

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



DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA

GUATEMALA, MARZO DE 2015

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

**LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES
E INHUMANOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, marzo de 2015

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

DECANO:	MSc. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macáριο
SECRETARIO:	Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

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).

LICENCIADO JOSÉ MARCO TULIO ESPAÑA SÁNCHEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Carretera a San Felipe de Jesús No. 57 La Antigua Guatemala,
Sacatepéquez. Tel. 40092108.



La Antigua Guatemala, Sacatepéquez, 03 de mayo del año 2012

Doctor:

Amílcar Bonerge Mejía Orellana
Jefe de la Unidad De Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad De San Carlos de Guatemala



Apreciable doctor:

De manera atenta y respetuosa me permito comunicarle que atendiendo a la providencia emanada por la Unidad a su cargo, con fecha dieciocho de octubre del año dos mil once, he cumplido con la función de ASESOR del trabajo de tesis del bachiller **DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA**, cuyo trabajo se intitula "LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA". Para lo cual, me permito emitir el siguiente dictamen:

1. El tema planteado contiene una propuesta para el desarrollo del derecho indígena en Guatemala, por el cual las personas desde una temprana edad pueden tener un conocimiento constitucional de cuáles son sus derechos y así lograr un pleno desarrollo en la ciudadanía.
2. El trabajo posee una transcripción clara, práctica y de fácil comprensión con un excelente contenido científico y técnico de la investigación utilizada, documental y bibliográfica, que a mi criterio, es adecuada e idónea para el tipo de investigación realizada.
3. En mi opinión, las conclusiones y recomendaciones constituyen una contribución científica, ya que en una sociedad democrática, la educación en valores debe referirse necesariamente al derecho indígena. La temática aludida por el bachiller **DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA**, contiene objetivos específicos que permiten desarrollar la importancia que tiene en la actualidad, el conocimiento constitucional en materia de derechos humanos, que promuevan la democracia por medio de la práctica de valores, sobre todo en las comunidades indígenas vulnerables a la pérdida del estado de derecho.

En general, el trabajo de tesis analizado presenta una dimensión más en la educación de Guatemala, la educación en derechos humanos, fundada en una cultura de paz. En dicho análisis se puede comprobar la excelente

LICENCIADO JOSÉ MARCO TULLIO ESPAÑA SÁNCHEZ
ABOGADO Y NOTARIO
Carretera a San Felipe de Jesús No. 57 La Antigua Guatemala,
Sacatepéquez. Tel. 40092108.

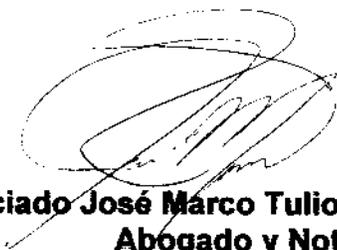


redacción y uso técnico de las normas gramaticales pertinentes a un trabajo de tesis.

4. Las conclusiones son válidas, permiten dar paso a las recomendaciones que de suyo son totalmente factibles de aplicar en Guatemala.
5. La bibliografía es extensa y científica, contiene obras mayores y menores de acuerdo a la clasificación bibliográfica vigente, es novedosa en relación a contenidos y autores.
6. He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada. Su empeño y disponibilidad de acatar razonablemente mi asesoría le permitió concluir su trabajo exitosamente.

En virtud de lo anterior, y habiéndose cumplido con los requisitos legales prescritos y exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente,



*Lic. José Marco Tulio
España Sánchez*
ABOGADO Y NOTARIO

Licenciado José Marco Tulio España Sánchez
Abogado y Notario
Asesor
Colegiado 8718



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 31 de agosto de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO VÍCTOR HUGO ALVARADO OBREGÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante: **DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA**, intitulado "LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA"

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 establece: "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 las 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 estime pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyrc

**LICENCIADO
VÍCTOR HUGO ALVARADO OBREGÓN
ABOGADO Y NOTARIO**

Colonia el Manchen No. 68 La Antigua Guatemala, Sacatepéquez. TEL. 78326440



La Antigua Guatemala, Sacatepéquez, 06 de septiembre del año 2012

Doctor:

**Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría De Tesis
Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad De San Carlos de Guatemala
Su Despacho**



Doctor Mejía Orellana:

Atendiendo a la providencia emanada por la Unidad a su cargo, con fecha treinta y uno de agosto del año dos mil doce, he cumplido con la función de revisar el trabajo de tesis del Bachiller **DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA**, cuyo trabajo se intitula "LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA". Me permito manifestarle que dicho trabajo contiene:

1. Desarrolla a lo largo de la investigación, una exhaustiva explicación sobre los antecedentes del derecho consuetudinario y la importancia que este tiene en Guatemala, especialmente en el área constitucional de derechos humanos, haciendo referencia a la aplicación del derecho indígena, mal aplicado por algunas comunidades indígenas, al imponer sanciones o penas que violan los derechos humanos, pactos y convenios internacionales sobre la tortura, tratos crueles, degradantes e inhumanos contra las personas que se les sindicó de la comisión de un delito, haciendo referencia a los derechos supremos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su parte dogmática.

Así mismo, como parte del desarrollo de la investigación, se realiza un análisis específico a cada derecho fundamental y todo ello con la finalidad de que el guatemalteco sea capaz de ejercer una plena protección y respeto a los derechos humanos en la aplicación del derecho indígena.

2. El Bachiller **DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA**, para la realización del trabajo utilizó el método científico y el método histórico, mismos que le facilitaron la producción de conocimientos y criterios válidos para llegar a las conclusiones y a la propuesta de que la tortura se genera por el abuso de poder e impunidad de los servidores públicos, como consecuencia de una extrema ignorancia de las leyes, prepotencia y corrupción, falta de capacitación y concientización sobre la protección y respeto a los derechos humanos. De igual forma, se apoyó en una extensa bibliografía como fuente doctrinal, posibilitándose de esta manera la estructura de un estudio completo y adecuado para la presente investigación.

**LICENCIADO
VÍCTOR HUGO ALVARADO OBREGÓN
ABOGADO Y NOTARIO**

Colonia el Manchen No. 68 La Antigua Guatemala, Sacatepéquez. TEL. 78326440



3. Como revisor estudié y analicé el contenido del tema propuesto por el estudiante, el cual reúne los requisitos de actualidad no sólo en el aspecto académico sino en el aspecto normativo de la legislación guatemalteca vigente; por cuanto en el desarrollo del trabajo trata adecuadamente la necesidad de que en Guatemala sea regulado el delito de tortura, ya que no estableció la distinción entre la misma y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, además los indígenas que aplican el derecho consuetudinario son perseguidos penalmente. En dicho análisis se puede comprobar la excelente redacción y uso técnico de las normas gramaticales pertinentes a un trabajo Ad Gradum.
4. Las conclusiones y recomendaciones a que deduce el estudiante, son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr el objeto que se ha planteado en el plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.
5. En cuanto a la bibliografía consultada es la adecuada y acorde al tema de investigación, y a mi juicio es acertada y actualizada.
6. Por lo anteriormente expuesto, es procedente que el presente trabajo de tesis sea aprobado y por consiguiente pueda ser sometido a su discusión en el examen público de tesis.

En virtud de lo anterior, y habiéndose cumplido con los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el tribunal examinador en el Exámen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

**Licenciado Víctor Hugo Alvarado Obregón
Abogado y Notario
Revisor
Colegiado 2874**

Víctor Hugo Alvarado Obregón
ABOGADO Y NOTARIO



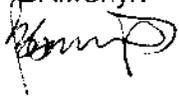


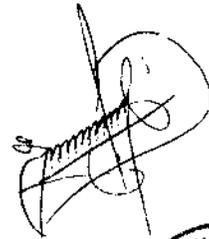
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 27 de octubre de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DAVID LAUREANO DÁVILA BAEZA, titulado LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/yr.






 Lic. Avidán Ortiz Orellana
 DECANO



DEDICATORIA

- A DIOS:** Por estar siempre conmigo especialmente en los momentos que más lo necesite, siempre estuvo a mi lado y ser la luz y guía perfecto a lo largo de mi vida, por darme la sabiduría de elección por lo bueno y correcto, y darme el éxito hoy alcanzado.
- A mis padres:** María Bernarda y Marvin Eduardo, por ser quienes me dieron la vida, esta tesis se la dedico con todo cariño y respeto, quienes fueron el pilar fundamental en los inicios de la carrera, luchando contra viento y marea, de sol a sol, pero que hoy le rindo frutos con la culminación de tan honrosa carrera. Por todo eso; infinitas gracias.
- A mi esposa:** Erika Maritza, por ser la esposa que Dios puso en mi camino, a ella todo mi amor, cariño y respeto.
- A mi hijo:** Diego Fernando, Dios te bendiga, gracias por bendecir nuestro hogar y llenarnos de muchas alegrías.
- A mis hermanos:** Mario Alejandro, Ricardo Agustín, por apoyarme en todo momento y estar conmigo en los momentos más difíciles de mi vida, Dios les bendiga por siempre.
- A mis sobrinos:** Alejandro Rafael, Gabriela Azucena, por ser esas personas que han llenado nuestras vidas de sueños y sonrisas.
- A mi abuelo:** Laureano Baeza Almirola, mi total y plena gratitud por su incommensurable muestra de cariño hacia mi persona, a él le debo grandes ejemplos de trabajo constante, apego a las normas de la moral y la ética, todo mi respeto y todo mi amor para él, flores sobre su tumba.
- A mi familia:** Los quiero a todos en general, tíos, tías, primos, primas, suegros, cuñados, cuñadas, los respeto a todos, este logro va como un granito más a los logros que espero provengan de ustedes también.
- A mis amigos:** Alejandro Rafael, Jorge Alfonso, Fredy Napoleón, Rosario

Ortiz, Luis Axpuc, Mario Valentín, Eddy Armando, por la amistad, consejos, y apoyo que siempre me han brindado.

A: Sor Ingrid Galindo por tenerme siempre cerca de Dios, con sus oraciones y bendiciones mil gracias.

A: La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Época indígena americana	1
1.1. Origen	2
1.2. Teoría de cuatro orígenes: asiático, melanesio, polinesio y australiano	8
1.3. Teoría de los siete grupos raciales	10
1.4. Teoría de la isla de pascua	10
1.5. Teoría de la doble inmigración	11
1.6. Teorías recientes	12

CAPÍTULO II

2. Historia del indígena en Centro América.....	15
2.1. Cultura precolombina	15
2.2. El descubrimiento.....	22
2.3. La conquista.....	24
2.4. Conquista de Centro América	25
2.5. La tierra.....	27

CAPÍTULO III

3. Análisis del Convenio número 169.....	37
3.1. Relación histórica.....	37
3.2. Análisis jurídico doctrinario	42

CAPÍTULO IV

4. Derecho consuetudinario	49
4.1. Definición	49
4.2. Estudio doctrinario y legal	51
4.3. El derecho consuetudinario y los acuerdos de paz	58

CAPÍTULO V

5. Violación a la carta de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, en la aplicación del derecho indígena.....	63
5.1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otras penas crueles, inhumanas o degradantes.....	80
5.2. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	82
5.3. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura	84
5.4. Otros instrumentos internacionales.....	87
5.5. Constitución Política de la República de Guatemala	94
5.6. Tortura y otros tratos crueles aplicados en el derecho consuetudinario	95
CONCLUSIONES	101
RECOMENDACIONES	103
BIBLIOGRAFÍA	105



INTRODUCCIÓN

Con fundamento en la Carta de la Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Degradantes e Inhumanos, se realizó un análisis de los alcances y consecuencias jurídicas que pueda tener la mala aplicación del derecho indígena, cuando viola pactos internacionales, los que precisamente fueron creados para su defensa, las Naciones Unidas han condenado desde sus comienzos la práctica de la tortura por ser uno de los actos más aborrecibles que los seres humanos cometen contra sus semejantes, la tortura se considera un crimen en el derecho internacional. En todos los instrumentos internacionales, la tortura está absolutamente prohibida y no puede justificarse en ninguna circunstancia; se analizará si los indígenas que imponen penas crueles y torturas a sus víctimas, son susceptibles de ser perseguidos penalmente por la comisión de los delitos cometidos y si transgreden o violan leyes nacionales y pactos internacionales signados por el Estado de Guatemala; hasta qué punto aplican legalmente el derecho consuetudinario, ya que basándose en el mismo infieren torturas y tratos crueles a los indígenas que juzgan.

El objetivo general de la investigación fue establecer que la mala aplicación del derecho consuetudinario ha violado los derechos humanos y convenios y tratados internacionales, al penalizar a la persona que supuestamente ha cometido un ilícito en el departamento del Quiché. Asimismo, los objetivos específicos de la investigación son: determinar la conciliación entre indígenas, es una forma de aplicar el derecho consuetudinario; analizar el derecho consuetudinario es aplicable para la solución de los problemas entre indígenas; establecer que el derecho consuetudinario en su aplicación real es determinante para el mantenimiento de la paz y cordialidad entre los pueblos indígenas; los supuestos de la investigación describen si se comete delito cuando los dirigentes indígenas provocan tortura o tratos crueles e inhumanos, basándose en el derecho consuetudinario. Se aplica doble pena, cuando se ha sancionado al supuesto autor del delito, y además, se le consigna a un tribunal del orden común. El derecho indígena debiera aplicarse sin causar tortura, trato cruel, denigrante e inhumano al supuesto autor del delito.



La hipótesis de la investigación fue: el derecho consuetudinario actualmente ha sido mal aplicado por algunas comunidades indígenas, al imponer sanciones o penas que violan los derechos humanos y los pactos y convenios internacionales sobre la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes contra la persona que se le sindicó de la comisión de un delito, el cual no es comprobado fehacientemente.

Los métodos de investigación fueron: El método sintético; se empleó para analizar las consecuencias sociales y culturales que conlleva la aplicación del derecho consuetudinario cuando se aplican sanciones que van contra la integridad física del indígena, violándose sus derechos humanos y tratados internacionales contra la tortura. El método analítico: Mediante el presente método se hará un análisis de los vejámenes que se cometen contra los indígenas en nombre del derecho consuetudinario y si se violan los preceptos del derecho común y preceptos constitucionales. La técnica de investigación utilizada fue la documental en la cual el capítulo uno, contiene la época indígena americana, el capítulo dos, se basa en la historia del indígena en Centroamérica, el capítulo tres, hace mención del análisis del convenio número 169, que hace referencia a las condiciones de vida de los pueblos indígenas y tribales, seguidamente el capítulo cuatro, describe el derecho consuetudinario que poseen los indígenas en Guatemala, para finalizar el capítulo cinco, hace referencia a la violación de la carta de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, en la aplicación del derecho indígena.

CAPÍTULO I

1. Época indígena americana

Existe la creencia generalizada, y aceptada por números historiadores, que la conquista y la colonización de América finalizó en el transcurso del siglo diecinueve cuando se consolidaron los movimientos libertadores que dieron lugar a la formación de los Estados-Nación en todo el continente. Sin embargo, el proceso histórico tuvo una continuidad manifestada en el afán expansionista de esos nuevas Estados, conducidos por clases dirigentes herederas de las europeas conquistadoras del continente. Los europeos llamaron indios a los nativos de las islas del mar Caribe debido a que, desde los viajes de Cristóbal Colón, creían que este había llegado a la India, en Asia, generando un equívoco que perduró en el tiempo. Esa nueva etnia en el poder, cortó lazos con las metrópolis y puso en marcha su plan independiente de ampliación y colonización de territorios, aunque bajo el mismo modelo político-económico liberal naciente de Europa. No fue ese un cambio afortunado para los habitantes primitivos de América. Muchas comunidades indígenas que aún vivían en sus propios dominios sufrieron invasiones y despojos de sus tierras; debieron someterse a la legislación vigente del orden establecido; tuvieron que renunciar a sus culturas en función de la homogenización educativa; fueron privados de los recursos económicos y de la libertad del espacio vital y limitados por fronteras nacionales que partieron sus comunidades, esta política agresiva negadora de la total autonomía de los pueblos indígenas se prolonga hasta la actualidad, estos procesos negativos son la esencia de la historia no oficial descrita desde el punto de vista de los pueblos conquistados.

1.1. Origen

Al hablar del origen de los indígenas en el continente americano, necesariamente tenemos que hablar precisamente de los mayas que habitaron en la región. "Todos los indios pertenecen a un solo tipo racial, el amerindio, porque descienden exclusivamente de los mongoles que vinieron de Asia por el estrecho de Bering en sucesivas migraciones. La primera migración ocurrió hace unos veinticinco mil años"¹.

La opinión de que todos los indios son iguales debido a la unidad racial y la posible procedencia del Asia, ya había sido expuesta por varios historiadores desde el siglo XVIII y era compartida por el antropólogo Kleith a principios del siglo XIX. "Pero fue Hrdlicka quien recogió esas opiniones y las convirtió en teoría científica después de muchos años de investigaciones entre los indios. Fundamentó su teoría en las numerosas características físicas comunes que encontró entre diversos grupos indígenas y en las semejanzas de dichos rasgos con los de los mongoles"².

Los indígenas americanos, es un conjunto de pueblos aborígenes que habitaban el continente americano con anterioridad al descubrimiento de América y a sus descendientes. Se calcula que en el momento de los primeros contactos con los europeos el continente americano estaba habitado por más de 90 millones de personas: unos 10 millones en el actual territorio de Estados Unidos y Canadá, 30 millones en México, 11 millones en Centroamérica, 445.000 en las islas del Caribe, 30 millones en

¹ Montenegro González, Augusto. **Historia de América**. Pág. 10.

² Rivet, Paul. **Teoría de los cuatro orígenes, asiático, melanesio, y australiano**. Pág. 38

la región de la cordillera de los Andes y 9 millones en el resto de Sudamérica. Estas cifras de población corresponden a estimaciones muy relativas (algunas fuentes citan magnitudes mucho menores), ya que resulta imposible dar cifras exactas. Las culturas mesoamericanas consideraban que la presencia humana en el continente americano era muy anterior a la que suponían los europeos, ya que estos empezaron a realizar los primeros registros, la población indígena ya se había visto diezmada por las guerras, el hambre, los trabajos forzosos y las epidemias de enfermedades introducidas por los europeos.

La teoría de Hrdlicka tuvo gran acogida, especialmente la explicación sobre la ruta de entrada de los primeros pobladores, ya que señala que el hombre cruzó caminando por una zona llamada puente de beringia formado a raíz del descenso del nivel de las aguas del Estrecho de Bering. "En efecto, hace miles de años las glaciaciones cubrieron de hielo el norte de los continentes y como el hielo procedía de las aguas congeladas del océano, descendió el nivel del mar. Así el estrecho de Bering quedó convertido en un puente terrestre seco y accesible al paso de los hombres sin necesidad de embarcaciones"³

Algunos antropólogos e historiadores, han rechazado algunos puntos de esta teoría, como por ejemplo la migración que menciona Hrdlicka, de veinticinco mil años, otros manifiestan que los restos de vida encontrados prueban que hace más de cuarenta mil años ya había pobladores en América".

³ Rivet, Paul. **Los orígenes del hombre americano**. Pág.73

“Por otra parte, los mongoles actuales no existían en tan remota época; en todo caso, los primeros hombres que cruzaron por Bering serían de tipo mongoloide, antepasado de los actuales mongoles”⁴.

Por último, Hrdlicka explicó que las diferencias entre los indios se debían a variaciones biológicas que presentaba cada grupo inmigrante y las influencias de los diferentes medios geográficos donde se fueron estableciendo. Pero esta explicación no fue convincente, porque algunos antropólogos se preguntaban ¿Cómo es posible que si todos los indios pertenecen a la misma raza existan diferencias de cráneo, estatura y otros rasgos de tipo racial entre ellos?

Lo cierto es que muchos antropólogos e historiadores coinciden en varios puntos sobre el origen del hombre americano, pero resulta difícil encontrar puntos científicos donde todos coincidan.

A grandes rasgos, podría decirse que los indígenas americanos probablemente descendieran de los pobladores asiáticos que emigraron a través de la lengüeta de tierra del estrecho de Bering durante el periodo cuaternario se destina a cubrir el periodo reciente de ciclos de glaciaciones y, puesto que algunos episodios de enfriamiento y glaciación, esto justifica su traslado al cuaternario que se inició hace unos 30.000 años, fue durante este periodo, cuando apareció el homo sapiens sobre la tierra, a su vez, se extinguieron grandes especies, tanto vegetales como animales.

⁴ López Marroquín, Rubén. **Historia moderna de la etnicidad en Guatemala. La visión hegemónica.** Pág. 54.

Según los testimonios de las migraciones humanas, los primeros pueblos que se desplazaron hacia el continente americano, procedentes del noreste de Siberia hacia Alaska, portaban utensilios fabricados de piedra y madera, pieles de animales tales como osos, conejos, etc., y otras herramientas que la madre naturaleza les proporcionaba, típicas de mediados y finales del periodo paleolítico de la edad de piedra.

Estos pueblos probablemente vivían en grupos de unos 100 individuos, pescando y cazando animales como venados y mamuts. Eran nómadas y trasladaban su campamento unas cuantas veces al cabo del año para aprovechar los alimentos de cada estación. Es probable que se reunieran durante algunas semanas con otros grupos con el fin de celebrar ceremonias religiosas y realizar trueques de productos, además de intercambiar información. Al parecer, los primeros asentamientos se ubicaron en Alaska y más tarde fueron desplazándose hacia el interior del continente americano.

Los hallazgos de las primeras migraciones son muy escasos. Los testimonios que se desprenden del estudio comparativo de las lenguas indígenas, así como del análisis de algunos materiales genéticos, sugieren la posibilidad de que estas migraciones tuvieran lugar hace unos 30.000 años. Algunas pruebas más directas, procedentes de yacimientos arqueológicos, sitúan esa fecha algo más tarde. Por ejemplo, en el Yukón, en el actual Canadá, se han descubierto utensilios de hueso cuya antigüedad ha quedado fijada en el 220 antes de Cristo, mediante las técnicas de carbono radiactivo. Los restos de hogueras descubiertas en el valle de México datan de 210 años antes de

Cristo, se han hallado algunas lascas de herramientas de piedra cerca de ellas, lo cual determina la presencia humana en aquella época. En una cueva de la cordillera de los Andes peruanos, cerca de Ayacucho, los arqueólogos han hallado utensilios de piedra y huesos de animales triturados, cuyo origen se ha datado en 180 años antes de Cristo. Otra cueva de Idaho, Estados Unidos, contiene restos parecidos que datan del año 125 antes de Cristo.

En ninguno de estos yacimientos aparecen objetos o herramientas con un estilo diferenciado. El único objeto hallado que sí tiene un estilo propio apareció hacia el 110 antes de Cristo y se conoce como puntas clovis, tipo de punta de jabalina de base cóncava y con acanaladuras en una o dos de sus caras.

Después del año 1000 a.C., el clima se fue enfriando y comenzaron a escasear los alimentos, lo que provocó una disminución de la población en la parte atlántica de la región.

En el Medio Oeste, de Estados Unidos de Norte América, sin embargo, los pueblos se organizaron en grandes redes comerciales y levantaron grandes túmulos abovedados para ser utilizados como centros de actividades religiosas. Estos primeros constructores de túmulos, denominados hopewell, cultivaban maíz, pero dependían más bien de los alimentos arcaicos. Hacia el 400 después de Cristo la cultura hopewell declinó.

Las civilizaciones se desarrollaron en México y en la parte superior de Centroamérica a partir del 1400 antes de Cristo. Estas civilizaciones surgieron de un estilo de vida

arcaico cazador-recolector que hacia el 700 antes de Cristo incluía el cultivo de pequeñas cantidades de frijol, calabaza y maíz. Hacia el 2000 antes de Cristo los antiguos mexicanos dependían totalmente de las plantaciones de estos cultivos, además de amaranto, aguacate y otras frutas, así como del chile.

Las ciudades fueron creciendo y hacia el 1400 antes de Cristo la civilización Olmeca poseía una capital con palacios, templos y monumentos construidos sobre una enorme plataforma de unos 50 metros de altura y cerca de 1,6 km de longitud. Los Olmecas vivían en la selva de la costa del golfo de México; sus rutas comerciales se extendieron hasta Monte Albán en el oeste de la República mexicana (en el actual estado de Oaxaca) y el valle de México.

A medida que fue disminuyendo el poder de los olmecas (hacia el 400 a.C.), fueron en aumento los asentamientos en las montañas del interior y, poco antes del comienzo de la era cristiana, la primera ciudad del México precolombino había alcanzado dimensiones urbanas en Teotihuacán en el valle de México. Desde el 450 hasta el 600 Teotihuacán dominó el altiplano mexicano, comerciando principalmente de una manera de trueque con poblaciones del Monte Albán y con los reinos mayas que habían surgido en el suroeste de México, y conquistando a pueblos rivales por el sur incluso en el valle de Guatemala. Teotihuacán ocupaba unos 21 kilómetros cuadrados con bloques de viviendas de varios pisos, mercados, multitud de pequeños talleres, templos sobre plataformas y palacios cubiertos de murales en los cuales estos últimos se narraba la vida y culto a los distintos dioses que veneraban y que les rendían culto en acción de gracias por las cosechas y beneficios recibidos.

1.2. Teoría de cuatro orígenes: asiático, melanesio, polinesio y australiano

Ésta fue formulada por el antropólogo francés Paul Rivet. Este científico vivió en Colombia durante la segunda guerra mundial y participó en la fundación del Instituto Colombiano de Antropología.

La variedad de tipos indígenas se debe a que América fue poblada por cuatro grupos de tipos raciales diferentes:

Mongoles y esquimales, llegados de Asia por el estrecho de Bering, tal como lo señala Hrdlicka, dando lugar a varios pueblos de Norteamérica.

Otro grupo procedente del archipiélago de la Polinesia en el Pacífico, que atravesó el océano pasando de isla en isla y originó numerosas tribus de Centro América y Suramérica. Un tercer grupo llegó también por vía marítima y en oleadas sucesivas desde el archipiélago de la Melanesia. Este grupo y el anterior los denominaba Rivet elementos malayo-polinésicos.

Un cuarto grupo vino de Australia.

Rivet, fundamentó su teoría en investigaciones muy rigurosas que le permitieron encontrar grandes semejanzas físicas (volumen del cráneo, grupos sanguíneos, etcétera.), de costumbres (uso de hamacas, danzas rituales) y lingüísticas, entre numerosas tribus de indios que viven desde California hasta Brasil y los habitantes

malayo-polinésicos.

Rivet, también encontró notables similitudes físicas y culturales entre los indios del extremo meridional de América y los australianos. Pero no explicó la ruta que habrían utilizado los australianos y éstos no son navegantes.

Se considera a la teoría de Rivet, la más consistente y aceptable. Las investigaciones continuadas confirman el parentesco de los indios con los cuatro grupos pobladores que señala.

La posibilidad de migraciones por el océano quedó demostrada por la expedición de Thor Heyerdahl, antropólogo noruego, quien junto con seis compañeros cruzó el Pacífico desde Perú hasta las islas de Polinesia en 1947, en una primitiva balsa bautizada con el nombre de Kon-Tiki (divinidad solar polinesia). La audaz travesía duró dos meses y con ella se pretendió demostrar lo contrario de Rivet, o sea, que los indios americanos poblaron polinesia.

Paul Rivet, aceptó como la ruta más probable de los australianos la que había señalado el científico portugués Méndez Carrera en 1925, según éste, la vía usada sería terrestre, a través de la Antártida, que hace miles de años no estaría cubierta por los hielos. La posibilidad de tal ruta parece confirmada, ya que en 1958 varios científicos hallaron en la Antártida restos de flora y fauna de clima templado, lo cual revela que hace unos seis mil años dicho territorio estaba sin hielos y tenía un clima más benigno, en el cual se podía ver como la vida florecía en toda su magnificencia ya que era un

clima propicio para la reproducción tanto de la vida silvestre como la vida animal.

1.3. Teoría de los siete grupos raciales

El antropólogo argentino José Inbelloni, también planteó en mil novecientos treinta y siete, que el origen del hombre americano es múltiple y polirracial. Pero con base en sus propias investigaciones, afirmó que no hubo cuatro sino siete grupos raciales pobladores, los australianos, tasmanianos, melanesios, protoindonesios, indonesios, mongoloides y esquimales de Siberia. Estos siete grupos en oleadas sucesivas dieron origen a diez tipos raciales en América.

Esta teoría, aunque muy bien fundamentada, no fue convincente en varios puntos, especialmente no parece verosímil la explicación de las rutas de poblamiento, pues supone que los australianos y melanesios realizaron un extenso recorrido entre dicho recorrido se encontraban extensas planicies, cerros, montañas, ríos, lagos, los cuales cruzaron con grandes proezas y dificultades hasta llegar al estrecho de Bering y de allí comenzaron a poblar y asentarse en lo que al día de hoy se conoce como Suramérica.

1.4. Teoría de la isla de Pascua

Antes que Rivet, Georges Montandon, en 1933, había encontrado semejanza de los indios suramericanos con los polinesios y australianos. Según él, el punto de partida sería la isla de Pascua, situada entre las costas de Perú y Chile y la Polinesia, a

donde llegaron los polinesios llevando australianos como esclavos y de ahí pasarían a Suramérica, en donde era una tierra totalmente desconocida para los polinesios y los mismos australianos.

Es cierto que en la isla de Pascua hay gigantescas estatuas levantadas por los polinesios, pero lo dudoso es el viaje desde dicha isla y porqué los australianos eran esclavos de los otros.

1.5. Teoría de la doble inmigración

En 1951, el norteamericano Joseph Birdsell, rechazó las teorías de que los melanesios y polinesios fueron pobladores de América e insistió en que el hombre americano es producto del mestizaje de una doble inmigración asiática. Según él, una rama del gran tronco racial blanco o caucásico emigró hacia el río Amur en el norte de Asia y por esto los denomina amurianos. De los amurianos derivan grupos mongoloides, los primitivos habitantes del Japón, y un tercer grupo que llama murrayanos porque llegaron hasta el río Murray en Australia. Birdsell concluye que hubo dos oleadas migratorias hacia América: la primera de mongoles y amurianos y la segunda de murrayanos.

Este poblamiento de-híbrido (mestizo) dio origen al indio americano. Estas oleadas tuvieron que producirse por el estrecho de Bering, siendo este último un brazo de mar localizado entre el extremo oriental de Asia y el extremo norte occidental de América, ya que venían de Asia, siendo el mismo el único por el cual se podía tener el acceso principal de dichas oleadas.

Esta teoría es atractiva porque se basa en la genética (ciencia que estudia los caracteres de los organismos transmitidos por herencia), pero no le da valor alguno a las semejanzas culturales y lingüísticas que realmente existen entre los indios y los habitantes de la polinesia, la melanesia y Australia.

1.6. Teorías recientes

Necesariamente tenemos que hablar de las culturas milenarias que han existido en el mundo, ya que estas culturas han dado paso para nuevas hipótesis ya que en los últimos años, se ha vuelto a poner interés en las antiguas hipótesis sobre un posible poblamiento por egipcios, fenicios y otros pueblos de la antigüedad.

El antropólogo Thor Heyerdal es quien más insiste en la posibilidad de esas migraciones. Después de su célebre travesía por el Pacífico en la balsa Kon-Tiki, en 1947, hizo construir a orillas del río Nilo, en Egipto, una embarcación fielmente imitada de las que aparecen en las pinturas de los antiguos egipcios, o sea, con tallo de papiro tejidos y una sola vela, la nave fue bautizada con el nombre de Ra (Dios del Sol, principal divinidad de los antiguos egipcios dios del cielo, dios del sol y del origen de la vida en la mitología egipcia. Ra era el símbolo de la luz solar, dador de vida, así como responsable del ciclo de la muerte y la resurrección.).

La expedición Ra, con Heyerdahl y seis compañeros de distintas nacionalidades, partió de Egipto, cruzó el Mediterráneo y salió al Atlántico, pero fracasó en medio del océano debido a una fuerte tempestad. Al año siguiente (1970), se repitió la peligrosa

travesía en una nueva embarcación, la Ra II, también de papiro pero más ajustada al modelo egipcio, porque fue tejida por indios del lago Titicaca cuyas embarcaciones tienen nudos y otros detalles iguales a los de las antiguas naves egipcias. Partiendo esta vez de la costa de Marruecos, en África, el grupo logró llegar cincuenta y siete días más tarde a la capital de la isla Barbados, en las Antillas. Esta segunda expedición de Heyerdahl demostró que el viaje en este tipo de embarcación se puede hacer desde el norte de África hasta América, navegando favorablemente en la dirección de los alisios o las corrientes marinas.

Desde luego, Heyerdahl no ha pretendido demostrar que los primeros pobladores americanos fueron los egipcios o los fenicios, puesto que cuando existieron dichos pueblos ya nuestro continente estaba habitado, según confirman los numerosos hallazgos de restos materiales y humanos. Sin embargo, las expediciones Ra han replanteado la posibilidad de que marinos de la antigüedad hubiesen influido, quizá, en las construcciones y las ciencias de los indios de México.

Se sabe con certeza que unos seiscientos años antes de Cristo, una expedición de barcos fenicios a las órdenes del monarca de Egipto le dio la vuelta a África, viajando en dirección oriente-occidente. También doscientos años más tarde, sesenta embarcaciones cartaginesas recorrieron las costas occidentales de África, siguiendo una ruta que parecía ser habitual entre esos navegantes. Lo difícil de comprobar es si marinos fenicios, egipcios o cartagineses, al dirigirse o desviarse hacia costas americanas, se establecieron en el continente, ya que hasta el momento actual no se han encontrado restos de esos supuestos pobladores que pudieron llegar por el

atlántico.

Para el Popol Vuh, término que será usado en la investigación por ser el más común, dado por el padre Fray Francisco Ximénez, descubridor de dicho libro sagrado, aunque en idioma quiché es Pop Wuj; muchos pueblos fueron fundándose uno por uno y las diferentes ramas de las tribus se iban reuniendo y agrupando junto a los caminos, que habían abierto, los pueblos del continente americano no se encontraban al tiempo del descubrimiento en el estado de atraso que generalmente se cree. Los primeros habitantes de la región del nuevo mundo poseían un sistema propio de escritura que los califica de verdaderamente civilizados, por medio de signos y caracteres escribían los datos de su comercio, sus noticias cronológicas e históricas, también poseían un alto grado de conocimiento de astronomía.

CAPÍTULO II

2. Historia del indígena en Centro América

Al hablar de la historia de los indígenas en Centro América necesariamente tenemos que hablar de los mayas aunque el origen de este pueblo es un tanto desconocido, se cree que provienen del actual territorio de los Estados Unidos, y que, por tanto, descienden de los pobladores que llegaron desde Asia a América a través del estrecho de Bering. América Central fue centro de una población pre-colombina, siendo la mas importante la cultura Maya. La civilización de mayas se originó en las montañas de Guatemala antes de 1º. Milenio a. C. prosperó entre el años 300 y 900 en ciudad-estados autónomos. La gente numerosa habitó el resto del istmo y negocio con las tribus del sur y norteamericanas haciendo la antigua América Central un puente, arqueológico entre las Américas, la conquista subsecuente de América Central se convirtió en una lucha sangrienta entre los españoles que presentaban intereses y mataron a números extensos de nativos-americanos pero murieron aún mas de las epidemia de la viruela, de la plaga, de la disentería y de la gripe, que fueron introducidas por los europeos.

2.1. Cultura precolombina

“Los indios no aportan nada acerca de su origen, su propagación o de dónde vinieron sus primeros padres. Esto se debe a que los indios carecían de escritura o forma de conservar sus antiguas memorias, excepto pinturas que usaban los mexicanos y unos

nudos de hilo o cordeles que usan los peruanos, llamados quipus. Estas técnicas de comunicación, apenas les alcanzaban para hechos de cuatrocientos años atrás⁵.

Se desconoce el origen de los mayas, pero sí se tiene certeza que hubo dos culturas sucesivas: la clásica y la preclásica.

Al hacer referencia a los habitantes de la América Precolombina, es preciso recordar la existencia de varias hipótesis formuladas en relación con los diversos grupos humanos que habitaron las regiones hoy conocidas como Norte, Centro y Sur América.

Aunque la teoría más aceptada es la de que este continente fue poblado por grupos humanos emigrados de Asia, que después de la última glaciación cruzaron el estrecho de Bering y se extendieron hasta el otro extremo del mundo, también es verdad que las teorías sustentadas por historiadores y antropólogos tienen adeptos y detractores.

En Centro América existieron una variedad de culturas pre-hispánicas, extendiéndose desde México, siendo la más interesante la cultura Maya, que cubrió el sureste de lo que hoy es México y que corresponde a los Estados de Yucatán, Campeche, Tabasco, Quintana Roo y la zona oriental de Chiapas, lo mismo que la mayor parte de Guatemala, Honduras y Belice. Esta cultura cubrió una extensión territorial que varía, según los diversos arqueólogos e historiadores, entre trescientos veinticinco mil y cuatrocientos mil kilómetros cuadrados, teniendo por límites el Golfo de México y el Mar

⁵ Milla, José. **Historia de América Central**. Pág. 30

de las Antillas; el Océano Pacífico; el río Grijalva en el Estado de Tabasco, el río Ulúa en Honduras y el río Lempira en el Salvador. Considerando que en tan vasto territorio existen notables variantes en el clima y accidentes geográficos, que en muchos aspectos influyeron y hasta determinaron ocasionalmente la vida de los hombres que lo habitaron, con las consiguientes variantes y costumbres de acuerdo con la geografía, se les dividió para su estudio en tres grandes regiones o zona naturales:

Zona norte: Que incluye los Estados de Yucatán en su totalidad, la mayor parte de Campeche y Quintana Roo. En las mencionadas regiones el terreno es pedregoso y semiárido, con partes bajas en donde predomina una vasta planicie calcárea con vegetación de monte bajo, con clima regularmente seco y demasiado cálido, con escasas lluvias en verano. No hay ríos de superficie, pero el terreno es permeable y el agua se filtra rápidamente, formando corrientes subterráneas que se abren en bocas naturales llamadas cenotes que proporcionan apenas el agua necesaria para la supervivencia de los habitantes.

Zona central: Enmarcada desde el río Grijalva, en el actual Estado de Tabasco, hasta la parte oriental de Honduras, incluyendo el municipio de Petén en Guatemala, Belice y parte de Chiapas. Tiene un clima caliente y húmedo, con lluvias abundantes en la temporada. Hay ríos y lagunas y la vegetación es de tipo tropical.

Zona sur: Comprende las tierras altas y la faja costera del Océano Pacífico, con parte de Chiapas, Guatemala y el Salvador. El clima es templado y frío en las serranías, con zonas calientes y húmedas, pobladas por densos pinares y cipreses en su mayoría.

Hay alturas que sobrepasan los mil quinientos metros sobre el nivel del mar.

La historia demuestra que los conflictos entre los habitantes indígenas persistieron por cuestiones políticas en su mayoría y también por costumbres adoptadas entre las familias y grupos de poder de la época.

Durante las desavenencias entre ellos, se dieron disposiciones de mucha trascendencia “la primera fue la traslación de la capital de Izmachí a Utatlán, ciudad antigua y venerable, pero medio arruinada, lo que ocasionó que le dieran el nombre de Gumarcaah, que significa cabañas viejas o podridas, pero que en realidad es techo podrido (Guma=podrido, Caj=anila, techo, cielo, espacio). “La segunda fue la subdivisión de las tres grandes familias del reino en veinticuatro casas principales, obligándose a sus jefes a edificar otros tantos palacios en la nueva capital en derredor del templo consagrado de Tohil, que se levantaba en el centro de la población”⁶.

Gran majestad y poder alcanzó el reino quiché bajo el gobierno de Gucumatz; sin necesitar el empleo de las armas para que los pueblos acataran las disposiciones de aquel soberano.

Lo contrario representó el reino de Caquicab o Cabiquicab, que extendió la dominación quiché por medio de la conquista, dominando a los cakchiqueles y mames. Durante este gobierno, los quichés entraban a las poblaciones haciendo esclavos, a

⁶ Cruz Torrero, Luis Carlos. **Seguridad, sociedad y derechos humanos**. Pág. 30

quienes azotaban cruelmente atados a los árboles.

“Caquicab hizo amurallar la ciudad, trabajo al cual acudieron todos los vasallos; y temiendo, sin duda, por la seguridad de sus dominios adquiridos en gran parte por la fuerza, dispuso colocar vigías en las fronteras, que vigilaran los movimientos de los enemigos y coronar las alturas con fortificaciones y pueblos que sirvieran de antemural al reino”⁷.

El trato que Quicab daba a su pueblo tuvo resultados desastrosos, en primer lugar una guerra civil, provocada cuando los plebeyos pretendieron se les exonerara de los tributos o cargas a que estaban sujetos en calidad de vasallos. Seis de los principales agitadores se encargaron de exponer al rey a su adjunto, de aquella pretensión, el resultado fue hacer ahorcar a los que la llevaron; medida violenta, dictada a instigación de la nobleza y que produjo muy pronto los más desastrosos resultados, estalló una sedición formidable, siendo lo más extraño que se pusieron a la cabeza dos hijos de Quicab y dos nietos del mismo, movidos no por un sentimiento de justicia a favor de las clases inferiores, sino por el culpable deseo de despojar al anciano Quicab del poder y de las riquezas que poseía.

Los palacios de los nobles fueron invadidos y saqueados por las turbas, fueron asesinados muchos de los señores y el rey mismo reducido a prisión, entonces Quicab tuvo que acceder a las exigencias de los plebeyos.

⁷ Brasseur, De Bourbourg. **Historia de las naciones civiles de México y de América Central**. Pág. 233

Mientras tanto los cakchiqueles, habían conservado su personalidad política, establecidos en las montañas de Chaviar y Tzupitayah y de consiguiente vecinos cercanos a los quichés. A finales del siglo XIV y principios del XV, los cakchiqueles eran dirigidos por la monarquía de Huntoh y Vukubatz, el poder soberano era ejercido por un rey y un adjunto.

Entre los problemas de auge, el historiador José Milla, narra que "Un día, una mujer cakchiquele fue a esta ciudad (Gumarcaah) a vender tortillas de maíz, alimento común del pueblo en aquellos tiempos, como en los presentes. Un soldado de la guardia plebeya de Quicab quiso quitárselas por la fuerza, mas la mujer se defendió y acabó por dar de palos al ladrón. Siendo en el Quiché muy severas las leyes respecto al robo, la autoridad quiso ahorcar al soldado; pero el pueblo se amotinó y no sólo se opuso al castigo de éste, sino que pidió a gritos la muerte de la mujer. Los reyes cakchiqueles intervinieron y la libraron del furor de las turbas, y entonces la ira popular se volvió contra ellos, tomando la cuestión serias proporciones. Unos querían vengarse procediendo de hecho contra Huntoh y Vukubatz, pero otros, menos exaltados, se limitaron a exigir que el rey procurare la reparación del agravio, es decir un resarcimiento justo como ya lo dijimos al agraviado"⁸.

Ante tal situación el pueblo pidió la entrega de los reyes cakchiqueles o de lo contrario la muerte del rey quiché, por lo tanto éste considerando la grave situación propuso la guerra contra los cakchiqueles, por lo que los cakchiqueles abandonaron las montañas

⁸ Milla, José. Gómez Carrillo Agustin. **Historia de América Central desde el descubrimiento**. Pág. 70

en las que habitaban y se dirigieron a Iximché, mientras que la población quiché incendiaba el pueblo abandonado por los cakchiqueles.

Inmediatamente los cakchiqueles se dedicaron a hacer fortificaciones y a abastecerse para la confrontación con los quichés. Pronto comenzó la guerra, y los quichés intentaron apoderarse de las fortificaciones pero fueron derrotados, muriendo no sólo muchos soldados sino también los superiores que los dirigían, por lo que los quichés no intentaron otra incursión.

Durante el reinado de Tepepul II, se acentúa la inadversión de los jefes del ejército y el pueblo quiché, quienes veían celosamente el engrandecimiento de los cakchiqueles.

Durante una oleada de frío, las siembras de los cakchiqueles se perdieron y se hizo sentir el hambre, viendo esta circunstancia los quichés consideraron que era el momento de entrar en guerra, por lo que marcharon hacia el reino cakchiquele, mientras tanto un desertor quiché se dirigió al reino cakchiquele avisando a los reyes la llegada de los quichés.

Los quichés se prepararon y derrotaron a los cakchiqueles en varias batallas, luego los esperaron en la capital del reino, derrotando nuevamente a los invasores y dando muerte a sus reyes, confirmándose el poderío cakchiquele, éstos se mostraron orgullosos de la victoria, lo que los hizo iniciar la conquista de otros pueblos, después de la derrota de los quichés, los españoles fueron invitados a Iximché y fueron bien recibidos por los gobernantes Belehe Qat y Cahi Imox.

Ante la voracidad de conquista de los cakchiqueles, se formó la liga de defensa de los pueblos, compuesta por gran número de poblaciones, para defenderse ante las investidas de aquellos. Ante tal situación los cakchiqueles invadieron la fortaleza que habían construido los pueblos de la liga, dando muerte al rey y degollando a cuanta persona hubo en el mismo, hechos sucedidos en Utatlán o Gumarcaj.

Ante la multitud de conquistas (no se usa el término invasión, aunque los españoles sí invadieron al adentrarse a territorio, pero su ánimo era conquistar y saquear pueblos), muerte y esclavitud que se daban en la región, Cristóbal Colón se hacía presente abordando las playas del nuevo mundo.

2.2. El descubrimiento

A principios del siglo XV, en Europa, la burguesía comercial de cada ciudad se había enriquecido y originó nuevas formas de actividad económica: el capitalismo comercial, consistente en acumular capitales y bienes que no se consumen sino que se invierten para obtener ganancias y en que el trabajo se realiza con mano de obra libre a la cual se le paga un salario o sueldo.

Los primeros capitales que se acumularon fueron oro, plata, barcos y otros bienes que se invertían en el comercio y se obtenían del comercio.

Los primeros capitalistas surgieron en las ciudades mercantiles de Italia, sur de Alemania y Países Bajos. En consecuencia, la aparición del capitalismo comercial fue

una causa del descubrimiento de América, ya que se intensificó la navegación marítima en busca de nuevos mercados fuera de Europa.

Cristóbal Colón aparece como un intrépido navegante, con ansias de descubrimiento y de obtener riqueza, siendo inteligente y valiente marino. Propone al rey de Portugal un plan para llegar a Asia. Manifestando que la distancia era relativamente corta, pero el reino portugués no le puso atención y rechaza la idea expuesta. Por tal motivo recurre a España y con ayuda de los frailes fue escuchado por los reyes católicos, que después de algún tiempo confirmaron el contrato por el cual se le nombraba almirante de la mar Oceana, y virrey y gobernante de las tierras que descubriera, con derecho al décimo de los metales y al quinto de los productos que obtuviere.

En agosto de 1492 partió Colón con tres carabelas y un centenar de hombres y después de dos largos meses la expedición llegó a la isla de Guanahaní, del archipiélago de las Bahamas, descubriendo así América, pero Colón creyó haber arribado a las islas orientales del Asia y por eso llamó indios a los nativos.

Colón prosiguió su viaje descubriendo otras islas de las Bahamas, Cuba y Haití a la que llamó española, regresando luego a España, donde le rindieron tributos por su descubrimiento.

El almirante realizó tres viajes más, continuando con los descubrimientos de las Antillas y las costas venezolanas y centroamericanas, hombre de gran talento y excelente marino, Colón no tuvo éxito en el gobierno de la naciente colonia de la española,

porque en su afán de encontrar las fabulosas ciudades del Japón y China continuaron las exploraciones y confió la administración a sus hermanos. Llegó a perder la simpatía de los reyes de España, quienes le quitaron el gobierno de la isla y hasta le prohibieron desembarcar en ella. Marginado de la corte y enfermo de artritis, falleció en Valladolid (España) en 1506, murió sin saber o sin admitir que había descubierto un nuevo mundo, pero su hazaña cambió el curso de la historia y produjo trascendentales consecuencias.

2.3. La conquista

La conquista, entendida como una empresa militar de ocupación y dominación, fue llevada a cabo únicamente por los españoles. Las demás naciones que establecieron colonias en América actuaron de modo distinto. Esta conquista hispánica de más de la mitad del continente americano se llevó a cabo con increíble rapidez en menos de sesenta años y en ella se pueden señalar tres etapas:

Conquista del Caribe (1493-1520). Se limita a las Antillas mayores y las costas del istmo de Panamá. La resistencia indígena fue vencida con relativa facilidad.

Conquista de los grandes imperios indígenas de Centroamérica (1520- 1534). La expansión española se amplía al continente y se desata el furor conquistador ante las riquezas en oro y plata de los imperios azteca e incaico, los conquistadores, que en esencia eran militares aventureros, fueron grandes exploradores españoles que, a partir de principios del siglo XVI, partieron rumbo a la América del Sur en busca de tierras y riquezas en nombre de España.

Conquista de las regiones interiores de Suramérica y periféricas de los antiguos imperios indígenas (1534-1555). Continúa la fiebre conquistadora y las grandes hazañas. Se conquistan Venezuela, Colombia, Chile, el Río de la Plata y el sur de lo que hoy es Estados Unidos. Las nuevas regiones sometidas proporcionan menos riquezas o ninguna.

2.4. Conquista de Centroamérica

México se convirtió en nuevo foco de expediciones. "El mismo Hernán Cortés descubrió y dio nombre a California. El sometimiento de Yucatán fue confiado a Francisco Montejo, pero costó muchos años y hombres porque los mayas lucharon con firmeza frente a los conquistadores"⁹.

La dominación del territorio centroamericano costó más esfuerzo que México y no fue lograda por una sola expedición ni bajo la jefatura de un solo hombre.

Como no existía unidad política entre los indios, las diversas tribus defendieron valientemente su territorio ayudados por la selva y las enfermedades tropicales que diezmaron a muchos conquistadores.

Guatemala y el Salvador fueron invadidos por los hombres de Pedro de Alvarado (1524), lugarteniente de Cortés, que demostró la misma crueldad y valentía que en

⁹ Martínez Peláez, Severo. **La patria del criollo**. Pág. 122

México. Fundó la ciudad de Santiago de los Caballeros de Guatemala, hoy Antigua Guatemala.

La conquista del El Salvador fue terminada por Jorge de Alvarado, quien fundó la ciudad de San Salvador (1528).

En contraste con la violencia de Alvarado, los frailes dominicos, encabezados por Fray Bartolomé de Las Casas (vendedor de esclavos), obtuvieron gran éxito en atraerse pacíficamente a los indios de la zona selvática de los actuales departamentos de las Verapaz.

En Honduras lucharon entre sí los jefes enviados por Cortés. La conquista comenzó con la expedición de Cristóbal de Olid, quien pronto se independizó de Cortés. Otro enviado de Cortés, Francisco de Las Casas, persiguió y asesinó a Olid. Continuó la conquista y fundó la ciudad de Trujillo. Cortés participó personalmente, pero se retiró ante la hostilidad de los indios y la selva, dejando que sus subalternos continuaran la lucha por someter a los nativos.

Nicaragua fue conquistada por expediciones que tenían su centro de operaciones en el centro en Panamá. Gil González Dávila, enviado por Pedrarias (1522), actuó por su cuenta, recorrió parte del país y descubrió los lagos de Nicaragua y Managua, dándole a este último dicho nombre. Francisco Hernández de Córdoba, quien llevaba órdenes de castigar a Dávila, fundó las villas de Granada y León, posteriormente la ciudad de Segovia.

Costa Rica (nombre que se le dio por el hallazgo de oro en sus costas) demoró en ser sometida. La conquista se inició en 1544, se interrumpió y finalmente fue reanudada por Juan Vázquez de Coronado, quien fundó Cartago en 1564.

Las empresas españolas en Centroamérica no produjeron riqueza como las de México y convirtieron la región en escenario de crueldades contra los indios y de luchas entre los españoles por obtener una gobernación. Así, desde la conquista, América Central se vio desunida por las fuerzas descentralizadoras.

2.5. La tierra

La tierra no era sólo el elemento básico de la agricultura y por ello de la vida de aquella sociedad agrícola, sino que, por serlo, era también el principal motivo de trámites y litigios, de intrigas y violencias, acerca de todo lo cual había aprendido mucho el cronista, Fuentes y Guzmán, en treinta años de gestión en el Ayuntamiento de Guatemala y en los años que fue Corregidor de Totonicapán y Huehuetenango. La crónica contiene datos muy valiosos acerca de la tierra como asunto de la legislación y la administración coloniales y ofrece como es natural, amplísima información acerca de los cultivos, la cantidad y calidad de las cosechas, los sistemas de producción, los accidentes y fracasos de la misma, las normas de trabajo, la características de los diversos tipos de trabajador, las modalidades de las haciendas y labores, la disponibilidad de tierras por los pueblos de indios y muchas otras importantes cuestiones, uno de los principales problemas de la sociedad guatemalteca es la mala administración de tierras, ya que grandes extensiones están adueñadas por personas,

de las cuales casi ninguna se dedica a la agricultura; por lo tanto los agricultores no tienen tierra para trabajar.

“En el desarrollo de la crónica rige un principio que se podría llamar de integración subjetiva, y esta circunstancia es causa de que en ella se confundan diversos asuntos bajo un mismo tratamiento y en secuencia que pueden parecer reñidas con el orden. No debe eso extrañarnos; ya hemos dicho que la motivación profunda de la Recordación Florida es la alabanza y la defensa de la patria-patrimonio y lo que debemos hacer es descubrir el significado de peculiar tratamiento que en ella se hace de la tierra, en relación con aquel propósito medular de la obra”¹⁰.

Cuanto más milagrosa aparece la tierra, más se esfuma el mérito de quienes la trabajan. Este es, sin lugar a dudas, uno de los motivos hondos de clase por los que al criollo la patria se le vuelve paisaje y porque acusa una tendencia del criollismo, es que el presentar por momentos a veces graves y exaltados a la tierra la idealiza como objeto de gratitud, enfatizando con exceso su bondad, disminuye sutilmente el mérito del trabajo aunque por separado se haga referencia a éste.

Es cosa bien sabida que el problema primordial de la sociedad guatemalteca es la mala distribución de su riqueza primaria, la tierra, la cual se halla concentrada en pocas manos mientras carece de ella la gran mayoría de la población dedicada a la agricultura, ya porque no la tenga en absoluto o porque sea poca y mala la que posee.

¹⁰ Cojtí Coj, Juan. **Autoridad y gobierno del pueblo de Sololá**. Pag.17

Sin embargo, el problema de la tierra no presenta dificultades particularmente grandes como problema histórico. Es decir, que resultan muy claros los procesos por los cuales el país entró y se ha mantenido en ese agudo latifundismo que tanto daño le ocasiona y que resultan bastante evidentes, también, las derivaciones que el mismo ha tenido sobre el desarrollo de las clases sociales. El problema tiene sus raíces en la organización económica de la colonia y por aparte tratarse de algo tan básico en aquel régimen, resulta relativamente sencillo señalar sus factores principales.

Se ha dicho con insistencia que la legislación colonial era casuista, que respondía a los casos particulares de movimiento y lugar y que por ese motivo, era caprichosa y carecía de unidad. Ello es verdad sólo hasta cierto punto. Las leyes que emite un Estado son, en una u otra forma, expresión de los intereses de la clase a quien representa éste, y como ante esos intereses tiene que haber algunos que son permanentes y principales, lógicamente debe suponerse que toda legislación, por casuista que sea, tiene que estar regida por algunos principios básicos que responden a aquellos intereses. La información que proporcionan los documentos coloniales en lo tocante a la tierra y en especial las leyes y Reales Cédulas, permiten señalar la presencia de aquel largo período. Todas emanaban, por igual, intereses fundamentales de la monarquía española en relación con el más importante medio de producción de las colonias americanas. La legislación, pues, sin atribuirle fuerza de factor determinante, tiene expresión de intereses económicos.

El principio fundamental de la política indiana en lo relativo a la tierra se encuentra en la teoría del señorío que ejercía la Corona de España, por derecho de conquista, sobre

todas las tierras de las provincias conquistadas en su nombre. Este principio es la expresión legal de la toma de posesión de la tierra y constituye por eso, el punto de partida del régimen de tierra colonial. La conquista significó fundamentalmente una apropiación, un fenómeno económico, la cual abolía automáticamente todo derecho de propiedad de los nativos sobre sus tierras, pero no se les daba automáticamente a los conquistadores, como podría suponerse. Unos y otros, conquistadores y conquistados, sólo podían recibir tierras de su verdadero propietario, el rey, pues en su nombre habían venido, los primeros a arrebatarse sus dominios a los segundos. Inmediatamente, después de consumada la conquista, toda propiedad sobre la tierra provenía, directa o indirectamente, de una concesión real. El reparto de tierras que hacían los capitanes de conquista entre sus soldados, lo hacían en nombre del monarca y con autorización de él y la plena propiedad de aquellos repartos estaba sujeta a confirmación real.

Consiguientemente: cualquier tierra que el rey no hubiese cedido a un particular o a una comunidad pueblo, convento, etc. era tierra realenga, que pertenecía al rey y que no podía usarse sin incurrir en delito de usurpación. El principio de señorío tuvo importancia extraordinaria. Hay que considerarlo no sólo en su acción positiva, únicamente el rey cede la tierra, sino también en su acción negativa, no hay tierra sin dueño; nadie puede introducirse en la tierra que el rey no le haya cedido; la corona cede tierra cuando y a quien le conviene y también la niega cuando ello le reporta algún beneficio. El principio de señorío o de dominio del rey sobre toda la tierra, puso las bases legales para el desarrollo de los latifundios y cumplió esa función no sólo cuando operaba positivamente, sino también cuando lo hacía en forma negativa, se debe tener en cuenta que la tierra no es un bien como los otros: no es producto del trabajo humano

y contiene en su seno recursos naturales necesarios para todos.

Con base en el principio anterior, el Estado español desarrolló un segundo principio de su política agraria en Indias: el principio de la tierra como aliciente, porque eso fue en realidad. La corona de España, imposibilitada para sufragar las expediciones de conquista como empresas del Estado, las estimuló como empresas privadas con el aliciente de ofrecerles a los conquistadores una serie de ventajas económicas en las provincias que conquistasen. El ceder tierras e indios fue el principal aliciente empleado. Con diáfana claridad lo pone de manifiesto la Real Cédula de Fernando el católico, fechada en Valladolid el 18 de junio de 1513, incorporada después a la recopilación de Leyes de Indias. "Porque nuestros vasallos se alienten al descubrimiento y población de las Indias, y puedan vivir con la comodidad, y conveniencia, que deseamos: Es nuestra voluntad, que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, caballerías, y peonías a todos los que fueren a poblar tierras nuevas en los pueblos y lugares, que por el Gobernador de la nueva población le fueren señalados, haciendo distinción entre escuderos, y peones, y los que fueren de menos grado y merecimiento, y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de sus servicios, para que cuiden de la labranza y crianza; y habiendo hecho en ellas su morada y labor, y residido en aquellos pueblos cuatro años, les concedemos facultad para que de allí en adelante los puedan vender, y hacer de ellos a su voluntad libremente, como cosa suya propia; y asimismo conforme a su calidad, el Gobernador o quien tuviere nuestra facultad, les encomiende los indios en el repartimiento que hiciere, para que gocen de sus aprovechamientos y demoras, en conformidad a las tasas y, de lo que está



ordenado, etc."¹¹.

Para que ese estímulo diera los resultados apetecidos, la corona tenía que mostrar mucha magnanimidad en la cesión de tierras, pues hubiese sido desastroso que se propagara la noticia de que los conquistadores no estaban siendo debidamente premiados por su inversión, ni los primeros pobladores por su decisión de trasladarse a las colonias recientes, como condicionantes de la brutalidad de la primera etapa de la conquista. Aquí se tiene que señalar que como condiciones del inicio del latifundio en las colonias: el rey ofrecía y cedía una riqueza que no había poseído antes del momento de cederla. Los conquistadores salían a conquistar unas tierras con autorización, en nombre y bajo el control de la monarquía y la monarquía los premiaba cediéndoles grandes cantidades de trozos de esas mismas tierras y sus habitantes. Les pagaba, pues, con lo que ellos le arrebataban a los nativos y con los nativos mismos. Y como cedía lo que no le había pertenecido antes de cederlo, podía cederlo en grandes cantidades.

Ya afianzado el imperio por obra de la colonización y de la toma efectiva del poder local por las autoridades peninsulares, el principio político de la tierra como aliciente perdió su originalidad y siguió actuando en forma atenuada. Una generación de colonizadores españoles había echado raíces en las colonias: había erigido ciudades, tenían tierras en abundancia, disponían del trabajo forzado de los indios, el nuevo repartimiento comenzaba a funcionar, muchos de ellos tenían encomiendas, habían fundado familias

¹¹ Martínez Peiáez, Severo. **Las raíces de la sociedad guatemalteca, el indio y la revolución**. Pág. 97

y tenían descendientes. A tono con esta nueva situación, la monarquía se halló en condiciones de aplicar con provecho un nuevo principio: la tierra como fuente de ingresos para las cajas reales bajo el procedimiento de la composición de tierras.

La incitación del período anterior a pedir y obtener tierras había dado lugar a muchas extralimitaciones. En aquel período convenía tolerarlas, pero medio siglo más tarde se convirtieron en motivo de reclamaciones y de composiciones. La corona comenzó a dictar órdenes encaminadas a que todos los propietarios de tierras presentaran sus títulos. Las propiedades rústicas serían medidas para comprobar si se ajustaban a las dimensiones autorizadas en aquellos títulos. En todos los casos en que se comprobara que había habido usurpación de tierras realengas, el rey se avenía a cederlas legalmente, siempre que los usurpadores se avinieran a pagar una suma de dinero por concepto de composición. En caso contrario, era preciso desalojarlas para que el rey pudiera disponer de ellas.

En 1591, fueron despachadas por Felipe II las dos cédulas que definitivamente pusieron en acción el principio de la composición de tierras en el reino de Guatemala y parece que lo mismo ocurrió en todas las colonias en ese año. Unos fragmentos de esas cédulas, ilustran en forma inmejorable, los criterios que presidieron el principio de composición de tierras desde sus inicios. Las dos Reales Cédulas son de la misma fecha de noviembre de 1591 y en la primera se leen los siguientes conceptos: "El Rey. Mi presidente de mi Audiencia Real de Guatemala. Por haber yo sucedido enteramente en el señorío que tuvieron las Indias los señores que fueron de ellas (se refiere a los nativos conquistados), es de mi patrimonio y corona real al señorío de los baldíos,



suelos y tierra de ellas que no estuviere concedido por los señores reyes mis predecesores o por mí, o en su nombre y en el mío con poderes especiales que hubiéramos dado para ello; y aunque yo ha tenido y tengo voluntad de hacer merced y repartir el suelo justamente (...) la conclusión y exceso que ha habido en esto por culpa u omisión de mis Virreyes, Audiencias y Gobernadores pasados, que han considerado todo lo susodicho en mi Real Consejo de las Indias y consultándose conmigo, ha parecido que conviene que toda la tierra que se posee sin justos y verdaderos títulos se me restituya, según y cómo me pertenece...."¹². Y a ese tenor continúa la cédula ordenando que todas las tierras usurpadas le sean devueltas al rey.

Parecería, a primera vista, que la usurpación de tierras, su apropiación ilegal y subrepticia, sufría un rudo golpe con aquella categórica disposición real. Pero estaba ocurriendo precisamente lo contrario: se estaban poniendo las bases para que la usurpación se convirtiera en un procedimiento normal para apropiarse no solamente de de su tierra si no de todas su pertenencias. Y en efecto, desde entonces hasta el final del coloniaje, la apropiación ilícita de tierras fue una de las principales modalidades de la formación de latifundios.

No vaya a pensarse que todo aquello ocurrió a despecho de la voluntad de los reyes; fue un fenómeno promovido hábilmente por la política de la monarquía.

La clase de terratenientes coloniales reposaba sobre la propiedad de la tierra y el control del trabajo de los indios. Ahora bien; había una gran desproporción entre la

¹² De Capmany Y De Mapalau, Antonio. **Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la ciudad de Barcelona**. Pág. 135

posibilidad de adquirir tierra y la posibilidad de disponer de indios. Esta última tenía un límite determinado, en primer lugar, por el número de indios varones en edad de trabajar y en segundo lugar, por la circunstancia de que el régimen cedía los indios en cantidades y por tiempo estipulados. La tierra, en cambio, no tenía límite, pues las sesenta y cuatro mil leguas cuadradas que formaban la extensión del reino, eran una enormidad para el millón y medio de habitantes que en él vivían. Desde el momento mismo en que quedó organizado el repartimiento de indios, se vio que el número de éstos, reducido aún más por la resistencia que oponían al sistema (ocultaciones, evasiones y otras formas de defensa) mantendría a los hacendados en un constante regateo entre sí y con las autoridades, para tener asegurada su cuota de indios.

CAPÍTULO III

3. Análisis del Convenio número 169

El presente convenio se desarrolla teniendo como base la importancia que ha cobrado en la actualidad en el ámbito legal el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a los Pueblos Indígenas y Tribales. Este convenio fue ratificado por el Estado de Guatemala el 24 de mayo de 1996, y a partir de esa fecha se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, fundamentalmente, el convenio se refiere a las condiciones de las poblaciones menores, los pueblos tribales en países independientes y las poblaciones indígenas, en el mismo se establece el sistema de consulta a estos pueblos, para determinar las políticas de gobierno en donde estos se encuentren afectados, para ello, deberá tomarse en cuenta también sus costumbres, valores y su derecho consuetudinario.

3.1. Relación histórica

Los derechos de los pueblos indígenas comenzaron a estudiarse por los organismos internacionales después de la primera guerra mundial, y sólo de manera tangencial, relacionándolos con otros temas afines, como la protección de minorías al interior de los Estados nacionales. A fines del siglo XX, el asunto se volvió una cuestión nacional en los Estados nacionales, porque como colectividades humanas con particularidades específicas emergieron a la arena política, reivindicando sus derechos históricos y poniendo en crisis el modelo clásico de Estado nacional, que siempre los ha sometido a

su voluntad y a los objetivos de la clase social que detenta el poder.

En este sentido, los pueblos indígenas comenzaron sus reclamaciones de tierras y el respeto de su identidad, ya que por mucho tiempo fueron sojuzgados por las clases más poderosas económicamente, por lo que las reivindicaciones fueron el arma que ostentaron para exigir el respeto de los pueblos que fueron sometidos desde hace cientos de años.

En el ámbito internacional ha sido la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la que más se ha preocupado por estudiar y reglamentar los derechos de los indígenas a efecto de garantizar su ejercicio.

Los reglamentos, acuerdos y convenios han sido sometidos a la consideración de la Organización de las Naciones Unidas, para que sean analizados y en su oportunidad aprobados, pues éstos se han basado en el respeto a los derechos humanos y la protección a los pueblos indígenas y otros grupos sociales que se encuentran en pobreza o extrema pobreza, siendo las repúblicas latinoamericanas las más interesadas en ser Estados partes de esos convenios, principalmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo se creó como consecuencia de lo acordado en la parte XIII del Tratado de Versalles, especialmente el Artículo 23, el cual establece que en el marco de los Tratados Internacionales celebrados o que en lo sucesivo se celebraren entre los Estados miembros de la Sociedad de Naciones, se esforzarían por

asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y los niños en sus propios territorios, así como en todos los países a que se extendieran sus relaciones comerciales e industriales; y para ese fin fundarían y conservarían las necesarias organizaciones internacionales.

Su importancia es la protección de los grupos sociales que integran la comunidad internacional miembros de la Sociedad de las Naciones, posteriormente se le llamó Organización de las Naciones Unidas.

Fue así que la Organización Internacional del Trabajo se creó en 1919, como organismo integrado por la Sociedad de las Naciones, pero curiosamente, cuando ésta desapareció después de la segunda guerra mundial y su lugar lo ocupó la Organización de las Naciones Unidas, la organización sobrevivió y en 1946 adoptó una nueva constitución; el 30 de mayo de ese mismo año suscribió un Convenio con la Organización de las Naciones Unidas en la cual le reconocía como un organismo especializado de la misma, con la competencia para emprender las acciones que considerara apropiadas, de conformidad con su constitución, para el cumplimiento de sus objetivos.

Desde el inicio de su funcionamiento la Organización Internacional del Trabajo se preocupó por los derechos de los pueblos indígenas, aunque en un principio, dada la materia de su competencia, sólo en el aspecto laboral. En el año de 1921 emprendió una serie de estudios sobre las condiciones de trabajo de los jornaleros indígenas, cinco años más tarde creó un comité de expertos sobre el trabajo nativo, cuyos



resultados desembocaron en la adopción de un buen número de convenciones y recomendaciones relacionadas con el trabajo forzado y reclutamiento de grupos de trabajadores indígenas. En el año de 1951 convocó a un segundo comité de expertos buscando motivar a los Estados para que en el ámbito de sus respectivas competencias reglamentaran temas como la educación, capacitación técnica y seguridad social para los trabajadores, así como mejor protección a la fuerza laboral indígena. El resultado importante de estos esfuerzos fue la adopción, en el año de 1957, del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales y la recomendación 104 sobre el mismo tema¹³.

La Organización Internacional del Trabajo, se fijó metas en defensa de la clase trabajadora, pero al hacer estudios sobre la pobreza y subdesarrollo de los pueblos indígenas, se adentró al tema y buscó la protección de éstos regulando la mejor convivencia y darles mayores oportunidades de trabajo, defensa de los derechos humanos y tratando de establecer un patrón de integración social, económica y jurídica.

Otros documentos internacionales de carácter jurídico que abordaron de manera general, es decir, no directamente sino por su relación con otros temas, el problema indígena, fue la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1948, misma que entró en vigor el 12 de enero de 1951. En este documento se cataloga al genocidio como un delito de derecho internacional y los Estados que lo suscriben se

¹³ Rocha, Mónica. **El status de pueblos indígenas en el derecho internacional**. Pág. 53

comprometen a prevenirlo y sancionarlo; entendiéndose por tal, la matanza de miembros de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; lesión grave a la integridad física o mental de sus miembros; sometimiento intencional a los miembros del grupo a condiciones de existencia que haya de acarrear su destrucción física total o parcial; las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del mismo grupo y el traslado forzoso de los niños de un grupo a otro.

Fue hasta la década de los ochenta cuando la cuestión de los pueblos indígenas se comenzó a tratar de manera directa y específica por los organismos internacionales. El 8 de septiembre de 1981, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas resolvió establecer un grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas; el 10 de marzo de 1982 ratificó esta resolución, al mismo tiempo que el Consejo Económico Social del organismo hacía lo propio. El objetivo de este grupo de trabajo era examinar los acontecimientos relativos a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas, analizar este material y prestar atención especial a la posibilidad de elaborar normas relativas a la protección de los derechos de las poblaciones indígenas, teniendo en cuenta sus semejanzas, diferencias y aspiraciones en todo el mundo.

El paso decisivo en este sentido lo volvió a dar la Organización Internacional del Trabajo, al aprobar, el 7 de junio de 1989, el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; documento que en el Artículo primero, inciso b, define a los pueblos indígenas de la siguiente manera: "a los pueblos de países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones

que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización y del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

En los últimos años se han hecho avances importantes en la investigación del pluralismo legal en Guatemala; es decir, acerca del derecho consuetudinario indígena -los conceptos, instituciones, prácticas y procedimientos que utilizan los pueblos indígenas para resolver conflictos y mantener la paz social en sus comunidades- y la relación de éste con el derecho estatal positivo. Algunas publicaciones referentes a este tema abordan discusiones teóricas y comparativas sobre el derecho consuetudinario y normatividad legal indígena, otras publicaciones incluyen también datos empíricos reveladores, recopilados en trabajos de campo en distintas áreas del país.

3.2. Análisis jurídico doctrinario

En relación a los sujetos de derecho, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es bastante claro y categórico, por tanto su redacción no deja lugar a dudas: los derechos indígenas son derechos de pueblos en países independientes. Lo anterior no debe interpretarse en sentido contrario, o sea, que no se aplique a los pueblos en países no independientes, porque en la actualidad ésta es una situación que en la realidad no se presenta en ninguna parte del planeta; más bien la expresión pueblo en países independientes tiene como propósito dejar en claro que la población de un Estado no sólo se integra por individuos sino también por colectividades específicas que

pueden ser y en este caso son, sujetos de derechos colectivos. En este orden de ideas, deja bien delimitada la diferencia entre pueblo y Estado, al cual se identifica como país independiente, superando anteriores confusiones que se presentaron entre estos vocablos en documentos internacionales anteriores al que se analiza. Estado es la persona jurídica que como sujeto de derecho internacional se obliga a respetar y hacer cumplir los derechos colectivos de los pueblos indígenas que existan dentro de su territorio, en cambio los pueblos son parte de la población del primero, solo que por sus características históricas y culturales específicas mantiene determinados derechos que el resto de la población de la cual forman parte no posee, situación que los vuelve sujetos de derechos colectivos que el Estado debe respetar.

La superación de la concepción monista del término derecho consuetudinario y de los planteamientos integracionistas se han traducido en nuevos cuerpos normativos como el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente de la Organización Internacional del Trabajo, así como en las formas constitucionales que utilizan el término derecho consuetudinario para referirse a los sistemas normativos indígenas que no están establecidos en ninguna ley, pero que desde un marco de respeto de la diversidad cultural.

Es importante también dejar claro que el derecho maya es un derecho consuetudinario, pero no en el sentido otorgado a este concepto hasta ahora por la ideología excluyente producto del Estado conservador, que lo entiende como inferior, exótico y secundario. “El derecho maya es un derecho consuetudinario en tanto su existencia se posibilita desde la costumbre, es decir, desde la práctica continua de ciertas normas, valores,

contenidos sociales y culturales que desarrollan la convivencia. Por aparte este derecho como cualquier otro sistema está propenso a cambios y desequilibrios producidos desde adentro de la comunidad o desde afuera”¹⁴.

En cuanto a la identificación de los sujetos de derechos, o sea, a quienes se debe considerar indígenas, en el Convenio 169 se especifica que lo son todos los descendientes de las poblaciones que habitan el país o una región geográfica que actualmente pertenece al país donde se asienta, en la época de la conquista, la colonización o del establecimiento de las fronteras actuales de dicha nación. Algunas personas han dicho que los pueblos indígenas son habitantes originarios de un país determinado, pero por esta vía la explicación más que aclarar complica la situación porque se remite a saber quiénes fueron los que primero habitaron alguna región del planeta. Por eso es más afortunada la redacción que adoptó el convenio al no proponerse establecer quiénes fueron los primeros en habitar un territorio, sino tomando en cuenta una época determinada (la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales) quienes desde entonces ocuparon un espacio determinado que actualmente pertenezca a un país, puedan y deben ser considerados indígenas. En otras palabras, los derechos de los pueblos indígenas de alguna manera tienen una raíz en el hecho de que existían antes de que el Estado se formara.

Otro aspecto a tomar en cuenta en esta definición de pueblos indígenas, es que no todos ellos pueden ejercer los derechos contenidos en el Convenio 169, sino sólo

¹⁴ Esquit García, Edgar Iván. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz.** Pág. 14

aquellos que reúnan algunas condiciones específicas como son mantener y regirse por sus propias instituciones, aunque sólo sea en parte. Por institución hay que entender las distintas formas de organización que un pueblo adopta, mismas que dependen de sus rasgos culturales y no sólo edificios donde éstas funcionan, como es muy frecuente que se interprete, incluso entre grupos de personas no indígenas. Así, una institución política puede ser la forma de gobierno interno, incluyendo las formas de elección, funcionamiento, período de duración y facultades; una de carácter económico sería las formas que adoptan en sus sistemas productivos, incluyendo el techo y el reparto de la producción; una institución cultural será la forma en que organizan las mayordomías y una social incluiría los mecanismos de reconocimiento familiar y el rol en la sociedad. Lo anterior sólo como ejemplo, porque en realidad se pueden encontrar infinidad de instituciones indígenas.

El convenio ha sido de mucha importancia a nivel nacional como internacional ya dicho convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales fue adoptado el 27 de junio de 1989 y entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

El convenio se aplica a los pueblos indígenas y tribales cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial. Especifica: La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente convenio. Añade: Los gobiernos deberán asumir la

responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto a su integridad.

El Convenio 169, es un acuerdo internacional que han firmado los gobiernos de los países y el hasta ahora el único instrumento regulador internacional que reconoce a nuestros pueblos indígenas el derecho a nuestro territorio propio, a nuestra cultura e idioma, y que compromete a los gobiernos firmantes a respetar unos estándares mínimos en la ejecución de estos derechos. Conocerlo es muy importante, porque todos los gobierno firmantes de la cuenca amazónica están obligados a cumplir (Bolivia, Brasil, Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela). Lo hacen aún los gobiernos de Guyana, Surinam y la Guyana Francesa convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión; observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957.

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación; Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores.

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos 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; observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión; recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones.

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el Convenio, que podrá ser citado como el convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989.

CAPÍTULO IV

4. Derecho consuetudinario

No se puede negar que la costumbre tiene una fuerza extraordinaria en casi todas las lenguas mayas del país principalmente para referirse y la adherencia pertinaz y prolongada a prácticas rituales, creencias y formas de conductas reiteradas, y de observancia general. Culto de los antepasados y el que estos desempeñan en la vida de los vivos es una parte importante en la visión del mundo de los indígenas llamados costumbristas la prolongación de las practicas consuetudinarias y de la consciencia colectiva sobre la obligatoriedad de las mimas aplicada a una población en particular o a un grupo de personas con el fin de sancionar, castigar, y tener un resarcimiento muchas veces a consecuencia de falta o delito ocasionado a las mismas personas de la comunidad. El derecho consuetudinario entre los indígenas de Guatemala justo es reconocer lo tiene estrechos puntos de contacto con otras particulares formas de control social de carácter religioso unas, y de carácter moral otras, hasta el punto que unas y otra de tales formas de control social se diluyen o se traslapan entre si, es decir el tiempo se ha hecho uso de esta costumbre que de hecho, se han producido repentinamente, en el tiempo en un territorio concreto. La fuerza y la positividad del derecho consuetudinario indígena por otra parte no son ya las que exhibía en la antigüedad o en los comienzos del imperio maya lo cual se explica fácilmente por las mismas presiones transculturativas emanadas del contexto temporal y social en que han estado inmersos los conglomerados indígenas y ladinos guatemaltecos, el derecho consuetudinario indígena se hace más evidente sin duda, en el ámbito del derecho civil.

4.1. Definición

“Derecho consuetudinario, o no escrito, es el introducido por la costumbre practicada por mucho tiempo”¹⁵.

En consecuencia el derecho indígena o consuetudinario, es aquel que no está escrito y que la comunidad, el pueblo o el grupo social lo ha aplicado según las costumbres, las creencias religiosas, practicadas por sus ancestros de mucho tiempo atrás y que este mismo se ha venido transmitiendo de generación en generación es decir de padre a hijos.

Para Emmanuel Kant, al referirse al derecho, manifiesta “Responder esta pregunta, requiere abandonar por un momento los principios empíricos y buscar los orígenes de los juicios de la razón pura como único fundamento de toda posible legislación positiva, de lo contrario se seguirá desconociendo por completo cual es el criterio universal que permite discernir en general entre lo justo y lo injusto.”¹⁶.

El derecho, es el sistema de normas fundadas en principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regula la organización de la sociedad y la reacción de los individuos y agrupaciones dentro de ella, para asegurar en la misma la consecución armónica de los fines individuales y colectivos, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dado.

¹⁵ Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico**. Pág. 138

¹⁶ **Introducción a la ciencia de la sociedad**. Pág. 91

4.2. Estudio doctrinario y legal

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 jurídico nacional vigente guatemalteco, ambos con sus propias construcciones filosóficas pero en diferentes posiciones, uno el jurídico indígena maya, en su situación de subordinación frente al sistema 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 al poder seguir desarrollándolas dinámicamente”¹⁷.

Siendo por consiguiente labor fundamental de las ciencias sociales, especialmente la antropología jurídica, describir y analizar desde sus propios postulados un derecho indígena o un sistema jurídico pero identificado y dibujado desde sus propios principios filosóficos y teleológicos, demostrando que el derecho indígena sigue su propia lógica y su propio desarrollo. La práctica cotidiana 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.

¹⁷ Kuppe, René y Pozst, Richard. **Antropología del derecho**. Pág. 41

Resulta evidente la existencia de un pluralismo legal en Guatemala, constituido por el derecho estatal, el derecho consuetudinario y los sistemas normativos que utilizan los otros grupos culturales existentes en el territorio. Junto a esto, también resulta claro que el derecho utilizado por los mayas está estigmatizado ideológicamente y es ignorado en el actual ordenamiento constitucional del país.

A la par de todo esto, el sistema legal guatemalteco, presenta serias fallas que se evidencian en la falta de confianza que la población manifiesta al sistema de justicia estatal. Los señalamientos de la ineficiencia se hacen visibles en la corrupción, la lentitud en el funcionamiento de los tribunales, el difícil acceso al sistema, por razones estatales como: la reducida cantidad de tribunales, el costo económico y el analfabetismo de la mayor parte de la población. Junto a ellos se puede agregar la pobre calidad de las decisiones judiciales y la poca capacidad técnica de buen parte del personal asignado para las tareas administrativas y judiciales.

Es claro entonces que el derecho nacional a la par de excluir a las otras formas legales existentes, presenta serias deficiencias que dificultan el desarrollo de condiciones óptimas para la convivencia social. El autoritarismo que ha prevalecido en Guatemala ha dado soluciones forzadas a los conflictos individuales y sociales y de esta forma ha limitado también el actuar de los órganos autorizados para impartir justicia. Todo esto último, también ha sido transmitido a la población pues en muchos momentos las diferencias individuales y colectivas son resueltas mediante fórmulas violentas (como es el caso del fenómeno de los linchamientos), la ineficacia del sistema de justicia se debe a varios factores vinculantes a la vida social, como el analfabetismo, la pobreza, y la

pobreza extrema que limitan un buen desarrollo de la tarea judicial y del acceso de las personas a los tribunales.

Existen otras condiciones como la pobreza y el analfabetismo que limitan un buen desarrollo de la tarea judicial y del acceso de la persona a los tribunales. Todo esto trae consigo la percepción de que el sistema también es defectuoso porque no toma en cuenta la diversidad cultural y no hace uso de las formas alternativas existentes en Guatemala.

Para incursionar al derecho consuetudinario es necesario considerar varios aspectos científicos sociales, fundamentalmente del que hacer filosófico que en consecuencia analiza que abarca varias disciplinas relacionadas con el tema, no es posible abordar la temática del derecho consuetudinario sin antes hacer un análisis desde el punto de vista sociológico, histórico y antropológico de la realidad colectiva social de un grupo determinado.

Los derechos indígenas son derechos colectivos, de pueblos. Cuando se habita un Estado, no se está diciendo que éstos tenga más derechos individuales que el resto de la población no disfruta, sino que se les respeten los que les corresponden como miembros de tal Estado, conjuntamente con aquellos que les son inherentes como pueblos indígenas, portadores de una cultura diferente a los demás, es la fuente de donde emanan tales derechos, los mismos incluyen no solo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también los derechos sobre su territorio, al idioma, cultura, religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo.

Es necesario aclarar qué se entiende por pueblo indígena, como categoría jurídica y ente colectivo sujeto de derecho, señalando los rasgos específicos del pueblo indígena para delimitarlo como titular de derechos que no corresponde a quienes no reúnan los atributos requeridos para ello.

La discusión sobre lo que se debe entender por pueblos indígenas abarca muchos y muy variados aspectos. Comienza desde la misma designación, pues para esto se han utilizado diversos vocablos, todos distintos y a veces encontrados, entes los cuales son más comunes los de "indígenas", "indios", "grupos tribales", "minorías culturales", "minorías nacionales", etcétera. En cuanto a la diversidad de criterios se han tomado en cuenta para identificarlos y distinguirlos tanto entre ellos como de quienes no lo son, se pueden establecer tres puntos de vista diferentes, a saber: los que se han formulado desde las Ciencias Sociales, principalmente la Antropología; los elaborados por los propios indígenas y los que provienen de organismos internacionales, algunos de ellos teniendo como fuente documentos jurídicos.

Los indígenas, según las Ciencias Sociales, en Guatemala desde inicios del presente siglo los antropólogos iniciaron una discusión sobre la conceptualización del indígena, resaltando algunos de los rasgos característicos, polémica que duró más de medio siglo porque cuando algunos creían haber encontrado una definición aplicable a todos los grupos étnicos, otros descubrían que les faltaban rasgos fundamentales que no habían sido tomados en cuenta.

Uno de los primeros elementos que se utilizaron para diferenciar a los indígenas de

quienes no lo son fue su constitución biológica, posición que pronto fue desechada por desafortunada, pues además de resultar altamente racista se enfrentó al ineludible problema de no poder identificar por ese medio como indígenas a aquellas personas que habían experimentado alguna mezcla con otro grupo étnico o con personas ajenas a ellos, excluyendo por ese solo hecho muchas personas y grupos de ser considerados como tales, a pesar de conservar todos sus demás rasgos que los identificaban como descendientes de culturas precolombinas y que mantenían el sentido de pertenencia a su grupo y este los reconocía como parte de ellos.

Otro criterio por el cual se les trató de caracterizar fue el lingüístico, pero tampoco resultó eficaz, porque al igual que el primero fue reduccionista, por lo que no pudo resolver el problema de muchas personas que sin ser indígenas hablan alguna lengua originaria de éstos por haberla adquirido de alguna manera y, al contrario, también topó con personas que siendo indígenas habían perdido el dominio de su lengua nativa pero conservaban los demás rasgos característicos de su grupo y este los seguía aceptando como parte de él. No obstante esto, para el gobierno mexicano sigue siendo el elemento central para contabilizar su población indígena por la dificultad que presenta utilizar otro tipo de parámetros para ello.

Un criterio que corrió con más suerte que los anteriores fue el cultural, identificando este vocablo con cultura prehispánica o, por lo menor, ajena a la cultura occidental. Así, se identificó como indígena a aquellas personas o grupos de personas que teniendo antecedentes previos a la conquista y colonización de las tierras americanas, a la época de la independencia todavía conservaban, si no todos, la mayoría de ellos.

Juan Comas, manifiesta “Son indígenas quienes poseen predominio de cultura material y espiritual peculiares y distintas de las que se han dado en llamar cultura occidental”¹⁸.

Por su parte Manuel Gamio, dice “Propiamente un indio es aquel que además de hablar exclusivamente su lengua nativa, conserva en su naturaleza, en su forma de vida y de pensar, numerosos rasgos culturales de sus antecesores precolombinos y muy pocos rasgos occidentales”¹⁹.

Alfonso Caso, estipula “Se denomina indios o indígenas a los descendientes de los habitantes nativos de América -a quienes los descubridores españoles, por creer que habían llegado a las indias, llamaron indios que conservan algunas características de sus antepasados tales como rasgos físicos, vestimenta, creencia religiosa y en virtud de las cuales se hallan situados económica, política y socialmente en un plano de inferioridad frente al resto de la población ladina, y que, ordinariamente se distinguen por hablar la lengua de sus antepasados así como el traje indígena que utilizan como vestimenta, hechos que determinan el que éstas también sean llamadas lenguas indígenas”²⁰.

Los científicos sociales también han buscado una definición de lo que hay que entender por indígenas, según la concepción de los propios indígenas. En efecto, tanto en México como en Latinoamérica, los propios pueblos indígenas, sea de manera colectiva

¹⁸ Razón de ser del movimiento indígena, en América indígena. Pág. 41

¹⁹ Países Subdesarrollados. Pág. 125

²⁰ Definición del indio y lo indio. Pág. 89

o a través de sus representantes, se han preocupado por desentrañar los rasgos característicos que los identifiquen entre sí y los distinguan de quienes no lo son. Esas características definitorias de sus rasgos particulares algunas veces se han elaborado como producto de reflexión colectiva, otras asumiendo una posición política frente a los no indígenas y unas más como reflejo de una visión particular.

El Segundo Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Cuzco, Perú, en el año de 1949, en la resolución número 10, definió al indio de la siguientes manera “El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tiene la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerado por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lenguaje y en su tradición, aunque estas hallan sufrido modificaciones por contactos extraños.

El Consejo Indio de Sudamérica, es una organización fundada en el año de 1980, surge como entidad aglutinadora y representativa de los pueblos, naciones y organizaciones indígenas de Sudamérica por su parte da la siguiente definición: “Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente: tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y como herederos de una cultura milenaria, al cabo de quinientos años de separación, estamos nuevamente unidos para encabezar nuestra liberación total del colonialismo”²¹. Enarbola la reivindicación, defensa, difusión, ciencia, religión, filosofía, derecho, historia, arte, medicina y lengua autóctona como expresión cultural de los pueblos indígenas.

²¹ Stavenhagen, Rodolfo. **Derecho indígena y derechos humanos en América Latina**. Pág. 136

4.3. El derecho consuetudinario y los acuerdos de paz

Los acuerdos de paz establecen que para tener verdadero derecho a la justicia se deberá hacer por tres elementos:

1. Reconocer la propia justicia indígena.
2. Acceso a la justicia estatal reformada.
3. Mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Los Acuerdos de Paz, sobre todo el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que se reconozca legalmente este derecho. Para que haya verdadero reconocimiento del derecho indígena hay que reconocer tres elementos:

El reconocimiento de la preexistencia del derecho indígena. Esto significa que se tiene que reconocer que hay un derecho indígena que está operando, que está funcionando, mismo que se ha aplicado de generación en generación. Hay un principio jurídico que dice: no puede haber castigo sin ley previa.

Según los Acuerdos de Paz, el Estado tiene que reconocer que hay un derecho, que ese derecho está establecido. Se reconoce que existe desde hace siglos y lo más interesante es que la Legislación Colonial lo reconoció legalmente, constitucionalmente. Las llamadas leyes de indias reconocían el derecho indígena que operaba en Guatemala; éste se dejó de reconocerse con la Constitución de 1824, que fue la

primera Constitución que se tuvo en la época independiente; en esta desconoció el reconocimiento del derecho indígena, ahí se acabó el reconocimiento del idioma. Un decreto de la Asamblea Constituyente de 1824, manifiesta que deben desaparecer los idiomas indígenas en Guatemala, porque son causa del atraso del país y se encarga a los señores curas para que promuevan la desaparición de esos idiomas, premiándose con los mejores curatos, las mejores parroquias, las más prósperas.

Tan difícil era la situación de los indígenas en la época de la independencia, y después de la misma, que en 1839 La Asamblea Constituyente volvió hacer vigentes las Leyes de Indias, menos aquello que implicara pérdida de la independencia.

De lo anterior se demuestra que el derecho indígena ha existido por siglos, es decir de generación en generación es decir una transmisión no solo de sabiduría, si no de creencias principalmente de abuelos a hijos y ha sido reconocido por el Estado colonial y por el Estado independiente, por épocas. Debe haber un reconocimiento estatal de la existencia previa del derecho indígena.

Reconocimiento del sistema de autoridades que lo aplica. No puede aplicar el derecho indígena quien no lo conoce, es decir, que una autoridad como un alcalde auxiliar, el juez de paz o de instancia, o cualquier otra persona que pueda tener un cargo en la administración pública no podría aplicar este derecho por no conocer el calendario sagrado, la cultura indígena.

Reconocerle constitucionalmente la facultad de juzgar, que no es solo el arreglo,

conocer de un delito y aplicar una pena que es obligatoria para el que es sometido a ese tribunal. Otra cosa son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, esto es arreglo entre particulares.

Si no se reconocen legalmente estos tres elementos, es falso que haya reconocimiento del derecho indígena. Para efectuar este reconocimiento hay que modificar la Constitución Política de la República de Guatemala.

Los fundamentos de derecho a la propia justicia indígena, se encuentran en el Convenio 169, en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que es el reconocimiento legal de normativa consuetudinaria, autoridades y procedimientos indígenas.

Los acuerdos de paz establecen que debe existir el acceso a la justicia estatal, que sea garantista, pluricultural, multilingüe, eficiente y honrada. Lo cual está establecido en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, al manifestar el derecho de defensa, jueces bilingües, intérpretes, peritaje cultural.

Con la firma de los acuerdo de paz, y específicamente del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, por primera vez en la historia el Estado guatemalteco se compromete a efectuar las reformas constitucionales y secundarias necesarias para reconocer los derechos de los pueblos indígenas a ejercer sus propias formas de derecho. Aunque indudablemente se ha hecho algunos avances en este proceso, todavía existe mucha confusión y falta de conocimiento acerca de qué es

exactamente el derecho consuetudinario indígena, como se manifiesta en la actualidad en Guatemala, y la manera concreta en que podría ser incorporado al sistema legal nacional.

La reforma a la justicia, exigida en los acuerdos de paz, ha creado una discusión sobre la mala calidad de justicia en Guatemala y la importancia de que ésta tenga un giro profundo hacia el cambio. Esos cambios exigidos involucran una mayor eficiencia del sistema y el reconocimiento del pluralismo legal en el país. De esta suerte la comisión de fortalecimiento de la justicia en Guatemala, ha presentado un informe que propone recomendaciones importantes para mejorar el sistema.

En tal virtud los Acuerdos de Paz han fortalecido el derecho de los pueblos indígenas, los cuales han quedado plasmados en los mismos, pero es necesario que se pongan en práctica y se cumplan con las estipulaciones y los compromisos correspondientes.

CAPÍTULO V



5. Violación a la Carta de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, en la aplicación del derecho indígena.

"Los instrumentos internacionales constituyen verdaderas líneas directrices de política criminal, que involucran tanto aspectos de organización administrativa de instituciones encargadas de la aplicación de la ley, tales como la Policía, funcionarios penitenciarios y judiciales, como aspectos eminentemente legislativos. Los Estados se encuentran por tanto sujetos a una directriz político-criminal que garantice en todo momento que prácticas de tortura no serán realizadas dentro de su jurisdicción y, que en todo caso, de existir alguna práctica, esta será adecuadamente perseguida y sancionada penalmente"²².

En la actualidad, y tras la Declaración Universal de Derechos de la Organización de Naciones Unidas, la tortura está considerada como ilegal en casi todos los países, hasta el punto de que las pruebas obtenidas bajo tortura son consideradas nulas, por mucho que sea cierto lo que el torturado haya declarado. A nivel mundial se ha desarrollado un movimiento no unificado de evolución paulatina, en torno a la prevención y erradicación de las prácticas de tortura. Durante el Siglo XX, este delito cobro evidencia, como consecuencia de su perpetración en formas cada vez más sistemáticas.

²² Rodríguez, Alejandro. **Delitos de tortura**. Pág. 71

Señala el Doctor Felipe González que: "En relación al tema de las normas sobre torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, existían, antes de establecerse normas específicas en el sistema interamericano, ciertos antecedentes a nivel de las Naciones Unidas. En realidad, antes de la existencia de la Convención Americana de Derecho Humanos, la Comisión Interamericana trabajaba sobre la base de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que contenía una visión muy general sobre la seguridad de las personas, en el sentido de la protección de su integridad física psicológica y psíquica. Sobre esa base, la comisión organizaba investigaciones en los distintos países y acogía denuncias por lo múltiples maltratos ocasionados a los seres humanos."²³.

Con ello queda evidenciado que, si bien es cierto no es un movimiento unitario o específico, si existe dentro de la lógica propositiva de la comunidad internacional, un esfuerzo ya que desde hace muchos años específicamente desde la época de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lograr brindar confianza y seguridad a la integridad física de toda persona humana, ya que la tortura es el acto de causar daño físico o psicológico ya sea por medio de máquinas, artefactos o sin ellos, sin el consentimiento y en contra de la voluntad de la víctima generándose la figura legal de apremio ilegítimo; o bien con el consentimiento de la víctima (sadomasoquismo), vinculado principalmente al dolor físico y/o quebrantamiento moral que puede o no desembocar en la muerte, el daño físico se puede realizar de varias formas, mediante golpes, rotura de huesos, cortes, quemaduras o posturas corporales

²³ Asociación para la Prevención de la Tortura. Pág.45

incómodas; en general, la tortura psicológica es un crimen de tal naturaleza, que la angustia, la depresión y el sufrimiento moral constituyen el cuerpo del delito y pueden convertirse en armas con las que el victimario causa daños a la salud, con el fin de que el interrogador acceda más fácilmente a sus deseos.

Más adelante continúa señalando el autor citado que: "Fue desarrollándose un sistema más completo: en primer término, la Declaración Universal de Derechos Humanos prohibía ya en su Artículo 5 el sometimiento a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Lo propio se hará después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo Artículo 7 establece la misma prohibición sobre torturas y experimentaciones médicas o científicas con personas sin su consentimiento.

Paralelamente, en el sistema europeo de derechos humanos también se van desarrollando elementos sobre torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Existe un caso famoso del año 1971, de Irlanda contra el Reino Unido, por el trato que daba la policía de Gran Bretaña a miembros del Ejército Republicano Irlandés. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos hizo una distinción, que después no ha sido frecuente en otros órganos internacionales, y es la distinción entre torturas y otros malos tratos. En el caso en referencia se trataba de prácticas sistemáticas, como la de interrogar a las personas con los ojos vendados, el privarlas de alimentos durante cierto tiempo y el privarlas también del sueño. "La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la forma en que se desarrollaban esas prácticas por la policía inglesa no constituía tortura, sino un rango más bajo, o sea tratos crueles. Sin embargo, a nivel interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya

en esa época señalaba que el catálogo de conductas que podían ser consideradas como torturas era mucho más amplio que lo que había sostenido su homóloga europea, es decir que los tratos mencionados anteriormente constituían una forma de tortura”²⁴.

Lo significativo del párrafo citado es que, pese a la distinción hecha por algunos entre tortura y tratos crueles y por otros no, en el año 1975 la Organización de Naciones Unidas adoptó la Declaración para la Protección de las Personas contra la Tortura y otros Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes, la cual contiene en su Artículo 1, como ya se especificó en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, la definición de tortura, siendo en la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, (mismo que constituye un Tratado jurídicamente vinculante), en donde se establecían los fines para los cuales se lleva a cabo una tortura, es decir, para obtener un resultado (una confesión) del torturado, ya Aunque la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura especifique que un acto se considera tortura indistintamente del fin con el que se cometa, ya que el daño físico se puede causar mediante golpes, rotura de huesos, desgarres musculares, violación, privación del sueño o posturas corporales incómodas entre otras. Por su parte señala el Doctor Elías Carranza representante del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD, que los “tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes suelen ser –no indefectiblemente en todos los casos, pero con gran frecuencia- los tratos habituales existentes en los sistemas penitenciarios, no obstante que, al menos formalmente, en

²⁴ Peters, Edward. *La tortura*. Pág. 81

ellos los presos se encuentran todos a disposición de autoridad judicial competente"²⁵.

En el siglo XX el uso de la tortura revivió a mayor escala en los regímenes nazi, fascistas y en los estados comunistas como arma de coacción política. Los países soviéticos de Europa hicieron uso frecuente de las técnicas denominadas de "lavado de cerebro", forma de tortura psicológica en la que la desorientación mental era inducida por medios como era el obligar a un prisionero a permanecer despierto indefinidamente. El "lavado de cerebro" se practicó de modo constante por Corea del Norte sobre los prisioneros de guerra estadounidenses. La tortura física y psicológica se ha utilizado en la mayoría de los países de Latinoamérica contra miles de personas acusadas de pertenecer o simpatizar con el socialismo. Se utilizaron las más brutales torturas físicas y las más refinadas torturas psicológicas. Con el fin de la Guerra fría y de las dictaduras militares pro-occidentales, las denuncias por estos tipos de prácticas vejatorias ha desaparecido en muchos países como Chile, Uruguay y Argentina y se espera que desaparezca en otros países recientemente democratizados.

"La presencia en casi todas las legislaciones procesales modernas de preceptos dirigidos a evitar los malos tratos de los detenidos, las coacciones y amenazas para que declaren y las torturas inflingidas por la autoridad o a su amparo no ha conseguido, sin embargo, erradicar plenamente estos graves abusos de poder. El Estado y sus representantes, en su afán por acabar a toda costa con la criminalidad y sobre todo con la criminalidad que amenaza más gravemente su estructura política, no siempre

²⁵ El preso sin condena en América Latina y el Caribe. Pág. 45

respetan los principios generales que informan la legislación penal ordinaria y constantemente recurren a leyes de excepción, más o menos eufemísticamente llamadas de seguridad ciudadana, que, de hecho y derecho, suponen la derogación de todo el dispositivo de garantías pensando para la protección del ciudadano, de todos los ciudadanos sin excepción, frente a los abusos de los representantes del poder estatal²⁶.

Los horrores de la Inquisición y el uso excesivo de la tortura en el ámbito judicial desde el siglo XIV hasta el XVI acabó forzando un cambio de mentalidad que culminó con la abolición de este procedimiento de martirio en todos los países de Europa. Se utilizó por última vez en Inglaterra en 1640, para una confesión en un caso de traición, en el siglo XX el uso de la tortura revivió a mayor escala, los países soviéticos de Europa hicieron uso frecuente de las técnicas denominadas de 'lavado de cerebro', forma de tortura psicológica en la que la desorientación mental era inducida por medios como era el obligar a un prisionero a permanecer despierto indefinidamente, a mediados del siglo XVIII la tortura fue abolida en Francia, Prusia, Sajonia, Austria y Suiza. Un edicto papal de 1816 llevó a su completa abolición en los países católicos.

La democracia se basa en un grupo de valores, actitudes y prácticas bien comprendidas que adoptan diferentes formas y expresiones en las distintas culturas y sociedades del mundo, las principales características de la democracia moderna son la libertad individual, que proporciona a los ciudadanos el derecho a decidir y la responsabilidad

²⁶ Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes. **Derecho penal, parte especial**. Pág. 183

de determinar sus propias trayectorias y dirigir sus propios asuntos, la igualdad ante la ley, el sufragio universal y la educación.

Estas características han sido proclamadas en grandes documentos históricos, como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norte América, que afirma el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, que defendía los principios de libertad civil e igualdad ante la ley, y por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 1948. En ella se recogen los derechos civiles y políticos fundamentales que atañen a personas y naciones, tales como la vida, la libertad, la intimidad, las garantías procesales, la condena y prohibición de la tortura, de la esclavitud, y los derechos de reunión, asociación, huelga y autodeterminación entre otros. Desde su promulgación, la declaración, aunque sólo fue ratificada por una parte de los estados miembros, ha servido de base para numerosas reivindicaciones políticas y civiles, en cualquier Estado.

Como consecuencia de lo expuesto en el primero de los subtemas del primer capítulo en el presente trabajo de investigación, se presenta una modificación radical también al ámbito de las legislaciones latinoamericanas en torno al tema de la tortura.

La Constitución de Paraguay por ejemplo, estatuye en su Artículo 5 que: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. El genocidio y la tortura, así como la desaparición forzosa de personas, el secuestro y el homicidio por razones políticas son imprescriptibles".

La Constitución Política de República de Ecuador establece en su Artículo 19: Artículo 19. "Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

"La inviolabilidad de la vida y la integridad personal. No hay pena de muerte. Quedan prohibidas las torturas y todo procedimiento inhumano o degradante en contra de cualquier persona..."

La Constitución Política de la República Dominicana, en su sección primera, Artículo 8 y numeral 1, señala y/o establece que: "La inviolabilidad de la vida. En consecuencia, no podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse en ningún caso la pena de muerte, ni las torturas, ninguna otra pena o procedimiento vejatorio o que implique la pérdida o la disminución de la integridad física o de la salud del individuo".

Mención especial merece el Artículo 19 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual en cuanto al sistema penitenciario, por sobre los demás temas, menciona la prohibición a la tortura, cuanto que estatuye en su literal a, lo siguiente: "Artículo 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos con las siguientes normas mínimas:

Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones

denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos...”

No obstante y como resulta lógico, el regular un tema, no siempre es garantía de su cumplimiento y respeto, como en el caso de la Constitución Política de Colombia que prohíbe la tortura, y es uno de los pocos países que mantiene una guerra fratricida con las fuerzas armadas revolucionarias de Colombia (FARC).

“Actualmente, algunas de las propuestas que se presentan a nivel del sistema interamericano son las siguientes: en primer lugar, la posibilidad de que se aumente el número de miembros de la Comisión Interamericana. Esto parece inadecuado, porque la Comisión no tiene demasiados recursos y esto podría entorpecer su trabajo. En segundo lugar, se ha especulado con la idea de nombrar un Alto Comisionado de Derechos Humanos a nivel de la Organización de Estados Americanos, OEA, La Comisión, si se le dieran los medios, podría ser un organismo más eficaz, con la ventaja de encontrar sus facultades claramente establecidas en la Convención Americana, mientras que la figura del Alto Comisionado podría ser de mayor vinculación al Secretario General de la OEA, y en esa medida correría el riesgo de politizarse y hacer perder un carácter más técnico y más jurídico a la investigación en materia de derechos humanos”²⁷.

La Comunidad Internacional es agraviada o afectada cuando se producen estos delitos.

²⁷ González Morales, Felipe. **Sistema interamericano de derechos humanos**. Pág. 46



Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos formulada en 1948, y luego de la experiencia de los tribunales militares de Nuremberg y Tokyo, existe conciencia de no tolerarse ciertas conductas, por ejemplo: desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, las detenciones arbitrarias, entre otras. El objetivo de la tortura puede ser variado: obtener una confesión o información de la víctima o de una tercera persona, como venganza por un hecho cometido por la víctima.

Es así que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula su prohibición absoluta en el Artículo 7: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Ello significa que, a diferencia de la regulación de otros derechos humanos, no existe ninguna justificación para admitir la tortura.

En consecuencia, inclusive en situaciones excepcionales se preserva la protección de la persona de esa práctica. Tal disposición es recogida en el Artículo. 4.2 del Pacto, relativa a la exclusión de restricciones relativas a ese derecho:

Del mismo modo en el sistema interamericano de protección, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la tortura:

- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

- Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

En forma análoga a la ampliación de protección del pacto en situaciones de excepción, el Artículo 27.2 regula que: "2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes Artículos: (...) 5º (Derecho a la Integridad Personal) (...), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

Es decir, la protección de la integridad personal pertenece al núcleo inderogable que no puede ser suspendido ni suprimido jamás, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre un Estado.

En 1975, la Organización de Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 (XXX) de la ONU), que fue la base para que luego se aprobara la Convención contra la Tortura, el 10 de diciembre de 1984.

En la declaración, se consideraba la tortura como "ofensa a la dignidad humana" y la definición ha sido luego retomada en la convención. Tal documento fue aprobado por unanimidad.

Se aprecia que la Convención de la ONU presenta una definición compleja, que reúne

elementos sin los cuales, el acto dejaría de ser tal pero que calificaría como trato cruel, inhumano o degradante (Art. 16 de la Convención).

La prohibición absoluta de la tortura se refleja en la prohibición de la llamada "obediencia debida" (Art. 2.3) y en la invalidez de invocar circunstancias excepcionales para justificarla (Art. 2.2).

La Convención regula un sistema de deberes internacionales de los Estados Parte. Es decir, le constriñe a tomar medidas en el ámbito interno o doméstico y en el ámbito propiamente internacional. Así, todo Estado Parte se compromete a prevenir la comisión de la tortura (Art. 2 de la Convención) y a investigar toda denuncia (Art. 12 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas) y dar curso a cualquier queja al respecto (Art. 13 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas); a identificar y sancionar a los responsables. Dentro de estas obligaciones de carácter interno, debe tipificar todos los actos de tortura como delitos, incluso la tentativa y con penas adecuadas a su gravedad (Art. 4 de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas).

Incluso, a nivel internacional, la convención de la Organización de Naciones Unidas le obliga a cooperar con otros Estados que demanden extraditar a un presunto responsable de este crimen (Art. 8), así como prohíbe que se expulse, devuelva o extradite a una persona a un país donde el solicitado estaría en peligro de ser sometida a tortura (Art. 3.1). Si no procede a la extradición de la persona, está obligado a someter el asunto a sus autoridades competentes para el enjuiciamiento (Art. 7). Los

Estados deben cooperar entre si para los procedimientos penales emprendidos (Art. 9).

Se aplica aquí el principio de la jurisdicción universal, que es el que trata de evitar la impunidad de los crímenes cometidos por la humanidad. No importa que el criminal se encuentre fuera de su país, si está en otro Estado Parte, se le puede juzgar y sancionar (Art. 5, 6, 7 y 9). El mecanismo creado para la supervisión del cumplimiento de este tratado es el Comité contra la Tortura, formado por 10 expertos independientes que actúan a título personal. El mecanismo aplicable a todo Estado Parte es la presentación de un Informe inicial, al año de la vinculación jurídica con el instrumento y de Informes periódicos cada cuatro años, sometidos a examen por el Comité, el cual podrá hacer comentarios generales y transmitirlos al Estado Parte interesado, el cual puede observarlos. Si le parece apropiado, el Comité puede incluir esta información en la publicación de su informe anual.

Así mismo, todo Estado Parte puede ser objeto de un procedimiento especial, si el Comité "recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte". En ese caso, invita a cooperar al Estado en cuestión, designar a uno o varios de sus miembros para practicar una investigación confidencial que compartirá con el Estado investigado. Llegado el caso, podría incluir un resumen de sus resultados en el Informe anual.

También el Comité puede conocer denuncias de incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención formuladas por un Estado Parte contra otro Estado Parte

y conocer, comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención. Ello, siempre y cuando el Estado Parte concernido haya formulado una declaración expresa de reconocimiento de competencia del Comité para dichos fines.

En el caso de nuestro país, se ratificó la Convención contra la tortura de las Naciones Unidas en 1986.

En el ámbito regional americano también se aprobó la convención Interamericana contra la tortura de las Naciones Unidas para prevenir y sancionar la tortura en el año de 1985. Contiene disposiciones similares a la convención de la Organización de Naciones Unidas y reafirma el principio de jurisdicción universal para el delito de tortura.

Sin embargo, es importante revisar la definición de tortura consignada, pues contiene algunos elementos diferentes a la formulada por las Naciones Unidas:

Para ámbito regional americano se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no

causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Destaca como principal diferencia que la Convención Interamericana no exige que se inflijan dolores o sufrimientos graves, con lo cual el ámbito de su protección es mayor.

El Artículo 2 la define como: "...todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

Se había criticado que la calificación de dolores o sufrimientos graves podría recaer en la subjetividad de los operadores del derecho o que exigiría medios probatorios no siempre accesibles para las víctimas o sus abogados. En ese sentido, la definición

interamericana libra de esa dificultad y aún, en su formulación amplía la protección cuando se ubica en la hipótesis de una descripción típica en la que se encuentre ausente el dolor físico o la angustia psíquica. Se trata del empleo de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental. Es la hipótesis de la aplicación de inyecciones o el suministro de pastillas o medicamentos que acarreen la consecuencia descrita.

En cuanto a la finalidad de la tortura, que consiste en controlar, someter y quebrantar la resistencia del ser humano, la Organización de Estados Americanos –OEA- y la Organización de Naciones Unidas –ONU-, coinciden en lo básico; su redacción es más general y permite una protección más amplia. La finalidad en la descripción típica consiste en:

- fines de investigación criminal
- medio intimidatorio
- castigo personal
- pena
- cualquier otro fin.

Dicho de otro modo, la investigación criminal conduce a hipótesis que no se circunscriben a la producción de testimonios únicamente, sino que asocia esa finalidad más general con el acto de tortura. Así mismo, el prever cualquier otro fin sin mención a razones de discriminación como hace la Organización de Naciones Unidas –ONU- podría incluir la tortura por razones gratuitas o fútiles que se discute esté comprendida

en la Convención de las Naciones Unidas.

Por tales razones, la definición de la Convención Interamericana ofrece mayores espacios de protección a la persona, ya que establece un amplio marco de los derechos que protege, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.

A pocos años de que se inicie un nuevo milenio y bajo el mismo argumento con el que los romanos la ejercían desde el siglo VIII a. C., la tortura continua practicándose en mas de 100 países fundamentalmente como medio para arrancar confesiones a acusados o sospechosos de la comisión de delitos, También pueden sufrir semejante suplicio sujetos cuya única desgracia es ser familiares, amigos o simples conocidos de los inculpados.

La preocupación de la conciencia universal para erradicar este lacerante vicio que ejercen los organismos gubernamentales de los diversos Estados se ha expresado desde hace varias décadas en asambleas y convenciones de carácter mundial; en dichos foros, los organismos encargados de hacer valer el derecho internacional han presentado declaraciones y principios con el objeto de que sean suscritos por las distintas naciones participantes.

Aunque un marco jurídico por sí mismo no garantiza la noción de la aberrante práctica de los torturadores, constituye una base sin la cual la tortura y su consecuente proscripción y sanción por parte de las instancias encargadas de impartir justicia, no



serán posibles en la realidad concreta de los hechos²⁸. Ante este caso la convención tendría también que haber incluido remedios ante la violación de derechos por omisión, pero también reconoce el derecho de libertad de asociación, libertad de profesar religión.

5.1. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 3452 del 9 de diciembre de 1975, y su finalidad fue desarrollar el Artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sobre la tortura, la cual en su Artículo primero establece que se entenderá por tortura:

“A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, no se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las reglas mínimas para el tratamiento de los

²⁸ Carrillo Prieto, Ignacio. **Apuntes sobre la tortura**. Pág. 39

reclusos.

“La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”²⁹. Probablemente, esta Declaración sirvió de base a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como para la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La definición vertida establece que la tortura es un acto que provoca sufrimientos graves físicos o mentales, cometido por un funcionario público en forma intencional, en contra de una persona con el objeto de obtener, de ella, información o una confesión o castigarla por un delito que se sospeche ha cometido. Y agrega, que la tortura atenta en contra de la dignidad de toda persona (Artículo 2) situación por la que ningún Estado debe tolerar ni justificarla por causas excepcionales, sino por el contrario, el Estado deberá tomar las medidas necesarias para impedir que se practique la tortura en su jurisdicción. Destaca la capacitación de la policía y demás servidores públicos para que tengan en cuenta la prohibición de la misma, publicándose para tal efecto diversas normas que determinen las funciones y deberes de dichos funcionarios (Artículos 3, 4 y 5), independientemente del examen periódico de los métodos de interrogatorio y del trato de las personas detenidas con el objeto de prevenir la tortura y que ninguna declaración hecha por medio de tortura será invocada como prueba en ningún procedimiento (Artículos 6 a 8 y 12). En estos casos, el Estado deberá proceder de oficio y realizar una investigación imparcial e iniciar el procedimiento penal respectivo en contra de los responsables, independientemente, de la indemnización a la víctima o

²⁹ Tapia Hernández, Silverio. **Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos**. Pág. 89



reparación del daño de conformidad con la legislación nacional (Artículos 9, 10 y 11).

Por su parte el siguiente Artículo del mismo cuerpo legal establece lo siguiente: Ninguna declaración que se demuestre que ha sido como resultado de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes podrá ser invocada como prueba contra la persona involucrada ni contra ninguna otra persona en ningún procedimiento (Artículo 12).

5.2. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Esta Convención fue adoptada el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por nuestro país el 23 de enero de 1986, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 y su objeto principal es, precisamente, la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, ideológicamente, considera el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de toda familia humana basada en la libertad, la justicia y la paz en el mundo. En tal virtud, establece la obligación de los Estados firmantes de promover el respecto universal, los derechos humanos y las libertades fundamentales tomando en cuenta el Artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, finalmente, la Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes del 9 de diciembre de 1975. En este sentido, señala en su Artículo primero que el concepto de tortura debe ser entendido de la siguiente manera:

"A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas".

Como se desprende de esta definición, brinda un enfoque que determina específicamente la conducta delictiva, la confesión de la víctima a la persona que la práctica, a las diversas formas de tortura (físicas y psicológicas) y a los sujetos que intervienen en la misma, siendo estos los servidores públicos en ejercicio de sus funciones. En dicha Convención se establece, además, que los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole para impedir los actos de tortura en su territorio (Artículo 2) y que esa conducta no puede justificarse por ninguna razón (Artículos 4,5 y 6). Destaca en su artículo 10, que todo Estado velará para que se incluya una educación e información completa sobre la prohibición de la tortura en la formación de los servidores públicos encargados de la aplicación de la ley y de todos aquellos que participen en el arresto, detención o prisión de una persona probablemente responsable de un hecho ilícito y sugiere que se actualicen los instrumentos, normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, custodia y

tratamiento (Artículo 11) procediéndose de inmediato a investigar pronta e imparcialmente todo acto de tortura y se, tomen las medidas necesarias para proteger a la persona que denuncie un acto de tortura así como a los testigos de ésta (Artículos 11, 12 y 13) y, en consecuencia, que ninguna declaración arrancada por medio de la tortura podrá ser invocada como prueba en ningún procedimiento (Artículo 15).

Dentro del Artículo 14 establece la obligación del Estado de brindar atención a la víctima del delito de tortura y que debe garantizar a la víctima del delito la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada donde se incluyan los medios para su rehabilitación completa en la medida de lo posible y en caso de muerte de la víctima como resultado de la tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a dicha indemnización por parte del Estado. El único problema es que no se sugiere el procedimiento para tal efecto. En la parte segunda de dicha Convención, se señala que en los casos de tortura sistematizada denunciada ante un comité contra la tortura de dicha Convención, este podrá intervenir para investigar los hechos y proponer soluciones amistosas a través de la conciliación.

5.3. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

En esta Convención Interamericana, Aprobada en Cartagena de Indias por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de diciembre de 1985, menciona que su objeto es prevenir y sancionar la tortura (Artículo 1º), entendiéndose por tortura (Artículo 2º) lo siguiente: Para los efectos de la presente convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una

persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con el fin de investigación criminal, como medida preventiva; como pena o con cualquier otro fin, la Convención también exige a los Estados el adoptar medidas eficaces para prevenir la tortura dentro de sus fronteras, y crea una capacidad de extradición de personas acusadas de tortura. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Como se puede observar, tal como se transcribió en el primero de los capítulos del presente trabajo de investigación, este ordenamiento jurídico expresa dos definiciones sobre la tortura, primero, como un acto destinado a infligir dolores o sufrimientos a una persona, físicos o mentales, con fines de investigación, intimidación o como castigo y medida preventiva o como pena. Y segundo, como la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima (física y mental) aunque no causen dolor.

Estos conceptos, determinan el acto y la aplicación de la tortura en contra de una persona denominada víctima, en el Artículo tercero se señala que las personas responsables de esta conducta son empleados o funcionarios públicos que ordenan, instigan, inducen o cometen directamente o no impiden dicho acto, pero también se habla de terceras personas o cómplices, que por ordenes de los señalados servidores públicos cometen la referida conducta, sin embargo, es de hacer notar que no señala si estos cómplices tienen también la calidad de servidores públicos, es decir, existe un error, en principio, al referirse a terceras personas (sin que estos sean servidores públicos), porque en todo caso, éstas terceras personas estarían cometiendo el delito

de lesiones y no de tortura.

Posteriormente, en el Artículo 4º se establece que no se justificara tortura alguna cuando exista un estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías individuales, inestabilidad política u otra emergencia o calamidad pública, así como tampoco será justificable señalar que la tortura se cometió porque el detenido era peligroso o por inseguridad del centro penitenciario. Entonces, de acuerdo a este Instrumento Internacional, todo acto de tortura será considerado como un delito, razón por la que los Estados firmantes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción (Artículo 6º), estableciendo sanciones penales por su gravedad y generando medidas efectivas para prevenir el mismo, entre las que se pueden señalar la capacitación de servidores (Artículo 7º), así mismo, se debe garantizar a toda persona que denuncie que fue objeto de este delito que su caso será examinado imparcialmente cuando exista una denuncia, las autoridades competentes procederán de oficio y de inmediato a investigar e iniciar el respectivo proceso penal (Artículo 8º) y, en consecuencia, ninguna declaración será admitida como medio de prueba si esta fue producto de tortura.

A título personal, la crítica que se puede hacer a esta convención es que el delito de la tortura no se limita a acciones que causan daño o heridas físicas. Incluye también acciones que causan sufrimiento mental, tales como amenazas contra la familia o los seres queridos, y no se puede prevenir simplemente con capacitar a los servidores públicos o con dar atención a una denuncia en materia de tortura, o con sancionar

severamente dicha conducta, como tampoco basta con mencionar que una declaración arrancada bajo tortura no podrá ser prueba en juicio. Además, carece de un elemento importante que es la protección a la víctima del delito y solamente se limita a señalar que el Estado deberá sancionar conforme a su derecho penal interno.

5.4. Otros instrumento internacionales

A. Millan Puelles, en su libro "Sobre el Hombre y la Sociedad", señala que: "Ahora bien, ese valor sustantivo, mensurante de la específica dignidad del ser humano, se llama "libertad", sea cualquiera su uso. Lo que, hace que todo hombre sea un áxion (concretamente el valor sustantivo de una auténtica dignitas de persona), es la libertad humana. Pero inversamente: La libertad específica del hombre solo puede entenderse como lo que hace, teológicamente considerada, toda persona humana sea un "en sí" o, por decirlo en términos de Kant, un "valor interno" (innere Wert, d.i. Wuude)l. Para Kant, la propia índole de hombre es ya, sin más, dignidad. La "personalidad" y la "dignidad" humana se identifican: "La humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por si mismo) como un simple medio, sino siempre, a la vez, como un fin, y en ello precisamente estriba su dignidad (la personalidad) "³⁰.

En una campaña lanzada por Amnistía Internacional a partir de 1980 en contra de la tortura dirigida a diversos los sectores de la sociedad internacional, invitaban a las

³⁰ Millan Puelles, Antonio. **Sobre el hombre y la sociedad**. Pág. 99



personas a que denunciaran los actos de tortura cometidos en su contra o en contra de otras personas, este programa aunque ambicioso, ha sido difícil de que llegue a la sociedad en general por diversos motivos entre los cuales sobresale el miedo de denunciar a su agresores. El programa constaba de doce puntos importantes para la prevención de la tortura, los cuales establecían lo siguiente:

Prevención de la Tortura

Condenación oficial de la tortura

Las máximas autoridades de cada país deben demostrar su total oposición a la tortura, haciendo saber a todo el personal encargado del cumplimiento de la ley que la tortura no será tolerada bajo ninguna circunstancia.

Límites de detención en régimen de incomunicación

Con frecuencia, la tortura tiene lugar mientras las víctimas se encuentran detenidas en lugares aislados de la población o dentro de la población misma dentro de un régimen de incomunicación, sin poder entrar en contacto con aquellas personas que podrían ayudarlas y sin saber lo que les está ocurriendo, sin comida, agua potable y mucho menos con los servicios básicos de higiene personal, El daño Psicológico, se puede realizar mediante la privación sensorial, el aislamiento, la humillación verbal o física, la manipulación de la información sobre el detenido o de sus allegados, la mentira, o la simulación de torturas físicas o ejecuciones que contribuyan a la desmoralización de la



y el desaparecimiento de la persona. Los gobiernos deben adoptar salvaguardias para hacer que la detención en régimen de incomunicación no se transforme en una oportunidad para la aplicación de torturas. Es de capital importancia que todos los presos sean presentados ante las autoridades judiciales con la mayor presteza tras haber sido detenidos y que se permita a sus familiares, abogados y médicos acceso pronto y regular a los mismos.

Eliminación de las detenciones secretas.

En algunos países, las torturas se llevan a cabo en centros secretos, a menudo después de haber hecho desaparecer a las víctimas. Los gobiernos deben asegurar que los presos sean recluidos en lugares públicamente reconocidos y que se proporcione información precisa sobre el lugar en que se encuentran a sus familiares y abogados.

Salvaguardias durante el periodo de detención e interrogatorios

Los gobiernos deben mantener los reglamentos para detención e interrogatorios bajo constante examen. Los presos deben ser informados sin demora de sus derechos, incluyendo el derecho de presentar quejas relativas al trato que reciben. Debe asimismo autorizar a los organismos independientes pertinentes a realizar visitas regulares de inspección a los centros de detención. Una salvaguardia importante contra la tortura es la separación entre las autoridades encargadas de la detención y las que tienen a su cargo la realización de los interrogatorios.



Investigación independiente de los informes sobre torturas

Los gobiernos deben asegurarse de que todas las quejas e informes sobre tortura sería imparcial y eficazmente investigados, haciendo públicos tanto los métodos como los resultados de dichas investigaciones. De igual modo, tanto los demandantes como los testigos deben estar protegidos contra posible intimidación.

Invalidez legal de declaraciones extraídas bajo tortura

Los gobiernos deben tomar las medidas necesarias para que las confesiones y demás pruebas obtenidas bajo tortura no puedan ser utilizadas jamás en trámites judiciales.

Prohibición legislativa de la tortura

Los gobiernos deben adoptar medidas encaminadas a que los actos de tortura sean considerados como delitos punibles en virtud de las disposiciones de derecho penal. En conformidad con la legislación internacional, la prohibición de la tortura no debe ser suspendida bajo ninguna circunstancia, ni siquiera bajo el estado de guerra u otra emergencia pública.

Enjuiciamiento de presuntos torturadores

Las personas responsables de actos de tortura deben ser enjuiciadas. Este principio debe mantenerse dondequiera que se encuentren, sea donde fuere el lugar en que se



cometió el delito y sin tener en cuenta la nacionalidad de los perpetradores o de las víctimas. No debe proporcionarse a los torturadores santuario alguno para cometer sus fechorías.

Procedimiento de capacitación

Durante los cursos de capacitación de todos los funcionarios que toman parte en actividades de detención, interrogatorios o trato de presos, debe ponerse en claro que la tortura es un acto criminal, haciéndose saber que se encuentran obligados a desobedecer cualquier orden que llevara acabo torturas.

Compensación y rehabilitación

Las víctimas de la tortura y sus dependientes deben tener derecho a obtener compensación financiera. Al mismo tiempo, debe proporcionarse a las víctimas los cuidados médicos o rehabilitación, alimentación, vestuario, y todo lo necesario para poder recuperarse físicamente.

Reacción internacional

Los gobiernos deben utilizar todos los canales disponibles para interceder ante aquellos gobiernos acusados de torturar. Deben establecerse mecanismos intergubernamentales para investigar con urgencia informes de tortura y adoptar las medidas eficaces pertinentes contra la misma. Los gobiernos deben vigilar asimismo que las



transferencias o capacitación del personal militar de seguridad o de policía no faciliten la práctica de torturas.

Ratificación de instrumentos internacionales

Todos los gobiernos deben ratificar los instrumentos internacionales que contengan salvaguardias y recursos contra la tortura, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, que autoriza el examen de quejas presentadas por víctimas individuales³¹.

Es importante señalar que el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley forma parte de los tratados internacionales, el cual en su Artículo segundo establece que en el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana, manteniendo y defendiendo los derechos humanos de todas las personas. Partiendo de esta base, los Artículos 3 y 5 del mismo Código, sostienen que:

"Artículo 3". Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Artículo 5. Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o

³¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional**. Pág. 135

tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual en su Artículo 7; establece:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Asimismo por su importancia internacional, se menciona el conjunto para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ya que la finalidad en la fecha de adopción fue el 9 de diciembre de 1988, que en su principio 6, establece:

"Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"

La tortura no puede justificarse por ningún motivo y en consecuencia, no excluye de responsabilidad a los servidores públicos que la cometen, aun cuando estos señalen

que la aplicación se debió a la inestabilidad política del país o por la urgencia de investigar determinada circunstancia, tampoco podrá invocarse como justificación la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad.

5.5. Constitución Política de la República de Guatemala

El carácter absoluto e inderogable de la prohibición de la tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, impone a los Estados de la comunidad internacional la obligación de tomar las medidas apropiadas y efectivas tendentes a garantizar al ciudadano la inmunidad frente a este tipo de prácticas. Los convenios internacionales relacionados precedentemente, contienen una serie de disposiciones específicamente encaminadas a adoptar medidas preventivas y represivas, de cumplimiento obligatorio, que eviten la violación de la prohibición absoluta de la tortura. Estas medidas están destinadas a obligar a los Estados prevenir razonablemente, investigar y sancionar las actuaciones que puedan entrañar violación del derecho a la vida, a adoptar en su derecho interno los mecanismos jurídicos asociaciones e institucionales que deben luchar contra la tortura.

En Guatemala, la Constitución Política de la República, no contiene más que una alusión al término tortura, y se da en referencia hacia el trato que pueden llegar, eventualmente a recibir los reos o internos en las cárceles prisiones del sistema penitenciario nacional guatemalteco.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que: "Artículo 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a

la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.

Desde el punto de vista del derecho interno, las previsiones normativas contenidas en los instrumentos internacionales constituyen verdaderas líneas directrices de política criminal, cuya base son las que determinan su contenido y carácter en un lugar y momento dado, en otras palabras, son conductas dirigidas a normas que regulan y permiten resolver los conflictos de la acción planeada y procedimientos preventivos contra el crimen, atiende desde la prevención del delito hasta la reincorporación del ex reo a la vida en sociedad, esto involucra tanto aspectos de organización administrativa de instituciones encargadas de la aplicación de la ley, eminentemente legislativos, como es la de dotar de instrumentos jurídicos adecuados para posibilitar la persecución penal adecuada contra autores de tales hechos.

5.6. Tortura y tratos crueles aplicados en el derecho consuetudinario

En la actualidad las comunidades indígenas están aplicando el derecho consuetudinario cuando uno de sus miembros ha cometido un delito, haciendo mala aplicación para

imponer la pena.

La aplicación de la pena mediante el derecho consuetudinario se ha vuelto una violación a los preceptos constitucionales y a las leyes del país, pues en la aplicación de la pena se ha denigrado a la persona, en muchas oportunidad se les aplican más de cincuenta latigazos, se les inca sobre piedras, se les quita el pelo y se les hace cargar bultos por varios kilómetros, lo cual puede considerarse como una tortura.

En otras oportunidades, después de haber sufrido la pena impuesta por el derecho consuetudinario, se les consigna a los tribunales comunes para que se siga la persecución penal por el delito cometido, o sea, que el sindicado recibe doble pena, la primera aplicada por la comunidad indígena y la segunda por los tribunales comunes competentes.

La presente investigación tiende a evitar los tratos crueles impuestos por comunidades indígenas, la cual es castigar al infractor, a quien se le debe imponer un servicio comunitario para que repare los daños ocasionados, mediante la mala aplicación del derecho consuetudinario, y que se respete la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes comunes, pues puede considerarse que existe un Estado dentro de otro Estado, con aplicación de leyes diferentes.

El problema se plantea como la mala aplicación del derecho consuetudinario cuando los dirigentes de la comunidad imponen sanciones, las que también son impuestas hasta por los alcaldes o alcaldes auxiliares, que infligen torturas y tratos crueles a personas

que supuestamente han cometido delito, pues no se le da la oportunidad al sindicato de probar lo contrario o el motivo de la comisión del delito, en tal virtud se viola la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes comunes, por lo que se podría seguir la persecución penal contra las personas que valiéndose del derecho indígena cometen este tipo de delitos.

Se hace mala aplicación del derecho consuetudinario al infligir torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, al supuesto autor del delito, sin existir una previa investigación y violando los derechos humanos y los tratados y convenios internacionales.

El Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, establece "Los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos en cuanto a dignidad y derechos y reconociendo, al mismo tiempo, el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales".

El Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, señala: Derecho consuetudinario, o no escrito, es el introducido por la costumbre practicada por mucho tiempo.

En consecuencia el derecho indígena o consuetudinario, es aquel que no está escrito y que la comunidad lo cumple porque en el tiempo se ha hecho costumbre cumplirla; es decir, en el tiempo se ha hecho uso de esta costumbre que se desprende de hechos que se han producido repetidamente.

Para Emmanuel Kant, al referirse al derecho consuetudinario, señala "Responder esta pregunta, requiere abandonar por un momento los principios empíricos y buscar los orígenes de los juicios de la razón pura como único fundamento de toda posible legislación positiva, de lo contrario se seguirá desconociendo por completo cual es el criterio universal que permite discernir en general entre lo justo y lo injusto".

El derecho, es el sistema de normas fundadas en principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regula la organización de la sociedad y la reacción de los individuos y agrupaciones dentro de ella, para asegurar en la misma la consecución armónica de los fines individuales y colectivos.

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 jurídico nacional vigente guatemalteco, ambos con sus propias construcciones filosóficas pero en diferentes posiciones, uno el jurídico indígena maya, en su situación de subordinación frente al sistema 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, el sistema jurídico contiene un conjunto de normas vinculadas lógicamente entre sí, surgido de la necesidad de establecer un orden social y de regular la conducta humana en el marco de las relaciones sociales.

La defensoría Maya, señala que "Sería necesaria una iniciativa de ley para que el derecho Maya llegue a ser derecho positivo ya que, de lo contrario, las decisiones o los arreglos que se adopten serán meras recomendaciones morales, como son las emitidas

por la Procuraduría de los Derechos Humanos que no tienen fuerza vinculante. A la vez, habría que involucrar en estos programas a todas las instituciones jurídicas que estén en posición de impulsar el derecho Maya³². Guísela Mayén, señala "El derecho indígena lleva consigo el conocimiento de los hechos cometidos por los habitantes de las comunidades étnicas, los cuales buscan reconciliación y la paz, y nunca el desmedro económico de los mismos ni mucho menos la agresión física o mental"³³.

El derecho consuetudinario actualmente ha sido mal aplicado por algunas comunidades indígenas, al imponer sanciones o penas que violan los derechos humanos y los pactos y convenios internacionales sobre la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes contra la persona que se le sindicaba de la comisión de un delito.

³² Defensoría Maya. **SUK'B'ANIK experiencias de Defensoría Maya en la aplicación de la justicia Maya**. pág. 123

³³ Mayén, Guísela. **Derecho consuetudinario en Guatemala**. Pág. 136

CONCLUSIONES



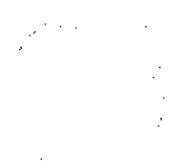
1. Todo acto de tortura ejercido en contra de las personas es considerado como una violación a los derechos humanos, porque constituye una violación a la dignidad del ser humano; de ahí que los actos de tortura no se justifican haciendo creer a la sociedad que con ello se protege a la misma de los presuntamente delincuentes, la tortura y el incremento de las penas no son medidas de prevención de la delincuencia.
2. La tortura a través de la historia, ha sido una práctica contraria a la dignidad humana, situación que no se justifica social ni jurídicamente, sin embargo, a pesar de encontrarse prohibida en los ordenamientos nacionales e internacionales su práctica continúa hoy en día, cuyo objetivo principal es el hacer declarar a una persona respecto a una conducta delictiva que presuntamente cometió o castigar a la persona mediante la tortura, los tratos crueles y degradantes.
3. La tortura es atribuida, generalmente a la o las personas que desatan su ira en contra de una persona en la comisión de un delito, violando el derecho de defensa consagrada en la Constitución Política de la República de Guatemala, y en la actualidad se aplica en el derecho consuetudinario cuando se sanciona a un comunitario cuando presuntamente ha cometido un delito.



RECOMENDACIONES



1. El Estado de Guatemala debe obligarse jurídicamente a erradicar la tortura cometida por las personas dentro del territorio nacional y evite las detenciones ilegales implementando los procedimientos necesarios para supervisión y sanción de estos casos, asimismo debe perseguir penalmente a las personas que aplican tortura y tratos crueles en el derecho consuetudinario.
2. El Ministerio Público debe investigar y perseguir a los miembros de las comunidades indígenas que aplican el derecho indígena o consuetudinario para evitar que los mismos apliquen torturas, tratos crueles e inhumanos cuando sancionen a un miembro de su comunidad.
3. El Estado de Guatemala debe sancionar a los miembros de las comunidades que aplican el derecho indígena o consuetudinario cuando violen la Constitución Política de la República de Guatemala y los convenios sobre derechos humanos que ha signado Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA



BRASSEUR, De Bourbourg. **Historia de las naciones civiles de México y de América Central.** París, Francia: Ed. (s.e), 1859.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional.** Madrid, España: Ed. Tecnos, 2001.

CARRILLO PRIETO, Ignacio. **Apuntes sobre la tortura.** México Distrito Federal, México: Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1987.

CASO, Alfonso. **Definición del indio y lo indio.** Instituto Indigenista interamericano. México Distrito Federal, México: Ed. (s.e) ,1948.

CARRANZA, Elías. **El preso sin condena en América Latina y el Caribe.** San José, Costa Rica: Ed. Ilanud, 1983.

COJTÍ COJ, Juan. **Autoridad y gobierno del pueblo de Sololá.** Guatemala, Guatemala: Ed. Choisamaj, 1998.

COMAS, Juan. **Razón de ser del movimiento indígena, en América Indígena.** México Distrito Federal, México: Ed. América Indígena, 1953.

CRUZ TORRERO, Luis Carlos. **Seguridad, sociedad y derechos humanos.** México Distrito Federal, México: Ed. Trillas, 1995.

DE CAPMANY Y DE MAPALAU, Antonio. **Memorias históricas sobre la marina, comercio y artes de la ciudad de Barcelona.** Barcelona, España: Ed. (s.e), 1779.

DEFENSORIA MAYA. **SUK'B'ANIK experiencias de Defensoría Maya en la aplicación de la justicia Maya.** Guatemala, Guatemala: Ed. Maya, 1999.

ESQUIT GARCÍA, Edgar Iván. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz.** Guatemala, Guatemala: Ed. Flacso, 1998.

GAMIO, Manuel. **Países Subdesarrollados**. México Distrito Federal, México: Ed. IJ-UNAM, 1995.

GONZÁLEZ MORALES, Felipe. **Sistema interamericano de derechos humanos**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

KANT, Emanuel. **Introducción a la ciencia de la sociedad**. Barcelona, España: Ed. Crítica, 1977.

KUPPE, René y POZST, Richard. **Antropología del derecho**. México Distrito Federal, México: Ed. Antropología jurídica, 1995.

LÓPEZ MARROQUÍN, Rubén. **Historia moderna de la etnicidad en Guatemala. La visión hegemónica**. Guatemala, Guatemala: Ed. Rafael Landívar, 2001.

MAYÉN, Guísela. **Derecho consuetudinario en Guatemala. (s.e.)**. Guatemala, Guatemala: Ed. Asociación de investigación y Estudios Sociales, 1995.

MARTÍNEZ PELÁEZ, Severo. **Las raíces de la sociedad guatemalteca, el indio y la revolución**. Guatemala, Guatemala: Ed. Talleres en marcha, 1973

MARTÍNEZ PELÁEZ, Severo. **La patria del criollo**. Guatemala, Guatemala: Ed. Talleres en marcha, 1994.

MILLA, José. **Historia de América Central**. Guatemala, Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1963.

MILLA, José. Gómez Carrillo Agustín. **Historia de América Central desde el descubrimiento**. Guatemala, Guatemala: Ed. José Pineda Ibarra, 1982.

MILLAN PUELLES, Antonio. **Sobre el hombre y la sociedad**. Madrid, España: Ed. Rialp, 1979.

MONTENEGRO GONZÁLEZ, Augusto. **Historia de América**. Guatemala, Guatemala: Ed. Impresos y fotograbado Llerena, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes. **Derecho penal, parte especial**. Valencia, España: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

PETERS, Edward. **La tortura**. Madrid, España: Ed. Alianza Editorial, 1985.

RIVET, Paul. **Teoría de los cuatro orígenes, asiático, melanesio, y australiano**. Bogotá, Colombia: Ed. A. B. C, 1958.

RIVET, Paul. **Los orígenes del hombre americano**. Toronto, Canadá: Ed. Gallimard, 1957.

ROCHA, Mónica. **El estatus de pueblos indígenas en el derecho internacional**. México Distrito Federal, México: Ed. Chapingo, Universidad Autónoma de Chapingo, 1995.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Delitos de tortura**, Instituto de estudios comparados en Ciencia Penal de Guatemala. Guatemala: 2001.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho indígena y derechos humanos en América Latina**. México Distrito Federal, México: Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico**. Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, 1997.

TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio. **Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos**. México Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 1995.

VALIÑA, Lilitana y BRON, Esther. **Asociación para la prevención de la tortura**. Ginebra, Suiza: Ed. APT, 1995.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1996.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas. París 1948.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Adopta en Cartagena de Indias, Colombia, el día nueve de diciembre de 1985, en el décimo quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Convenio 169 Organización Internacional de Trabajo.

Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso y del Procurador de los Derechos Humanos. Decreto No. 54-86 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica Suscrito en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Acuerdo Global sobre Derechos Humanos. México, D. F., 29 de marzo de 1994.

Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.