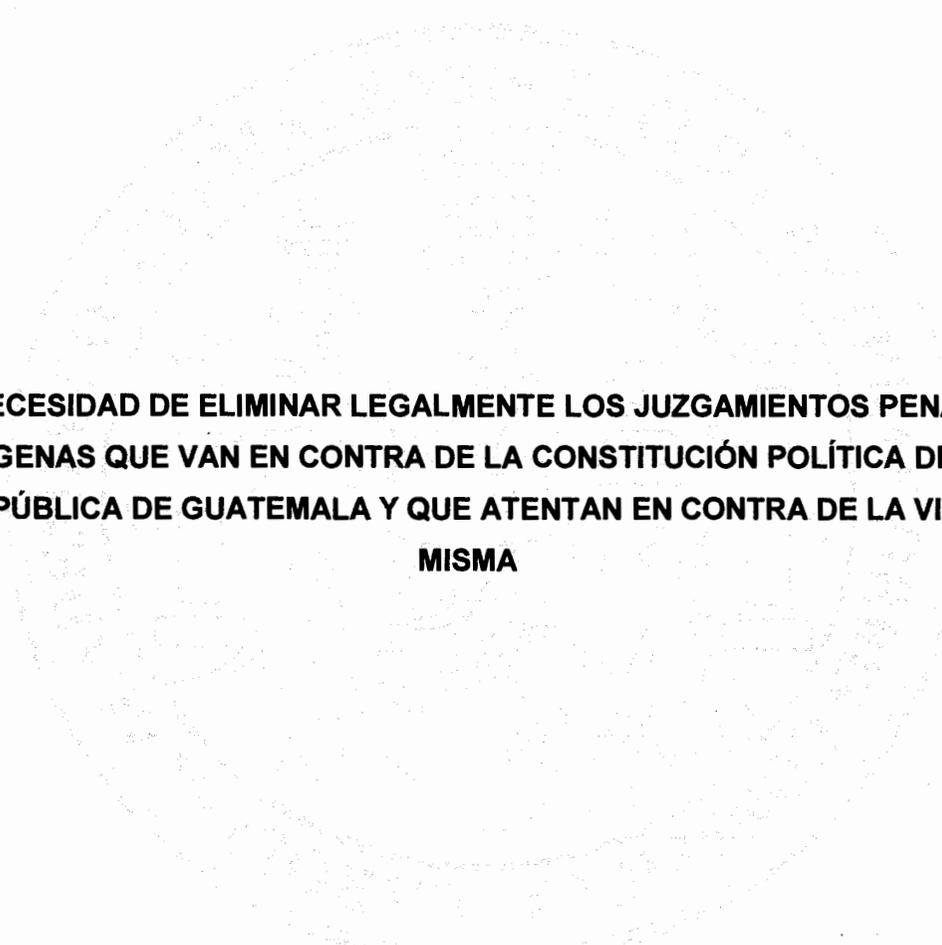


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES
INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA
MISMA**

GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES
INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA
MISMA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
por

GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ

previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, agosto de 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Secretario:	Lic. Rolando Echeverría Morataya
Vocal:	Licda. Enma Graciela Salazar Castillo

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval
Secretario:	Lic. Mario Ramiro Pérez Guerra
Vocal:	Lic. Julio César Quiroa Higueros

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y Contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

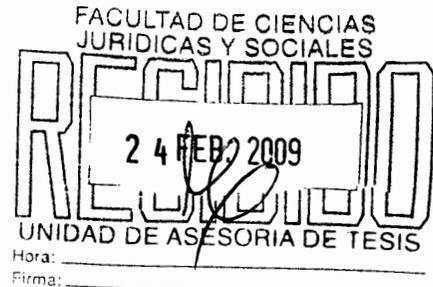


LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.
TEL.22324664

Guatemala, 18 de febrero de 2009.-

SEÑOR
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO

SEÑOR:



De la manera más atenta me permito comunicarle que he cumplido con la función de Asesor de Tesis del estudiante GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ, intitulado "LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA MISMA", el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece la normativa de esta facultad, y ermito el dictamen siguiente:

I. Considero que el tema investigado por el estudiante Aceituno Jiménez, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos exigidos por el normativo correspondiente, sino además se presenta con una temática de especial importancia para que los líderes indígenas puedan participar en una reforma constitucional para legalizar un pluralismo jurídico que permita aplicar el Derecho Penal indígena.

II. En relación a las técnicas, se emplearon ficheros, fichas de trabajo, anexos, en los cuales hace aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización. Según mi criterio la estructura de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación que presenta son sendas puntualizadas, que conlleva a fundar la importancia de eliminar legalmente los juzgamientos penales indígenas, que van en contra de la Constitución Política de la República de Guatemala.

III. He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática embozada, con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación.



LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
ABOGADO Y NOTARIO
5ª. Avenida 10-68 zona 1 Of.302 piso 3
Edif. Helvetia, Guatemala, C.A.
TEL.22324664

IV. La bibliografía empleada por el estudiante, fue la adecuada al tema elaborado y sus conclusiones resultan congruentes con su contenido y las recomendaciones son consecuencia del análisis jurídico de la investigación realizada.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal examinador en el **EXAMEN GENERAL PÚBLICO**, previo a optar por el agrado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted aprovechando la oportunidad para hacerle llegar mis muestras de respeto y alta estima.

Atentamente,

F) 
LIC. NAPOLEÓN GILBERTO OROZCO MONZÓN
COL. 2661

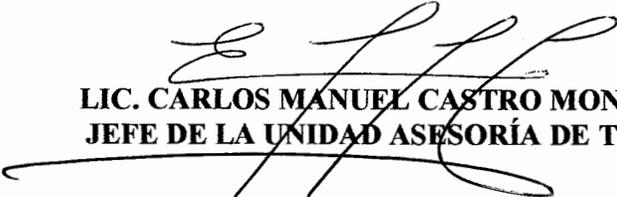
Lic. Napoleón Gilberto Orozco Monzón
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de febrero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EFRAÍN ANTONIO RUIZ BARRIENTOS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ, Intitulado: “LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA MISMA”.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



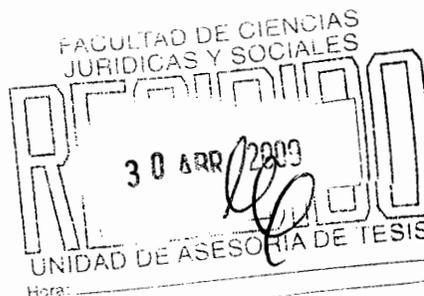
cc.Unidad de Tesis
CMCM/sllh



LICENCIADO EFRAÍN ANTONIO RUÍZ BARRIENTOS
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. Calle 4-99 zona 1 municipio de Mixco
Teléfonos: 24328676, cel. 55347334

Guatemala 23 de abril de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Respetable Licenciado:

Con fundamento en la designación recaída en mi persona por medio de providencia de fecha veintiséis de febrero 2009, dictada por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, me dirijo a usted con el objeto de rendir informe sobre la labor que desarrollé como REVISOR DEL TRABAJO DE TESIS realizado por el Bachiller GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ cuyo título es: "LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA MISMA"

En mi calidad de revisor, procedí a realizar un análisis de los aspectos importantes de forma y fondo, con el objeto de sugerir las modificaciones que consideré indispensables, siempre con el respeto debido del criterio del bachiller Gaspar Rodolfo Aceituno Jiménez, haciendo constar que al extender el presente dictamen, se tomó en cuenta los siguientes aspectos:

- a. Contenido científico y técnico: La tesis cuenta con un contenido científico y técnico, por el hecho que el ponente demuestra una investigación documental acuciosa y objetiva al haberse apoyado con fuente bibliográfica adecuada, sino también se detecta un contacto directo con la realidad.
- b. Metodología y Técnicas: Los métodos utilizados fueron: el método sintético, con el que se concluyó sobre el tema; el analítico: que nos describió la problemática de la investigación; el deductivo, con el que se profundizó el tema desde un aspecto legal. En cuanto a las técnicas utilizadas y que



LICENCIADO EFRAÍN ANTONIO RUÍZ BARRIENTOS
ABOGADO Y NOTARIO
6ª. Calle 4-99 zona 1 municipio de Mixco
Teléfonos: 24328676, cel. 55347334

sirvieron de apoyo en la recopilación de la información para el análisis del tema fueron las fichas bibliográficas y documental.

- c. Redacción: La redacción del presente trabajo de tesis me parece bastante clara, adecuada con el tema y con un texto jurídico correcto y práctico, en vista que en su mayoría el ponente utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.
- d. Contribución científica; El presente trabajo de investigación es un aporte a la ciencia del Derecho, a los profesionales del derecho y estudiantes, por lo novedoso del enfoque.
- e. Conclusiones y recomendaciones: Se comparte con el sustentante los argumentos vertidos, ya que las mismas se encuentran debidamente fundamentadas, se concluye con la necesidad que existe de eliminar los juzgamientos penales indígenas y a la vez se recomienda un pluralismo jurídico penal.
- f. Bibliografía: La bibliografía utilizada en el presente trabajo, tanto la documental como la legislación, fue la más adecuada para la investigación del tema y que fue de fácil acceso a la misma.

Lo anterior me lleva a concluir que el presente trabajo de tesis fue sustentado y cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que resulta procedente aprobar el trabajo de tesis revisado, razón por la cual doy mi **DICTAMEN EN SENTIDO FAVORABLE**.

Atentamente

Dr. Efraín Antonio Ruiz Barrientos
ABOGADO Y NOTARIO

F) _____
LICENCIADO EFRAÍN ANTONIO RUÍZ BARRIENTOS
Colegiado No. 4842



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de agosto de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante GASPAR RODOLFO ACEITUNO JIMÉNEZ, titulado LA NECESIDAD DE ELIMINAR LEGALMENTE LOS JUZGAMIENTOS PENALES INDÍGENAS QUE VAN EN CONTRA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y QUE ATENTAN EN CONTRA DE LA VIDA MISMA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

BAMO/iyc



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser Supremo que me ha concedido el don de la vida y la bendición de alcanzar esta meta.
- A MIS PADRES:** Carmen Jiménez de Aceituno (Q.E.P.D.) y Pedro Aceituno Solís (Q.E.P.D), Dios me bendijo que fueran mis padres, y quienes viven por siempre en mi ser.
- A MI ESPOSA:** Por todos esos momentos.
- A MIS HIJOS:** Bárbara, José Luis, Luis Rodolfo y Ofelia. Especialmente a José Luis, por haber sido bastión importante en la preparación de mis exámenes privados.
- A MI NIETO:** Sebastián, tu nacimiento cambió mi vida.
- A MIS HERMANOS:** Enrique (Q.E.P.D.) Josefina, Glenda, Mario y Carmen, por su comprensión y apoyo en mi vida.
- A MIS COMPAÑEROS:** Quienes tienen la paciencia de escucharme y yo la oportunidad de oírlos.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser la única universidad estatal y por haberme dado la oportunidad de ingresar a ella.
- A:** La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por la formación profesional que en ella recibí.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derechos humanos.

1.1 Evolución histórica.....	1
1.2 Origen.....	3
1.3 Conformación del concepto de derechos humanos.....	12
1.4 Derechos humanos como derecho positivo.....	15
1.5 Internacionalización de los derechos humanos.....	17
1.6 Naturaleza de los derechos humanos.....	19
1.7 Derechos humanos y derechos constitucionales.....	21
1.8 Fundamento de los derechos humanos.....	22
1.9 La universalidad de los derechos humanos.....	26

CAPÍTULO II

2. Estado y derecho

2.1 Estado.....	29
2.2 Elementos que constituyen el Estado.....	33
2.3 La población.....	33
2.4 El territorio.....	36
2.5 El poder.....	38
2.6 La soberanía.....	39



2.7	El derecho.....	39
2.8	Características.....	41
2.9	Fuentes del derecho.....	43
2.10	Clasificación de las fuentes del derecho.....	43

CAPÍTULO III

3.	Violaciones de los derechos humanos por los pueblos indígenas	
3.1	Situación actual de Guatemala.....	45
3.2	Cosmovisión del derecho indígena.....	55
3.3	Derecho objetivo puede ser escrito o consuetudinario.....	56
3.4	La tortura como medio de justicia en los pueblos indígenas.....	60
3.5	Derechos de los pueblos y comunidades indígenas en América.....	61

CAPITULO IV

4.	Principio de legalidad y la costumbre	
4.1	Definición de principio de legalidad.....	67
4.2	Efectos.....	71
4.3	Regulación legal.....	72
4.4	Naturaleza jurídica.....	89
4.5	La costumbre.....	90
4.6	La costumbre como fuente del derecho.....	91
4.7	Interpretación legal y constitucional.....	92



Pág

CONCLUSIONES.....	97
RECOMENDACIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	101



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo deviene de la necesidad de eliminarse los juzgamientos penales indígenas, ya que atentan en contra del principio de legalidad y sobre todo la vida que es el mayor de los bienes tutelados por el Estado de Guatemala, tema que ha sido de gran inquietud investigarlo, por la forma en que ha sido aplicado por ciertos grupos que lo actúan al margen del ordenamiento jurídico guatemalteco, lo cual ha dado como resultado que dicha situación provoque que se convierta en una forma que favorece la impunidad.

La definición del problema, se refiere concretamente a que los juzgamientos penales indígenas provocan, que se cometan hechos que atentan contra la integridad física e incluso la vida de las personas que son sometidos al mismo.

La hipótesis consistió en que los juzgamientos penales indígenas, contravienen el principio de legalidad y sobre todo la vida que es el mayor de los bienes tutelados por el Estado de Guatemala.

Los objetivos que se propusieron fueron: a) Demostrar la existencia de transgresión al principio de legalidad, estatuido en la Constitución Política de la República de Guatemala, Código Procesal Penal y otros cuerpos normativos del ordenamiento jurídico Guatemalteco; y, b) Establecer si dicho quebrantamiento, constituye un motivo por el cual se vulneren los derechos de los individuos, que son sujetos a la forma de hacer justicia por parte de ciertos grupos indígenas.

Como supuesto angular, se puede indicar que el principio de legalidad es una institución jurídica, en la cual se basa el sistema jurídico penal, destinado a proteger a toda persona para no ser sujeta de sanción punitiva, sin que previamente dicho acto se encuentre regulado como delito.

La investigación se desarrolló en cuatro capítulos: En el primero se inició haciendo



reseña al tema de los derechos humanos, definición, su evolución histórica, su origen, conformación y también se analiza los derechos humanos constitucionales así como su universalidad; dentro del segundo se desglosó lo pertinente a el tema del Estado y el Derecho; en el tercero se expuso la violación de los derechos humanos por parte de los pueblos indígenas y, en el cuarto se realizó el análisis al principio de legalidad, la interpretación constitucional y legal con lo que respecta al tema de investigación de tesis.

Métodos empleados, el analítico, por medio del cual se descompuso los temas principales en subtemas, además se utilizo para realizar un estudio exhaustivo de las leyes, normas y diversos textos, con el propósito de encontrar las posibles soluciones, así mismo, se integraron los procedimientos de inducción, deducción y síntesis, dando como resultado, el estudio de temas doctrinarios referentes a la tramitación que se establece para el antejuicio y por último, con la finalidad de recopilar información y su posterior registro, se hizo uso de las técnicas bibliográficas, documental y la observación directa.

Con el estudio realizado se comprobó la ilegalidad y la violación de los derechos humanos en relación a las penas que se imponen en los juzgamientos penales indígenas, primero porque las castigos que se imponen, atentan en contra de la integridad física y dignidad de la persona; además se puso en evidencia la falta de cumplimiento hacia el sistema jurídico formal, debido a que existe cierto grupo de personas que forman parte del pueblo indígena que realizan funciones de la administración de justicia, las cuales no le han sido otorgadas por la ley, violando de esta manera el principio constitucional de exclusividad de la Corte Suprema de Justicia, como único órgano encargado de dicha función dentro del Estado.



CAPÍTULO I

1. Derechos humanos

Se entiende por cultura de los derechos humanos las actitudes ético-políticas que se impulsan desde el Estado y la sociedad, para aplicar las tres generaciones de derechos humanos en la estabilización de la convivencia política, social y cultural entre los ciudadanos. Por derechos humanos de las culturas, se entiende los derechos de los colectivos sociales diferenciados (pueblos indígenas, comunidades negras, poblaciones transeúntes y emigrantes), a preservar su identidad, autonomía y paz. Mientras que la cultura de los derechos, es marcadamente regulatoria por su intencionalidad, los derechos humanos de las culturas son decididamente emancipatorios por su calidad diversa.

1.1. Evolución histórica

Los derechos humanos no son un invento moderno. El deseo de un mundo más justo, más libre y más solidario ha sido una aspiración común desde que existe el ser humano.

Las primeras noticias documentadas aparecen en el Código de Hammurabi y en el Libro de los Muertos egipcio. Más tarde, la cultura griega supuso un avance substancial, estableciendo el nacimiento de la democracia y un nuevo concepto de la dignidad humana.



Al mismo tiempo, el pueblo judío, y en especial sus profetas, hacen relevantes declaraciones que exhortan a los poderosos a actuar con justicia.

De otra zona geográfica, pero de la misma época, con la importante contribución de Confucio, y un poco más tarde de Buda, con los que comenzó también a cambiar la mentalidad y la práctica social del lejano oriente. En los primeros años después de Cristo, se produce otro salto cualitativo con los estoicos y los cristianos. Continuando con la tradición griega, se insiste y se profundiza más en la idea de dignidad e igualdad de los seres humanos.

En la Edad Media (año 610), Mahoma empieza a divulgar el Islam, lo cual supone humanizar las costumbres de las sociedades del Norte de África. En Europa, en el Renacimiento, período durante el que se insiste en la dignidad del ser humano como centro de su pensamiento, se profundiza en el problema de la libertad religiosa y política y se consigue el reconocimiento oficial de la tolerancia como principio básico de la convivencia política y religiosa.

El descubrimiento de América en 1492, aunque se dieron grandes abusos y explotaciones para los indígenas, supuso también motivo de reflexión sobre algunos aspectos, con las aportaciones de Fray Bartolomé de las Casas, o las propias Leyes de Indias. Esto, sin olvidar que la preocupación por los derechos de las personas estaba también presente en las culturas precolombinas.

Tras un difícil Siglo XVII en Europa, durante el cual se deterioraron de forma importante las condiciones de vida en el continente, aparecieron los ilustrados, los cuales posibilitaron que a finales del Siglo XVIII (en 1789), se proclamase en París la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, un logro fundamental en la larga evolución de las reivindicaciones de los derechos humanos.

Como resumen de este largo período, desde la más remota antigüedad hasta el Siglo XVIII, se puede decir que todas las culturas, en todos los continentes, han sentido la necesidad y la han desarrollado de diferentes maneras, de dedicar un interés progresivamente creciente a los derechos de las personas.

1.2. Origen

“Existe un importante debate sobre el origen cultural de los derechos humanos. Generalmente se considera que tienen su raíz en la cultura occidental moderna, pero existen al menos dos posturas principales más.”¹ Algunos afirman que todas las culturas poseen visiones de dignidad que se plasman en forma de derechos humanos, y hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Mandén, de 1222, declaración fundacional del Imperio de Malí.

No obstante, ni en japonés ni en sánscrito clásico, por ejemplo, existió el término derecho hasta que se produjeron contactos con la cultura occidental, ya que estas culturas han puesto tradicionalmente el acento en los deberes. “Existen también

¹ Sánchez Rubio, David. **Repensar derechos humanos**. Pág. 102



quienes consideran que Occidente no ha creado la idea ni el concepto de derechos humanos, aunque sí una manera concreta de sistematizarlos, una discusión progresiva y el proyecto de una filosofía de los derechos humanos.²

Las teorías que defienden el universalismo de los derechos humanos se suelen contraponer al relativismo cultural, que afirma la validez de todos los sistemas culturales y la imposibilidad de cualquier valoración absoluta desde un marco externo, que en este caso serían los derechos humanos universales. Entre estas dos posturas extremas se sitúa una gama de posiciones intermedias.

Muchas declaraciones de derechos humanos emitidas por organizaciones internacionales regionales ponen un acento mayor o menor en el aspecto cultural y dan más importancia a determinados derechos de acuerdo con su trayectoria histórica. La Organización para la Unidad Africana proclamó en 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que recogía principios de la Declaración Universal de 1948 y añadía otros que tradicionalmente se habían negado en África, como el derecho de libre determinación o el deber de los Estados de eliminar todas las formas de explotación económica extranjera.

Más tarde, “los Estados africanos que acordaron la Declaración de Túnez, el 6 de noviembre de 1993, afirmaron que no puede prescribirse un modelo determinado a nivel universal, ya que no pueden desatenderse las realidades históricas y culturales de cada

² Paulin J. Hountondji. *El discurso del amo*. Pág. 357



nación y las tradiciones, normas y valores de cada pueblo.”³ En una línea similar se pronuncian la Declaración de Bangkok, emitida por países asiáticos el 23 de abril de 1993, y de El Cairo, firmada por la Organización de la Conferencia Islámica el 5 de agosto de 1990.

También la visión occidental-capitalista de los derechos humanos, centrada en los derechos civiles y políticos se opuso a menudo durante la Guerra Fría, destacablemente en el seno de las Naciones Unidas, a la del bloque socialista, que privilegiaba los derechos económicos, sociales y culturales y la satisfacción de las necesidades elementales.

Muchos filósofos e historiadores del derecho consideran que no puede hablarse de derechos humanos hasta la modernidad en Occidente. Hasta entonces, las normas de la comunidad, concebidas en relación con el orden cósmico, no dejaban espacio para el ser humano como sujeto singular, concibiéndose “el derecho primariamente como el orden objetivo de la sociedad. La sociedad estamental tenía su centro en grupos como la familia, el linaje o las corporaciones profesionales o laborales,”⁴ lo que implica que no se concebían facultades propias del ser humano en cuanto que tal, facultades de exigir o reclamar algo.

Por el contrario, todo poder atribuido al individuo derivaba de un doble status: el del

³ Carrillo-Salcedo, Juan Antonio. **Dignidad frente a barbarie**. Pág. 116

⁴ Molas, Pérez: **Manual de Historia Moderna**. Pág. 72

sujeto en el seno de la familia y el de ésta en la sociedad. Fuera del status no había derechos.

La existencia de los derechos subjetivos, tal y como se piensan en la actualidad, fue objeto de debate durante los Siglos XVI, XVII y XVIII. Habitualmente se dice que los derechos humanos son producto de la afirmación progresiva de la individualidad y “de acuerdo con ello, que la idea de derechos del hombre apareció por primera vez durante la lucha burguesa contra el sistema del Antiguo Régimen.”⁵

Siendo ésta la consideración más extendida, otros autores consideran que: “los derechos humanos son una constante en la Historia y hunden sus raíces en el mundo clásico; también que su origen se encuentra en la afirmación del cristianismo de la dignidad moral del hombre en tanto que persona.”⁶

Del Cilindro de Ciro, que es la Primera Declaración de Derechos Humanos. Uno de los documentos más antiguos que se han vinculado con los derechos humanos es el Cilindro de Ciro, que contiene una declaración del rey persa Ciro el Grande tras su conquista de Babilonia en 539 a. C. Fue descubierto en 1879 y la Organización de las Naciones Unidas lo tradujo en 1971 a todos sus idiomas oficiales.

Puede enmarcarse en una tradición mesopotámica centrada en la figura del rey justo,

⁵ Ketchekian, S. F. **Origen y evolución de los derechos del hombre en la Historia de las ideas políticas.** Pág. 324.

⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, **Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución.** Pág. 25



cuyo primer ejemplo conocido es el rey Urukagina, de Lagash, que reinó durante el Siglo XXIV a. C., y donde cabe destacar también Hammurabi de Babilonia y su famoso Código, que data del Siglo XVIII a. C. No obstante, el Cilindro de Ciro presenta características novedosas, especialmente en lo relativo a la religión. Ha sido valorado positivamente por su sentido humanista e incluso se lo ha descrito como la primera declaración de derechos humanos. Numerosos historiadores, sin embargo, consideran que el término es ajeno a ese contexto histórico.

Documentos medievales y modernos, como la Carta Magna inglesa, de 1215, y la mandinga Carta de Mandén, de 1222, se han asociado también a los derechos humanos. En contra de esta idea, “José Ramón Narváez Hernández afirma que la Carta Magna no puede considerarse una declaración de derechos humanos, ya que en esta época existen derechos pero sólo entre iguales, y no con carácter universal, no se predica la igualdad formal de todos los seres humanos.”⁷

Lo mismo sucedía en el Imperio de Malí, cuya constitución oral, la Kouroukan Fouga, refleja cómo la población se estructuraba según su tribu de origen. Estas consideraciones son extrapolables a documentos como la Goldone Bulle de Andreas II en Hungría en 1222; la Confirmatio fororum et libertatum de 1283 y el Privilegio de la Unión de 1287, de Aragón ambos; las Bayerische Freiheitsbriefe und Landesfreiheitserklärungen desde 1311 o la Joyeuse Entrée de Brabante de 1356.

⁷ Narváez Hernández, José Ramón. *Revista telemática de filosofía del derecho*, Nº 8. Pág. 202

En todos estos casos, los derechos y libertades reconocidos pertenecen al ámbito de los pactos entre el monarca y los estamentos del reino, no se trata, en suma, de derechos humanos; sino de derechos corporativos o privilegios.

En la Grecia Antigua, en ningún momento se llegó a construir una noción de dignidad humana frente a la comunidad que se pudiera articular en forma de derechos, sino que se entendió que las personas pertenecían a la sociedad como partes de un todo y eran los fines de ésta los que prevalecían. La única oposición a la tiranía se sustentaba en la apelación a la Ley divina como opuesta a la norma, como se muestra en el mito de Antígona, plasmado por Sófocles en la obra trágica del mismo nombre.

La sociedad griega se dividía en tres grupos principales: los ciudadanos, los metecos o extranjeros y los esclavos. La esclavitud se consideraba natural, como refleja la afirmación de Aristóteles, para quien es evidente que los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos; y que para estos últimos es la esclavitud tan útil como justa.

La organización política se estructuraba en polis o ciudades-estado. Para los griegos, la sociedad era una consecuencia necesaria de la naturaleza humana.

En este contexto, las teorías políticas de Platón y Aristóteles hicieron un gran hincapié en el concepto de bien común. Para Platón, agrupados los hombres en sociedad, ésta se configura en polis, cuyo bien común se sobrepone al bien particular de los individuos que lo componen.



La justicia, a su vez, es la salvaguarda del bien común, y se expresa a través de las leyes, que son los instrumentos que permiten la consecución del bien colectivo e individual. No obstante, en su afán por alcanzar una sociedad perfecta, Platón llegó a recomendar dar muerte a los recién nacidos deformes o enclenques, y matar o desterrar a los insociables.

Aristóteles también consideraba que el hombre era un ser social y que no podía realizarse fuera de la familia y la sociedad, por lo que también subordinaba el bien individual al bien común. Además, al definir la ciudad como una comunidad de ciudadanos libres, redujo el bien común al bien de un grupo social determinado, que excluye a las mujeres, los extranjeros, los obreros y los esclavos. Sobre esta visión se sustenta la idea aristotélica de la justicia, que afirma que es tan justa la igualdad entre iguales como la desigualdad entre desiguales.

Ya en la decadencia de la cultura griega, conquistada la Hélade por Roma, se extendieron filosofías que ponían el acento en la búsqueda de la felicidad individual: entre ellos, el epicureísmo y el estoicismo. El estoicismo consideraba la razón humana como parte de un logos divino, lo que contribuyó a concebir al hombre como miembro de una familia universal más allá de la polis. Séneca, Epicteto, Marco Aurelio o Cicerón fueron algunos de los que extendieron la filosofía estoica por el mundo latino.

“La filosofía estoica, difundida en la sociedad grecorromana, produjo la idea de cosmopolitismo, a la que el cristianismo dio un sentido más humanista y espiritual para

afirmar la igualdad de los hombres en tanto que ciudadanos del Reino de Dios y su dignidad”,⁸ no obstante, “según Luis de Sebastián, para los teólogos cristianos medievales la igualdad teológica era compatible con la desigualdad social: las personas nacían con un estatus social que, de acuerdo con los designios divinos, era el más adecuado para su salvación.”⁹

El cristianismo, derivado de la religión judía, heredó de ella, entre otras, la tradición del mišpat, un concepto jurídico de rica amplitud semántica. Indica las decisiones judiciales y el juicio legal justo; en relación con el Derecho, aquél que se manifiesta en la defensa de los pobres y oprimidos y que se vincula a su vez con los bienes mesiánicos que se esperan.

Dado que, hasta la modernidad, el término derecho se atribuía principalmente a "lo justo" como orden objetivo, en el pensamiento cristiano antiguo o medieval no existió una referencia explícita a los derechos humanos; pero sí un reconocimiento de exigencias de justicia que descendían de esta tradición judía. Por ejemplo, el Nuevo Testamento contiene enseñanzas contra la injusticia, el homicidio, el robo, la calumnia o el egoísmo en el uso de los bienes. En la Epístola de Santiago, el apóstol denunció a los empleadores que no pagan a sus empleados sus justos salarios.

El cristianismo fue gradualmente derramando su doctrina en el derecho romano, mejorando la situación de los esclavos, de los hijos y de las mujeres, cuyo estatus en la

⁸ Gómez Pérez, Rafael. **Breve historia de la cultura europea**. Pág. 17

⁹ Sebastián, Luis. **De la esclavitud a los derechos humanos**. Pág. 19



subcultura cristiana era mucho más alto que en la grecorromana. En el plano económico, condenó la usura y la explotación, estableciendo las bases de la doctrina del justo precio.

Tales ideas fueron desarrolladas por los Padres de la Iglesia, proclamando un sentido social y limitado de la propiedad y de la ley. Pero fue Tomás de Aquino quien asentó las bases del orden jurídico medieval, retomando ideas de Aristóteles y Agustín de Hipona y afirmando que existe, además del derecho positivo determinado y establecido por los hombres, un derecho natural, propio de la criatura racional, que ningún hombre ni ningún gobierno puede desconocer.

La doctrina cristiana postulaba la existencia de dos reinos, el temporal y el espiritual, siguiendo la distinción hecha por Jesús de Nazaret («Dad al Cesar lo que es del César y a Dios lo que es de Dios»). Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, Tomás de Aquino afirmó en su obra *Summa Theologiae*, que si existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material, debía prevalecer el bien común.

Pero por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso prevalecería el bien del hombre frente al de la sociedad. "En este ámbito, de existir un conflicto patente entre el derecho positivo y el Derecho natural, del pensamiento tomista se desprende la existencia de un derecho de



resistencia contra el arbitrio de los gobernantes. ¹⁰

La doctrina cristiana postulaba la existencia de dos reinos, el temporal y el espiritual, siguiendo la distinción hecha por Jesús de Nazaret («Dad al Cesar lo que es del César y a Dios lo que es de Dios»). Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, Tomás de Aquino afirmó en su obra *Summa Theologiae* que si existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material, debía prevalecer el bien común.

Pero por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso prevalecería el bien del hombre frente al de la sociedad. “En este ámbito, de existir un conflicto patente entre el Derecho positivo y el Derecho natural, del pensamiento tomista se desprende la existencia de un derecho de resistencia contra el arbitrio de los gobernantes. ¹¹

1.3. Conformación del concepto de derechos humanos

La idea del derecho subjetivo, básica para concebir los derechos humanos, fue anticipada en la baja Edad Media por Guillermo de Ockham, que introdujo el concepto de *ius fori* o potestad humana de reivindicar una cosa como propia en juicio.

La escolástica española insistió en esta visión subjetiva del derecho durante los siglos

¹⁰ Pérez Luño, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Pág. 30

¹¹ **Ibíd.** Pág. 30.

XVI y XVII: Luis de Molina, Domingo de Soto o Francisco Suárez, miembros de la Escuela de Salamanca, definieron el derecho como un poder moral sobre lo propio.

Aunque mantuvieron al mismo tiempo la idea de derecho como un orden objetivo, enunciaron que son ciertos derechos naturales y aludieron tanto a derechos relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, a la dignidad).

El jurista Vázquez de Menchaca, partiendo de una filosofía individualista, fue decisivo en la difusión del término *iura naturalia*. Este pensamiento *iusnaturalista* se vio auspiciado por el contacto con las civilizaciones americanas y el debate producido en Castilla sobre los justos títulos de la conquista y, en particular, la naturaleza de los indígenas.

En la colonización castellana de América, se suele afirmar, se aplicaron medidas en las que están presentes los gérmenes de la idea de derechos humanos. No obstante, algunos critican que: “en la práctica, estas medidas fueron formuladas para lograr objetivos de colonización”.¹²

“El pensamiento de la Escuela de Salamanca, especialmente mediante Francisco Suárez y Gabriel Vázquez, contribuyó también al impulso del *iusnaturalismo* europeo a través de Hugo Grocio.”¹³

¹² Pérez Marcos, Regina María. **Derechos humanos e Inquisición**. Pág. 181

¹³ Pérez Luño, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Pág. 31

Durante la Revolución Inglesa, la burguesía consiguió satisfacer sus exigencias de tener alguna clase de seguridad contra los abusos de la corona y limitó el poder de los reyes sobre sus súbditos.

Habiendo proclamado la Ley de Habeas Corpus en 1679, en 1689 el Parlamento impuso a Guillermo III de Inglaterra en la Bill of Rights una serie de principios sobre los cuales los monarcas no podían legislar o decidir.

Se cerró así el paso a la restauración de la monarquía absoluta, que se basaba en la pretensión de la corona inglesa de que su derecho era de designio divino. Según Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, la Bill of Rights puede considerarse una declaración de derechos, pero no de derechos humanos, puesto que los mismos se reconocen con alcance nacional y no se consideran propios todo hombre.

Durante los Siglos XVII y XVIII, diversos filósofos europeos desarrollaron el concepto de derechos naturales. De entre ellos cabe destacar a John Locke, cuyas ideas fueron muy importantes para el desarrollo de la noción moderna de derechos.

Los derechos naturales, no dependían de la ciudadanía ni las leyes de un Estado, ni estaban necesariamente limitadas a un grupo étnico, cultural o religioso en particular. La teoría del contrato social, de acuerdo con sus tres principales formuladores, Locke, Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau, se basa en que los derechos del individuo son naturales y que, en el estado de naturaleza, todos los hombres son titulares de

todos los derechos. Estas nociones se plasmaron en las declaraciones de derechos de finales del Siglo XVIII.

La causa directa del nacimiento de los derechos humanos, desde una perspectiva sociológica, ha sido también un importante objeto de debate. Por una parte, los derechos humanos estaban directamente dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad religiosa; por otra, Karl Marx afirmó que se deben a la pretensión de la burguesía de garantizar el derecho de propiedad. Max Weber, en su obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, afirma que existiría una conexión entre la ética individualista en que se basaron los derechos humanos y el surgimiento del capitalismo moderno.

1.4. Derechos humanos como derecho positivo

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789. Las distintas culminaciones de la Revolución Estadounidense y la Revolución Francesa, hitos fundamentales del efectivo paso a la Edad Contemporánea, representan el fin o el principio, según se quiera ver, del complejo proceso de reconocimiento o creación de los derechos humanos. Si las revoluciones son el revulsivo que da lugar a la gestación de los derechos humanos, las diversas actas de nacimiento lo constituyen las declaraciones de derechos de las colonias americanas y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Estas declaraciones, fundamentadas en el iusnaturalismo racionalista, suponen la conversión del derecho subjetivo en centro del orden jurídico, y a aquél se supedita el derecho como orden social.

Fruto de este influjo iusnaturalista, los derechos reconocidos tienen vocación de traspasar las fronteras nacionales y se consideran derechos de los hombres. Aunque el primer uso constatado de la expresión derechos del hombre (*iura hominum*), se produjo ya en 1537, en un texto de Volmerus titulado *Historia diplomática rerum ataviarum*, la denominación no se popularizó entre la doctrina hasta finales del siglo XVIII, con la obra de Thomas Paine *The Rights of Man* (1791-1792).

Según se plasmó en las Declaraciones, tanto los revolucionarios franceses como los estadounidenses, consideraban que estos derechos eran inalienables e inherentes a la naturaleza humana, incluso verdades evidentes según la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Pese a ello, decidieron recogerlos en declaraciones públicas, lo que se justifica por motivos jurídicos y políticos.

En lo primero, debe tenerse en cuenta que para el iluminismo revolucionario la Constitución es la que garantiza los derechos y libertades, lo que explica la formulación positiva de los mismos. En lo segundo, se pretendía facilitar la salvaguarda del libre desarrollo del individuo en la sociedad frente a la arbitrariedad del poder ya el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmó: expresamente que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos.

La Primera Declaración de Derechos del Hombre de la Época Moderna, es la Declaración de Derechos de Virginia, escrita por George Mason y proclamada por la Convención de Virginia el 12 de junio de 1776. En gran medida influyó a Thomas

Jefferson para la declaración de derechos humanos que se contiene en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776, a las otras colonias de América del Norte y a la Asamblea Nacional Francesa en su Declaración de 1789.

1.5 Internacionalización de los derechos humanos

“La noción de derechos humanos recogida en las Declaraciones, basada en la ideología burguesa del individualismo filosófico y el liberalismo económico,”¹⁴ no experimentó grandes cambios a lo largo del siglo siguiente hasta que, ante las pésimas condiciones de vida de las masas obreras, surgieron movimientos sindicales y luchas obreras que articularon sus demandas en forma de nuevos derechos que pretendían dar solución a ciertos problemas sociales a través de la intervención del Estado, como la garantía del derecho de huelga, unas condiciones mínimas de trabajo o la prohibición o regulación del trabajo infantil.

Desde la primera mitad del Siglo XIX, se había desarrollado una nueva filosofía social que se manifestó en el socialismo utópico, el reformismo de la Escuela Católica Social, la socialdemocracia, el anarquismo o el socialismo científico. En esta nueva fase fueron muy importantes la Revolución Rusa o la Revolución Mexicana.

Además de las luchas obreras, a lo largo de la edad contemporánea los movimientos por el sufragio femenino consiguieron para muchas mujeres el derecho de voto; movimientos de liberación nacional consiguieron librarse del dominio de las potencias

¹⁴ González Uribe, Héctor. **Fundamentación filosófica de los derechos humanos**. Pág. 332

coloniales; y triunfaron diversas reivindicaciones de minorías raciales o religiosas oprimidas, movimientos por los derechos civiles o movimientos de políticas de identidad que defienden la autodeterminación cultural de colectivos humanos.

El Siglo XX se caracterizó por la incorporación de los derechos humanos al derecho internacional. a principios del siglo se afirmaba que esta rama del derecho sólo regulaba las relaciones entre Estados y excluía a los particulares, el cambio fue rápido y tras la Segunda Guerra Mundial, según Juan Antonio Carrillo Salcedo: “los derechos humanos podían considerarse un principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo.”¹⁵

En 1948, tras la Segunda Guerra Mundial, en el seno de la Organización de Naciones Unidas (formada, actualmente, por 191 estados), su Asamblea General adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos como símbolo contra la opresión y la discriminación. Guatemala fue uno de los 48 países que la aprobó. La Declaración Universal, detalló por primera vez los derechos y libertades de las personas y constituyó el primer reconocimiento internacional de que los derechos humanos y las libertades fundamentales se aplicaran a todas las personas en todas partes del mundo. En ese sentido, la proclamación de la Declaración Universal fue un acontecimiento extraordinario en la historia mundial. En la actualidad, la declaración sigue influyendo en las vidas de las personas e inspirando el activismo y la legislación de los derechos humanos en todo el mundo.

¹⁵ Torres Cazorla, María Isabel. **La protección internacional de los derechos humanos.** Pág.509

Posteriormente, se han aprobado numerosos tratados internacionales sobre la materia, entre los que destacan los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, y se han creado diversos dispositivos para su promoción y garantía.

1.6. Naturaleza de los derechos humanos

La imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos y alega para ello cuatro razones. Primera, la ausencia de un concepto inequívoco y claro de los mismos; segunda, su variabilidad en el tiempo; tercera, su heterogeneidad; y, cuarta, las antinomias y conflictos que existen entre distintos derechos, como entre los civiles y políticos, por un lado, y los sociales y culturales, por otro.

En el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía celebrado en L'Aquila en 1964, Bobbio propuso sustituir la búsqueda de un imposible fundamento absoluto por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles que las ciencias sociales avalaban. Para el jurista italiano, el problema básico relativo a los derechos humanos no es su fundamentación, sino su puesta en práctica y protección. Pero son muchos los juristas y filósofos que no comparten esta creencia sino que, por el contrario, la fundamentación de los derechos humanos ha sido y es objeto de gran interés a lo largo del tiempo, y la mayoría considera que es una labor teórica con gran incidencia en la práctica.

Cada una de las numerosas teorías que los pensadores han desarrollado, está influida por la filosofía dominante en el momento histórico en que se gestó y parte de muy diferentes cosmovisiones y concepciones del ser humano, al que atribuyen o niegan

determinadas características inmanente.

Para algunos, el eje de los derechos humanos es una serie de derechos concretos (según Herbert Hart, el derecho a la libertad; atendiendo a John Rawls, determinados derechos fundamentales que corresponden a unos deberes fundamentales; de acuerdo con Ronald Dworkin, el derecho a la igualdad ante la ley); para otros, los derechos humanos son la traducción normativa de una serie de valores, aprehendidos de la realidad o contruidos socialmente.

Un tercer grupo, considera que: " los derechos humanos son criterios o límites a los que debe adecuarse la actividad de los poderes públicos o el mercado, tesis defendida tanto desde una axiología iusnaturalista"¹⁶ como desde un iuspositivismo crítico Luigi Ferrajoli.

Finalmente, diversas teorías sostienen que los derechos humanos son la codificación de la conducta moral que, de acuerdo con David Hume, es un producto social y humano que se desarrolla en un proceso de evolución biológica y social. Las teorías sociológicas del derecho y los trabajos de Max Weber consideran que la conducta se desarrolla como un patrón sociológico de fijación de normas.

En cuanto a su fundamentación, según qué tipo de concepción se tenga sobre el derecho –iusnaturalista, iusracionalista, iuspositivista, vinculada al realismo jurídico o al

¹⁶ Recasens Siches, Luis. **Los derechos humanos**. Pág. 133

dualismo jurídico, entre otras– la categoría conceptual de derechos humanos puede considerarse derivada de la divinidad, observable en la naturaleza, asequible a través de la razón, determinada por los contextos en las muchas maneras que es posible entender la historia, una síntesis de ideas de éstas u otras posiciones ideológicas y filosóficas o un mero concepto inexistente y sin validez.

1.7. Derechos humanos y derechos constitucionales

Es importante diferenciar y no confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales. Aunque generalmente los derechos humanos se suelen reunir dentro de los derechos constitucionales, aunque no siempre coinciden. Para determinar qué derechos son constitucionales basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados; el concepto de derechos humanos pertenece mas bien al ámbito de la filosofía del derecho.

La relación entre ambos conceptos, ha sido estudiada por numerosos autores y es problemática. De entre los que reconocen la virtualidad del concepto de derechos humanos, las teorías iusnaturalistas consideran que la existencia de los derechos humanos es independiente de su reconocimiento como derechos constitucionales. Para algunos autores, como Francisco Laporta, "existe un pequeño número de derechos humanos básicos, de los que se derivarían los derechos constitucionales más concretos."¹⁷

¹⁷ Laporta, Francisco. **Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo**. Pág. 293

Por su parte, para las teorías dualistas –las que otorgan importancia tanto al fundamento moral de los derechos como a su positivación– los conceptos de derechos humanos y derechos constitucionales tendrían un contenido equivalente.

El garantismo jurídico, que, siendo los derechos constitucionales o fundamentales los reconocidos en la Carta Magna de los Estados, los derechos humanos son aquellos que se reconocen a todos, independientemente de su ciudadanía y su capacidad de obrar: la constitución de un país, por ejemplo, puede otorgar derechos a sus ciudadanos que no abarquen a los no nacionales (por ejemplo, el derecho al voto). En ese caso se trataría de derechos constitucionales que se reconocen al ciudadano, pero no podrían ser derechos humanos si no se reconoce a todas las personas sean de la condición que sean.

1.8. Fundamento de los derechos humanos

Los derechos humanos se fundamentan en la naturaleza humana, tales derechos le son inherentes al hombre, en cuanto tiene naturaleza, esencia de tal. Desde la antigüedad ha sido buscada la explicación sobre la naturaleza humana.

Los estoicos, percibieron la natural inclinación a hacer el bien, considerándolo como el primer principio, innato en la naturaleza del hombre; haz el bien y evita el mal.

Cicerón encuentra el fundamento de los derechos humanos en la recta razón, que es la



encargada de discernir lo bueno en la conducta humana como justo y verdadero, y lo malo como injusto.

Pero a su vez, la recta razón natural es mas bien la que permite discernir los verdaderos derechos humanos, su alcance y jerarquía, pero no es el fundamento de los derechos humano, sino que, como se ha resaltado, la base de los mismos se encuentra en la naturaleza humana por lo cual estos son para todos los hombres, y como consecuencia, ser la dignidad de la naturaleza humana, su fundamento.

La naturaleza humana otorga titularidad a estos derechos universales, inviolables e irrenunciables; por lo tanto, al encontrar allí su fundamentación, deducimos que no pertenecen al hombre por una disposición estatal, sino que le pertenecen por el solo hecho de ser persona humana.

Estos derechos deben ser:

Reconocidos: En todos los hombres por igual, este reconocimiento debe ser real y fundamental. Deben ser reconocidos para poder ser defendidos.

Respetados: Para poder efectivamente proteger la dignidad humana y para hacer que su realización sea posible.

El derecho es el respeto, es la propuesta social del respeto.

Tutelados: Una vez reconocidos y respetados, debo protegerlos, la tutela corresponde a

cada hombre, al Estado y a la Comunidad Internacional.

Promovidos: Deben ser constantemente promovidos, esto es, que deben darse a conocer y ser elevados en todo sentido, para evitar que sean violados.

Se puede añadir que los derechos humanos, en cuanto a derechos subjetivos, se encuentran en dependencia con la ley natural. "Llamamos ley natural a aquellas proposiciones universales del entendimiento práctico que la razón humana formula a partir del conocimiento del orden inmanente en la realidad de las cosas".¹⁸

La ley natural, es la participación de la ley eterna en el hombre. Los principios que ésta contiene corresponde a las inclinaciones del hombre.

El fundamento absoluto no es la voluntad del hombre, o sea que no somos seres absolutos, sino limitados y contingentes. Por lo tanto, se tendrá que buscar el fundamento en otra parte.

Daniélou dice, que ese fundamento aparece como mereciendo un respeto absoluto y que no tiene su origen en la voluntad del hombre, sólo puede ser una voluntad más alta, que se impone como digna de una reverencia y una adoración absoluta. Lo absoluto moral implica un elemento de lo sagrado. El creyente reconoce este elemento en el Dios vivo. Pero cuando el agnóstico reconoce ese carácter absoluto de la ley moral, también lo está confesando, aunque no sepa su nombre.

¹⁸ Carlos I. Massini. **El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho**. Pág. 150.



Hay otras fundamentaciones diversas entre las cuales están:

Tesis estatista: Concibe al Estado como fuente originaria de los derechos del hombre, se entiende como entidad suprema y absoluta. Esta concepción es la propia de los gobiernos totalitarios, y configura un endiosamiento al Estado.

Habbes sostenía que las leyes legítimas, imperando hacen las cosas justas, y los que prohíben las hacen injustas.

Corrientes del pensamiento político liberal: Un pensador que sostiene esta tesis es Rousseau con su contrato social.

Creyó salir de este modo del absolutismo de Estado, salvando la libertad irrestricta e ilimitada de los individuos, pues estos, al obedecer las leyes que prescriben obligaciones y establecen derechos, no están haciendo otra cosa que obedecerse a si mismos.

Posición de Kant y Kelsen: Dicen que los derechos y obligaciones son productos de la mente humana.

Ellos tienen la postura de que el derecho carece de contenido axiológico y ético, es sólo un producto de la razón humana. Desvinculan al derecho de toda moral y ética objetiva, y lo reducen a una norma, a la ley positiva.



1.9. La universalidad de los derechos humanos

Los derechos humanos son universales, porque pertenecen a todos los hombres, a todos por igual, en todo tiempo y lugar; se encuentran de manera innata ligados a la naturaleza del hombre.

Asimismo, la universalidad es una de las características de la ley natural, de la cual los derechos humanos se encuentran en dependencia universal.

Los derechos humanos son innatos e inherentes a la naturaleza del hombre; además son inmutables, eternos, supra temporales y universales. Estos se imponen al Estado y al derecho positivo, son inalienables e imprescriptibles.

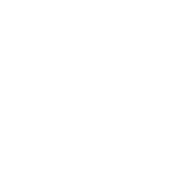
Los derechos humanos significan una estimativa axiológica en virtud del valor justicia, que se impone al Estado y al Derecho positivo. Respecto a la universalidad de los derechos humanos se puede señalar que comienza a partir del Siglo XVIII, con la Independencia y la Revolución Americana de las Colonias Inglesas, y con la Revolución Francesa. “En este tiempo comienza el constitucionalismo moderno y comienzan a surgir las declaraciones de derecho. Este movimiento adquiere gran difusión en el mundo. Con la universalización de los derechos humanos se expresa que se vuelven generales en todo el mundo.”¹⁹

Durante esta época, comienza la formulación de los derechos de la primera generación,

¹⁹ Laporta, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 293.



los derechos civiles y políticos, los cuales en ese entonces fueron también denominados derechos públicos subjetivos y derechos individuales. La universalización se funda especialmente en la difusión de estos principios, porque cada estado fue introduciendo y formulando en sus constituciones los derechos del hombre.





CAPÍTULO II

2. Estado y derecho

2.1. Estado

El Estado es una forma de organización social con personalidad jurídica propia, por medio de la cual se organiza una comunidad de seres humanos que se encuentran asentadas en un territorio determinado y que tiene un ordenamiento jurídico creado y contenido por el poder público de dicho Estado, con la finalidad de realizar el bien común.

“El Estado es un poder social que dispone de un aparato específico de coerción (ejercito, órganos de seguridad, etc.), capaz de garantizar la defensa de los intereses de la clase dominante contra sus enemigos de clase en el interior del país y contra los enemigos exteriores.”²⁰

El Estado, es la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el preámbulo regula al Estado y la define como: “...responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz”.

²⁰ Alexandrov, N.G. *Teoría del estado y del derecho*. Pág. 10.



El Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece “El Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia; Su fin supremo es la realización del bien común”.

Igualmente en el Artículo 2, indica: “Es deber del Estado garantizar a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”.

El Artículo 119 preceptúa “son obligaciones fundamentales del estado:

- a) Promover el desarrollo económico de la nación, estimulando la iniciativa en actividades agrícolas, pecuarias, industriales, turísticas y de otra naturaleza;
- b) Promover en forma sistemática la descentralización económica administrativa, para lograr un adecuado desarrollo regional del país;
- c) Adoptar las medidas que sean necesarias para la conservación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales en forma eficiente;
- d) Velar por la elevación del nivel de vida de todos los habitantes del país, procurando el bienestar de la familia;
- e) Fomentar y proteger la creación y funcionamiento de cooperativas proporcionándoles la ayuda técnica y financiera necesarias

- f) Otorgar incentivos, de conformidad con la ley, a las empresas industriales que se establezcan en el interior de la República y contribuyan a la descentralización;

- g) Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de financiamiento adecuado a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad. Cuando se trate de viviendas de emergentes o en cooperativa, el sistema de tenencia podrá ser diferente;

- h) Impedir el funcionamiento de prácticas excesivas que conduzcan a la concentración de bienes y medios de producción en detrimento de la colectividad;

- i) La defensa de consumidores y usuarios en cuanto a la preservación de la calidad de los productos de consumo interno y de exportación para garantizarles su salud, seguridad y legítimos intereses económicos;

- j) Impulsar activamente programas de desarrollo rural que tiendan a incrementar y diversificar la producción nacional con base en el principio de la propiedad privada y de la protección al patrimonio familiar. Debe darse al campesino y al artesano ayuda técnica y económica;

- k) Proteger la formación de capital, el ahorro y la inversión.

- l) Promover el desarrollo ordenado y eficiente del comercio interior y exterior del país, fomentando mercados para los productos nacionales;



m) Mantener dentro de la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional; y

n) Crear las condiciones adecuadas para promover la inversión de capitales nacionales y extranjeros”.

El Artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece: “Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo”.

Al hablar de Estado se puede señalar dos tipos de definiciones, las juristas y las sociológicas, sin embargo, en este punto los conceptos se encuentran sumamente matizados ideológicamente ya que la filosofía política entiende al Estado de una manera diferente; la visión sociológica monopoliza el uso legítimo de la fuerza en un territorio determinado; la visión jurídica comprende la comunidad de personas fijadas en un territorio determinado, legalmente independiente de control externo, y que posee un gobierno organizado que crea y aplica la ley sobre las personas y grupos dentro de su jurisdicción.

Ahora bien, al hablar del concepto de Estado y sus diferentes visiones ideológicas se puntualizan los tres elementos fundamentales del mismo: Población, territorio y poder. Por un lado la población es un elemento de suprema importancia, porque es precisamente la convivencia entre los habitantes lo que el Estado como organización

político-territorial va a normativizar.

En segundo, se encuentra el territorio, porción del globo terráqueo donde se asienta el Estado, es decir, el espacio sobre el cual el Estado ejerce su validez, el que se extiende a lo ancho y a lo largo, en altura y profundidad; y, por último se encuentra el poder que no es más que la representación de la autoridad a cuya orden se encuentran sometidos los habitantes del Estado, es decir la nación.

2.2 Elementos que constituyen el Estado

Puesto que el Estado está formado de una estructura político – jurídico, en su integración concurren una serie de elementos que le dan forma y característica propia.

De acuerdo con las definiciones de Estado dadas anteriormente, se revela que son tres los elementos de la organización estatal:

- a) La población
- b) El territorio
- c) El poder

2.3. La población

La población, es el conjunto de seres humanos que integran un Estado. Tanto nacionales como extranjeros. La población es un elemento importante en la

conformación del Estado, quizás más que el mismo territorio, algunos tratadistas del derecho admiten la posibilidad de que pueda existir un Estado sin territorio, pero definitivamente nadie admite que puede haber un Estado sin población.

En tales condiciones, la población, la sociedad humana y jurídicamente organizada es la que le da base de sustentación, y la razón de ser a la existencia de un Estado; entonces se entiende como población, que es el conjunto de habitantes que están en un Estado.

a) **Función de la población**

- Integrar un Estado para que este se pueda formar.
- Elemento humano principal o fundamental del Estado para que el mismo realice sus actividades.

b) **Característica de la población**

Integrar un Estado para que este se pueda formar.

- Sin población no se concibe un Estado.
- La población no está aislada, al momento de conformarse el Estado ya existe anteriormente un grupo de personas en un territorio.

c) **Importancia de la población**

- **Política:** Es la base para saber la cantidad de electores y elegidos en una legislación electoral; es el punto de referencia para la creación de municipios y distritos metropolitanos y para determinar la cantidad de servicios públicos necesarios.
- **Económica:** Determina la cantidad de personas que poseen trabajo estable y los efectos en el campo de la producción, así como comprobar las personas o población desocupada.
- **Social:** Para el Estado es importante conocer con precisión la cantidad de personas asentadas en su territorio; y para cuantificarlo se utiliza periódicamente censos.

d) **La sociedad**

Conjunto de personas individuales o físicas que pueden compartir una vida social en común.

- **El pueblo**

Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.

- **La nación**

La nación tiene un concepto más emotivo, viene a ser el sentimiento de una solidaridad que vincula a los individuos en su voluntad de vivir en conjunto, un sentimiento ligado a las fibras más íntimas del ser. Existen diferentes opiniones cuando se trata de distinguir el elemento de este sentimiento; se discute sobre el principio fundamental de carácter nacional, para unos es la influencia de factores naturales: la raza, la lengua; para otros, lo primordial es el elemento espiritual: la religión, las costumbres, los recuerdos comunes, la voluntad de cumplir en conjunto grandes obras. Los rasgos fundamentales de la Nación con respecto al papel que juega en la formación del Estado pueden ser dos, el primero es que la nación está por encima de cualquier otro tipo de colectividad, ya sean la horda, el clan, la tribu, la ciudad, pues la colectividad límite, abarca y engloba todas las otras, pero ésta no es englobada por ninguna de ellas. El segundo rasgo, viene representado por el precedente que permite conocer el papel fundamental que juega el objetivo social en el sentimiento nacional, esto es el factor fundamental y decisivo de la solidaridad que une a los miembros del grupo.

2.4. El territorio

El territorio es la circunscripción geográfica en que un Estado ejerce su soberanía, constituye todo el ámbito espacial de validez del ordenamiento jurídico estatal. Porción del globo terrestre en que cada Estado ejerce su poder

De conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, en el

Artículo 142 preceptúa: "...El territorio nacional integrado por su suelo, subsuelo, aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que se extiende sobre los mismos."

- **La necesidad de un territorio como elemento de Estado**

La necesidad de un territorio como elemento de Estado, apenas ha sido reconocida en los tiempos modernos. Anteriormente, los teóricos del Estado se limitan a considerar como elemento esencial el de la comunidad de personas, cuya identidad no iba a estar necesariamente unida al lugar de residencia de estas, ninguna definición de Estado concebía en la antigüedad nombrar al territorio, como uno de sus elementos. Con éste influyó, todos los conceptos de Estado hasta el Siglo XIX y ponían énfasis en el elemento de la población, aun Doguit mantiene que no es un elemento indispensable ya que dentro de su teoría el elemento fundamental en el Estado es la diferenciación política entre gobernantes y gobernados; la cual puede producirse independientemente de que exista un territorio.

Hoy en día existe cierta unanimidad en considerar al territorio como uno de los elementos esenciales, sin el cual no podría existir. No significa esto que el Estado requiera de un territorio fijo, su extensión puede variar y de hecho lo hace por diversas causas como las conquistas supremas, los tratados de límites, las anexiones etc. Lo fundamental sobre el cual se asienta la población y se ejerza el poder de Estado.

2.5. El poder

El poder es la capacidad ya sea ésta individual o de grupo para imponer su voluntad, incluso, ante la resistencia de los demás. Puede ejercerse el poder a través de medios físicos, psicológicos e intelectuales o como producto de la suma de todos que en su máxima expresión constituye el derecho.

Existen dos formas en que se manifiesta el poder, ellas son la anarquía y el despotismo. La anarquía, consiste en el fenómeno de que todos los integrantes de la comunidad gozan de un poder ilimitado lo que conlleva al desorden total; el despotismo, constituye una forma de organización social en la que el gobierno tiene la potestad ilimitada sobre todos sus súbditos.

El poder también es definido desde el punto de vista de la concepción materialista como: “el dominio que ejercen las clases o las fracciones de clase sobre los medios de producción, los medios de control social y, en general sobre la superestructura de una sociedad, con el objeto de asegurar los sistemas de explotación”.²¹

La Constitución Política de la República de Guatemala, estipula en el Artículo 152 al respecto del poder público establece lo siguiente: “El poder proviene del pueblo. Su ejercicio está sujeto a las limitaciones señaladas por esta Constitución y a la ley. Ninguna persona, sector del pueblo, fuerza armada o política puede arrogarse su ejercicio”.

²¹ Bartra, Roger. **Breve diccionario de sociología marxista**, Pág. 120.

2.6. La soberanía

La soberanía puede verse tanto desde el punto de vista externo como interno; externamente, el Estado es soberano mientras no se encuentre subordinado a las órdenes de otro Estado y con independencia de cualquier otro poder; e internamente debido al imperium que ejerce sobre el territorio y sobre la población. Todos los individuos en cuanto pertenecen a un Estado se encuentran vinculados, y por lo tanto, obligados a cumplir con las leyes.

Es importante resaltar con respecto a la soberanía que ésta no proviene de fuera, sino internamente, es por lo general producto de la misma voluntad de los sujetos que integran la población. La Constitución Política en el Artículo 141, al respecto de la soberanía establece: “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida”.

2.7. El derecho

Al hablar de derecho toda persona tiene alguna noción de la palabra, ya que el derecho es algo inherente a la persona misma, debido a que en las relaciones de propiedad existentes cada quien instintivamente protege lo suyo, protege su propiedad, porque sabe que tiene el derecho de mantenerla. Asimismo, también respeta de alguna manera la propiedad ajena, norma jurídica que nace con el apareamiento de la propiedad privada y la división de la sociedad en clases antagónicas y que subsiste en

la actualidad con marcada tendencia a la protección de los intereses de los dueños de los medios de producción y sus aliados (militares, políticos, comerciantes, etc.) y como medio de control para mantener sojuzgada a la clase desposeída del país. Basta hojear los medios de comunicación escritos para darse cuenta que las resoluciones de los encargados de la administración de la ley, las dictan de acuerdo a sus intereses.

También se dice que el derecho tiene por objeto la resolución de conflictos que se producen en el seno de una sociedad, como consecuencia de la lucha de clases, sin embargo, el fuerte desequilibrio económico que existe entre ambas hace inclinar la balanza para el lado del poderoso, de manera que el derecho si cumple con una función de control, pero como ya se apuntó a cualquier clase que detenta el poder.

Por último, es importante acotar algunas definiciones de derecho para que se pueda asimismo contar con otros puntos de vista.

Algunos juristas definen el derecho como “Un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertades individuales, igualdad, bienestar social, seguridad, etc.)”.²²

“El derecho es un orden de conveniencia humana en el mundo, inspirado en los criterios de justicia. Éste orden, que presupone también la solución de los conflictos de

²² Recasens Siches, Luis. **Introducción al estudio del derecho.** Pág. 40.

intereses que dicha convivencia determina y la organización estable de unos medios para llegar a tales soluciones, se encuentra constituido por un sistema de principio de normas a los cuales se han de solucionar los conflictos que puedan suscitar”.²³

“Es una realización ordenada y garantizada del bien común en una estructura tridimensional bilateral atributiva. O, en forma analítica, que el derecho es la ordenación heterónoma, coercible y bilateral atributiva de las relaciones de convivencia según una integración normativa de hechos y valores”.²⁴

“Sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.²⁵

2.8. Características

Una primera característica de el derecho es la bilateralidad, es decir, que un sujeto distinto al afectado está facultado para exigir el cumplimiento de la norma. Por ello, se le otorga la cualidad imperativo atributivo.

Es imperativo: Porque impone deberes de conducta. Por ejemplo: pagar impuestos al Estado, puesto que es una obligación para la población.

²³ Díez-Picazo, Luis. **Sistema de derecho civil**. Pág. 31.

²⁴ Reale, Miguel. **Introducción al derecho**. Pág. 71.

²⁵ Villatoro Toranzo, Miguel. **Introducción al estudio del derecho**, Pág. 127.

- Atributivo: Que faculta a una persona distinta del obligado para exigir el cumplimiento de este imperaritivo.

Una segunda característica del derecho es su heteronomía. Porque se caracteriza por ser autárquico en el sentido de que el individuo puede discrepar del contenido de la norma, pero le resulta irrelevante al derecho si él está de acuerdo o no, pues las personas no se han dado a sí mismas. El derecho es establecido por otro, una autoridad, organismo o institución, denominada en general legislador.

Una tercera característica es la alternabilidad del derecho, esta idea implica que el derecho y las normas jurídicas que lo forman se refieren siempre a la relación de un individuo para con otros. El derecho enlaza distintas personas y determina como debe ser su comportamiento recíproco exterior. Por ejemplo, en la relación jurídica de derecho de alimentos entre el padre y un descendiente (hijo o nieto), vincula a estos dos sujetos y les da facultades distintas: el padre tiene el deber de brindar pensión alimenticia (sujeto pasivo o deudor) y los descendientes tienen el derecho que su padre les brinde los alimentos necesarios (sujeto activo o acreedor).

Una última característica es la coercibilidad, porque supone la legítima posibilidad de utilizar la fuerza socialmente organizada en caso de exigir el cumplimiento de éste o de aplicar la sanción correspondiente al violar el derecho.



2.9 Fuentes del derecho

En sentido gramatical fuente significa, origen, causa, nacimiento, manantial, generadora, es decir de donde nace, de donde se origina, donde se inicia algo.

Las fuentes del derecho constituyen entonces todas las causas, hechos y fenómenos que lo producen.

La Ley del Organismo Judicial, en el Artículo segundo establece: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará”.

La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

2.10 Clasificación de las fuentes del derecho

Existen diversas clasificaciones de las fuentes del Derecho, García Maynes clasifica las fuentes del derecho en reales, formales e históricas.

a) Fuentes reales

Las fuentes reales son las causas o acontecimientos actuales que hacen necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que en un momento dado propicia el surgimiento de las normas jurídicas.

El maestro García Maynez denomina fuentes reales: A los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas.

Como puede verse, las fuentes reales son todos aquellos acontecimientos sociales, políticos y económicos que dan lugar al nacimiento y desarrollo de una determinada institución política.

b) Fuentes formales

Las fuentes formales comprenden todos los procesos que permiten legalmente crear las normas jurídicas.

Según García Maynez, “se entiende como los procesos de creación de las normas jurídicas, así mismo sostiene que las fuentes formales del Derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia”²⁶.

c) Fuentes históricas

Se entiendo por fuentes históricas todos los acontecimientos, libros, folletos, que se han dado en el pasado y dieron lugar al origen de una norma jurídica. De acuerdo con García Maynez se aplica este término: “a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierra el texto de una ley o conjunto de leyes”²⁷.

²⁶ García Maynez, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 20.

²⁷ **Ibid.** Pág. 21.

CAPÍTULO III

3. Violaciones de los derechos humanos por los pueblos indígenas

3.1 Situación actual de Guatemala

Los últimos acontecimientos en varios poblados indígenas de Guatemala, donde supuestos delincuentes han sido castigados con métodos que rebasan los parámetros establecidos por el Derecho Maya, han recibido las críticas de los conocedores de este método de resolución de conflictos, quienes explican el verdadero espíritu de la norma ancestral.

En algunos casos, como los ocurridos en Sololá, para citar un ejemplo, los castigos se han convertido en linchamientos, pues los supuestos autores de los hechos ilícitos han sido azotados hasta la saciedad por los parientes de las víctimas y las autoridades comunitarias, quienes también emiten otras condenas.

El derecho Maya se aplica para agilizar algunos procesos y evitar llegar a los tribunales oficiales, bajo la vía de la conciliación, con lo que se intenta mejorar la aplicación de la justicia y sentar las bases para un verdadero Estado de Derecho.

Este sistema tiene una estructura propia, establecida por diferentes comunidades a lo largo de los siglos; su funcionamiento se basa en un conjunto de valores, principios,

normas y mecanismos de solución de conflictos, así como las autoridades apropiadas para desarrollarlas.

El Derecho Indígena, aplica sanciones según el delito o falta, con lo que se busca que el sindicado reflexione y sirva como ejemplo para otros; los castigos siempre van encaminados a realizar trabajos de beneficio para la comunidad.

Un ejemplo correcto de aplicación del sistema ancestral es el ocurrido en mayo de 2006 en Totonicapán, cuando varios sindicatos de robar madera fueron sometidos a un juicio público, con la presencia de las autoridades comunitarias, la Policía Nacional Civil y funcionarios que velan por la conservación de la naturaleza.

El jueves 13 de marzo de 2006, fue particularmente interesante para analizar el tema del Derecho Maya, que como aspecto muy interesante, ha dejado de ser una discusión y se asume como una realidad discursiva tanto en las universidades como en el ámbito de las instituciones Operadoras de Justicia; en el año 2006 finalizó el secuestro y liberación de cuatro turistas belgas en una región predominantemente Q´eqchi´ en el municipio de Livingston que casualmente es reivindicado como dominio garífuna.

En el Departamento de el Quiché, representantes de los 21 municipios y vecinos de otras comunidades de la cabecera departamental convocaron a 24 supuestos delincuentes, entre ellos, miembros de la banda Los Quichelenses, para advertirles que si continuaban con sus fechorías, serían castigados severamente.



Más de cinco mil personas provenientes de diferentes comunidades de Quiché se reunieron en la aldea Cucabaj Primero, de Santa Cruz del Quiché, en donde citaron a 34 personas acusadas de pertenecer a diferentes bandas que operan en la capital y en ese departamento, para que dialogaran y se comprometieran a no seguir delinquiriendo.

Los vecinos les advirtieron a esas personas que si seguían con sus fechorías serían castigadas severamente y expulsadas de sus comunidades para siempre. De los convocados, 24 se presentaron a la reunión.

El alcalde indígena de Santa Cruz del Quiché, Juan Zapeta López, dijo que todos aceptaron que han delinquido en la capital; algunos asaltan bancos y empresas grandes, cometen secuestros y roban automóviles. Varios de ellos pertenecen a la famosa banda Los Quichelenses, aseguró.

Los citados, que tienen antecedentes penales, se comprometieron en la reunión a cambiar su forma de vida y a trabajar. Ante ello, los líderes levantaron actas del compromiso establecido.

A la reunión, que duró más de cinco horas, asistieron representante de la Procuraduría de Derechos Humanos y agentes de la policía local.

Primero: Hay que recalcar que cualquier tipo de confesión realizada en un contexto de presión social no posee validez penal, aún cuando a los líderes de la comunidad les consten los supuestos actos delincuenciales que estas personas han realizado.

Segundo: Si no posee validez la confesión menos los compromisos de redención sobre todo porque mediaba una amenaza real de daño físico.

Tercero: Con cientos de casos de linchamientos públicos en varias de las áreas indígenas de Guatemala, pensar que una reunión multitudinaria era pacífica y que el llamado a cambiar su conducta no era una amenaza real en contra de la integridad física de los acusados.

Ante la falta de capacidad de impartir justicia de las autoridades judiciales las autodenominadas comunidades asumen la aplicación no de un derecho maya, sino de castigos y reprimendas que utilizan como telón de fondo el uso de violencia justa que se escenifica con latigazos, linchamientos y humillaciones públicas (en el caso de mujeres son vejadas por medio del corte al ras de la cabellera y escarnio público, que nunca ha sido denunciado por las organizaciones de mujeres en Guatemala).

Pero, al seguir con el análisis jurídico, se muestra el siguiente hecho acaecido en el mismo departamento, sólo que en otro municipio: Zacualpa. Siete hombres, acusados de participar en el crimen de Camilo de la Cruz, tuvieron que cargar el féretro de su víctima como parte del castigo que les impusieron líderes comunitarios.

Los sindicados, quienes permanecían como rehenes por varios días, hicieron el recorrido descalzos, pues los vecinos los despojaron de sus zapatos. Familiares y vecinos portaban carteles, mediante los cuales exigían al Gobierno mayor

presencia policial al menos en siete comunidades de Zacualpa.

Luego del sepelio, los rehenes fueron trasladados a la aldea Tunajá II y, posteriormente, liberados. Según los líderes comunitarios, sus rehenes forman parte de la banda delincuencia que mató a De la Cruz, porque éste se negó a ingresar a una pandilla, durante una noche entera fueron sometidos, no sólo a una detención, ilegal, sino que además fueron torturados física y psicológicamente. Todo fue resuelto, aparentemente, cuando fueron sometidos a la humillación pública, y luego entregados a las autoridades locales, que como hecho asombroso, fueron testigos del castigo.

La liberación de los rehén se debió, como es costumbre, a la falta de apoyo de la comunidad para poder aplicar un castigo más severo como podría ser el linchamiento.

El panorama sobre la aplicación de la justicia Maya, derecho consuetudinario o justicia comunal es eminentemente ilegal.

La comunidad de Choacaman Cuatro, Quiché, condenó a 13 días de trabajo comunitario a un joven de 15 años, al encontrarlo culpable de haber participado en un robo, informó la Defensoría Indígena.

Las autoridades comunitarias, guías espirituales y alcaldes de la aldea Choacaman, a unos 200 km al oeste del país, decidieron imponer esa sanción al joven Casimiro Castro dentro de la denominada aplicación del derecho indígena, explica en un comunicado la Defensoría Indígena.



El adolescente habría participado, junto a otras personas, en el robo de 17 trajes típicos, pero fue detenido en la comunicad vecina de Xatinap cuando intentaba venderlos.

La población propuso azotar a Castro por el delito que cometió, pero las autoridades indígenas y comunitarias decidieron imponerle un castigo de 13 días de trabajo en beneficio de la comunidad, precisa el comunicado.

No sólo desmarca los hechos de aplicación de la justicia por medio de la aplicación de castigos físicos sino que menciona a los guías espirituales, como si los mismos fueran reconocidos por toda la población al mismo nivel de jueces.

No se menciona el hecho de que en el universo espiritual de todas las comunidades indígenas y mestizas de Guatemala es el cristianismo, tanto en su adscripción católica como en la evangélica, la dominante, sin embargo la Defensoría no hace alusión a tales autoridades espirituales sino a los que ejercen la llamada Cosmovisión Maya, que para alguien que no conozca el occidente guatemalteco, puede ser observado como una tercera forma de religiosidad, con igual reconocimiento.

En el afán de presentar a la justicia maya, separada de los hechos de aplicación de la violencia física y psicológica, en el marco de la llamada justicia restaurativa, se recalca que se libró al muchacho, hallado culpable, de que lo latigearan, y se le aplicó el castigo de trabajo comunitario, que para los que no conocen a la Guatemala indígena pobre, es necesario informar que desde la colonia instaurada en 1524 hasta hoy en día

el trabajo comunitario forzoso ha sido la constante, llevado a su máxima expresión durante los regimenes liberales de finales del Siglo XIX y con las patrullas de autodefensa civil desde 1982.

Por lo que muchas veces el trabajo comunitario forzoso no implica en si mismo un castigo, pero es a lo único que los defensores de la justicia Maya pueden recurrir, no solo a un convencimiento de castigo sino a lo que la comunidad internacional, pueda manifestar, quien mantiene a un centenar de organizaciones mayas en Guatemala.

Con esa misma posición se trata de moldear la cosmovisión maya, una posición político ideológica que reafirme la diversidad, desde la visión francesa, alemana, belga, italiana u holandesa, evidentemente comunitarios que aplican azotes y linchamientos, son de entrada rechazados, y se manda tales prácticas al cajón de los remanentes del conflicto armado interno, que dicho sea de paso, fue interpuesto por el Estado racista y excluyente de corte ladino.

Cuatro turistas belgas en Livingston, Izabal, fueron secuestrados por varios campesinos q'eqchi's, con el objetivo de canjearlos por un líder apresado por la Policía Nacional Civil, semanas antes, acusado por liderar invasiones en áreas protegidas de aquel departamento.

Este acto se dio posteriormente a otro acaecido semanas antes cuando esos mismos comunitarios secuestraron a un grupo de 20 agentes de la policía y que igualmente pretendían liberarlos por el mismo dirigente q'eqchi'.

Luego del daño ocasionado al patrimonio cultural, a la credibilidad de las instituciones del Estado y a la industria turística, el mismo Estado por medio de la Procuraduría de Derechos Humanos no cuestionen la aplicación de la llamada justicia comunitaria, al menos en aquella región y con ese grupo cultural en particular ya que desde hace no menos de diez años (desde la firma de los Acuerdos de Paz), tanto en esa región como en Petén donde se encuentran la mayor cantidad de áreas protegidas del país y del área centroamericana, se han producido infinidad de secuestros e intimidaciones de guarda recursos, policías, soldados, y personal técnico que labora en aquellas regiones.

Sin embargo, el Estado sigue sosteniendo, para el oído de la comunidad internacional, que se respeta la diversidad cultural y se promueve la interculturalidad a la hora de abordar estas manifestaciones de aplicación de la justicia local los hechos más recurrentes se plantean como ajenos a la cosmovisión a la costumbre, por parte de aquellos que hacen de lo maya una apología virtuosa y por encima de los males del occidente cristiano que está en lo más recóndito del mundo rural guatemalteco.

Cansados de un aparato judicial que no funciona y sedientos de aplicar un escarmiento que devuelva la tranquilidad al vecindario, un grupo de habitantes de Santa Cruz del Quiché, capital de la provincia del mismo nombre en el norte de Guatemala, detuvo a un joven que fue sorprendido cuando, tras romper el cristal de un automóvil, huía con el radio sustraído del vehículo.

En una rápida composición de lugar, el grupo que detuvo al delincuente comprobó que

tanto el malhechor, identificado como Jesús Bocel, de 18 años, como el ofendido, cuyo nombre no se dio a conocer, eran mayas. En consecuencia, ignoraron los procedimientos legales y buscaron a las autoridades propias: el alcalde indígena (figura que data de la Época Colonial, inspirada en las organizaciones precolombinas) y a un grupo de ancianos, para que hicieran justicia.

El Tribunal maya, después de escuchar a las partes, decidió castigar a Bocel con 20 azotes en público y expulsarlo de la comunidad. De acuerdo con la tradición, en el castigo debían tomar parte el ofendido, algunas personas del pueblo reconocidas como honorables y un pariente de quien con su conducta había violado los valores comunitarios y alterado la paz.

Inmediatamente, varios vecinos se ofrecieron voluntarios para ir a buscar ramas verdes de membrillo, que, por su dureza y resistencia, causan mucho dolor.

Parte esencial del castigo consiste en la humillación pública, que también salpica a la familia. De ahí que entre los verdugos deba figurar un pariente próximo del flagelado, para limpiar el honor mancillado y que la casa no sufra del repudio comunitario.

Dictada la sentencia, la multitud se dirigió a una calle de la ciudad donde Bocel recibió en público azotes en manos, espalda y pies hasta que brotó sangre. Previo al castigo y de acuerdo al derecho consuetudinario de los mayas, los líderes indígenas explicaron al detenido los avances de su falta.

Le hicieron ver que el castigo era parte de un proceso de purificación, dirigido a que enmendara su conducta delictiva, de tal suerte que en el futuro se convirtiera en un hombre de provecho.

El flagelado reconoció su falta públicamente, pidió disculpas y prometió firmemente que cumpliría la condena de destierro a la que había sido sentenciado. Posteriormente, los ancianos y sacerdotes acompañaron al delincuente hasta su comunidad, en la vecina provincia de Sololá, donde fue entregado a las autoridades indígenas locales, a quienes explicaron lo sucedido y dejaron encomendado el proceso de regeneración del ladronzuelo.

Este tipo de castigos se ha practicado con un alto grado de vigencia a cinco siglos de sometimiento de las culturas mayas. Juan Zapeta, uno de los líderes que formó parte del tribunal que castigó a Jesús Bocel, lo explicó con rotundidad: “El castigo maya corrige y ayuda al delincuente. Quienes van a las cárceles de los ladinos [mestizos] sólo llegan a aprender nuevas técnicas para delinquir”, en una clara alusión al deficiente sistema carcelario de Guatemala.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala (OACNUDH), expresó su preocupación por los castigos mayas que se cometen en este país bajo el argumento del derecho consuetudinario.

Es preocupante para la mayoría de la sociedad, que se den estos hechos y que el

sistema de justicia no tenga la capacidad de respuesta para investigarlos a profundidad y sancionarlos cuando así se amerite.

Los últimos castigos mayas, se registraron en comunidades indígenas del departamento noroccidental de Sololá. Al menos a ocho mujeres y tres hombres la comunidad les aplicó el derecho maya, luego de enjuiciarlos por presuntamente dedicarse a la venta de niños.

A las mujeres y a los hombres los raparon, los descalzaron y los hincaron en arena pero a estos últimos les hicieron tener sobre sus hombros pesados costales conteniendo piedras, esto fue en un transcurso de varias horas.

En otras comunidades del departamento noroccidental del Quiché, los presuntos delincuentes han sido castigados con latigazos, sanciones basadas en el derecho consuetudinario.

3.2. Cosmovisión del derecho indígena

El derecho indígena no se basa en la violencia, sino en la conciliación y la armonía. Hay que tener mucho cuidado con grupos que falsamente se amparan en el derecho indígena para imponer sanciones que son violentas, inhumanas y degradantes.

Los principios de los derechos humanos, establecen que cualquier sistema de justicia debe ser respetuoso de la vida, la integridad física y la dignidad humana. Es

preocupante cualquier acción que pretenda legitimar el uso de la violencia como la vía para resolver conflictos sociales o disputas individuales.

La aplicación del derecho consuetudinario, se rige por normas basadas en las creencias, pero antes de llegar a un fallo se tiene que cumplir un procedimiento, que por ninguna causa debe violentar los derechos humanos.

3.3. Derecho objetivo puede ser escrito o consuetudinario

El derecho escrito es aquel cuyas disposiciones han sido redactadas en documentos escritos (leyes) y el derecho consuetudinario proviene del latín consuetudo que significa costumbre y es aquel cuyas normas están constituidas en las costumbres jurídicas de un país determinado o región.

Para que una costumbre sea jurídica se requiere: 1) Inverata consuetudo o costumbre arraigada en el tiempo por su uso prolongado, y 2) Opinio iuris seu necessitatis, que es la convicción de todos aquellos que practican la costumbre de que ésta obliga como derecho.

Entre las características del dercho consuetudinario, se encuentran:

- a) El ser eminentemente conciliador, ello debido por el empleo de recursos persuacivos; para lo cual se acude a aspectos religiosos, morales; jugando de esa manera un papel fundamental en el avenimiento de las partes.

- b) El ser un derecho oral: Desde el momento que se le plantea al conciliador la controversia hasta la dilucidación de la misma, se hace uso del recurso oral, evitándose los engorrosos trámites de las citaciones y formalidades escritas presentes en el sistema nacional de justicia.
- c) Derecho que fundamenta su vigencia y la positividad en el consenso: Esto al basar su observancia en el consenso, en el convencimiento colectivo de acatar la norma es lo mejor para la preservación de la cohesión y convivencia.

Por todo lo anterior, el derecho consuetudinario goza de ventajas en comparación con el sistema oficiales, entre las que se pueden establecer:

1. Celeridad procesal: Se eliminan todos los requisitos y formalidades que son obstáculo en el derecho objetivo. Siendo generalmente en la primer audiencia que se llega a un acuerdo.
2. Se neutraliza el factor idiomático: Significando que en las conciliaciones se usa el idioma propio de los interesados y, de esa manera se evita en muchas ocasiones el riesgo de una incorrecta interpretación.
3. Economía: La mayor parte de actuaciones se hace hablando es poco formalista; como por ejemplo, al hacer las citaciones en forma oral y además las terceras personas que intervienen en las conciliaciones lo hacen ad honorem. Por lo anterior hace que sea económico y ágil.

4. Mayor equidad: Se evita el recismo y el etnocentrismo, llegando de esa manera a valoraciones basadas solo en cuestiones o aspectos externos. Fundamentandose en los principios de la Cosmovisión.

Estos últimos y las normas de derecho indígena están constituidos por las creencias y reglas que en la cultura particular de quien la practica, señalan o definen acciones que perjudican a las personas en particular o a la colectividad.

El derecho nace con la Filosofía, desde el momento en que la razón, ejercitando su sentido crítico y escrutando la historia, descubre en ella cambios profundos en el dominio del derecho y de la moral. La responsabilidad que tendrá todo hombre de acatar el orden natural impuesto por la voluntad divina será una responsabilidad moral.

En Guatemala, existen dos normativas sociales y jurídicas, dos sistemas para el orden social nacional, lo que los Acuerdos de Paz le llaman sistema nacional de justicia, el derecho indígena maya, también llamado derecho consuetudinario indígena y el sistema nacional vigente guatemalteco, ambos con sus propias construcciones iusfilosóficas pero en diferentes posiciones; uno, el jurídico nacional, que se encuentra en una situación de dominio, en virtud de su oficialidad legal y entonces se convierte en excluyente en cuanto a la validez dentro y frente al Estado, pero digno es reconocer que esta evolución social los pueblos indígenas consideran no solamente como algo irrenunciable el seguir viviendo bajo sus propias formas e instituciones jurídicas, sino que incluso aspiran a poder seguir desarrollándose dinámicamente.

La práctica del derecho maya en las comunidades indígenas del país, muestra la existencia de todos los elementos necesarios para considerársele o para reconocer que se está frente a un sistema jurídico de estructura propia.

Por todo lo expuesto, puede deducirse algunas diferencias sustanciales entre el sistema nacional y el perteneciente al derecho indígena o consuetudinario.

- I. Al contrario del sistema oficial, éstos encuadran o guían su conducta, respecto a su comunidad por el solo convencimiento.
- II. Al contrario del sistema nacional, fundamentan la vigencia y positividad de su orden social en el consenso, es decir, que en el no existe elemento coercitivo que es característico del sistema oficial y, solo lo acatar por convicción que estas normas son necesarias para la preservación de la cohesión y convivencia.
- III. Siendo el derecho nacional, el que le confiere validez a los derechos este grupo social mayoritario en el país.
- IV. Toda conducta que por costumbre o aquellas normas que se han practicadas por los grupos indígenas que contravengan a lo contenido en la Carta Magna, se tendrán como no nacidas a la vida jurídica. Tomando en consideración que aún cuando existan derechos especiales para este sector, no son más que los dispuesto en el sistema nacional.

En consecuencia el derecho indígena o consuetudinario , es aquél que no está escrito y que la comunidad, el pueblo o el grupo social lo ha aplicado según las costumbres practicadas de mucho tiempo atrás.

3.4. La tortura como medio de justicia en los pueblos indígenas

El derecho indígena maya, es una parte integral de la estructura social y cultural del pueblo maya, por lo que su estudio es fundamental para conocer la cultura y particularidades de este pueblo.

Se entiende por tortura cualquier acto por el cual un representante de la autoridad (o alguien instigado por ella, infringe intencionadamente a otra persona dolor o sufrimiento intenso, ya sea físico o mental, a fin de obtener de él o de una tercera persona informaciones o una confesión; o bien para castigarle por un acto que ha cometido o que se sospecha que haya podido cometer; o para intimidarle a él o a otras personas.

Sin embargo cuando el trato cruel, inhumano o degradante está realizado por agentes no estatales, es decir, en el ámbito privado, los estados no están exentos de responsabilidad, puesto que deben disponer de todos los medios a su alcance para prevenirlos y evitarlos así como para proteger a las víctimas potenciales.

La población indígena utiliza métodos de tortura, violentando los derechos humanos y tratados internacionales por mera costumbre amparándose en el derecho consuetudinario, lo cual es eminentemente ilegal y que debería de ser sancionado por las autoridades judiciales.

Las repercusiones de la tortura van mucho más allá del sufrimiento de la víctima. Las consecuencias en la familia inmediata, en la comunidad y en la sociedad en su conjunto son profundas y duraderas. Para muchos de los supervivientes las secuelas más graves son las psicológicas. Muchos de ellos viven obsesionados por profundos sentimientos de culpabilidad y vergüenza: Culpabilidad porque han sobrevivido mientras que otros no lo hicieron, y vergüenza porque la información que proporcionaron al ser torturados pudo perjudicar a terceros.

La tortura siempre deja secuelas, físicas o psíquicas y en muchos casos irrecuperables. Dejan a la víctima marcada para siempre y mucho más a aquellos que son más débiles, los niños, o los inocentes. También en muchos casos produce la muerte, bien de forma premeditada o como un error de cálculo. Este tipo de actos envilece tanto al torturador como a la sociedad que lo permite. Es muy negativo, también indica que cada vez es una práctica más denunciada y repudiada.

3.5. Derechos de los pueblos y comunidades indígenas en América

Los derechos de los/las habitantes originales de América, han sido históricamente desconocidos en la teoría e intensamente violados en la práctica. Los pueblos indígenas no sólo han sido sometidos a la explotación y a la violencia, sino también a la dominación e imposición de culturas diferentes a las suyas. Son víctimas de la exclusión social y de la discriminación y sus miembros están entre los habitantes más pobres del hemisferio americano.

En la actualidad, los pueblos indígenas de América son víctimas de la invasión a sus tierras tradicionales y, en algunos países, del despojo de las mismas, lo que provoca que también sean objeto de otros actos de violencia por parte de agentes estatales y privados.

Lamentablemente, ni la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen un reconocimiento expreso de los derechos de las personas y pueblos indígenas. Por esta razón, la Comisión Interamericana propuso en 1997 un proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el cual contiene declaraciones con relación a: las instituciones indígenas, la erradicación de la pobreza, el derecho al desarrollo, la cultura indígena, la ecología, la discriminación, el territorio, la supervivencia de los pueblos, la seguridad jurídica de los territorios indígenas y los instrumentos de protección de derechos humanos del sistema interamericano y universales, pero jamás se ha apoyado que el derecho indígena violente los derechos humanos.

El único instrumento jurídico internacional que hace mención expresa a los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, es el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, que data de 1989. Este Convenio reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los estados en que viven. Con ello no se les provee el poder punitivo del Estado, exclusivo de éste lo que provoca que un grupo de oportunistas según su creencia distorsiona el verdadero espíritu del derecho

consuetudinario o indígena violentando los derechos humanos y sobre todo el derecho tan tutelado por el Estado que es el derecho a la vida.

El instrumento señala la responsabilidad de los gobiernos 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, sin violentar la autonomía punitiva estatal ni los derechos humanos.

Pese a la inexistencia de instrumentos específicos sobre los derechos de los indígenas y de sus pueblos en el sistema interamericano, tanto la Comisión Interamericana, como la Corte Interamericana, han utilizado e interpretado los instrumentos regionales de derechos humanos existentes para emitir importantes resoluciones a su favor.

La Comisión ha declarado reiteradamente que es: “una obligación sagrada de los Estados la protección de las comunidades indígenas en sus territorios.” En el año 2,000, publicó un informe especial, sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en las Américas, organizando una serie de documentos preparatorios del proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, incluyendo la doctrina y jurisprudencia de la Comisión sobre el tema; y creó en 1990 la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con el fin de impulsar, sistematizar, reforzar y consolidar la acción que se venía desarrollando con respecto a este tema.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de varias de sus sentencias, ha reconocido la tradición comunitaria indígena, el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y con los recursos que allí se encuentran, base fundamental de sus culturas, de su vida espiritual, su integridad, su cosmovisión y su supervivencia económica.

En este sentido, la Corte ha interpretado que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. Por lo tanto, la posesión de la tierra de estos pueblos, conforme a su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, debería bastar para obtener de las autoridades estatales un reconocimiento oficial de su derecho a la propiedad colectiva de la tierra y el consiguiente registro.

La Corte ha señalado, al respecto, que los Estados deberán establecer los procedimientos que permitan a los pueblos indígenas solicitar, de manera real y efectiva, la reivindicación y devolución de sus tierras ancestrales.

La Corte también se ha referido a la obligación que tienen los Estados de respetar las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas, así como sus tradiciones, usos y costumbres.

En este sentido, el tribunal ha partido de las costumbres y tradiciones indígenas para ordenar reparaciones que tiendan a reivindicar derechos violados a personas o pueblos y comunidades indígenas. El centro por la justicia y el derecho internacional (CEJIL), se ha unido a la defensa de los derechos de las personas y pueblos indígenas mediante la discusión de casos ante el sistema interamericano.

En estos casos se defienden las violaciones al derecho a la vida, a la integridad, a las garantías judiciales, a la igualdad y no discriminación, a la propiedad comunitaria y colectiva de la tierra, a los derechos políticos y, a los derechos económicos sociales y culturales, todos ellos protegidos por la Convención Americana, otros instrumentos interamericanos, y, de manera específica para los pueblos y comunidades indígenas, por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La estrategia de defensa de el centro por la justicia y el derecho internacional (CEJIL) en el tema de los derechos de los pueblos indígenas, se realiza desde dos perspectivas distintas. Por un lado, se denuncian casos que ilustran una práctica o un patrón de violencia y persecución contra miembros de los pueblos indígenas por su condición de tales o en razón de la lucha por su tierra ancestral, exigiendo acciones concretas de investigación, sanción de los/las culpables y reparación a las víctimas.

Por el otro, se plantean casos que ilustran prácticas de discriminación, abandono, marginalización y exclusión de los pueblos y las comunidades indígenas por su condición de pueblos indígenas, defendiendo derechos como el derecho a ser



consultados y al consentimiento libre e informado, así como derechos colectivos, entre ellos, el derecho a la tierra tradicional, a una cosmogonía particular y propia, a una vida digna para los pueblos y comunidades indígenas y para sus miembros, a la participación política según los derechos, usos y costumbres indígenas, a la preservación del medio ambiente sano en relación con el derecho a la vida, a la integridad física, y el derecho a no ser discriminados.

En ambos casos, se busca incidir en los Estados, mediante las decisiones de la Comisión y de la Corte, para lograr cambios sociales y políticos y reformas legislativas que favorezcan el pleno respeto y garantía de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas y de sus miembros.

CAPÍTULO IV

4. Principio de legalidad y la costumbre

Para empezar a tratar el principio de legalidad, se debe ir a su origen y naturalmente no se pudiendo pasar por alto lo relativo a la pena y el delito, por estar íntimamente ligados al principio que ocupa el presente trabajo de investigación

En la Escuela Clásica en donde se estudió con más interés lo referente a la pena, el delito y el delincuente. Al hablar de delincuente a la escuela clásica no es la persona que le interesa, sino los actos que comete o sea los actos constitutivos de delito, los cuales van relacionados con la violación del derecho y esto es lo que lo convierte en ente antijurídico.

El fin de la pena es en primer plano, la prevención del delito, el restablecimiento del orden externo de la sociedad; en segundo plano, el valor moral o sea la intimidación a la sociedad para prevenir la delincuencia que va encaminado al culpable para inducirlo a que no vuelva a delinquir.

En dicha escuela, el delincuente está religado, no hizo un estudio profundo sobre la personalidad del mismo pues como ya hemos dicho anteriormente, sólo se interesaba en tanto el autor de actos delictivos.

Se establece como norma constitucional que el juez en ningún caso puede juzgar por analogía, más bien debe ajustarse a la Ley Penal y es por lo que en esta Escuela adquiere mucha importancia la máxima nullum crimen, nulla poena sine lege o sea el principio de legalidad, tiene como razón el respeto tan exactamente de este principio en que no se debe dejar al arbitrio del juzgador porque se piensa que confiar en el hombre que es infalible, la seguridad del derecho, es incurrir en tiranía o sea en la negación del propio derecho, todo lo anterior según el pensamiento de Carrara; indica también este autor: " Que la razón de circunscribir la pena a un límite proporcionado al daño causado por el delito, se encuentra en que el mal causado al culpable no debe ir nunca más allá de las medidas de la tutela jurídica, todo exceso no es protección sino violación de derecho, todo exceso, prepotencia y tiranía, toda deficiencia no le importa traicionar la misión impuesta a las autoridades"²⁸.

4.1 Definición de principio de legalidad

El principio de legalidad es un derecho constitucional indiscutible en la mayoría de los países, y en consecuencia de la dignidad del hombre y su necesidad emana del derecho natural.

Como ya fue expuesto con anterioridad, el principio de legalidad o de reserva es el punto de partida de cualquier sistema de derecho penal, también es el punto de partida de validez espacial y temporal del Código Procesal Penal Guatemalteco, el que se fundamenta en principios constitucionales y de igualdad, estableciéndose la defensa de

²⁸ Rafael Cuevas del Cid. **Introducción al estudio del derecho penal**. Pág. 192

las garantías individuales y la base de que la ley debe aplicarse a todas las personas sin ninguna discriminación cuya conducta puede enmarcarse dentro de un tipo específico de delito, lo que constituye una superestructura ideológica.

En cuanto al nombre del principio de legalidad, se tendrá que analizar primeramente lo que significa la palabra legalidad en sentido gramatical.

Por lo anterior se puede expresar que el principio de legalidad es el fundamento que da legitimidad, licitud a las normas que va a regir la conducta de las personas, de un determinado lugar y tiempo.

Este principio es llamado indistintamente de reserva o de legalidad. Es entendido en su forma abstracta, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida en la acción que se juzga delictiva algo más que un mero accidente histórico o una garantía.

Por lo tanto, es el principio fundamental en la legislación penal en este caso, porque a través de él se le da legitimidad a las normas establecidas en el Código Penal, constituyendo ley obligatoria y vigente, debiéndose entonces ser atendidas, porque al no acatarlas se estará violando la ley y se estará incurriendo en hechos delictivos que serán sancionados con una de las penas establecidas en las mismas. Además, debe tomarse en cuenta que este principio que está contemplado en la carta fundamental que nos rige y por ende es un principio constitucional.

Cabe aquí recordar que ha habido distintas expresiones clásicas de legalidad entre ellas:

a) Nullum crimen nulla poena sine previa lege penal.

(Ningún crimen ni pena sin previa ley penal).

b) Nemo judex sine lege.

(Ningún juez sin ley o nombramiento legal).

c) Nemo damnetin sine lege judicium.

(Nadie sea condenado sin juicio Legal).

d) Nulla Poena sine judicium.

(ninguna pena sin juicio).

e) Nullum crimen nulla poena sine lege.

El principio de legalidad penal sustantivo, establece que nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas por la ley.

El principio de legalidad procesal determina que el Estado, a través del órgano jurisdiccional y el ente investigador (Ministerio Público), por mandato constitucional

debe esclarecer los hechos delictivos y quien lo o los cometió, para luego el o los órganos jurisdiccionales dictar la sentencia respectiva.

4.2 Efectos

El efecto del principio de legalidad es primario, de carácter obligatorio y de igualdad para la sociedad de un mismo Estado. Es importante señalar los efectos siguientes:

Primero: La prohibición de juzgar por analogía o crear figuras delictivas, esto significa que si un hecho social no se encuentra determinado claramente en el Código Penal como figura delictiva, los jueces no podrán juzgar ese hecho, en virtud de que esto sería actuar con arbitrio judicial el cual es opuesto al principio de legalidad.

Segundo: La limitación que deben atender los jueces para imponer penas establecidas en el ordenamiento jurídico, incluyendo naturalmente las medidas de seguridad.

Tercero: Garantía mínima, parte de los derechos de las personas y de la sociedad pues según el fin del principio, este debe establecer el límite de la facultad punitiva del Estado y la certeza que puede tener la colectividad al enfrentarse con la represión Estatal.

Es necesario advertir que la función del derecho penal, es esencialmente intimidatoria y sancionadora, puede decirse que se pena por la necesidad de coexistir del poder

coercitivo del Estado, el cual se manifiesta en la pena y restitución de los tiempos, pero en realidad y en esencia es una manifestación del poder coercitivo, pues no se ha comprobado aun, que la pena tenga efectos intimidativos en el delincuente para que disminuya su participación en acciones tipificados como delitos.

También se encuentra en el Artículo 4 del Código Penal, el ámbito de legalidad el que establece que el imperio de la ley salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción.

4.3 Regulación Legal

El principio de legalidad, está contenido indudablemente en la mayoría de las legislaciones y proviene del axioma tantas veces enunciado *Nullum crimen nulla poena sine lege*; es así como el Código Penal de Guatemala también contiene este principio en el Artículo 1, dándole el título De Legalidad y en su parte conducente establece: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley".

Además está contenido este principio en el mismo Código Penal, en el título VII de las medidas de seguridad en el Artículo 84, el cual también lleva el título Principio de Legalidad, y establece: "No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley".

Además en el Código Penal está contemplado este principio, rigiendo tanto en una forma general como en las medidas de seguridad, de donde se llega a la conclusión que el principio de legalidad tiene primacía en el derecho penal vigente.

No puede pasarse inadvertido que se origina como consecuencia lógica del principio de ejecución.

Significa esto que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, están contempladas en el Código penal, las que no han de quedar abandonadas al arbitrio de las autoridades penitenciarias o administrativas, ya que su conocimiento no es precisamente las leyes o mejor dicho el derecho, sino que deben aplicarse de acuerdo a lo dispuesto en las leyes y otras disposiciones legales, en forma y con las modalidades y circunstancias que establezcan.

El Código Procesal Penal, en el Artículo 1 recoge también el principio de legalidad del que se ha hablado anteriormente, el cual textualmente establece: "(No hay pena sin ley)". (Nullum poena sine lege). En el Artículo 2 de este mismo cuerpo legal, se establece : "No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal".

No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad; además en el Artículo 21 del mismo cuerpo legal, establece: "Igualdad en el proceso. Quienes se

o cuerpo legal, establece: “Igualdad en el proceso. Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación”.

En conclusión, se podría indicar que el objeto de este principio fundamental, es que el ciudadano tiene derecho a saber que es lo que no puede hacer, siendo por lo anterior que es necesario que la ley deba ser clara y no contener conceptos ambiguos o discrecionales.

En otro aspecto, y partiendo de la idea que fue a partir de las Escuelas del Derecho Penal, en los cuales los italianos introdujeron el garantismo, constituyendose como la base para los primeros 32 Artículos del actual Código Procesal Penal, se procederá al analisis de los Artículos 1 al 23 de dicho cuerpo legal en los cuales se establecen los principios y garantías del proceso penal.

- Principio de legalidad

Garantía penal

No se puede imponer una pena si la ley no la hubiere fijado con anterioridad garantía criminal: No se puede iniciar proceso, ni tramitarse denuncia o querrela sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior.

- Principio del debido proceso

Garantía de imperatividad: No podrá alterarse las fases o forma del proceso. Esto se encuentra estatuido en el Artículo 12 segundo párrafo, de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Garantía de juicio previo: No se puede condenar o someter a una medida de seguridad o de coerción, sino mediante sentencia firme, dictada por un órgano jurisdiccional competente.

Garantía de fines del proceso

- Averiguación de un hecho señalado como delito o falta.
- Circunstancias en que pudo se cometido.
- Establecimiento de la posible participación.
- Pronunciamiento de la sentencia respectiva.
- Ejecución de la sentencia.

Garantía de posterioridad del proceso: Sólo después de cometido un hecho punible se iniciara proceso por el mismo.

Garantía de independenciam e imparcialidad: En virtud de que no debe favorecer a

ninguna de las partes. Independiente: Solamente está sometido a la Constitución y a la ley.

Garantía de exclusividad jurisdiccional: Las autoridades del Estado no podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme.

Garantía de juez preestablecido: Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa.

Garantía de obediencia: Los funcionarios y empleados públicos guardarán a los jueces y tribunales el debido respeto y consideración, acatar las órdenes resoluciones o mandatos. Sino se cometería el delito de desobediencia.

Garantía de censuras, coacciones y recomendaciones: Está prohibida toda acción de particulares, funcionarios y empleados de cualquier categoría, que tienda a limitar o impedir el ejercicio de la función jurisdiccional. Si suscita el juez que lo sufra deberá ponerlo de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia.

Garantía de prevalencia: Los sujetos procesales deben acatar las resoluciones del tribunal y solo podrán impugnarse por los medios y formas establecidas en la ley.

Garantía de fundamentación: Los autos y sentencias contendrán una clara y precisa

fundamentación de la decisión, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma.

- Principio acusatorio

Garantía de independencia del Ministerio Público: El ente investigador como institución, goza de plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en la ley.

Garantía de instrucciones al Ministerio Público: Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al jefe del Ministerio Público o sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción, salvo las facultades que el Código Procesal Penal le concede a los Tribunales de Justicia.

- Principio de características del proceso

- Garantía de obligatoriedad.
- Garantía de gratuidad
- Garantía de publicación.

La función de los tribunales en los procesos es obligatoria, gratuita y pública.

Principio de presunción de inocencia.

Garantía de tratamiento como inocente: El procesado debe de ser tratado como

inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Garantía de interpretación restrictiva: Las disposiciones de esta Ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente, quedando prohibido la interpretación extensiva y la analogía, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

Garantía de excepcionabilidad de las medidas de coerción: Las únicas medidas de coerción posibles en contra del imputado son las que el Código Procesal Penal autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con la estricta sujeción a las disposiciones pertinentes.

Garantía de FAVOR REÍ: La duda favorece al REO.

Principio de limitaciones a la investigación.

Garantía de declaración libre: El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable. Advirtiéndosele clara y precisamente por parte del Ministerio Público o del juez que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas.

Garantía de respeto de los derechos humanos: Los tribunales y demás autoridades que intervienen en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la

Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos

Garantía de inviolabilidad de correspondencia: La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Salvo cuando medie autorización de autoridad competente, según el Artículo 24 Constitucional.

Garantía de inviolabilidad de la vivienda: La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar a morada ajena sin permiso de quien la habita. Artículo 23 Constitución Política de la República de Guatemala.

Excepción. Cuando medie una orden de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y nunca antes de la seis horas ni después de la 18 horas.

Garantía de NON BIS ÍDEM. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Tiene relación íntima con otra, denominada garantía de cosa juzgada. Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo. Excepto en caso de revisión.

Garantía de continuidad. No puede suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar un proceso, en cualquiera de sus trámites.

- Principio de defensa

Garantía de ser citado: La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el

proceso penal. Nadie podrá ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en procedimiento preestablecido y ante tribunal competente, en el que se hayan observado las formalidades y garantías de la ley.

Garantía de ser escuchado.

Garantía de ser vencido.

- Principio de igualdad

Garantía de igualdad en el proceso: Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen sin discriminación.

Garantía de asilo: El Estado no reconoce en su territorio lugares de asilo en donde los delincuentes consigan inmunidad o la disminución de sus condenas.

Garantía de vía diplomática. Los extranjeros no podrán recurrir a la vía diplomática sino por denegaciones de justicia y, en todo caso, hasta que hubieren agotado todos los recursos que establecen las leyes guatemaltecas.

“Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.

Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución

de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

“Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

La Ley del Organismo Judicial en cuanto al principio de legalidad establece en sus artículos lo siguiente:

“Artículo 1. Normas Generales. Los preceptos fundamentales de ésta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco”.

“Artículo 2. Fuentes del Derecho. (Reformado por Decreto 11-93 del Congreso de la República). La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.

“Artículo 3. Primacía de la ley. *Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario*”.

“Artículo 4. Actos nulos. (Reformado por Decreto 64-90 del Congreso de la República). Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, *salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y *no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”.

“Artículo 5. Ámbito de aplicación de la ley. El imperio de la ley se extiende a toda persona, nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del derecho internacional aceptadas por Guatemala, así como a todo el territorio de la República, el cual comprende el suelo, el subsuelo, la zona marítima terrestre, la



plataforma continental, la zona de influencia económica y el espacio aéreo, tales como los definen las leyes y el derecho internacional”.

“Artículo 7. Irretroactividad. La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo.

Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine”.

“Artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución

Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos.

Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”.

“Artículo 10. Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero



los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

“Artículo 15. Obligación de resolver. Los Jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley”.

“Artículo 16. Debido Proceso. Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales.

Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos”.

“Artículo 17. Buena fe. Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

“Artículo 22. Primacía del interés social. El interés social prevalece sobre el interés particular”.

“Artículo 51. Organismo Judicial. El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país”.

“Artículo 52. Funciones del Organismo Judicial. Para cumplir sus objetivos, el Organismo Judicial no está sujeto a subordinación alguna, de ningún organismo o autoridad, sólo a la Constitución Política de la República y las leyes.

Tiene funciones jurisdiccionales y administrativas, las que deberán desempeñarse con total independencia de cualquier otra autoridad. Las funciones jurisdiccionales del Organismo Judicial corresponden fundamentalmente a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que a ella están subordinados en virtud de las reglas de competencia por razón del grado.

Las funciones administrativas del Organismo Judicial corresponden a la Presidencia de dicho Organismo y a las direcciones y dependencias administrativas subordinadas a dicha Presidencia.

Los órganos que integran el Organismo Judicial tendrán las funciones que le confieren la Constitución Política de la República, las leyes y los reglamentos, así como las que le asignen otras leyes”.

“Artículo 57. Justicia. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia.

Los Organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares”.

“Artículo 58. Jurisdicción. La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos:

- a. Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras.
- b. Corte de apelaciones.
- c. Magistratura coordinadora de la jurisdicción de menores y de los tribunales de menores.
- d. Tribunal de lo contencioso-administrativo.



e. Tribunal de segunda instancia de cuentas.

f. Suprimido por (Decreto 41-96).

g. Juzgados de primera instancia.

h. Juzgados de menores.

i. Juzgados de paz, o menores.

j. Los demás que establezca la ley.

En la denominación de jueces o tribunales que se empleen en las leyes, quedan comprendidos todos los funcionarios del Organismo Judicial que ejercen jurisdicción, cualesquiera que sea su competencia o categoría”.

“Artículo 59. Instancias. En ningún proceso habrá más de dos instancias”.

“Artículo 60. Garantías. Los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta de los hechos al tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico”.

“Artículo 61. No interferencia. Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de



causas o negocios pendientes ante otro tribunal a menos que la ley confiera expresamente esta facultad”.

“Artículo 62. Competencia. Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro de la materia y el territorio que se les hubiese asignado, lo cual no impide que en los asuntos que conozcan puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio”.

“Artículo 63. Publicidad. Los actos y diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública. Deben mantenerse en forma reservada. La calificación será hecho por el juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido”.

Si se analiza este principio puede darse cuenta que otro de los principios a que debe sujetarse la pena es el de la personalidad. En efecto al aplicar el castigo por un hecho delictivo cometido debe este recaer sobre la persona directamente responsable y no de otra; de tal manera que no se puede pensar que una persona que sea ajena a la relación jurídica punitiva respondiera por un hecho que no haya cometido. Además, el principio de legalidad esta contenido y no podría ser de otra manera en la Constitución Política de la República en el Artículo 17: “No hay delito ni pena sin ley anterior”. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley

anterior a su perpetración.

Pero en la legislación guatemalteca, en donde se encuentra contenido expresamente el principio esencial es en el derecho penal y procesal penal.

Se puede establecer que los principios de legalidad de la pena y de la ejecución contenidos en el Código Penal y Código Procesal Penal respectivamente, se originan dos de las garantías que se exponen anteriormente al referirse al origen del principio, son garantías de la persona en el campo represivo, los cuales son precisamente según Cuello Calón: "a) la garantía criminal es la que establece la legalidad de las penas y las medidas de seguridad (nulla poene sine lege) ; y conforme de las penas y medidas con arreglo a las normas legales"²⁹

Es eminentemente, que las penas impuestas por los juzgadores indígenas en materia penal son completamente ilegales como se ha demostrado en el presente capítulo.

4.4 Naturaleza jurídica

El principio de legalidad , puede decirse que tiene el rango y carácter de una importante garantía política del ciudadano, además de garantía humana, se puede decir que protege al individuo contra las arbitrariedades que pueden cometer los jueces, al sancionar a los delincuentes por los delitos en que hayan incurrido. Actúa como una garantía para la protección jurídica de la comunidad y contra la represión estatal, el cual es reconocido

²⁹ E. Cuello Calón. **Ob. Cit.** Pág. 185.

constitucionalmente y debe regir y ser aplicado sin discriminación de raza, color, sexo, posición económica o de clase social; para todas las personas que estén bajo su imperio.

Su naturaleza jurídica es pues, el de ser un principio considerado como el punto de partida de cualquier sistema del derecho penal; es una superestructura ideológica de la sociedad que establece el límite de la facultad punitiva del Estado. y de garantizar la certeza que debe tener el derecho penal al aplicar sus normas a hechos delictivos, por personas con facultad para ello y por los organismos establecidos en la Ley para sancionar los hechos de acuerdo a las leyes previamente establecidas, garantizando así en minina parte los derechos humanos inherentes a todos los miembros de la sociedad, evitando así el que se cometan arbitrariedades que conducen a la violencia.

4.5 La costumbre

Una costumbre es una práctica social arraigada, generalmente se distingue entre buenas costumbres que son las que cuentan con aprobación social, y las malas costumbres, que son relativamente comunes, pero no cuentan con aprobación social, y a veces leyes han sido promulgadas para tratar de modificar la conducta.

En el derecho internacional, la costumbre es una práctica generalizada y repetitiva de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional aceptada como derecho y obligada a través de lo denominado como expectativa de derecho. Tiene tanta validez como los Tratados Internacionales, no existiendo ninguna prelación de fuentes entre ellas.

La Costumbre es un derecho. Se podrá definir la costumbre como la repetición constante de ciertos actos o modos de obrar, dentro de una colectividad, con la convicción de su necesidad.

No obstante, hay que tener en cuenta los hechos que llevan a una práctica general y uniforme a ser considerada derecho por los sujetos del derecho internacional. Para que cristalice la opinio iuris u elemento subjetivo resulta de vital importancia las acciones u omisiones que realizan los Estados que son significativos de la comunidad internacional.

4.6 La costumbre como fuente del derecho

Usualmente las leyes son codificadas de manera que concuerden con las costumbres de la sociedad que rigen, y en defecto de ley, la costumbre puede constituir una fuente del derecho. Sin embargo en algunos lugares, como Navarra, o en los países de aplicación del derecho anglosajón la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes (o a la vez) que la ley.

La costumbre jurídica tiene que cumplir dos requisitos:

- El factor subjetivo u opinio iuris, que es la creencia o convencimiento de que dicha práctica generalizada es imperativa y como tal produce derechos y obligaciones jurídicas.

- El factor objetivo o inveterata consuetudo que es la práctica de la costumbre en sí y que debe ser reiterada y unívoca.

En el caso de Guatemala, solo surte efecto a defecto de la Ley, la costumbre tiene un gran uso en Sociología como usos y costumbres (Ortega y Gasset), que son unos componentes de la cultura en los sistemas de acción, como adaptación instrumental y, por tanto, parte de la estructura social en el funcionalismo. También es asimilable por similitud con conductas en psicología social y en la teoría sistémica.

Como componente cultural el interaccionismo simbólico lo hace su objeto de descripción y explicación. Para la teoría del conflicto y en contraposición a la difusión de nuevas leyes impuestas a una comunidad es la resistencia popular más importante contra el cambio.

La Ley del Organismo Judicial en el Artículo segundo establece: La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará”.

La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

4.7 Interpretación legal y constitucional

Interpretación de la Ley: Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el

sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

El Artículo 58 de la Constitución Política de la República de Guatemala, protege la identidad cultural, entre las cuales podemos encontrar las costumbres, en este caso el término costumbre se estableció a muy amplio criterio, ahora si se busca el espíritu del legislador y se remonta en la historia, jamás el legislador pensó violar el principio de legalidad, dando libertad a que los indígenas juzgaran en materia penal a su arbitrio, nunca el espíritu del legislador fue que se violaran garantías constitucionales y principios generales del derecho penal, como lo es el debido proceso. El mencionado Artículo perceptua lo siguiente:

“Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”.

La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 2 establece: “La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará”.

Por último, es oportuno señalar que después de haber efectuado un análisis particularizado desde la definición, naturaleza jurídica, origen, importancia, características y, demás principales aspectos, y la regulación legal del principio de legalidad, se puede inferir que el mismo es considerado, el elemento más importante en el ordenamiento jurídico guatemalteco; mismo que tiene como objetivo impedir la actuación del Estado de forma absoluta y arbitraria, reservándole al individuo una esfera de defensa de su libertad cuya garantía inicial la otorga la ley, sirviendo como un dispositivo legal que tiende a proteger al ciudadano de la posible arbitrariedad judicial del Estado.

La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Partiendo de los resultados obtenidos por medio de la presente investigación, se estableció que el principio de legalidad, posee un sustento histórico, pero sobre todo racional y por lo cual, es necesario ponerlo en práctica, lo cual significaría proteger las garantías que todo ser humano tiene derecho a ejercerlas sin ninguna limitación, más que respetar en donde comienza el derecho de otra persona y, en relación al tema de la costumbre, ésta no tiene cabida en materia penal porque la misma debe regir solo en defecto de ley aplicable y, como ya es de conocimiento en el ordenamiento jurídico se encuentran tipificados lo relativo a los delitos; así mismo, el procedimiento penal en el Código Procesal Penal Guatemalteco, razón por la cual los juzgamientos penales Indígenas son ilegales.



Del análisis del principio de la Constitución Política de la República de Guatemala, el principio de legalidad y garantías que emergen de dicho principio, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, otros cuerpos legales nacionales e internacionales, si bien se reconoce el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, los mismos no están legitimados para juzgar hechos de relevancia jurídico-penal, con lo que se arriba que para eliminar legalmente los juzgamientos penales indígenas que atentan contra la Carta Magna y la vida misma, es menester, que las diversas instituciones que los representan, participen en un consenso a nivel nacional para crear un pluralismo jurídico que permita aplicar dicho juzgamiento, pero, basado tanto, en normas sociales como en las de índole formal, con lo cual se aprovecharía de las ventajas que posee del derecho costumbrista, pero, principalmente se limitaría el actuar arbitrario de las personas que están encargados de aplicarlo, para lo cual se estaría conformando comisiones integrados por los propios líderes indígenas de sus respectivas comunidades, quienes conjuntamente con el juez , Ministerio Público y demás sujetos procesales, intervendrían para dar solución a la situación en la cual estaría juzgando a una persona a la que se le atribuye un hecho repudiado por la sociedad. Logrando de esa forma que se respete tanto el principio de legalidad, así como, las normas sociales, usos y costumbres que prevalece en cada comunidad indígena.

Por todo anterior, al realizar dicha fusión, se estaría corrigiendo y, como consecuencia solucionando la situación actual de vulnerabilidad u incluso atropello de los derechos que posee toda persona que sea objeto de juzgamiento en una comunidad indígena y, adicionalmente se lograría de esa manera el mejoramiento del ordenamiento jurídico en



cuestión, además de sembrar un sentimiento de inclusión y no de exclusión por parte del Estado hacía el pueblo indígena.

CONCLUSIONES

1. Al no cumplirse la esencia de el derecho indígena o consuetudinario de ser un cuerpo normativo, eminentemente oral, que fundamenta su vigencia y positividad en el consenso, lo anterior provoca que sea un instrumento a través del cual en muchas ocasiones se realicen hechos ilícitos, valiéndose de la costumbre y, que al aplicarlo se deja al margen el poder punitivo del Estado.
2. En los juzgamientos penales indígenas, no se concibe a quien le compete la decisión de establecer qué conductas merecen sanción, con lo cual queda al libre arbitrio la decisión de ejecutar o no determinadas sanciones, que son aplicadas a las personas que son sujetas a esta forma de hacer justicia.
3. El derecho estatal a través del principio de legalidad, brinda seguridad jurídica a los miembros de la comunidad, estableciendo una limitada facultad punitiva del Estado y, garantiza la certeza que debe tener el derecho penal al aplicar las penas a los delitos previamente tipificados por la ley anterior a su perpetración, si se permite que el derecho indígena sancione en materia penal por razón de costumbre, los líderes indígenas podrán imponer sanciones de cualquier índole, violentando el Estado de Derecho.



4. El derecho penal indígena es aplicado ipso facto, como un poder paralelo al derecho oficial, que no está normado por ninguna ley que lo respalde o reglamente, provocando que se cometan hechos tipificados como delito.

5. El derecho indígena o consuetudinario, no es escrito y, por lo tanto, fundamenta su vigencia y positividad en las creencias y normas sociales que imperan en la cultura particular de quien la practica, pero el mismo no está legitimado para ser aplicado en el ámbito penal, y al momento de emplearlo produce que en algunos casos se vulnere el derecho humano fundamental, como es el concerniente a la vida.



RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala y la Procuraduría de los Derechos Humanos, deben dar a conocer la aplicación y cobertura de la Carta Magna, para evitar que el derecho indígena sea utilizado para cometer arbitrariedades, para lo cual, deberán realizar una campaña a través de los medios de comunicación escritos y no escritos, con el objeto de hacer conciencia de que nadie es superior a la Constitución y la ley, evitando que se sigan violentando los derechos a la vida, la justicia y la dignidad que goza toda persona.
2. Es necesario que el Ministerio Público y el Organismo Judicial hagan respetar en todo juzgamiento el principio de legalidad, para lo cual deberán hacer valer la preeminencia de la Carta Magna, impidiendo de esa forma que sean perjudicados los derechos de la persona o personas que están siendo juzgadas por un grupo indígena, para evitar la aplicación equivocada del derecho consuetudinario, porque atenta contra el principio de legalidad
3. Que la Corte Suprema de Justicia, realice procesos de consulta y sistematización para el registro del llamado derecho de juzgamiento indígena, creando para el efecto una base de datos de los líderes comunitarios encargados de aplicarlo y, de esta manera disuadir a que éstos últimos actúen de forma desmedida en contra de la persona a la cual se le esté señalando de algún acto indebido dentro de su comunidad.

4. La Procuraduría de los Derechos Humanos, debe capacitar a los líderes indígenas comunitarios, en relación al cumplimiento de la ley desde una óptica jurídico penal participativa, para lo cual deberán hacerlo a través de intérpretes quienes serán los encargados de informar sobre los distintos actos que constituyan delito, y de esa manera respetar el origen étnico y multilingüe de cada sector indígena, que integra al Estado guatemalteco.

5. Que los líderes indígenas puedan a través de las diversas instituciones que los representan, participar en un consenso a nivel nacional para crear un pluralismo jurídico que permita aplicar el juzgamiento indígena, basado tanto, en normas sociales como en las de índole formal, con lo cual se limitaría el actuar arbitrario de las personas que están encargadas de aplicarlo y, de esta manera mejorar y enriquecer el ordenamiento jurídico en materia penal, en beneficio de la sociedad guatemalteca.



BIBLIOGRAFÍA

ACHAVAL, Tagle. **Derecho constitucional**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1976.

ALEXANDROV, N.G. **Teoría del estado y del derecho**, 1ª. Edición en español, México, D.F.: Editorial Grijalva 1,962.

BARTRA, Roger. **Breve diccionario de sociología marxista**, México D.F.: Editorial Grijalva, 1973.

BASTIDA, Francisco. **Derecho constitucional, cuestionario comentado 1**, Barcelona España: Ediciones Ariel S.A. 1992.

BERISTAIN, Antonio. **Derecho penal y criminología**. Editorial Temis Bogotá 1986.

BINDER, Alberto M. **Introducción al Derecho procesal penal**. Editorial Ad-Hoc Buenos Aires 1983.

BURGOA, O., Ignacio. **Diccionario de derecho constitucional, garantías de amparo**, 5ª. ed. revisada, corregida y ampliada, México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1998.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliaista. 2000.

DIEZ RECASENS, Luis. **Introducción al estudio del derecho**, séptima edición. México D.F: Editorial Porrúa S.A 1985.

FAIREN GUILLÉN, Víctor. **Elementos de la teoría general del proceso**. Madrid, 1985.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**, México D.F.: Editorial Porrúa S.A. 1993.



GONZÁLES CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Segunda Edición, Guatemala 2003.

REALE, Miguel. **Introducción al derecho**, quinta edición. Madrid España: Ediciones Ediciones Pirámide. 1982.

SAGASTUME GAMMELL, Antonio. **Derecho consuetudinario indígena y derecho humanos.** Estudio realizado en el 2006. Trabajo de investigación de Maestría.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe especial sobre derechos humanos 2001.**

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derechos fundamentales y justicia penal.** Editorial Juricentro San José Costa Rica 1992.

VILLATORO, Miguel. **Introducción al estudio del derecho**, octava edición, México D.F.: Ediciones Porrúa S.A. 1985.

ZAFFARONI, Eugenio R. **Manual de derecho penal.** Editorial Cárdenas México 1998.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto 17-73, de fecha 05 de julio de 1973 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto ley 51-92 de fecha. 28 de septiembre de 1992 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, de fecha 10 de enero de 1989 del Congreso de la República de Guatemala.