dotada de propiedades jurídicas estables y uniformes, que constituye en sí mismo su propio fin"*. Vid. *"Homo Juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho"*. Siglo Veintiuno Editores. Argentina, 2007.

pueblo debe plantearse los contenidos esenciales de la dignidad de la persona humana. Las más de las veces, este proceso, lo que obtiene es una asimilación cultural a expensas del total aniquilamiento de la riqueza y la propia subjetividad del *Otro*[5].

De allí que estas líneas confronten a la ética, sin entrar a definirla, como una *herida* al Derecho. Una *herida* epistémica para ser más exactos, toda vez que la ética afirma unas variables a partir de lo que los antiguos griegos llamaron la *inquietud de sí mismo* que, en último lugar, remiten a una noción de lo *justo*. Mientras que el Derecho, fundamentalmente y dicho muy a prisa, se organiza a partir de un *poder disciplinario* de control y transpersonalización destinado a imponer coactivamente la autoridad estatal en aras de la *paz social*[6].

Una aproximación a estas cuestiones, demanda navegar hasta los manantiales primarios de Occidente: la tradición griega, pero examinada -esta vez- desde su lejano eco mesopotámico.

Una breve mirada equidistante entre lo jurídico y lo filosófico a la antigüedad, puede aportar las claves elementales para la comprensión de la tensa relación legitimadora entre la ética y el derecho. A lo cual se ocuparán de seguidas estas notas.

---

5 A este proceso lo denomina Tzvetan Todorov, a partir de la relación entre Hernán Cortés y los aztecas, la *"paradoja de la comprensión-que-mata"*, la cual quedaría expresada así: *"si el comprender no va acompañado de un reconocimiento pleno del otro como sujeto, entonces esa comprensión corre el riesgo de ser utilizada para fines de explotación; el saber queda subordinado al poder"*. Vid. *"La Conquista de América. El problema del otro"*. Siglo XXI editores. Segunda edición. Argentina, 2008.

6 Valdría la pena ilustrar lo anterior con una sugestiva hipótesis de Foucault, consultado sobre el proyecto de un tribunal popular para juzgar a la policía: *"Me parece que no hay que partir de la forma del tribunal y preguntar a continuación cómo y en qué condiciones puede haber un tribunal popular, sino que hay que partir de la justicia popular y preguntarse por el lugar que puede ocupar (en los actos de justicia popular) un tribunal. (...) el tribunal no es la expresión natural de la justicia popular, sino que tiene más bien por función histórica recuperarla, dominarla y yugularla, reinscribiéndola en las instituciones características del aparato del Estado"* Vid. *"Sobre la Justicia Popular. Debate con los maos"*. Publicado en Foucault, Michel. *"Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones"*. Alianza/Materiales. Octava reimpresión. España, 2008.

I. Una partícula elemental: la influencia mesopotámica

Sabido es que en el "amanecer de los tiempos", se constituyeron en Mesopotamia los primeros espacios públicos donde eran colocadas las piedras con escritura cuneiforme, en las cuales eran reproducidas las primeras normas jurídicas de las que se tengan conocimiento. Antes que existiera la más famosa de estas piedras, a saber el Código de Hammurabi (1792-1750 a.C.), existió el Código de Shulgi (2094-2097 a.C.), cuya ley 9 rezaba así:

> "No entregué el huérfano al rico, no entregué la viuda al hombre poderoso, no entregué al hombre de un peso al hombre de mil pesos, no entregué al hombre de un cordero al hombre de un buey: No impuse trabajos, hice desaparecer el odio, la violencia y el clamor por la justicia"[7].

Posteriormente, Hammurabi profundiza la función de este espacio público y personaliza por vez primera (al menos en abstracto) la noción de *justiciable*:

> "Los grandes dioses me han elegido y yo, sólo yo, soy el pastor salvador cuyo cetro es justo. Para que el fuerte no oprima al débil, para hacer justicia al huérfano y a la viuda en Babilonia, para hacer justicia al oprimido, he escrito mis preciosas palabras en esta estela y la he levantado delante de mi estatua de Rey de Justicia. Que el oprimido que esté afectado por un proceso venga delante de mi estatua de Rey de Justicia y que se haga leer mi estela escrita y que escuche así mis preciosas palabras"[8].

Este acto por parte del oprimido (viuda, huérfano, etc.) de ir hasta la plaza donde estaba colocada la piedra y *hacerse leer la ley*, lo considera Enrique Dussel como fundante de la legitimidad jurídica, en tanto que validez intersubjetiva de una norma. La escritura aporta una existencia objetiva a lo que antes era la mera voluntad del rey de turno. Amén de ello, la colocación en gran número de las piedras

---

7 Consultado en Dussel, Enrique. *"Política de la liberación. Historia mundial y crítica"*. Editorial Trotta. España, 2007.

8 Ídem.

que contenían, estos códigos *"crea una cierta simetría en la participación de los afectados"*[9].

Por razones propias de expansión comercial y geográfica, el lenguaje y las ideas de esta cultura llegaron a poblar (colonizar) la región helénica. Así, el concepto griego de justicia que se conoce como *diké*, es hijo etimológico del sumerio *diku-gal* (juez supremo), y ésta a su vez del babilónico *diqugallu* y del acadio *duku*[10].

II. La *diké*, manantial de las acciones griegas

Entre los diversos autores que se han ocupado de la *diké*, interesa destacar la aproximación de la francesa Simone Weil[11]. Para esta filósofa, la *diké* fue la contención necesaria en la civilización griega a los actos de fuerza y a la fatalidad de la voluntad impuesta contra toda restricción. Sostiene Weil que antes de la *diké* existió la justicia propia de la ley del talión. Su análisis del texto de *La Ilíada* así lo confirmaría:

> "La marcha de la guerra en La Ilíada consiste sólo en ese juego de balanza. El vencedor del momento se siente invencible, aun cuando algunas horas antes hubiera probado la derrota, pues a fuerza de ser ciego, el destino establece una especie de justicia, ciega también, que castiga a los hombres armados con la ley del talión ("Ares es equitativo, mata a los que matan")".

Según Weil, la noción de justicia presente en la epopeya homérica, *"es la sanción de un rigor geométrico, que automáticamente castiga el abuso de la fuerza"*. Surge entonces la *diké* como una *virtud de la moderación*, que permite sortear con éxito el laberinto de la violencia que conspira contra el orden social. Tal como la que le solicita Atenea (en

---

9 Ídem.

10 Giovanni Semerano, citado por Dussel, Enrique. Op. Cit. Este mismo autor italiano postula una interesante influencia del derecho semita-mesopotámico en la obra greco-romana. Así, Licurgo significaría en su origen etimológico *"la tabla luminosa de la ley"*. De allí, a su vez, vendría precisamente el vocablo *lex-legis*. Y Dracón sería la deformación del babilónico *daraggu* (vía, derecho).

11 *"La fuente griega"*. Editorial Gallimard. Francia, 1953.

nombre suyo y de Hera) a Aquiles, la cual será tres veces compensada por lo que se haya privado (línea 207[12]).

Por su parte, el filósofo moral anglosajón Alasdair MacIntyre, observa que el empleo de la palabra *diké* en las obras de Homero, presuponía que el universo tenía un singular orden fundamental que estructuraba a la naturaleza y a la sociedad[13]. Las acciones (*dikaios*) de los personajes homéricos se conducían, forzosamente, dentro de ese orden. Infringir la *diké* constituía privar a alguien de lo que se le debía, usurpar el lugar que le correspondía.

Convergen Weil y MacIntrye en afirmar que las pasiones no proporcionan razones (buenas razones), para que alguien actúe de modo particular conforme a la *diké*. *"Las pasiones son causas por las que, al inflamar el thumos, le llevan a uno a hacer lo que de ningún otro modo hubiese hecho, lo que no hubiera sido apropiado que hiciera"*[14].

En la evolución posterior del pensamiento griego, la *diké* afirma su carácter ideal, tal es el sentido que puede encontrarse en el sofista griego Antifón[15]:

> "Justicia (dikaiosúne) sería no violar ninguna de las leyes (nómima) de la ciudad en donde se es ciudadano (...) El ser humano podría servirse de la justicia con ventaja si delante de testigos tu-

---

12 "202 ¿Por qué nuevamente, oh hija de Zeus, que lleva la égida, has venido? ¿Acaso para presenciar el ultraje que me infiere Agamenón Atrida? Pues te diré lo que me figuro que va a ocurrir: Por su insolencia perderá pronto la vida. 206 Díjole a su vez Atenea, la diosa de ojos de lechuza: 207 Vengo del cielo para apaciguar tu cólera, si obedecieres; y me envía Hera, la diosa de los níveos brazos, que os ama cordialmente a entrambos y por vosotros se interesa. Ea, cesa de disputar, no desenvaines la espada a injúrialo de palabra como te parezca. Lo que voy a decir se cumplirá: Por este ultraje se te ofrecerán un día triples y espléndidos presentes. Domínate y obedécenos.213 Y, contestándole, Aquiles, el de los pies ligeros, le dijo: 216 Preciso es, oh diosa, hacer lo que mandáis, aunque el corazón esté muy irritado. Proceder así es lo mejor. Quien a los dioses obedece es por ellos muy atendido.219 Dijo; y puesta la robusta mano en el argénteo puño, envainó la enorme espada y no desobedeció la orden de Atenea. La diosa regresó al Olimpo, al palacio en que mora Zeus, que lleva la égida, entre las demás deidades". (Fragmentos de La Ilíada tomado de http://www.apocatastasis.com/iliada-homero-1.php#axzz1Ess16mHP.

13 MacIntyre, Alsadair. *"Justicia y racionalidad"*. Ediciones internacionales Universitarias. Segunda edición. España, 2001.

14 Ibidem.

15 Dussel, Enrique. Op. Cit.

viera en cuenta las leyes; y también, cuando no hubiese testigos, si tiene en cuenta las leyes de la naturaleza, porque aunque se oculte a todos los seres humanos no será menor el mal o porque ninguno lo vea mayor el bien. Pues el ser humano no es dañado por las apariencias (dóxan), sino por la verdad (alétheian)".

Ya en la inmortal *Antígona* de Sófocles, puede encontrarse la justicia como ordenadora de principios inmateriales que imperan sobre la voluntad de los hombres. Puede revisarse sumariamente esta noción a partir del examen que hace Pierre Grimal[16]:

"La forma más corriente de la tradición -después de los trágicos- la convierte (a Antígona) en hija de Yocasta y producto del incesto de Edipo con su propia madre. (...) Muerto su padre, Antígona regresó a Tebas, donde vivió con su hermana Ismene; pero le aguardaba allí una nueva prueba. En la guerra de los Siete Jefes, sus hermanos Eteocles y Polinices luchaban en bandos contrarios: el primero con el ejército tebano; el segundo, con el que atacaba a su patria. Cuando los combates que se desarrollaron a las puertas de Tebas, Eteocles y Polinices hallaron la muerte, uno a manos del otro. El rey Creonte, que era tío de Eteocles, Polinices y de las doncellas, decretó solemnes exequias para Eteocles, pero prohibió que se diese sepultura a Polinices, que había llamado a los extranjeros contra su patria. Antígona se negó a cumplir esta orden. Considerando un deber sagrado, impuesto por los dioses y por leyes no escritas, el dar sepultura a los muertos y especialmente a los parientes próximos, infringió la orden de Creonte y vertió sobre el cadáver de Polinice un puñado de polvo, gesto ritual que bastaba para cumplir la obligación religiosa. Por este acto piadoso fue condenada a muerte y encerrada viva en la tumba de los Labdácidas, de quienes descendía. Se ahorcó en prisión...".

Más allá de la respuesta de Antígona a la acusación de Creonte, considerada *per se* uno de los antecedentes premodernos del Derecho Natural[17], debe resaltarse del anterior relato las dicotomías o conflic-

---

16 *"Diccionario de Mitología griega y romana"*. Editorial Paidós. España, 2008.

17 *"Yo no sabía que los decretos de un mortal como tú tuvieran tanta fuerza como las leyes no escritas, obra inmortal de los dioses. Éstas no son de hoy ni de ayer; siempre estuvieron vivas, y nadie sabe su origen"*. Consultada en Capella, Juan Ramón. *"Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado"*. Editorial Trotta. Quinta edición, revisada y ampliada. España, 2008. Pericles, en

tos entre las nociones de *diké* o justicia que se han venido (muy rápidamente) exponiendo.

En primer lugar, se encuentra la justicia como ley del talión, como aquel orden fatal y simétrico que confronta a quienes se enceguecen en sí mismo en su fuerza a mutuamente destruirse (Eteocles y Polinices); luego, está la *diké* consistente en no violar ninguna de las leyes de la ciudad donde se es ciudadano, lo cual es efectivamente transgredido por Polinices al convocar a los extranjeros a una guerra contra Tebas, su ciudad. Por último, y como *subversión* frente a esta *diké* se encuentran las leyes no escritas que obligaron a Antígona a rebelarse contra la orden de Creonte (a su vez, castigo simbólico a la violación de Polinices).

La *diké*, según se observa, no es una noción pacífica; y tampoco lo son los métodos para hacerla efectiva, al punto de imponerse unos más constituidos y temporales sobre otros más intrínsecos e ideales.

Hubo una persona en Atenas que, como parte de sus enseñanzas, inquirió a sus contemporáneos acerca de la *diké* y estableció métodos de acceso al conocimiento de lo justo; su labor didáctica le trajo la enemistad de los poderosos de su época, y fue condenado a muerte. ¿Cuál fue el núcleo de la enseñanza de este gran filósofo? En los escritos de Platón, puede leerse la prédica inicial de Sócrates a quien se tropezaba con él[18]:

> "¡Cómo! Querido amigo, tú eres ateniense, ciudadano de una ciudad que es más grande, más renombrada que ninguna otra por su ciencia y poderío, y no te ruborizas al poner cuidado (*epistemeleisthai)* en tu fortuna a fin de incrementarla lo más posible, así como en tu reputación y tus honores; pero en lo que se refiere a la razón, la verdad y a tu alma, que habría que mejorar sin descanso, no te inquietas por ellas y ni siquiera las tienes en consideración. Y si alguno de vosotros contestara, afirmara que las cuida (su razón, verdad y alma) (...) lo interrogaré, lo examinaré, discutiré a fondo (...). Pues eso es lo que me ordena el dios, escuchadlo bien; y creo que nunca fue nada más beneficioso para la ciudad que mi celo en ejecutar esa orden".

---

su *oración fúnebre,* recogida por Tucídedes, también nombra a estas *leyes no escritas,* cuyo incumplimiento *"comporta una vergüenza reconocida"*.

18 Este texto y todos en los que se refieran los dichos de Sócrates en este trabajo están tomados de Foucault, Michel. Op. Cit.

Incitar a los demás a *ocuparse de sí mismos*, tal era la misión que Sócrates se fijó mientras vivió. Para el filósofo griego, esta inquietud sobre sí mismo era como un aguijón que debía estar clavado en la conciencia de sus conciudadanos. Fundamentalmente, retomaba la primera de las advertencias que estaban escritas en el templo del Oráculo de Delfos: *"gnothi seauton"* (conócete a ti mismo).

¿Cómo se llega a este conocimiento de sí mismo? Foucault parafrasea a Sócrates: *"para ocuparse de sí, hay que conocerse; para conocerse, hay que mirarse en un elemento que sea igual a uno mismo; hay que mirar en ese elemento lo que es el principio mismo del saber y el conocimiento es el elemento divino; hay que conocer lo divino para conocerse a sí mismo"*. Y luego, *"una vez que esté en contacto con lo divino, el alma estará dotada de sabiduría (sophrosyne); y una vez dotada de sabiduría el alma podrá distinguir el bien del mal, lo verdadero de lo falso"*.

¿Cuál es la finalidad de este conocimiento? Alcibíades, discípulo de Sócrates, responde esta pregunta: cuándo le promete (a Sócrates) que se ocupará de sí mismo, le añada que lo hará así por la justicia (*dikaiosynes*). Asimismo, en el diálogo que recoge Jenofonte entre Sócrates y su discípulo Eutidemo, aquel enseña a éste que *nadie puede llegar a ser grande en él sin ser justo*[19].

Sócrates lleva a quienes trabajan con él la inquietud de sí mismos, a identificar la razón última de esta preocupación en la causa de la justicia; que es para Sócrates, a su vez, una de las consecuencias de la sabiduría (*sophrosyne*)[20].

Si la *dikaiosynes* desplegaba nociones de lo verdadero, aparecía claro que las leyes de la *polis* debían corresponderse a esos principios (*Themis*). Sin embargo, las leyes y normas de la *polis* construían lo verdadero a partir de rituales y formulismos cuasi-religiosos, que distaban mucho de las inquietudes de los discípulos y filósofos posteriores a Sócrates.

---

19 Jaeger, Werner. *"Paideia"*. (cita requerida).

20 *"La nota nueva que trae Sócrates es la de que el hombre no puede alcanzar esa armonía con el ser por medio del desarrollo y la satisfacción de su naturaleza física, por mucho que se le restrinja mediante vínculos y postulados sociales, sino por medio del dominio completo sobre sí mismo con arreglo a la ley que descubra indagando en su propia alma"*. Jaeger, Werner. Op.Cit.

Varios historiadores y filósofos han naufragado en esta mutua reciprocidad entre los procedimientos de elaboración de verdades en cuanto a la ética personal de los griegos (miradas introspectivas) y las exigencias de verdad exigidas por las leyes de la *polis* (ritos externos). Foucault asoma un haz de luz esclarecedor al respecto: la preocupación de los filósofos griegos había sido la de establecer una *"estructura muy fuerte de existencia"*, sin estar ligada a un sistema jurídico en sí, *"ni a una estructura de disciplina"*[21].

Surge aquí con toda su plenitud la inserción de lo *ético* en el llamado *plano de inmanencia*. Es decir, que la virtud y los valores del hombre tenían su fuente en el alma humana. Este nuevo orden creador de lo axiológico en el mundo traerá consecuencias definitivas sobre Occidente. La conducta moral, explica Jaeger[22], brota del interior del individuo y no de un sometimiento exterior a la justicia (uno de los contenidos de la *diké* reseñado con anterioridad).

III. Inserción de la ética en el plano de inmanencia filosófico, contrapuesto al orden jurídico trascendente

La inmanencia se opone a la *trascendencia*. El orden trascendente es impuesto desde fuera, por un Estado imperial en el cielo o en la tierra. La inmanencia al contrario, es el plano que sirve a los conceptos en su recorrido y progreso[23]. El plano de inmanencia es la imagen misma del pensamiento haciendo *tabula rasa* de los conceptos que lo pueblan y evolucionan en su seno.

Ahora bien, los filósofos posteriores a Platón y luego la iglesia cristiana hicieron una identificación entre *inmanencia* y *trascendencia* sobre los conceptos que se han venido examinando, y ello dotó a los valores de una identificación "ontológica" a los contenidos de la

---

21 *"Á propos de la généalogie de l'ethique"*. Consultado en Op. Cit.

22 Op. Cit. Pág. 62.

23 Deleuze, Gilles y Félix Guattari. ¿Qué es la filosofía? Anagrama. Séptima edición. España, 2005. Señalan estos filósofos: *"Desde Epicuro hasta Spinoza, de Spinoza a Michaux, el problema del pensamiento es la velocidad infinita, pero ésta necesita un medio que se mueva en sí mismo infinitamente, el plano, el vacío, el horizonte. Es necesaria la elasticidad del concepto, pero también la fluidez del medio"* (pág. 40).

trascendencia que los circunscribía. Explicado en los términos de Deleuze y Guattari[24]:

> "Cada vez que se interpreta la inmanencia como <de> algo, se produce una confusión del plano y el concepto, de tal modo que el concepto se convierte en un universal trascendente y el plano en un atributo dentro del concepto. No reconocido de este modo, el plano de inmanencia relanza lo trascendente: es un mero campo de fenómenos que ya sólo posee de segunda mano lo que se atribuye primero a la unidad trascendente.
> Con la filosofía cristiana (...) la inmanencia sigue siendo la instauración filosófica, pero al mismo tiempo sólo es soportada en muy pequeñas dosis, está severamente controlada y delimitada por las exigencias de una trascendencia emanativa y ante todo todo creativa. (...) La autoridad religiosa desea que la inmanencia sólo sea soportada localmente o a un nivel intermedio".

De esta forma, lo que en Sócrates fue un concepto integrado al plano de la inmanencia (del pensamiento de la época), evolucionó a convertirse en un concepto de ética trascendente y por tanto, siguiendo la mecánica Deleuze-Guattari, extensible como contenido universal a la extensión misma de la inmanencia que lo contiene. Pasando, de hecho, a explicar las bases sobre las cuales está precisamente fundado.

Esta evolución se dio en virtud del pensamiento estoico, por el cual la búsqueda del ideal ético como elección reservada a una determinada clase social, venció las barreras económicas y parentales para hacerse común a todas las personas. *"El hombre puede aspirar el bien, en cuanto ser racional"*[25].

Hay ya aquí una poder heterónomo que subyace sobre cada ser racional: *"en tanto que humano, tú debes actuar éticamente"*.

Al despuntar la Edad Media, la romanizada iglesia cristiana adoptó el discurso y las técnicas del Derecho Romano para construir el canon de conducta y ético conocido universalmente. O lo que es lo mismo, el producto más preciado de la herencia medieval: el derecho natural. Su examen correspondiente, hecho desde la dialéctica inmanencia-trascendencia, es otra historia.

---

24 Op. Cit. Pág. 49.
25 Foucault, op. Cit. Pág. 490.

Referencias bibliográficas

BATAILLE, Georges (1974). La estructura psicológica del fascismo. Obras escogidas. España. Barral Editores.

BERLIN, Isaiah (2009). *El Estudio adecuado de la humanidad.* Fondo de Cultura Económica-Turner.

CAPELLA, Juan R. (2008). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.* España. Editorial Trotta. Quinta edición, revisada y ampliada.

DELEUZE y otros (2005). *¿Qué es la filosofía?* España. Anagrama. Séptima edición. Página 40.

DUSSEL, Enrique (2007). *Política de la liberación. Historia mundial y crítica.* España-Editorial Trotta.

FOUCAULT, Michel (2005). *La hermenéutica del sujeto.* España. Curso del Collége de France, 1982". Edit. Akal.

FOUCAULT, Michel (2008). *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones. Sobre la Justicia Popular. Debate con los maos.* España. Alianza/Materiales. Octava reimpresión.

GRIMAL, Pierre (2008). *Diccionario de mitología griega y romana*. España. Colección Bolsillo Paidós. Ediciones Paidós Ibérica.

JAEGER, Werner (1990). *Paideia: Los ideales de la cultura griega.* España. Fondo de Cultura Económica de España.

MACINTYRE, Alsadair (2001). *Justicia y racionalidad.* España. Ediciones internacionales Universitarias. Segunda edición.

SUPIOT, Alain (2007). *Homo Juridicius. Ensayo sobre la función antropológica del derecho.* Argentina. Siglo Veintiuno Editores.

TZVETAN, Todorov (2008). *La Conquista de América. El problema del otro.* Argentina Siglo XXI editores. Segunda edición.

WEIL, Simone (1953). *La fuente griega.* Francia .Editorial Gallimard.

Páginas Web

La Ilíada, Canto I, fecha: 21 de junio 2010. On Line

Página: http://www.apocatastasis.com/iliada-homero-1.php#axzz1Ess16mHP

Tribunales de violencia contra la mujer ¿Garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia?*

Courts for Violence against Woman: Do They Really Guarantee the Right of Women to a Life Free of Violence?

Reina Alejandra J. Baiz Villafranca**

* Ponencia presentada en Mundo de Mujeres 2011, realizado en Ottawa, Canadá, del 4 al 7 de julio de 2011.

** Abogada, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas

RESUMEN

La Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia dispuso la creación de Tribunales de Violencia contra la Mujer, como órganos especializados en Justicia de Género, cuya trascendental misión es desarrollar en materia penal y procesal penal los principios y propósitos consagrados en la Ley in comento, siendo los encargados en interpretar y aplicar con perspectiva de género la referida normativa. De tal manera, la investigación tiene como objetivo general analizar si los Tribunales de Violencia Contra la Mujer garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Por esta razón, se fijó como estrategia de desarrollo el análisis de decisiones judiciales, de documentos, siendo una investigación de tipo documental, por el nivel de conocimiento a obtener es descriptiva, critica, por el propósito de la investigadora es de carácter pura. En la misma se obtuvo el siguiente resultado: la creación de los Tribunales de Violencia contra la Mujer, como órganos especializados, facilita la construcción de un sistema de Justicia de Género, tan necesario para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, impulsando la necesidad de concientización, sensibilización y capacitación de todos los funcionarios y todas las funcionarias que integran la nueva Administración de Justicia con visión de Género, contribuyendo eficazmente al avance y el desarrollo del derecho, de la jurisprudencia, de la doctrina desde la perspectiva de género, favoreciendo el avance de los derechos humanos de las mujeres.

Palabras clave: Género, Justicia, Justicia de Género.

ABSTRACT

The Organic Law on the Right of Women to a Life Free of Violence brought about the creation of Courts for Violence against Woman, specialized organs of gender justice whose transcendental mission is to develop the principles and procedures stated in the Law by interpreting and applying the gender perspective. The aim of this paper is to analyze whether the Courts for Violence against Woman really guarantee the right of women to a life free of violence. The analysis focuses on judicial decisions and documents in this descriptive, critical, documentary investigation. Results showed that creation of the Courts for Violence against the Woman as specialized organs facilitates the construction of a system of gender justice, so necessary for guaranteeing the right of women to a life free of violence. Awareness, sensitization and training in gender perspective for all civil servants who make up the new Justice Administration are needed, in order to contribute effectively to the advance and development of law, jurisprudence and doctrine from the gender perspective, thereby favoring the advance of women's human rights.

Keywords: Gender, justice, gender justice.

I. Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

Para analizar si los Tribunales de Violencia Contra la Mujer garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, es necesario en primer lugar, comprender el alcance del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, que se encuentra enmarcado como un derecho humano de las mujeres, y como bien lo expresa Fernández Matos, Dhayana Carolina (2010:71) con esa definición se pretende visualizar a las mujeres en su condición de titulares de derechos, pero además, establecer la obligación que tienen los Estados en garantizarlos, por ello, el mantenimiento de un sistema jurídico y social donde la violencia y la discriminación se aceptan como situaciones *"normales"* e incluso *"naturales"*, implica la responsabilidad del Estado que lo permite.

Es así como el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", en los siguientes términos *"...Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado..."*, de lo cual se desprende como el derecho se extiende tanto al ámbito público como al ámbito privado, la necesidad de hacer esta referencia expresa a los dos ámbitos radica en la justificación y hasta cierto punto naturalización de la violencia contra las mujeres en el contexto intrafamiliar, o también llamada *"violencia doméstica"*, llegándose a permitir la violencia en el contexto familiar por considerarse un ámbito privado, que es un asunto de familia donde el Estado no debía intervenir, esta concepción se ha ido deslastrando, y en la actualidad se reconoce que la violencia contra las mujeres es un delito, tanto si se comete en el ámbito público como en el ámbito privado.

Pero en este punto, surge una interrogante *¿qué incluye el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia?* de conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Convención de Belém do Pará, incluye entre otros:

a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación

En este sentido, como se puede observar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia comprende entre otros "EL DERECHO DE LA MUJER A SER LIBRE DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN", para entender este derecho es fundamental recordar *¿qué se entiende por discriminación contra la mujer?* de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) es

> "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...".

Esta definición de discriminación contra la mujer ha sido ampliada en la Recomendación General XIX (1992) del Comité de la CEDAW, donde se establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre, estableciéndose la violencia contra la mujer como una forma de discriminación contra la mujer en razón de su género, en los siguientes términos:

> "...El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de la privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia..." (Subrayado de la autora).

De tal manera, que la violencia que se ejerce contra las mujeres por ser mujeres es una forma de discriminación, y la misma no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre, de acuerdo con la Recomendación General XIX del Comité de la CEDAW

> "...los Estados Partes se comprometen adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera persona, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de

derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas..." (Subrayado de la autora).

Como se puede observar en el extracto los Estados son responsables internacionalmente por los actos cometidos por particulares, cuando no adoptan medidas con la "DILIGENCIA DEBIDA" para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas, de tal manera, que el Estado Venezolano sería responsable por los casos de violencia contra las mujeres que queden impunes por la negligencia o falta en la investigación, juzgamiento e indemnización de las víctimas.

Además, tal como se reconoce en la Recomendación General XXV (2004) del Comité de la CEDAW las mujeres además de ser discriminadas por ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores, ciertamente tal como se expresa en la mencionada Recomendación

"...Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en la medida o en distinta forma que a los hombres. Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene..." (Subrayado de la autora).

Otra forma de discriminación que se ejerce contra las mujeres, es el uso de un lenguaje sexista, que permite su invisibilización sistemática, constituye una demostración de la desigualdad existente entre hombre y mujeres, porque se utiliza el sujeto masculino (EL HOMBRE) como el que define o incluye a las mujeres, basta utilizar el término HOMBRE para que se entiendan incluidas las mujeres, no obstante el termino MUJER jamás ha incluido a los hombres, todo esto como consecuencia que el lenguaje forma parte de la cultura, que es patriarcal, por ello el leguaje es androcéntrico, por su utilización desde el punto de vista masculino.

Por esta razón, se debe tener en consideración la importancia que tiene el lenguaje, al ser el medio de comunicación humana, que

permite la interacción y las relaciones entre las personas, impactando en el desarrollo y funcionamiento de la sociedad.

El lenguaje también sirve para construir, interpretar y visibilizar la realidad, de tal manera que si se pretende alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres es necesario utilizar un lenguaje donde se representan tanto hombres como mujeres, terminando con la ocultación e invisibilización de las mujeres en el lenguaje, que es una forma de violencia simbólica.

II. Tribunales con competencia en delitos de Violencia contra la Mujer

Uno de los problemas más extendidos a nivel mundial es la violencia de género ejercida contra las mujeres, que ha sido calificada por Organismos Internacionales como una vulneración de los derechos humanos fundamentales de las mujeres, también como un problema de salud pública, por las graves consecuencias que genera tanto en la víctima como en el contexto donde se desenvuelve, en la familia, la comunidad y el Estado.

En este sentido, han surgido diversas formas para luchar contra tan terrible flagelo que afecta a las mujeres en todo el mundo, precisamente una de esas formas es la instauración de todo un sistema de administración de justicia de género, que implica la creación e implementación de unidades especializadas en los diferentes organismos policiales, así como de Fiscalías y Defensorías especiales en la materia, y por supuesto los Tribunales con competencia en delitos de Violencia contra la Mujer, la presente investigación se centra en la importancia que tienen los Tribunales especializados para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

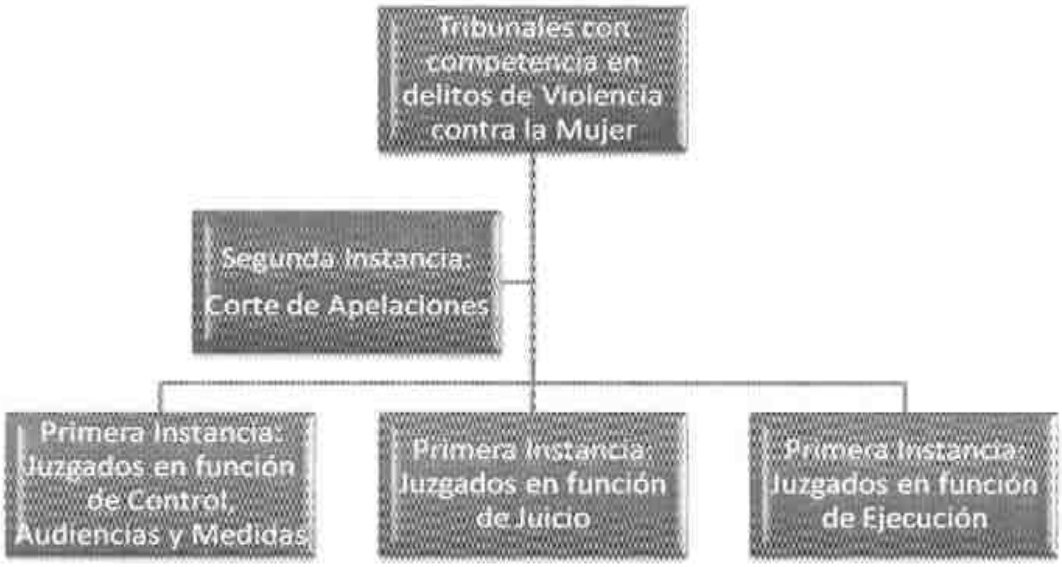
Venezuela ha suscrito y ratificado Convenciones, Pactos, instrumentos internacionales, donde se obliga a prevenir, atender, investigar, y sancionar la violencia contra las mujeres, es así como en un primer momento se promulga la Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia, que posteriormente es derogada por la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, todo ello en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Por esta razón, es necesario conocer y analizar primero lo previsto en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida

Libre de Violencia para poder determinar si efectivamente estos Tribunales especializados garantizan el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, a través de la interpretación y aplicación de la Ley in comento y de los instrumentos internacionales en la materia.

De tal manera, es preciso destacar que en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se establece en materia procesal como una de las innovaciones de la Ley *"...la creación de los Tribunales de Violencia Contra la Mujer, como órganos especializados en justicia de género..."*, cuya misión es *desarrollar los principios y propósitos de la comentada Ley en materia penal y procesal penal*, además se prevé que la organización de este nuevo sistema de justicia penal le corresponde al Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, expresándose textualmente que la creación de estos Tribunales se hará *"...según las necesidades de cada Circuito Judicial Penal..."*, lo que ya nos vislumbra un obstáculo en materia de presupuesto, porque no fueron creados los Tribunales de una vez en TODO el territorio nacional.

En la Exposición de motivos de la referida Ley, se establece la siguiente estructura judicial:



Al establecerse en la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia la creación e implementación de los Tribunales con Competencia en Delitos de Violencia contra la Mujer, estos se circunscriben al objeto de la Ley in comento, previsto en el artículo 1, en los siguientes términos:

"...La presente Ley tiene por objeto garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, creando condiciones para prevenir, atender, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, para favorecer la construcción de una sociedad justa democrática, participativa, paritaria y protagónica..."

Como se puede observar la Ley tiene por objeto *garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia,* lo que implica que la labor de los Tribunales especializados debe ir encaminada a lograr este objetivo, en este sentido, surge una interrogante **¿Cómo se puede garantizar y promover el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia?** en el mismo artículo se establece la forma: *"...creando condiciones para prevenir, atender, sancionar, y erradicar la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos, impulsando cambios en los patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, para favorecer la construcción de una sociedad justa democrática, participativa, paritaria y protagónica...",* pero **¿Cómo se materializa?** al ingresar una causa en el Tribunal se debe aplicar e interpretar la Ley desde la perspectiva de género, identificando los estereotipos, los prejuicios que se encuentran implícitos en los hechos y explicarles a las partes, tanto al imputado como a la víctima, porque la forma más adecuada y efectiva de impulsar cambios socioculturales es a través de la educación, esto no significa que los Jueces o las Juezas se conviertan en Profesores y Profesoras en la Audiencia, es cumplir también con su labor en la prevención de la violencia contra las mujeres, porque estos Tribunales no deberían de convertirse en meros organismos para el trámite procesal, deshumanizándose como sucede en los Tribunales Penales ordinarios, se debe aprender de las fallas que presenta el Sistema de Administración de Justicia Penal Ordinario para mejorar el servicio en los Tribunales especializados.

Dentro de este marco, es conveniente destacar los principios rectores de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 Ejusdem, se articulan un conjunto integral de medidas con el objeto de alcanzar los siguientes fines:

1. Garantizar a todas las mujeres, el ejercicio efectivo de sus derechos exigibles ante los órganos y entes de la Administración Pública, y asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.
2. Fortalecer políticas públicas de prevención de la violencia contra las mujeres y de erradicación de la discriminación de género. Para ello, se dotarán a los Poderes Públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, laboral, de servicios sociales, sanitarios, publicitarios y mediáticos.
3. Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral a las mujeres víctimas de violencia desde las instancias jurisdiccionales.
4. Coordinar los recursos presupuestarios e institucionales de los distintos Poderes Públicos para asegurar la atención, prevención y erradicación de los hechos de violencia contra las mujeres, así como la sanción adecuada a los culpables de los mismos y la implementación de medidas socioeducativas que eviten su reincidencia.
5. Promover la participación y la colaboración de las entidades, asociaciones y organizaciones que actúan contra la violencia hacia las mujeres.
6. Garantizar el principio de transversalidad de las medidas de sensibilización, prevención, detección, seguridad y protección, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta los derechos, necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.
7. Fomentar la especialización y la sensibilización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección de las mujeres víctimas de violencia de género.
8. Garantizar los recursos económicos, profesionales, técnicos, científicos y de cualquier otra naturaleza, que permitan la sustentabilidad de los planes, proyectos, programas, acciones, misiones y toda iniciativa orientada a la prevención, castigo y erradicación de la violencia contra las mujeres y el ejercicio pleno de sus derechos.
9. Establecer y fortalecer medidas de seguridad y protección, y medidas cautelares que garanticen los derechos protegidos en la Ley y la protección personal, física, emocional, laboral y patrimonial de la mujer víctima de violencia de género.

10. Establecer un sistema integral de garantías para el ejercicio de los derechos desarrollados en la Ley.

De los principios rectores se desprende como uno de los fines que se persigue en la Ley in comento es fortalecer desde las instancias jurisdiccionales, es decir desde los Tribunales especializados, el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral a las mujeres víctimas de violencia de género. A mi juicio, este fortalecimiento se verifica a través del proceso de interpretación y aplicación de las normas desde la perspectiva de género.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, el Estado tiene la obligación indeclinable de adoptar todas las medidas judiciales que sean necesaria y apropiadas para asegurar el cumplimiento de la Ley in comento, y garantizar los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia.

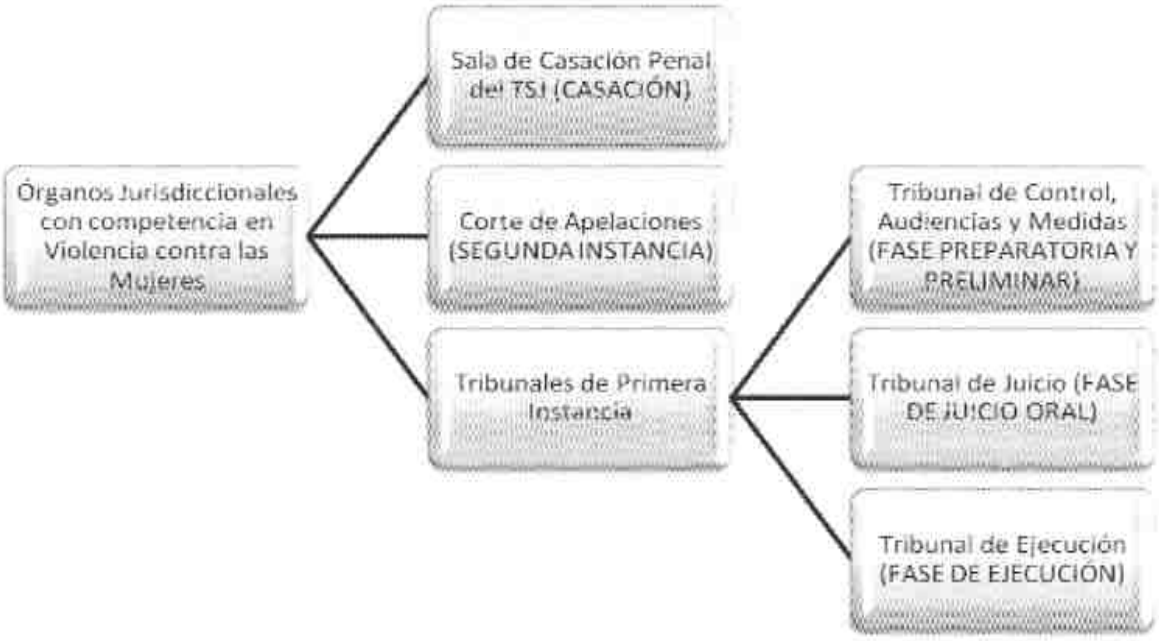
En el artículo 22 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se establece que los jueces y las juezas de las distintas instancias y jerarquía, incluyendo al Tribunal Supremo de Justicia, los Magistrados y las Magistradas, tienen la facultad de solicitar la opinión de personas expertas en justicia de género. Esta facultad que tienen los jueces y las juezas de solicitar opinión a los expertos y las expertas en justicia de género, es relevante porque les permite aclarar dudas, enriquecer las decisiones judiciales, la jurisprudencia nutriéndose de la doctrina y de los diferentes estudios existentes, constituyendo una herramienta para el desarrollo de los derechos humanos de las mujeres, siempre y cuando sea utilizada.

En lo que respecta a la jurisdicción, en el artículo 115 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se establece que le corresponde a los tribunales de violencia contra la mujer y a la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión.

Pero es en el artículo 116 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia donde se crean los Tribunales de Violencia contra la mujer que tendrán su sede en Caracas y en cada capital de estado, además de las localidades que determine el Tribunal Supremo de Justicia a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como ya hice referencia anteriormente no se han

creado en todo el territorio nacional, y esto es un problema porque las mujeres que residen en los lugares donde no existen tribunales especializados tienen que acudir ante los tribunales penales ordinarios que no están sensibilizados y capacitados.

Posteriormente en el artículo 117 Ejusdem se establece que los tribunales de violencia contra la mujer se organizarán en circuitos judiciales, de acuerdo con lo que determine la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, la cual podrá crear más de un circuito judicial en una misma circunscripción, cuando por razones de servicio sea necesario. Ahora bien, en cada circuito judicial los tribunales de violencia contra la mujer estarán constituidos en primera instancia por jueces y juezas de control, audiencia y medidas; jueces y juezas de juicio y jueces y juezas de ejecución. En segunda instancia lo conforman las Cortes de Apelaciones, en el artículo 119 se establece que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia conocerá del Recurso de Casación. Quedando los Tribunales organizados de la siguiente manera:



En lo atinente a la competencia, de conformidad con el artículo 118 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, los tribunales de violencia contra la mujer conocerán en el orden penal de los delitos previstos en la citada Ley, así como del delito de lesiones en todas sus calificaciones tipificadas en

el Código Penal en los supuestos establecidos en el artículo 42 de la Ley in comento y conforme al procedimiento especial. En el orden civil, conocerán de todos aquellos asuntos de naturaleza patrimonial.

En lo que respecta a la competencia de los Juzgados de violencia contra la mujer en funciones de Control, Audiencia y Medidas, se establece en el artículo 81 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que son los competentes para:

1. Autorizar y realizar pruebas anticipadas,
2. Acordar medidas de coerción personal,
3. Resolver incidencias, excepciones y peticiones de las partes durante la fase de control y preliminar; y
4. Velar por el cumplimiento de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal, y el ordenamiento jurídico en general.

En este sentido, en el Estudio a Fondo sobre todas las formas de Violencia Contra la Mujer (2006), del Secretario General de las Naciones Unidas, se considera que si bien los casos que llegan a los tribunales penales representan una muestra muy pequeña y no representativa de los casos de violencia contra la mujer, las estadísticas judiciales son importantes. Pueden hacer un aporte a la comprensión de la respuesta del sistema de justicia penal ante la violencia contra la mujer, de esta manera se puede evaluar la eficacia de las leyes y sanciones destinadas a proteger a las mujeres utilizando las estadísticas de reincidencia. En este sentido, a mi juicio es importante monitorear las decisiones de estos tribunales especializados, a los fines de constatar la eficacia de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en lo que respecta, por ejemplo a las medidas de protección.

De todo lo anteriormente expuesto, se desprende que en Venezuela se encuentran en funcionamiento, en parte del Territorio Nacional, lamentablemente no en todo el país insisto, los Tribunales de Violencia contra las Mujeres, que tienen la competencia de juzgar y sancionar los casos de violencia de género ejercida en contra de las mujeres, siendo los encargados de desarrollar la perspectiva de género en materia penal y procesal penal, a través de la interpretación y aplicación de las normas, para ello deben estar debidamente sensibilizados y capacitados en todos los niveles de la organización judi-

cial, no se puede sensibilizar y capacitar sólo a los jueces y las juezas de primera instancia, también se debe sensibilizar a los jueces y las juezas de segunda instancia, así como a los Magistrados y Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia.

III. Observatorio de decisiones judiciales de los Tribunales con Competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer

Un modelo a seguir, es el OBSERVATORIO DE SENTENCIAS JUDICIALES, creado en el año 2009, siendo considerado una herramienta de análisis desarrollada en el marco del Proyecto "Monitoring for Empowerment: Latin American Women's Rights in the Media and the Courts of Law" bajo la coordinación del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (Argentina), con el fin de empoderar a las mujeres en seis países de América Latina (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú), mediante la mejora de la conciencia de los derechos de las mujeres, de su reconocimiento por parte de los tribunales de justicia y de los medios legales para hacer efectivos estos derechos, teniendo como finalidad determinar el grado de cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) por parte de los poderes judiciales locales y difundir las buenas prácticas en la defensa y reconocimiento de los derechos de las mujeres. Estableciéndose como objetivos los siguientes:

- Contribuir a un mejor conocimiento de los derechos de las mujeres y los medios legales para hacer efectivos estos derechos, en particular con respecto a los derechos sexuales y reproductivos; la participación política de las mujeres, la relación entre trabajo productivo/reproductivo y la violencia contra las mujeres.
- Contribuir a la promoción del pleno ejercicio de los derechos de las mujeres a través de la difusión de los argumentos jurídicos y las mejores prácticas judiciales para optimizar la utilización de las herramientas legales por parte de organizaciones de mujeres, organizaciones de derechos humanos, instituciones académicas, profesionales del derecho e integrantes del poder judicial.

- Contribuir a la consolidación de un consenso en la región de América Latina mediante el intercambio de experiencias nacionales para promover una mayor utilización de los mecanismos regionales e internacionales para la protección de los derechos humanos para promover los derechos de las mujeres.

Tomando como antecedente esta experiencia a nivel latinoamericano, y con el objetivo de verificar si efectivamente en las decisiones de los Tribunales con Competencia en los delitos de Violencia contra la Mujer se garantiza el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia se estima fundamental observar y monitorear las decisiones judiciales que se encuentren en la página web del Tribunal Supremo de Justicia (www.tsj.gov.ve), específicamente en TSJ REGIONES, en las entidades donde han sido creados los Tribunales especiales, en esta primera fase son objeto de estudio las decisiones de los Tribunales que se encuentran en el Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, conformados por:

- Tribunal Primero de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Tribunal Segundo de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Tribunal Tercero de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Tribunal Cuarto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Tribunal Quinto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Tribunal Sexto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer
- Juzgado Primero de Primera Instancia en función de Juicio con competencia de delitos de Violencia contra la Mujer
- Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Juicio con competencia de delitos de violencia contra la mujer
- Corte de Apelaciones de Violencia contra la Mujer con competencia de reenvío

Como se puede observar en el Área Metropolitana de Caracas fueron creados:

- Seis (06) Tribunales de Primera Instancia en función de Control, Audiencia y Medidas con competencia en materia de Violencia Contra la Mujer
- Dos (02) Tribunales de Primera Instancia en función de Juicio con competencia de delitos de violencia contra la mujer.
- Una (01) Corte de Apelaciones.

En esta primera fase del observatorio se han analizado las decisiones judiciales que se encuentran disponibles en TSJREGIONES? CARACAS, correspondiente al Distrito Capital de la República Bolivariana de Venezuela, y hasta la fecha (28/06/2011), cuantitativamente son:

Tribunal	Años			
	2008	2009	2010	2011
Tribunal Primero de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	2	4	12	0
Tribunal Segundo de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	0	0	57	58
Tribunal Tercero de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	2	6	38	0
Tribunal Cuarto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	2	0	21	21
Tribunal Quinto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	0	1	5	13
Tribunal Sexto de control, audiencia y medidas con competencia en materia de Violencia contra la Mujer	1	4	27	23
Juzgado Primero de Primera Instancia en función de Juicio con competencia de delitos de Violencia contra la Mujer	0	11	35	12
Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Juicio con competencia de delitos de violencia contra la mujer	23	33	29	28
Corte de Apelaciones de Violencia contra la Mujer con competencia de reenvío	79	192	315	82
TOTAL	109	251	539	237

Fuente: Elaboración propia.

El cuadro permite deducir que no todos los tribunales han colocado en TSJ REGIONES todas sus decisiones, solamente el **Juzgado Segundo de Primera Instancia en función de Juicio con competencia en delitos de violencia contra la mujer y la Corte de Apelaciones de Violencia contra la Mujer con competencia de reenvío son los que reflejan mayor cantidad de decisiones en los cuatro (04) años objeto de estudio.**

A nivel general se hacen las siguientes observaciones de lo que se pudo constatar en las decisiones judiciales:

- *Uso de un lenguaje que visibiliza a las mujeres*: en la redacción de las decisiones judiciales se puede apreciar una evolución desde el año 2008 hasta la presente fecha (28/06/2011), con la utilización de por ejemplo JUEZA, FISCALA, DEFENSORA, aún cuando también existen decisiones donde se pudo constatar que a pesar de utilizar "LA JUEZA" en una oportunidad, posteriormente, se utilizó "LA JUEZ" usándose un lenguaje androcéntrico al emplearse "JUEZ" que hace referencia a un sujeto masculino invisibilizándose a las mujeres. A mi juicio es una labor sobre la cual todavía los Jueces y las Juezas de las diferentes jerarquías deben seguir trabajando, porque con el lenguaje también se discrimina a las mujeres, al utilizarse el sujeto masculino como el que define a las mujeres, invisibilizandolas. De tal manera, que una de las recomendaciones es profundizar en la necesidad de resaltar la importancia de utilizar un lenguaje donde se pueda visibilizar a las mujeres en la redacción de las decisiones judiciales, recordando que si se reproduce un lenguaje evidentemente patriarcal se reproduce la cultura donde se fundamenta la discriminación de las mujeres.
- *No se valoran las circunstancias agravantes del tipo penal:* ha sido una constante al analizar las decisiones judiciales como Jueces y Juezas no valoran las circunstancias agravantes del tipo penal que evidentemente conducen a un cambio en la calificación jurídica y siguen con la errónea calificación jurídica empleada por los Fiscales y Fiscalas del Ministerio Público especializados, a pesar del Principio IURA NOVIT CURIA conforme al cual el Juez o Jueza conoce el derecho, lo que implica que al conocer el derecho debería aplicarlo, por ejemplo cuando se trata de un caso de violencia física y la víctima sostiene o ha sostenido una relación afectiva con el imputado, esa rela-

ción afectiva que existe o ha existido agrava el tipo penal y no se estaría en presencia de una simple violencia física, sino de un caso de violencia física agravada, y precisamente se agrava por ese vinculo afectivo.

Esta iniciativa se circunscribe dentro de una de las recomendaciones que hace ONU MUJERES en su Informe del año 2011, donde establece la necesidad de dar seguimiento sistemático a las decisiones judiciales a nivel nacional para garantizar la rendición de cuentas hacia las mujeres en busca de justicia y permitir a la sociedad civil y a los gobiernos monitorear el desempeño de los tribunales en materia de derechos de las mujeres.

III. Sensibilización, concientización, capacitación de los Jueces y Juezas en materia de violencia de género contra las mujeres

Considero que los Tribunales de violencia contra las mujeres garantizarán el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, siempre y cuando el personal que labora en ellos se encuentre debidamente sensibilizado, concientizado y capacitado en materia de violencia de género contra las mujeres, no basta con la creación del organismo especializado, si el personal que ha sido seleccionado para trabajar en el organismo no se encuentra sensibilizado, concientizado y capacitado en todos los niveles de la administración de justicia, sencillamente no se garantiza el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

En este sentido, uno de los principios rectores de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, previsto en el artículo 2 numeral 7 es precisamente "*...Fomentar la especialización y la sensibilización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección de las mujeres víctimas de violencia de género...*", porque la mejor forma de desaprender mitos, prejuicios que legitiman y justifican la violencia contra las mujeres, es a través de un proceso de educación constante y progresivo, enfocado a generar cambios de conducta, que a su vez se traduzcan en cambios sociales.

Por ello, en el artículo 22 de Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, se establece que el Tribu-

nal Supremo de Justicia, a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y de la Escuela de la Magistratura, proveerá lo conducente para la ejecución de planes, programas y proyectos de capacitación en justicia de género de los funcionarios y las funcionarias de la administración de justicia y de todas aquellas personas que intervengan en el tratamiento de los hechos que contempla la Ley. La sensibilización, capacitación y formación la realizará el Tribunal Supremo de Justicia en coordinación con el Instituto Nacional de la Mujer, pudiendo suscribir convenios con las áreas de estudios de las mujeres y de género de las universidades.

De hecho el Tribunal Supremo de Justicia ha realizado varios eventos en coordinación con el Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad Central de Venezuela, contribuyendo de esta forma al proceso de sensibilización y capacitación que debe ser progresivo y constante.

Precisamente una de las recomendaciones que hace ONU MUJERES en su Informe (2011) es capacitar a jueces y juezas y dar seguimiento a sus sentencias, para garantizar que las mujeres que acuden a los tribunales consigan sentencias justas, es crucial que dichas decisiones judiciales sean equilibradas, bien informadas y que no sean sesgadas, por ello es necesario la capacitación, porque incluso cuando existen leyes para garantizar los derechos de las mujeres, éstas no siempre son aplicadas por los jueces de manera apropiada o justa.

En conclusión, la creación de los Tribunales de Violencia contra la Mujer, como órganos especializados, facilita la construcción de un sistema de Justicia de Género, tan necesario para garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, impulsando la necesidad de concientización, sensibilización y capacitación de todos los funcionarios y todas las funcionarias que integran la nueva Administración de Justicia con visión de Género, contribuyendo eficazmente al avance y el desarrollo del derecho, de la jurisprudencia, de la doctrina desde la perspectiva de género, favoreciendo el avance de los derechos humanos de las mujeres.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas (18/12/1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).* Disponible en http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=4.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) (1994). *CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER "CONVENCION DE BELEM DO PARA".* Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1994). *Recomendación General XIX: La violencia contra la mujer.*

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (20/03/2000). *Recomendación General Nº 25 relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género.*

Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las mujeres (ONU MUJERES) (2011). *Informe 2011-2012 sobre el Progreso de las Mujeres en el Mundo. En Busca de la Justicia.*

Fernández Matos, Dhayana Carolina (2010). "El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Un enfoque de derechos humanos." En: *Magistra.* Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura. Año 4 – Nª 1 – 2010. Caracas-Venezuela. (Pp. 63-118).

Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.668, Lunes, 23 de Abril de 2007.

Consideraciones sobre las legislaciones venezolana y española, dentro del contexto de las garantías de protección en materia de seguridad y salud ocupacional

Considerations about Venezuelan and Spanish Legislation in the Context of Protection Guarantees for Industrial Security and Occupational Health

Gudila Sánchez*

* Abogada y Magíster en Derecho del Trabajo por la Universidad de Carabobo. Curso de Especialización en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca - España. Docente de la Segunda Cohorte del Programa de Formación Inicial (PFI) de la Escuela Nacional de la Magistratura.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad, comentar de forma sucinta la legislación venezolana y española, dentro del contexto de las garantías de protección en materia de seguridad y salud ocupacional. Venezuela y España cuentan con importantes instrumentos legales que regulan las condiciones y medio ambientes laborales. El reconocimiento jurídico consagrado en ambas legislaciones, se enfoca en el marco de la prevención; sin embargo esta figura jurídica al no estar consustanciada con verdaderas acciones e inversiones en el área preventiva, conlleva a que la razón y el propósito del legislador terminen en letra muerta. En los ordenamientos jurídicos estudiados, se invocan diversas disposiciones, orientadas a establecer responsabilidades frente a la infracción patronal, mostrando un cuerpo normativo con bases coercitivas, dejando rezagados los preceptos de protección eficaz, tendentes a mejorar la salud individual y colectiva del trabajador (a).

Palabras clave: Salud ocupacional, prevención, garantías y protección eficaz.

ABSTRACT

The aim of this paper is to briefly analyze and comment on Venezuelan and Spanish legislation about protection guarantees for industrial security and occupational health. Venezuela and Spain have significant legal instruments that regulate labor environment conditions. In both cases, the legal instruments and legislation focus on prevention; nevertheless, since these legal statutes are not accompanied with real actions and investments in the prevention area, the legislation lacks effectiveness. In both cases, diverse rules and procedures are invoked to establish responsibilities when employer infractions take place, demonstrating a body of laws with coercive bases, leaving behind precepts for effective protection that tend to improve the individual and collective health of workers.

Key words: Occupational health, prevention, guarantees and effective protection.

Introducción

Las legislaciones, las normativas y todo instrumento legal destinado a regular la seguridad y salud en el trabajo, son herramientas fundamentales para garantizar en los ambientes laborales, las condiciones de higiene y seguridad de los trabajadores y trabajadoras. Muchos países necesitan poner en práctica la actualización de normas especializadas en materia de seguridad y salud. Dicha innovación debe guardar coherencia con las tendencias tecnológicas, científicas, económicas que surjan en cada país en el campo laboral y las normas internacionales del trabajo.

Este reto, implica la gestión y compromiso de las naciones en procura de ajustar los ordenamientos vigentes, a los estándares de seguridad y salud laboral exigidos. Es decir, que a la hora de legislar en el ámbito laboral, convendría tener en cuenta el bienestar de los trabajadores y trabajadoras.

La Organización Internacional del Trabajo, conjuntamente con la Unión Europea, ha fijado posición en el marco de la Seguridad y la Salud Laboral, en el sentido de instituir diversos tipos de actuaciones y políticas, en función a la efectiva aplicación de instrumentos legales, para preservar la salud individual y colectiva en los ambientes laborales.

Por otra parte, las actuaciones emprendidas en materia de prevención, adolecen de una tradicional falta de interés y de atención social, lo que se traduce en la ausencia de una visión global y de restringidas inversiones al servicio de la eficiente protección y prevención. Esto significa que las instituciones públicas y privadas están obligadas a crear planes de acciones y establecer recursos financieros para contribuir al bienestar de los trabajadores, trabajadoras y a la sociedad en general.

Generalidades

La higiene y seguridad industrial se inició en Venezuela, con la Ley de Minas en 1909. En 1928, se promulga la primera Ley del Trabajo, aunque la real legislación en prevención de accidentes laborales se creó en 1936 con la entonces, Ley de Trabajo y su respectivo Reglamento. Para 1944, se crea la Ley del Seguro Social Obligatorio, la cual establecía para ese momento, la protección del trabajador, en

cuanto a enfermedad, maternidad, accidente laboral, enfermedades profesionales, vejez, invalidez y muerte. En 1968, se promulga el Reglamento de las Condiciones de Higiene, Seguridad en el Trabajo. Asimismo, en período 1973 al 1974 la Comisión Venezolana de Normas Industriales (COVENIN), inició una intensa labor de estandarización de normas en materia de seguridad. A pesar del desarrollo que tuvo la seguridad a nivel nacional, no es sino hasta agosto de 1986, cuando se promulga la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMA), la cual queda desfasada al entrar en vigencia la Constitución Bolivariana de Venezuela en 1999, consagrando en el aparte in fine del artículo 87, que:

> "Todo patrono o patrona garantizará a sus trabajadores y trabajadoras condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo adecuados. El estado adoptará medidas y creará instituciones que permitan el control y la promoción de estas condiciones".

A tenor, de la preeminencia constitucional, es reformada la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en lo sucesivo LOPCYMAT, mediante Gaceta Oficial No. 38.236 de fecha 26/07/2005 y luego el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicado en Gaceta Oficial No. 38.596 de fecha 03/01/2007.

La LOPCYMAT, promueve la implementación del Régimen de Seguridad y Salud en el Trabajo, dentro del nuevo modelo de Sistema de Seguridad Social, abarcando la promoción de la salud de los trabajadores y trabajadoras, la prevención de enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, la atención, rehabilitación y reinserción y establece las prestaciones dinerarias correspondientes a los daños con ocasión a enfermedades profesionales o accidentes de trabajo.

Esta Ley[1], ampara a todos los trabajadores del sector público y privado bajo la relación de dependencia y tiene como objetivo principal:

---

1 "Se exceptúan del ámbito de aplicación de esta Ley, los miembros de la Fuerza Armada Nacional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ". Artículo 3 LOPCYMAT

"Establecer las instituciones, normas y lineamientos de las políticas, y los órganos y entes que permitan garantizar a los trabajadores y trabajadoras, condiciones de seguridad, salud y bienestar en un ambiente de trabajo adecuado y propicio para el ejercicio pleno de sus facultades físicas y mentales, mediante la promoción del trabajo seguro y saludable, la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales, la reparación integral del daño sufrido y la promoción e incentivo al desarrollo de programas para la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social."

Así mismo contempla:

- Los derechos y deberes de los trabajadores y trabajadoras, y de los empleadores y empleadoras, en cuanto a la seguridad, salud y ambiente de trabajo; y lo relativo a la recreación, utilización del tiempo libre, descanso y turismo social.
- Las sanciones por el incumplimiento de la normativa.
- Las prestaciones derivadas de la subrogación por el Sistema de Seguridad Social de la responsabilidad material y objetiva de los empleadores y empleadoras en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.
- La responsabilidad del empleador y de la empleadora, ante la existencia de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

Destacándose como uno de los principales deberes, la prohibición del acoso sexual y la discriminación por parte de los patronos y las patronas (artículo 56 LOPCYMAT).

En la legislación Europea, el primero de enero de 1993, los Estados Miembros, adecuaron su normativa a la materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, conforme a lo establecido en la Directiva 89/391, que trata la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, a excepción de España, que incumplió debido a una política deslavazada llevada a cabo para ese entonces.

No obstante, el artículo 40.2 de la Constitución Española, encomienda a los poderes públicos como uno de los principios rectores de la política social y económica, "velar por la seguridad e higiene en el trabajo". Con fundamento a este mandamiento constitucional, España aprobó con mucho retraso la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) en lo sucesivo LPRL, cuyo objetivo general y principal sigue siendo el de:

"...determinar un cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados del trabajo y de sus condicionantes"

Así como el más específico de "promover la seguridad y la salud de los trabajadores".

En este sentido, la LPRL, a fin de cumplir con todos las disposiciones, planteó la integración de la actividad preventiva y la obligación formal del empresario de elaborar un Plan de Prevención de Riesgos, que dio curso al Real Decreto 39/1997, de 17 de enero y condujo el 27 de junio de 1997, a la aprobación del Reglamento de los Servicios de Prevención. Luego, a través de la Orden Ministerial de 30 de marzo de 1999, se estableció el día 28 de abril de cada año, como el "Día de la Seguridad y Salud en el Trabajo", con el propósito de que sea una reivindicación constante de los agentes sociales para celebrar y divulgar la cultura prevencionista.

La primera modificación importante que tiene la LPRL, se plasma en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre. Luego, se aprueba el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, que regula la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales y que modifica el Reglamento, sobre la organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las modificaciones más sustanciales que se introducen a la LPRL, fueron dos. La primera de índole administrativo, instando a las administraciones del Estado a colaborar con planes específicos, configurando la habilitación de funcionarios públicos. La segunda, consistente en la integración de la prevención de riesgos laborales en las empresas. Igualmente, se estableció circunstancias en las que se recomiendan la presencia de recursos preventivos en determinados procesos peligrosos o con riesgos especiales.

Así mismo, la norma de prevención española, recoge en la modificación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de prevención de riesgos laborales. Y en la última modificación de 22 de diciembre 2009, amplia los objetivos de la política de prevención de riesgos laborales, al igual que los planes de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.

Por otra parte, en cumplimiento al Mandato Constitucional Español, el Gobierno conjuntamente con las CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO[2], acordaron propulsar la denominada "Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo", la cual fue refrendada por el Consejo Ministerial el 22 de abril de 2005.

La estrategia, constituye el instrumento para establecer el marco general de las políticas de prevención de riesgos laborales a corto, medio y largo plazo, durante el período 2007-2012.

La iniciativa responde a tres exigencias fundamentales. En primer lugar, la exigencia social, que consiste en involucrar a los poderes públicos y el resto de los actores implicados en la prevención de riesgos laborales, a unir esfuerzo para reducir la siniestralidad. En segundo lugar, la exigencia política, que versa sobre el análisis y estudio de aciertos y errores en la aplicación de medidas consagradas en la LPRL. Por último, la articulación adecuada y respetuosa con la distribución constitucional de competencias.

En tal sentido, el objetivo general de esta estrategia, consiste en lograr una reducción significativa de la siniestralidad laboral, el acercamiento a los valores medios de la Unión Europea, tanto en lo referente a los accidentes de trabajo como a las enfermedades profesionales. Así como, también a la mejora progresiva de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

La acción preventiva como ejercicio para garantizar la salud ocupacional.

Los cambios tecnológicos en el campo laboral, generan nuevos conceptos ideológicos, definidos por el autor español Carlos Palomeque López como "La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante" (2002:38).

Cada país determina en su ordenamiento jurídico la definición de protección a la vida y salud de los trabajadores, aún cuando la tendencia ha sido ampliar el concepto.

---

2 Confederación Española de Organizaciones Empresariales; Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa; Unión General de Trabajadores de España; Confederación Sindical de Comisiones Obreras de España.

La autora española María Luisa Martín Hernández (2006:28), señala que existen tres grandes formas de entender la protección:

a) La reparación, como la definición más restringida.
b) La protección propiamente dicha, que significa evitar los daños. Es decir que ocurran los riesgos en los ambientes de trabajo.
c) La prevención, como la forma más ambiciosa de protección eficaz de la salud y seguridad de los trabajadores.

Las señaladas visiones, son concurrentes; en cuanto que se trata de evitar no solo los daños, sino los riesgos; o en lo mejor de los casos convendría garantizar la reparación del daño.

De manera que, correspondería al derecho positivo definir y determinar sobre quien recae la obligación de proporcionar la protección eficaz a los trabajadores. En este contexto, el derecho positivo está supeditado al momento histórico; a la situación económica, social y política de cada país.

Es por ello, que aludir la protección eficaz, conllevaría a tratar la materia de seguridad y salud en el trabajo, la cual consiste en un conjunto de materias interdisciplinarias (técnicas, científicas, economías, físicas, químicas, etc.), que de acuerdo a la evolución de dichas disciplinas dependería la eficacia de las normas. Es decir, que la eficacia de las normas dependería de la acertada coordinación de la disciplina ejecutada; un ejemplo de ello, es el uso del casco en los ambientes laborales. No solo debe dársele el casco al trabajador o a la trabajadora, sino proporcionarle el máximo nivel de protección frente al tipo de riesgo. También es importante la labor del propio trabajador o la trabajadora en esta situación; por cuanto que el trabajador o la trabajadora deben colaborar tanto a nivel individual como colectivo. El trabajador o la trabajadora es destinatario de la protección, en este sentido debe cumplir la obligación de colaborar con el empleador o la empleadora. Esto obviamente, no exime a los responsables del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

En este orden de ideas, la legislación venezolana en los artículos 54 y 56 de la LOPCYMAT establece los deberes de los trabajadores y las trabajadoras, así como los deberes de los empleadores y las empleadoras, en la acción plena de propiciar un ambiente seguro y saludable.

Así mismo, la norma in comento, atribuye obligaciones a los empleadores y las empleadoras de "garantizar" a los trabajadores y las trabajadoras, condiciones de seguridad en los medios laborales

que incluyen denunciar los casos de siniestralidad, así como la instrucción y capacitación a los trabajadores y las trabajadoras, respecto a la prevención de los accidentes. Lo que significa, que la efectividad del derecho de los operarios y las operarias, a una protección eficaz, depende la acción u omisión del empleador y la empleadora.

Ante los infortunios laborales, la legislación venezolana, dispone de dos condiciones para establecer la indemnización de los daños y perjuicio sufridos con ocasión a la relación de trabajo. La primera condición denominada responsabilidad objetiva, o definida doctrinariamente como la teoría de los riesgos, la cual esta subrogada a las obligaciones establecidas en el artículo 585 de la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en concordancia con los artículos 2 y 5 de la Ley del Seguro Social; y la segunda condición llamada responsabilidad subjetiva, que dispone conforme a lo previsto en el artículo 116 LOPCYMAT responsabilidades y sanciones administrativas, penales y civiles, a los empleadores y las empleadoras, con ocasión a los accidentes laborales o enfermedades profesionales, siempre que sea demostrado este hecho.

En relación a esta última, cabe resaltar lo asentado por la jurisprudencia patria, al señalar que cuando el trabajador accidentado demanda las indemnizaciones contempladas en los artículos 560 y siguientes de la Ley Orgánica del Trabajo y las consagradas en el artículo 130 LOPCYMAT, el sentenciador debe considerar:

> "... Según como el accionado dé contestación a la demanda, se fijará la distribución de la carga de la prueba en el proceso laboral.
>
> Por tanto, el demandado en el proceso laboral tiene la carga de probar todos aquellos alegatos nuevos que le sirvan de fundamento para rechazar las pretensiones del actor.. "(Sentencia de la Sala de Casación Social, de fecha 15 de marzo de 2000, Exp. Nº 98-819).

Es decir, que en función a la anterior tesis la carga de la prueba se invierte hacia el empleador o la empleadora, en razón a la presunción iuris tantum. De tal manera, que la responsabilidad patronal deriva de los argumentos en que se apoye su contestación para desvirtuar la culpa.

De este modo, la obligación descansa en una responsabilidad contractual ficticia, toda vez que el reconocimiento jurídico ante la

seguridad y salud del trabajador o la trabajadora, dependerá de los artilugios procesales, para garantizar la efectividad de los derechos subjetivo de los trabajadores o las trabajadoras. Evidentemente, que la simple acción jurídica a favor de los sujetos de derechos, no aseguran el buen funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones del responsable.

Cabe citar, la proposición acertada que hace la autora Martínez, al señalar que

> "La garantía de la efectividad del derecho subjetivo de los trabajadores requiere necesariamente poner a disposición de sus titulares una serie de mecanismos de tutela de ejercicio voluntario y libre que les permite obtener la satisfacción de tal derecho subjetivo, aún contra la resistencia del empresario...." (Los Medios de Tutela del Derecho. Cap. IV Pag. 332).

La legislación española, señala en el Capitulo III de la LPRL., las disposiciones sobre derechos y obligaciones frente a los riesgos laborales. Tal, derecho supone el deber del "empresario" y la "administración pública" de proteger a los trabajadores ante los riesgos laborales. Así como garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y las trabajadoras en todos sus aspectos relacionados con el trabajo. Igualmente, la obligación se extiende a informar sobre la existencia de "riesgos graves e inminentes" que afecten a los trabajadores y las trabajadoras y el deber de adoptar las medidas necesarias en función de dichos eventos (Artículo 21 LPRL). Así mismo, el artículo 19, establece la garantía de la "formación técnica y práctica suficiente y adecuada en materia preventiva" y el artículo 28, señala la obligación de educar en el ámbito ocupacional a los trabajadores bajo la relación temporal.

De tal manera, que el ordenamiento jurídico español, reconoce de forma explícita el derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, no se ha reglamentado por completo el derecho atribuido a los trabajadores y las trabajadoras a disfrutar la real protección eficaz, en tanto que se ha puesto más énfasis en la aprobación de meras normas sobre seguridad y salud en el trabajo, que en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de prevención de riesgos laborales.

Además, la normativa adolece en algunos casos de cierta generalidad, que ha dado lugar a la inadecuada integración de la materia preventiva en los sectores laborales.

Por otra parte, la LPRL dispone que ante las omisiones de las obligaciones de los empresarios en materia de prevención de riesgos laborales, este hecho conlleva a determinar responsabilidades y sanciones administrativas, penales y civiles, por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. Las responsabilidades administrativas, serán compatibles con las indemnizaciones, de acuerdo a los daños ocurridos y de recargo de prestaciones económicas, conforme a lo regulado en la normativa del Sistema de Seguridad Social (Artículo 42 LPRL).

A la luz de ambas legislaciones, se percibe que la aplicación a la normativa, está concebida para evitar las consecuencias sancionatorias y no para garantizar una protección eficaz frente a los riesgos laborales, ya que no basta con identificar los riesgos; es necesario evitarlos.

En este orden de ideas, bien vale citar al autor venezolano Héctor Lucena (2001) cuando expresa:

> "...la finalidad de la responsabilidad establecida en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, no es la de sancionar al patrono, ni la de establecer responsabilidades, sino que por el contrario, su objeto central es el de humanizar el trabajo, mejorando la calidad de vida del trabajador".

De manera pues, que convendría que el obligado o la obligada, no se limite a cumplir con los dispositivos básicos de seguridad tipificados en la norma preventiva, también procure introducir mecanismos innovadores e idóneos para establecer garantías de protección o implementar acciones para crear una cultura preventiva ante los actores sociales y a la colectividad en general.

Desde luego, que los presupuestos de una protección eficaz en el ámbito laboral, dependen de la gestión activa, permanente y dinámica; encaminada a prevenir los riesgos dentro de las empresas y adaptar las medidas a los concretos riesgos laborales existentes en cada momento.

Es importante destacar, que en Venezuela de acuerdo con las estadísticas de la Dirección Estadal de Salud de los Trabajadores (DIRESAT) y el Sistema Integrado para la gestión del Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laboral (SIGI), sólo a nivel del Área Metropolitana de Caracas y el estado Vargas en el año 2008 se

registraron 1.183 accidentes laborales, incrementándose en un 6% con respecto al año 2007. Así mismo, según la oficina de estadística de la Unión Europea, España registró para el año 2007, el 20% de accidentes mortales.

Tan importante cifra, hace reflexionar que se debe trabajar más en esta materia, por lo tanto convendría aplicar nuevos enfoques en el área preventiva, que estimulen al trabajador y a la trabajadora a participar en las actividades formativas e informativas; involucrar activamente, a los dirigentes sindicales y a los entes administrativos del estado como actores de cooperación en la tarea preventiva. Tal aseveración, se corresponde con la opinión de la autora española María del Mar Mirón Hernández, al señalar que el

> "carácter expansivo se patentiza no sólo en el deber de formación que recae sobre el empresario público o privado, pues el deber de formar se extiende tanto a los trabajadores que realizan prestaciones laborales específicas, como a los que de una u otra forma, están implicados en la aplicación de la política preventiva...." (Formación Profesional en la Relación Laboral, 2005:149).

Este enfoque, es de vital importancia para diversos países, particularmente aquellos que han ratificado el Convenio 155 de la O.I.T "sobre la Seguridad y Salud de los Trabajadores", como es el caso de Venezuela y España.

Conclusiones

Se concluye señalando, que a medida que los países desarrollados o subdesarrollos, implementen políticas y estrategias acorde con la disminución de siniestralidad, y se produzcan normas jurídicas coherentes y adaptadas a los requerimientos y circunstancias vigentes, se estaría en presencia de "garantías" en el tratamiento de la Seguridad y Salud en el ámbito laboral.

Desde esa perspectiva, el derecho tutelado del trabajador o trabajadora se consagraría en una acción constante por parte de los responsables, aplicando medidas esenciales para prevenir accidentes ocupacionales y no dejar en letra muerte los instrumentos legales.

Para ello, es fundamental establecer nuevos enfoques en el área de la salud, partiendo de la formación profesional, introduciendo el tema de la prevención de accidentes como pilar básico, en función de

crear conciencia de las condiciones y actos en los lugares de trabajo. Ejecutando, programas en el área ocupacional adaptados a la organización gerencial, planeación, control y evaluación de todas las actividades, tendientes a preservar y mejorar la salud individual y colectiva de los trabajadores.

Igualmente, las naciones ante los cambios sistemáticos en el campo laboral, convendría incentivar a la administración pública y privada a realizar importantes inversiones en materia de seguridad y salud ocupacional.

Referencias bibliográficas

LUCENA, Héctor (2001). "Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales". Caracas, Venezuela, Editorial Aguilar.

MARTINEZ H., María Luisa (2009). "Los Medios de Tutela del Derecho". España. Editorial Alianza.

MIRON H., María del Mar (2008). "Formación Profesional en la Relación Laboral". España, Editorial Civista.

PALOMEQUE L., Manuel Carlos (2009). Derecho del Trabajo. España, Editorial Universitaria Ramón Areces.

RODRÍGUEZ, F. (2000). La Accidentabilidad Laboral (Reportaje en Línea). Disponible: http://www.googli.com.accidentes.laborales

Referencias Normativas

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial 5.453 del 24 de Marzo de 2000.

Constitución Española de 27 de Diciembre de 1978.

Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Nº 5.152 (Extraordinaria), Junio 19, 1997.

Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial Nº 38.236 del 26-07-2005.

Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo. Gaceta Oficial Nº 38.596 del 03-01-2007.

Ley del Estatuto de los Trabajadores. 1980 / España.

Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de 8 de Noviembre España.

PIERRE TAPIA, Oscar R. (2000) Jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. Agosto-Septiembre de 2000. Caracas: Editorial Pierre Tapia, S.R.L.

_____ (2001) Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Agosto-Septiembre de 2001. Caracas: Editorial Pierre Tapia, S.R.L.

_____ (2002) Jurisprudencia de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Noviembre de 2002. Caracas: Editorial Pierre Tapia, S.R.L.

Normas para colaboradores(as) de la revista *Magistra*

Los artículos científicos a ser considerados para su publicación por el Consejo Editorial de la revista *MAGISTRA* deben cumplir con las siguientes recomendaciones:

- La revista *MAGISTRA* sólo considerará para su publicación trabajos inéditos y que no hayan sido propuestos simultáneamente a otras revistas.
- Las propuestas deben incluir el título del artículo, nombre del autor, sinopsis curricular y dirección postal o institucional, un resumen en español e inglés, tres palabras clave utilizadas y el nombre del proyecto de investigación del cual es resultado. En ningún caso los resúmenes pueden exceder los 1.200 caracteres.
- Los artículos propuestos tendrán una extensión entre 20 y 30 páginas escritas a espacio y medio en letra 12 puntos, Arial o Verdana, y en papel tamaño carta, incluyendo las notas, cuadros y referencias bibliográficas.
- Las propuestas deben ser enviadas en disquete y/o disco compacto y tres copias impresas indicando el programa utilizado; o también como documento al correo electrónico del Servicio Autónomo de Información y Documentación Judicial, Dirección de Recursos Documentales, Investigación y Desarrollo de la Escuela Nacional de la Magistratura (e-mail: revistamagistra@gmail.com)
- Cuando se requiera el apoyo de gráficos, cuadros o mapas, se debe enviar una versión en blanco y negro a la medida de la mancha de la revista como parte del original, indicando el lugar y la página donde serán colocados, o si éstos van a ser incluidos como anexo o apéndice del artículo.
- Las notas deben colocarse numeradas a pie de página y separadas de las referencias bibliográficas.

- La bibliografía deberá seguir el modelo APA (American Psycological Association) de la siguiente forma:
  Libros: FLORES CAZORLA, M. (1987). *Delincuencia juvenil y familia en la doctrina criminológica.* Valencia, Universidad de Carabobo, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico.
  Revistas o publicaciones periódicas: PALAZZI, P. A. (1999). "El Hábeas Data en el Derecho Argentino". *Revista Internacional de Derecho e Informática.* N° 01: páginas 16-53.
  Artículo en libro compilado: IRAZU SILVA, J.L. (2000). "Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". En MORAIS DE GUERRERO, M.G. (Coord.). *Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.* pp. 232-240. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello.
  Páginas Web: Tribunal Supremo de Justicia, fecha: 8 de noviembre de 2003. [On line] Página: http://www.tsj.gov.ve
  Ponencia presentada en evento: ORTIZ, R. (1997, octubre). *Una experiencia de formación de postgrado en Derecho.* Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano sobre Formación Avanzada en Derecho. Salamanca, Universidad de Salamanca.
- La presentación de las citas o referencias bibliográficas se realizará con el sistema autor-fecha, incluyéndolas en el texto, indicando el apellido del autor, el año de la publicación y la página (ejemplo: Cedeño, 2004: 12). En caso que se haga referencia a dos autores, deben escribirse los apellidos de ambos (ejemplo: González y Morales, 1997: 26). Si son más de dos autores, deberá escribirse "y otros" (ejemplo: Núñez y otros, 1978: 127).
- Una vez constatado el cumplimiento de las normas, el Consejo Editorial procederá a someter las propuestas al menos a un/a árbitro/a, de manera anónima, entre especialistas o pares investigadores/as. Las sugerencias de éste/a, cuando las hubiere, serán dadas a conocer, con la confidencialidad del caso, a cada autor/a.
- La revista *MAGISTRA* aceptará artículos para someterlo a arbitraje durante todo el año.
- Los/as autores/as recibirán un ejemplar de la revista *MAGISTRA* en la cual ha sido publicado su artículo.

Magistra • Año 5 • No. 1
Revista de la Escuela Nacional de la Magistratura
se terminó de imprimir en noviembre de 2011
en los talleres gráficos de Ediciones Astro Data, S.A.
edicionesastrodata@cantv.net
Maracaibo, Venezuela



República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Escuela Nacional de la Magistratura

