

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

**LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO
CONSUECUDINARIO**

JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2015

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

**LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO
CONSUECUDINARIO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, agosto 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 Alvarez
VOCAL V:	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
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).

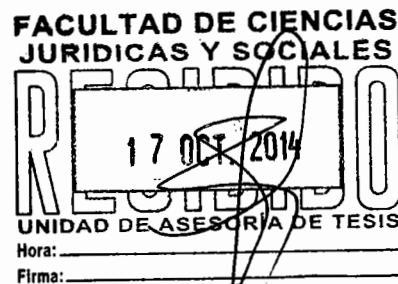
Lic. Sergio Alejandro Girón
Abogado y Notario
Oficina Jurídica



Guatemala 22 de septiembre del 2014

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente,

Estimado Doctor:



Atentamente me dirijo a usted y hago de su conocimiento que revisé el trabajo de tesis del bachiller **JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA**, por lo que respetuosamente le informo lo siguiente:

- a) El postulante presentó el tema de investigación intitulado "**LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO,**" tema enmarcado en lo concerniente, al derecho que tienen los pueblos indígenas de ejercer sus creencias y costumbres, transformándolo en derecho positivo, sin menoscabar los derechos inherentes del ser humano.
- b) La presente tesis fue elaborada de conformidad con los métodos analíticos, descriptivos y jurídicos, utilizados para estudiar y analizar la doctrina aplicable, así como hechos actuales y directos, y para la interpretación de leyes indicadas en el tema propuesto. Además las técnicas a las que recurrió fueron la bibliográfica y documental, manejadas al recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.
- c) El trabajo de investigación al ser debidamente revisado cumple con todos los requisitos exigidos en cuestión de redacción, y las reglas fundamentales de ortografía.
- d) Del análisis practicado, he dictaminado que el trabajo presentado por el bachiller Josué Israel Rodas Vega, desarrolla una investigación que resalta el contenido científico, es de carácter jurídico, el cual es enmarcado desde la perspectiva doctrinaria y legal así como la explicativa desde el punto de vista del derecho maya.
- e) Considero que las conclusiones y recomendaciones, estipuladas en el trabajo de investigación, son adecuadas, elaboradas de forma correspondiente, teniendo relación entre sí y con el tema propuesto.

Lic. Sergio Alejandro Girón
Abogado y Notario
Oficina Jurídica



f) Los libros, en los cuales está fundamentada en gran parte la investigación, son de autores de nivel académico reconocido y de gran experiencia, minuciosamente escogidos con el objeto de enriquecer la investigación.

Por lo anterior, considero que el trabajo expuesto satisface los requisitos que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el mismo continúe el respectivo trámite.

De manera muy respetuosa me suscribo de usted,

Atentamente,

Lic. Sergio Alejandro Girón
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Sergio Alejandro Girón
ASESOR
Col. 6,163

Guatemala, 13 de enero de 2014



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
 Guatemala, 29 de octubre de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA, intitulado: "LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO."

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, 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 técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

DR. BONERSE AMILCAR MEJIA ORELLANA
 JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
 BAMO/iyr.

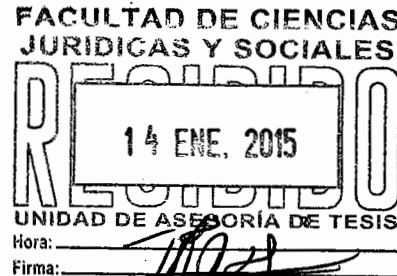


Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
9 avenida 13-39, zona 1. Ciudad de Guatemala
TEL: 5412-0813



Guatemala, 13 de enero de 2015

Doctor Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Apreciado Doctor:

De conformidad con el nombramiento de fecha veintinueve de octubre de dos mil catorce, en mi calidad de revisor de tesis del bachiller JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA, he procedido a asesorar de forma metódica y técnica al estudiante en el desarrollo de su tesis intitulada **“LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO”**. Por lo que procedo a manifestarle que:

I. El estudiante tuvo interés y dedicación en la elaboración de la tesis e hizo los cambios sugeridos, además el contenido científico y técnico del de la misma es apropiado y enriquecedor con respecto al tema tratado.

II. En cuanto a los cambios recomendados estos fueron tomados en cuenta por el bachiller, en ese sentido fueron utilizados los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, deductivo, inductivo, sociológico, y comparativo que se relacionan con las propuestas en su plan de investigación.

III. Las técnicas utilizadas por el bachiller fueron las biográficas y documentales, lo que permitió recopilar ordenadamente la información doctrinaria y legal útiles para el desarrollo del trabajo. También la redacción es concisa y adecuada con los requerimientos académicos de la unidad de tesis.

IV. El tema investigado contiene un aporte científico para la bibliografía del país, las conclusiones y recomendaciones se relacionan directamente con el contenido de los capítulos de la tesis y la bibliografía que se empleó es la adecuada y tiene relación con las citas bibliográficas.

Lic. Otto René Arenas Hernández
Abogado y Notario
9 avenida 13-39, zona 1. Ciudad de Guatemala
TEL: 5412-0813



En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE** dado que la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para que pueda continuar el trámite correspondiente, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.


LICENCIADO OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO 3805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de junio de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSUÉ ISRAEL RODAS VEGA, titulado LA ANARQUÍA COMO CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO.. 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/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Quien es dador de la sabiduría y me ha dado la salud, inteligencia, discernimiento y recursos económicos para alcanzar el éxito.

A MI PADRES:

Que con sus consejos me guiaron por la senda del bien, apoyándome incondicionalmente en los momentos difíciles, haciendo de mi un hombre de éxito.

A MIS HERMANOS

Quienes con sus ejemplos, avivaron en mi el deseo de superación.

A:

Mis amigos y compañeros, en especial a los catedráticos.

A:

A la Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; máxima casa de estudios, por ese gran privilegio que me ha permitido.

A:

A usted estimado lector, que se interesa por la investigación.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El Estado y el derecho.....	1
1.1. Antecedentes históricos del Estado.....	1
1.2. Definición de Estado.....	5
1.3. Clases de Estados.....	12
1.4. Características del Estado de Guatemala.....	14
1.5. Principios del Estado.....	15
1.6. Fines del Estado.....	19
1.6.1 El bien común.....	25
1.7. Organización del Estado.....	28
1.8. Fundamento del Estado de derecho.....	33
1.9. La política de Estado.....	34

CAPÍTULO II

2. Derechos fundamentales.....	37
2.1 Aspectos generales.....	39
2.2 Definición y concepto.....	41
2.3 Antecedentes históricos de los derechos fundamentales.....	44
2.3.1 Momentos específicos de los derechos fundamentales.....	51
2.4 Los derechos fundamentales en Guatemala.....	54
2.5 Principios informadores de los derechos fundamentales.....	55



CAPÍTULO III

Pág.

3. Derecho indígena.....	57
3.1 Características del derecho consuetudinario.....	59
3.2 Construcción iusfilosófica del derecho indígena.....	62
3.3 Análisis del derecho maya y el derecho ordinario.....	71

CAPÍTULO IV

4. Análisis de cómo las poblaciones indígenas al linchar a una persona violan el derecho a nivel nacional incluyendo el indígena.....	75
4.1 Definición de alcaldía indígena.....	75
4.2 Autoridades de la alcaldía indígena.....	76
4.3 Procedimientos de la alcaldía indígena.....	77
4.4 Violación del derecho ordinario e indígena por linchamientos.....	82
4.4.1 La anarquía.....	82
CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95



INTRODUCCIÓN

El derecho consuetudinario es el basado en la costumbre, cuyo organismo sancionador es la propia comunidad, siendo por lo tanto el más efectivo de aplicar en aquellas comunidades y sociedades donde existe una forma particular de ordenación y regulación social.

Es de suma importancia indicar que el derecho indígena respalda que cada comunidad tenga una forma establecida de sancionar a las personas que cometen un delito; no confundiendo estas convicciones con un tipo de anarquía o abuso falsamente fundado en la mala interpretación de los derechos que las comunidades indígenas poseen.

La hipótesis se comprobó, ya que se estableció que en Guatemala existe anarquía, debido a que desafortunadamente las personas utilizan el derecho consuetudinario para respaldar y disfrazar delitos contra la vida, tales como: linchamientos, tumultos y aglomeraciones, supuestamente con el fin de hacer justicia, aunque con esto se violen masivamente los derechos humanos de los involucrados, todo esto como consecuencia de carecer de una normativa claramente preestablecida.

Los objetivos logrados en la investigación fueron establecer las causas y consecuencias jurídico-sociales de ejercer la justicia con las propias manos, así como las pautas de cómo el Estado debe intervenir dentro del contexto de las leyes impuestas por el derecho consuetudinario indígena; además se analizaron las normas sociales, creencias, idiomas, concepciones mágicas y tratamiento a sus problemas, mismas que han sido desprestigiadas y confundidas con actos delictivos.

El presente trabajo se encuentra contenido en cuatro capítulos desarrollados de la siguiente manera: en el primer capítulo, se trata el tema de el Estado y el derecho, aspectos generales, así como antecedentes históricos, definición, características, principios, fines, clases y su fundamento; en el segundo capítulo, se estudian los derechos fundamentales, sus antecedentes, definición, principios y su aplicación en



Guatemala; en el tercer capítulo se hace referencia al derecho consuetudinario o indígena, sus características, construcción y el análisis del derecho maya y el derecho ordinario; en el capítulo cuarto, se analiza de forma especial cómo las poblaciones indígenas al linchar a una persona violan el derecho a nivel nacional incluyendo el indígena.

Para la investigación se utilizaron los métodos siguientes, el analítico para conocer todo lo relacionado al derecho consuetudinario indígena, sus características y objetivos y cómo en la actualidad se ha confundido en Guatemala este derecho con la anarquía; el inductivo sirvió para diferenciar la justicia maya y la justicia a mano propia. Los métodos inductivos y la síntesis fueron empleados para elaborar el marco teórico sobre el cual debería funcionar el derecho indígena, para recolectar y analizar la información se utilizó la técnica bibliográfica.



CAPÍTULO I

1. El Estado y el derecho

El Estado, es el conjunto de organizaciones que en su totalidad poseen la facultad de establecer las normas que guiarán una determinada sociedad, ejerciendo su poder en un territorio previamente establecido; dentro de los poderes de un Estado se pueden encontrar otras importantes instituciones, como son las fuerzas armadas, la policía y la administración pública.

Como se puede percibir, a partir de la definición de Estado, se trata de algo bastante fácil de confundir con el término gobierno; sin embargo, se diferencian en que este último es el que va cambiando con las diferentes personas que ocupan cargos durante períodos de tiempo previamente delimitados; mientras que el Estado es aquél que opera bajo instituciones permanentes en el tiempo; por lo que se trata de algo que se construye paso a paso con la historia de cada nación

1.1. Antecedentes históricos del Estado

Cuando se habla de Estado, se debe hacer alusión a que etimológicamente tiene varias acepciones y aun dentro de la terminología jurídica se aplica para significar varios conceptos. "La palabra estado proviene del vocablo latino status que significa situación, posición o postura en que se encuentra una persona o cosa.



“En el derecho político y en la teoría política tiene una acepción conceptual distinta, ya que se refiere a la designación de un ente que estructura a una comunidad humana. Representa a un ser político, jurídico y social.

Para establecer el origen del vocablo Estado, se debe remontar a la Grecia antigua, en donde la organización política que se estudia tiene su gran antecedente que se conoció con el nombre de polis, que quiere decir ciudad, palabra que identificaba la realidad política de aquella época. Su extensión solamente comprendía los límites de la ciudad, no obstante con el tiempo se rebasan esos límites y surge un fenómeno político diferente y más amplio, al que se llamó tokoinom, palabra griega que significa comunidad. En la antigua Grecia la palabra Estado equivalía a polis que significa a la ciudad-estado para extenderse después a la comunidad misma.”¹

Es a partir del siglo VIII, a. J. C., que se da la existencia de sociedades políticas gobernadas por un monarca. La monarquía se perpetuaba hereditariamente, por lo que las familias titulares del poder se les conocen como dinastías imperiales. En aquel tiempo, se suponía al emperador como el representante del cielo y señor absoluto de todos los hombres, aunque respondía ante el pueblo con la concordancia de sus actos con las leyes.

En el Antiguo Oriente existieron culturas humanas de gran esplendor como Egipto, Persia, Siria, Israel, etcétera. Al existir por milenios, estos pueblos contaron con inagotables hechos políticos; sin embargo, esta época se caracterizó por tener un

¹ Burgoa, Ignacio. *El Estado*. Pág. 103.

Estado despótico o teocrático. Al ser despótico, la autoridad era tan regia que la capacidad de las personas en el derecho privado estaba restringida, así como la capacidad para actuar dentro del derecho público se limitaba a los individuos pertenecientes a una clase o casta privilegiada. Y el ser teocrático significa que existía una relación entre el soberano de la comunidad política y la divinidad.

Dos organizaciones políticas se dieron en la cultura griega, la espartana y la ateniense. Con el tiempo, los habitantes de las polis tomaron parte en las tareas del gobierno, reconociéndoseles como hombres libres. No obstante, no participaron en un plano de igualdad pues la sociedad se dividía en cuatro clases según su fortuna, y los derechos y deberes estaban en proporción a su riqueza. La característica fundamental de la organización política griega es la potestad absoluta en relación con la misma, con la organización política, con su capacidad para participar en ella a través de la elaboración de las leyes. Ya formuladas las leyes eran impuestas a los individuos, de tal manera que no tenían libertad, en el sentido actual.

La fundación de Roma data del año 750 a. J. C. En sus comienzos, el gobierno era una monarquía electiva y se dividía en dos clases: los patricios y la plebe. Los patricios era la clase aristocrática tenía derechos políticos, y que al reunirse en diez grupos formaban las curias. En el año 506 a. J. C. aparece la República como forma de gobierno, pero es a finales del siglo II a. J. C. que empieza el ocaso de la República. Y se instaura el Imperio como régimen monárquico absoluto que perdura hasta la caída de Roma en el 476 d. J. C. Cabe decir que tratándose de las relaciones de Derecho Público existía una esfera de derechos de los hombres pero limitada, ya que el hombre



no siempre tenía la calidad de persona. Esta situación perduró, incluso después de haber adoptado el Cristianismo.

La Edad Media tuvo su florecimiento con la caída del imperio romano de occidente en el año 476. En esta época siguen influyendo las ideas del imperio romano recogidas por Carlomagno, aunque dentro de las comunidades políticas desaparece el monismo político. En la época feudal se acentúa el dualismo, es decir, al lado del poder del soberano existía la justicia popular. El poder se fue dividiendo de tal manera que se afirmó la posición de los señores feudales dentro de la comunidad política.

A finales de la Edad Media se hicieron esfuerzos por unir al Estado, territorial y administrativamente, puesto que éste se encontraba dividido a causa del feudalismo. Con el Renacimiento surgió la concepción del Estado Moderno, al igual que revalorizó la razón humana la colocó como centro del universo. Se supera el dualismo; el Estado está por encima de la Iglesia; desaparece el feudalismo. En esta época nace el absolutismo que logró nivelar las diferencias entre las clases y los ciudadanos llegaron a tener igualdad jurídica con sus variantes desde 1789 hasta nuestros días.

La estructuración constitucional del Estado Moderno es de una comunidad nacional organizada de acuerdo a las funciones correspondientes, además de contar con un orden jurídico que regula las relaciones entre el Estado y los individuos; reconociendo la libertad individual, y sometido al poder del Estado de manera limitada, siempre con el



fin de obtener el bien común.”² “Ahora bien las guerras de finales del siglo XV impulsaron a España, Francia e Inglaterra a constituirse en Estados. Por lo tanto, el nacimiento del Estado comprende el período desde finales del siglo XV, hasta el siglo XVII.

Posteriormente, durante los siglos XVII, XVIII y XIX, el Estado constitucional tuvo su origen con J. Locke, Montesquieu, Rousseau, T. Jefferson y el abate Siéyes, conforme a lo establecido por el Diccionario de Historia Universal I, el cual indica que entre las exigencias del pensamiento liberal constitucional, debía poseer una constitución no otorgada, introducir la división de poderes y garantizar los derechos fundamentales. El Estado es una realidad política. Es un hecho social de naturaleza política, en el que los hombres se agrupan con sus semejantes, estableciendo entre sí una serie de relaciones, una intercomunicación de ideas y de servicios, fundamentalmente por la división de tareas. Tales hechos sociales han existido desde la aparición del hombre y seguirán existiendo mientras subsista la humanidad.”³

1.2. Definición de Estado

“Existen distintas concepciones de la palabra Estado, desde su magnificación hegeliana, al decir que todo lo que el hombre es, se lo debe al Estado, hasta la consideración de Marx de ser un instrumento de dominio de una clase sobre otras; sin embargo, también se le puede entender como el territorio que cuenta con organización

² Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado**. Págs. 48-88

³ Severo Giannini, Massimo. **Derecho administrativo**. Pág. 47

jurídica para gobernar a la sociedad integrante del mismo, en pro de la convivencia, la armonía, la paz social y el bien común.

En realidad, ¿qué es el Estado? Muchos han tratado de dar respuesta a esta interrogante suscitando otras preguntas. La palabra Estado, etimológicamente, nace de la voz latina status, la cual toma un sentido político de unidad política moderna con Nicolás Maquiavelo, notable hombre de Estado y pensador florentino (1469 -1527). En 1513, a este filósofo se le atribuye la introducción del Estado con su obra, el Príncipe, estableciendo: Los Estados y soberanías que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres fueron, y son, o repúblicas o principados. En esta obra, examinó las causas de la grandeza y decadencia de los Estados, y en atención a ellas, propuso una serie de medidas a seguir por los gobernantes para la adquisición, conservación y fomento de su poder.

Se puede también definir al Estado como poder, es decir, como el órgano superior, soberano e independiente por encima del cual no existe autoridad superior o, como estructura social, o sea, el pueblo. Maquiavelo, en sus reflexiones sobre el poder, lo considera como uno de los ingredientes fundamentales de la comunidad política, y que al convertirse en soberanía, dio origen al Estado moderno.⁴

⁴ http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/priego_s_g/capitulo2.pdf Definición de Estado. (Guatemala, 20 de agosto de 2014).

“Ahora bien el Estado como ente cultural tiene por objeto la obtención de un fin. Ya sabemos que todo producto de la cultura se caracteriza por llevar dentro de sí una finalidad, aquello para lo cual es creado por el hombre.

Siendo el Estado una institución humana, tiene naturalmente un fin. No puede dejar de tenerlo. Los hombres que componen el Estado, los gobernantes y los gobernados, al agruparse formando la sociedad estatal, persiguen un fin. El Estado encierra en su actividad una intención que es la determinante y el motor de toda su estructura.”⁵

“Igualmente, comenta que en su acepción más amplia, el Estado equivale a manera de ser o estar las cosas, o de estar construida políticamente una comunidad humana. Pero dentro del Estado hay otros grupos sociales en los que el hombre interactúa con sus semejantes, como la familia, las sociedades civiles, etc. y que en una interacción más amplia forman lo que es el Estado.

Jellinek, estima que el Estado es una unidad de asociación, constituida por hombres que viven en un territorio. Pero para él, esa unidad no es real, sino que es producto de una síntesis mental. Muchos critican esta postura cognoscitiva al contrario, opinan que el Estado no es un símbolo, sino un ente que existe en la realidad y que lo podemos conocer en todos sus diversos aspectos, auxiliados por nuestra razón y por el método intuitivo. El Estado es un ente de la realidad y de la cultura.

⁵ Porrúa Pérez, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 198.



En el siglo XVIII, Carlos de Secondat, barón de la Bréde y de Montesquieu (1689-1755) publicó su obra el Espiritu de las Leyes, en la cual su doctrina política no considera al hombre como un ser único, sino que le es imprescindible vivir en sociedad de la que es sujeto de influencias, así como, hace mención de la división de los poderes.

El filósofo Hans Kelsen en su estudio de la Teoría General del Estado, identifica al Estado con el derecho, afirmando que el Estado no puede ser concebido sin el derecho, porque el derecho positivo no puede ser pensado aparte del Estado, ya que son una misma cosa y afirma que el Estado es la totalidad de orden jurídico, en tanto que las demás personas jurídicas son órdenes jurídicos parciales.

Ahora bien nosotros formamos parte del Estado y éste forma parte de nosotros, lo sentimos, lo vemos actuar y se manifiesta en la sociedad a través del órgano jurisdiccional que dice el derecho o a través de un órgano administrativo prestando un servicio público.”⁶

“Para el pensador ginebrino Juan Jacobo Rousseau (1721-1778), en su obra más importante y conocida de su doctrina política el Contrato Social de 1762, plasma que el hombre vivía en una edad primitiva de total libertad, en un plano de igualdad con los demás. Obviamente, la necesidad de subsistir hizo que el hombre empezara a desarrollarse, naciendo con ello el enfrentamiento y la desigualdad entre los hombres y dando fin al estado primitivo.

⁶ Romero Beristain, Moisés. Fondo Monetario Internacional, sus implicaciones financieras y constitucionales en nuestro país. Pág. 1

Sin embargo, para recuperar la libertad optaron por someterse a un gobernante dando vida al Estado, en donde los hombres ceden a la comunidad, quien fuera la depositaria de la soberanía, sus derechos que serían devueltos mediante protección. Era un pacto habido entre hombres en el cual le cedían al gobernante soberano la voluntad colectiva, desafortunadamente, hubo abuso de poder y por ello, fue necesario hacer uso del derecho, quedando tanto los gobernantes como los gobernados dentro del marco de la ley.

Es decir, los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite, y los gobernados pueden realizar todo lo que no les prohíban. Por lo tanto, un Estado regido por normas jurídicas vigentes se considera como Estado de derecho. Estado de derecho, es aquél cuyo poder se encuentra determinado por preceptos legales, de tal modo que no puede exigir de sus miembros ninguna acción u omisión que no tenga su fundamento en la existencia de una norma jurídica preestablecida.⁷

“El Estado no es un ente sustancial, es decir, no existe por sí mismo, sino que es un ente accidental de la categoría que Aristóteles nominó como relación. Es un complejo de relaciones entre sujetos en busca del bien común, el bien común, es el bien de todos o de un gran número de individuos que está representado por el Estado. Sin embargo, para vivir bien se requiere de las voluntades colectivas, es decir de la concordia, que es un acuerdo de las voluntades, de intereses sociales en torno al interés común. Por lo tanto, si hubiera individuos en contra de esto, cabría lo dicho por Aristóteles que si

⁷ De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. *Diccionario de derecho*. Pág. 27



nadie cuida el bien común, este perece. ⁸ “Para Platón (429-347 a. J. C.) en su obra principal la República, da las bases para la estructuración de un Estado ideal en el que debe prevalecer la justicia como valor supremo.

De igual manera, menciona que las funciones del Estado se debían dividir en tres clases: los labradores, los militares y los magistrados. Estos últimos debían ser hombres selectos e inteligentes para estar capacitados para gobernar.

Posteriormente, en su obra Las Leyes modificó su concepción del Estado ideal ya que se percató que debido a las imperfecciones de la persona humana era imposible llegar a la perfección del Estado, por lo tanto, plasmó la necesidad de implantar el orden jurídico como elemento imprescindible en la comunidad política.

El francés Jean Dabin, se plantea la pregunta ¿el Estado es dado o construido? El Estado dice el pensador belga sólo existe por los individuos y para los individuos, el Estado es una persona moral y por serlo, no existe por sí y para sí, sino que existe creado por los hombres y para los hombres. Por otro lado, en la apreciación de Aristóteles: el Estado nació de la necesidad de vivir, y existe por causa de la necesidad de vivir bien, así como el hombre es un animal social incapaz de subsistir fuera de la comunidad de sus semejantes, porque necesita debido a su naturaleza de la sociedad para llegar a su perfección. El hombre, entonces, es social por naturaleza, y su integración a la sociedad es parte de ese impulso social.

⁸ Gutiérrez y González, Ernesto. **Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano.** Pág. 1



Pero, ¿qué es la sociedad? Se le puede considerar como el conjunto de seres vivos organizados para poder sobrevivir, satisfaciendo sus necesidades como alimento, reproducción, así como realización personal y en conjunto. Es el círculo o ambiente en el que interactúa el individuo en concordancia con los demás para lograr su máxima satisfacción.

Santo Tomás de Aquino, la figura de mayor categoría en la Edad Media, toma de Aristóteles la concepción de la necesidad de la sociedad política en la vida del individuo como ser social, justificando la comunidad política como instrumento para el desarrollo de la sociedad; para la obtención del bien común, y como unificador de la sociedad para evitar su disolución a causa del egoísmo que existe entre los hombres.

Todas las corrientes filosóficas y políticas, concuerdan en que los seres humanos son seres individuales, sociales que para vivir y desarrollarse requieren de la cooperación de los demás individuos integrantes de la sociedad para lograr el bienestar común dentro del Estado.

No obstante, como una excepción, los sofistas y Maquiavelo no profundizaron en la concepción del Estado; únicamente, se ocuparon de dar a los hombres los medios para lograr el poder político y dominación efectivamente, apoyando la frase maquiavélica de el fin justifica los medios. En cambio, Aristóteles, así como los filósofos de la escolástica de la Edad Media, muy a pesar de realizar un estudio más profundo del Estado, no lograron expresar una doctrina completa de la naturaleza del Estado.



Se puede concluir diciendo que el Estado es la comunidad que engloba a todos los individuos que habitan un territorio determinado en una corporación única, dotada de un poder de mando originario y que fue fundada sobre la base del interés general y común que une entre sí, a pesar de las diferencias que separan a los hombres que viven juntos en un mismo país.”⁹

1.3. Clases de Estados

El Estado social se ocupa de proteger a los individuos ante las consecuencias sociales del desempleo y de la incapacidad laboral, la jubilación y la enfermedad, todo ello en la medida en que lo estime posible y oportuno. Del principio de Estado social emanan las obligaciones no sólo del Estado frente a los individuos, sino también del individuo con la sociedad representada por el Estado. Esto supone para el Estado obligaciones como las de ayuda y protección social, y para el individuo, el comportamiento social y el pago de las cuotas sociales para la Seguridad Social (institución compuesta de normas jurídicas, instrumentos y financiamiento estatal regulados por un ordenamiento jurídico para la protección de la salud física, psíquica, social y económica del capital humano, desde que nace hasta que muere sea extranjero o nacional).

Estado constitucional

“Estado constitucional es aquél que se caracteriza por garantizar la libertad como finalidad suprema y última del Estado; por limitar y fiscalizar el poder estatal por medio

⁹ Porrúa Pérez, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 238



de su división en razón de la materia y, a veces, del territorio; por la jurisdicción o imperio del derecho; por la soberanía popular o gobierno de la mayoría con la colaboración y fiscalización de la minoría y respetando los derechos de ésta.

Estado social de derecho

El Estado social de derecho es la organización política de la vida social que tiene como finalidad suprema y última del Estado, el desarrollo económico y social de los individuos.

Estado democrático de derecho

El Estado democrático de derecho es la organización política de la vida social que tiene como finalidad suprema y última del Estado, la equidad social a través de distribución de la riqueza de manera equitativa.

Estado de monarquía constitucional

El Estado de monarquía constitucional es la organización política de la vida social que garantiza la libertad como finalidad suprema y última del Estado, guiado por un monarca que reina pero no gobierna, sino que, a lo sumo, actúa como poder moderador entre el gobierno y el Parlamento.

Estado de derecho

El Estado de derecho es la organización política de la vida social sujeta a procedimientos regulados por ley, en el cual los actos del Estado están limitados estrictamente por un marco jurídico supremo (la CPE) guiados por el principio de legalidad y el respeto absoluto de los derechos fundamentales.¹⁰

1.4. Características del Estado de Guatemala

- "Imperio de la ley. Tanto gobernantes y gobernados deben inexcusablemente respetar la ley.
- División del poder público. Este mecanismo garantiza el uso indiscriminado del poder. Además permite establecer sistemas de fiscalización y control entre los mismos.
- Derechos fundamentales. En un Estado de derecho se reconocen un conjunto de derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos. Actualmente se aboga para que no haya tal reconocimiento sino que, para que se considere un Estado de derecho debe existir el respeto absoluto a los derechos humanos.

¹⁰ <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/06/ceg.html>. **Apuntes Jurídicos** (Guatemala, 22 de agosto de 2014).



- **Sistema de responsabilidades.** Para considerarse un Estado de derecho debe existir un sistema de responsabilidades para los servidores públicos, así como demandar los errores de los administradores.

- **Control jurisdiccional de la legislación.** Para que exista un Estado de derecho debe haber un ente, independiente de los órganos del poder público, que controle la posibilidad de vulneración de Constitución Política.

- **Órgano judicial debe respetar estrictamente el debido proceso.** El debido proceso penal es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución, con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.”¹¹

1.5. Principios del Estado

- a) “El principio de sujeción o imperio de la Ley. El poder está sometido a normas jurídicas preestablecidas. En este tipo de organización, las personas obedecen a los principios y a las leyes, antes que a los funcionarios. El poder político sólo puede expresarse a través de actos sometidos a las reglas, que no dependen únicamente del propio poder. Los gobernantes y los legisladores de toda clase son esclavos de

¹¹ **Ibid.**



las leyes, para evitar que los ciudadanos sean esclavos de los poderosos.

Ninguna función está exenta de cumplir la Constitución y la ley. Cualquier afectación al principio o la superposición de actos de poder, indican que el estado de derecho ya no rige, porque en tal sistema los gobernantes son simples ejecutores de las normas, y porque incluso su reforma se somete a procedimientos preestablecidos.

- b) El principio de limitación. En el Estado de derecho se ejerce, sin excepción alguna, un poder limitado, circunscrito por las leyes. No hay poderes absolutos o totales, ese concepto es contrario al sistema. El principio de sujeción se concreta en el de limitación. Las potestades públicas son regladas y muy excepcionalmente discrecionales. Incluso la discrecionalidad -esto es, la opción de que el gobierno elija entre varias alternativas, opera exclusivamente entre las posibilidades que marca la ley. No hay, por tanto, discrecionalidad absoluta o abierta, ni en el orden gubernativo, ni en el ejercicio de la administración pública. Ni siquiera el legislador puede obrar sin reglas.
- c) El principio de legalidad. Es el precepto básico según el cual desde el poder sólo se puede hacer aquello que está expresamente mandado por la Constitución o la ley. Esto es lo que podría llamarse el principio de atribución de potestades, lo que significa que los gobernantes y los funcionarios no tienen, en realidad, derechos, en el sentido filosófico y civil del término, porque los derechos inmanentes sólo corresponden a las personas naturales, a los seres humanos, en virtud de su dignidad. Los mandatarios y los diputados comunes o constituyentes, tienen apenas



facultades transitorias, revocables y condicionadas, derivadas de una norma legal que les atribuye o asigna tal poder. Esas facultades no pueden lesionar jamás los derechos fundamentales.

- d) El principio de motivación. El Estado de derecho prohíbe absolutamente la arbitrariedad, más aún, la sanciona, de allí que los poderes públicos cuando expiden cualquier acto, llámese ley, reglamento, acto administrativo o sentencia, están obligados a motivar la decisión basándola en normas preestablecidas, consecuencia del principio de legalidad propio de derecho público. La falta de motivación resta eficacia a los actos del poder, les quita legalidad y legitimidad. La motivación real de los actos está asociada con su legitimidad, y es lo contrario al arbitrio o voluntad libre del gobernante o legislador.
- e) El principio de responsabilidad. Todos los principios anteriores se articulan y se concretan en la responsabilidad política y administrativa del Estado y de los funcionarios y magistrados, quienes deben asumir y reparar las consecuencias de sus actos, cuando se adoptan violando la Constitución o la ley o afectando a los derechos de los ciudadanos. Este es el fundamento de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios.
- f) La seguridad jurídica. La seguridad jurídica es el elemento inspirador del Estado de derecho, es su razón de ser. Supone, primero, que los ciudadanos sepan que los derechos estén protegidos y los delitos previstos legalmente y de antemano. Por otro lado, se asegura un mínimo de estabilidad en las reglas de juego admitidas por la

sociedad. La seguridad jurídica es el hilo conductor de los demás principios del Estado de derecho y es uno de los derechos fundamentales de las personas.

- g) División de las funciones del Estado. La idea de la Constitución y del Estado de derecho nació en contra del monopolio y la concentración del poder político. Estado de derecho significa poder fraccionado, controlado, responsable y esencialmente limitado. Cualquier forma de concentración del poder es la negación del Estado de derecho. El poder concentrado es siempre arbitrario. Arbitrio significa obrar exclusivamente según la voluntad y planes del poderoso. El puro arbitrio es lo opuesto al derecho que impone reglas y conductas al poder.

La división de las funciones del Estado, sus limitaciones y responsabilidades, son asuntos conceptuales y de la naturaleza misma del Estado de derecho. La concentración de poder en cualquier órgano, es contraria al Estado de derecho, incluso si esa decisión tiene origen en una decisión del pueblo. No todas las decisiones del pueblo son necesariamente legítimas, ni ajustadas al derecho, porque el pueblo está sometido a la Constitución y sus decisiones también están limitadas y condicionadas por los derechos fundamentales y los principios y valores. ¿El pueblo, puede violar el Estado de derecho? Sí, en tal caso, sus decisiones son ilegítimas.

- h) Impugnabilidad de los actos del poder. Como expresión concreta de la limitación y del sometimiento a la Constitución y a la ley, en el Estado de derecho todos los actos del poder son susceptibles de impugnación, ya sea que provengan del legislador, ya



del Ejecutivo, ya de los jueces. No hay excepción ni factor de poder exento de esta regla.

i) Poder de reforma. Es un amplio poder de reforma, de la Constitución exclusivamente, derivado de la democracia plebiscitaria que se ha estado ensayando. No es poder constituyente porque el Estado ya está constituido, más aún si se afirma que no se habría roto el ordenamiento legal y que estaría vigente el Estado de derecho. Si fuese así, el poder de reforma no está libre de legalidad, está vinculado con ella y con todos los principios del Estado de derecho."¹²

1.6. Fines del Estado

El fin del Estado será el que determine las atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del Estado, y en función de esa competencia se crearán órganos. En este fin está la razón última del Estado y su diferencia específica con otras sociedades.

Dentro de la doctrina de Kelsen, intervienen conceptos que giran en torno al Estado que se refieren a la validez y vigencia del orden jurídico positivo como:

- Orden jurídico
- Territorio
- Pueblo

¹² <http://www.elcomercio.com/opinion/derecho-principios.html>. **El estado de derecho: principios.** (Guatemala, 20 de marzo 2015).

- Soberanía
- Poder de Estado

“Kelsen toma al Estado como ente jurídico sin considerar los aspectos sociológicos y de valoración jurídica por ser temas metajurídicos, sin embargo, el mismo se contradice al decir que el Estado no son los hombres que vemos y tocamos, sino únicamente un sistema de normas que tiene por contenido una conducta humana”.¹³

“El derecho nace de la realidad social, puesto que el sistema jurídico se basa en hechos en los que intervenga el hombre, en donde su conducta hace efectivo al orden jurídico. Por lo tanto, así como el derecho nace de la realidad social, debe evolucionar con la misma.

Por debajo del Estado, en sentido puramente jurídico o kelseniano, existe una realidad social que lo produce inicialmente, que lo elabora, que después lo va condicionando, manteniendo, vitalizando, y finalmente lo va desarrollando, adaptando ese orden jurídico a las cambiantes realidades sociológicas que ha de regular.

Para definirse al Estado, cualesquiera sea la corriente o teoría, deben incluirse, los tres elementos personales indispensables en su estructuración: a) Población, b) territorio, siendo los elementos materiales del Estado, y c) poder soberano, como elemento formal.

¹³ Ríos Elizondo, Roberto. **El acto de gobierno**. Pág. 388.

a) **Población:** En cada Estado se encuentra, desde luego, un cierto número de hombres que componen la población.

La pertenencia al Estado háyase condicionada por un vínculo jurídico específico: la nacionalidad, que debe distinguirse de la ciudadanía, que implica la facultad de intervenir, con el carácter de órgano, en la vida pública. La población de un Estado vale sobre todo como pueblo, constituyendo étnica y políticamente el núcleo de energías convergentes mantenedor de aquél en el espacio y tiempo.

b) **Territorio:** Es la superficie terrestre o subsuelo, espacio aéreo y las porciones de mar que bañan el territorio, donde el Estado pueda ejercer su soberanía, así como donde realice su unidad y pueda imponer su potestad, de acuerdo a normas creadas o reconocidas por el propio Estado.

c) **Poder soberano:** Imperio, potestad de dominio o jurisdicción ejercida autoritariamente sobre los individuos que forman parte del grupo nacional. Facultad del Estado para ordenar, mandar o hacer una cosa y que en la esfera política se manifiesta como Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En efecto, como consecuencia del orden jurídico del país, la comunidad nacional, considerada bien sea en el conjunto de sus miembros actualmente en vida o de las próximas generaciones, está organizada en un sujeto jurídico único con voluntad única, expresada por los órganos de la nación traduciéndola en la voluntad colectiva de la comunidad.

Ahora bien, en sentido amplio, como el conjunto de los órganos mediante los cuales el Estado actúa a través de un ordenamiento jurídico, en cumplimiento de sus fines; y en sentido restringido, es el conjunto de los órganos superiores del Poder Ejecutivo, bajo la presidencia del jefe de Estado.

La palabra gobierno, del latín gubernus, con relación al verbo gubernare, es la acción y efecto de gobernar una nación. Ahora bien, para que el gobierno exista y funcione necesita de dos elementos importantes que son: el Estado y el derecho. Sin embargo, los conceptos de Estado y derecho entran en la paradoja de determinar si el Estado se antepone al derecho o, viceversa. Por lo tanto, antes de analizarlos basta decir que como quiera que se juzguen, ambos son realidades históricas de existencia permanente.

La escuela analítica fundada en Inglaterra por John Austin a principios del siglo XIX, considera al Estado por encima del derecho, argumentando que el derecho es consecuencia de las decisiones del jefe de Estado o de los órganos que lo integran.

En cambio, los iusnaturalistas de la época moderna abarcando filósofos como Hugo Grocio, Juan Jacobo Rousseau, Kant y Fichte, en el siglo XVII y XVIII, sostuvieron la preeminencia del derecho sobre el Estado.

Sin embargo, juristas tan distinguidos como León Duguit sostuvieron la existencia de una regla jurídica que se antepone incluso al Estado. Esta regla se refiere a que el Estado, aunque por encima del mismo no existe un poder supremo, también cuenta con

una limitación al poder de sus funcionarios y que debe prevalecer en ellos la solidaridad social en la prestación de los servicios públicos.

Sobre el tema el maestro francés León Duguit comenta: No solamente hay cosas que el Estado no puede hacer, sino que hay también cosas que el Estado está obligado a hacer y los Estados modernos, Francia particularmente, han reconocido expresamente, por leyes recientes, determinado el fundamento de estas diversas obligaciones positivas del Estado, si se admite la doctrina de la solidaridad social, la regla de derecho impone a todos la obligación de no hacer nada que sea contrario a la solidaridad social y de hacer todo cuanto es menester para asegurar el desenvolvimiento de esta solidaridad. La regla de derecho así fundamentada y comprendida, se impone a todos, gobernados y gobernantes. En una palabra: se impone al Estado, sean cuales fuesen sus formas políticas.

Según nuestro criterio, el Estado es una organización creada por la nación; y el derecho positivo es formulado y aplicado por el Estado. En otras palabras se podría decir que para que exista Estado debe haber una nación plenamente regulada y ya existente; crea y aplica el derecho como tal. El Estado y el derecho son dos conceptos estrictamente distintos, pero de suma relación entre sí, porque el ordenamiento jurídico es la columna vertebral de la corporación política, así como esta corporación o Estado es la base sociológica del derecho. Sobre este último comentario, Herman Heller expresa: el Estado viene realmente a ser la fuente de validez formal del derecho, por

cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante órganos y señala las condiciones para la validez del derecho consuetudinario”.¹⁴

“La unión entre los conceptos Estado y derecho es de gran relevancia porque dan resultado a lo que conocemos como estado de derecho. Puede afirmarse que el Estado social de derecho es resultado de la creatividad humana, que busca alcanzar la estabilidad gubernamental que permita satisfacer las necesidades básicas y lograr su ascenso sociocultural hacia una vida moderna, en donde la solidaridad sea el elemento que atempere las desigualdades y logre solucionar los problemas.

La democracia se asocia con el estado de derecho, porque es el medio para constituirlo, así como el estado de derecho es su base. Empero, debemos tener presente la frase de Mario de la Cueva: el Estado principia donde la democracia termina.”¹⁵

“Aristóteles decía que el poder de mando o de gobierno podía residir en un solo individuo, en una minoría o en una mayoría. Cuando mencionó una mayoría se refería a la democracia, que existe cuando ese poder favorece a todos por igual.

La democracia moderna es resultante del liberalismo político, por cuanto constituye la fórmula conciliatoria entre la libertad individual y la coacción social. Ahora bien mediante la democracia dio respuesta el liberalismo político a la pregunta de Rousseau

¹⁴ Tena Ramírez, Felipe. **Derecho constitucional mexicano**. Pág.86.

¹⁵ Heller, Herman. **Teoría del Estado, sección tercera, parte III. Fondo de cultura económica**. Pág.211

en su obra del Contrato Social, de cómo encontrar una forma de sociedad en la que cada uno, uniéndose a los demás, se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior.

Rousseau, visualizó a esta sociedad en donde el poder de gobierno era determinado por el pueblo. Entonces, el individuo es partícipe de la creación de la forma de gobierno, así como, subordinado de la voluntad del Estado establecida en su ordenamiento jurídico.

La democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. Sin embargo, recalcando que los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite, y por consiguiente, los gobernados pueden hacer todo lo que no les prohíban. Por lo tanto, un Estado cuyos diferentes órganos de gobierno y los individuos que lo integren se encuentren sometidos a las normas jurídicas vigentes es reconocido como Estado de derecho.”¹⁶

1.6.1. El bien común

El bien común es el elemento central de cualquier Estado, que debe ser tomado en cuenta por su orden jurídico en relación con la organización o estructuración del mismo, y de la formación de las relaciones que dentro del Estado se entablan, no es sino la persona humana, el individuo, que en relación con sus semejantes forman la sociedad.

¹⁶ http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/priego_s_g/capitulo2.pdf. Capítulo II: el Estado y su origen. (Guatemala, 21 de marzo 2015).

Es por ello por lo que cuando se tutela o protege jurídicamente el sujeto particular, se preserva igual a las entidades sociales, ya que éstas no están compuestas sino por personas individuales, es decir que se pretende obtener el bienestar del todo sociedad-pueblo.

Por otra parte el bien común no es sino lo que se llama justicia social, según lo señala Ignacio Burgoa, comprendiéndose varias ideas dentro de un solo concepto esencial.

“La justicia social es la síntesis de lo que busca el orden jurídico y la finalidad del Estado. Etimológicamente esta expresión justicia social, denota la justicia para la sociedad, su alcance obviamente se extiende al bienestar de los miembros particulares de la comunidad.

Se ha afirmado que los intereses y derechos sociales, implican a la vez derechos e intereses de todos y de cada uno de los sujetos integrantes de la sociedad, ya que suponer que ésta pueda tener derechos e intereses distintos a los de sus miembros individuales, equivaldría a deshumanizarla.¹⁷

“No debe olvidarse que siendo cualquiera la condición del hombre, fuera éste campesino u obrero, profesionista, etc. ese sigue siendo un ser humano, cuya personalidad como tal, no se altera por pertenecer a determinada clase social o económica. De ahí es de donde proviene que la justicia social tenga como principal

¹⁷ Burgoa. Ob. Cit. Pág. 105.

exigencia la consideración del hombre como persona con todos los atributos naturales y esenciales que a esta calidad corresponde.

Por lo que despojar a la persona humana de sus atributos para diluirla dentro de un Estado social y convertirla en un instrumento servil, sería como negar la propia justicia social, ya que el más grave atentado que pueda cometerse dentro de la sociedad sería privarla de su condición de comunidad de hombres para transformarla en un simple conjunto de siervos.¹⁸

El hombre es un ente social, y se encuentra colocado simultáneamente en posiciones diversas; como miembro de la sociedad y con dependencia de la clase social o económica a la que pertenezca. Los órganos estatales frente a esta situación realizan diferentes actos de autoridad frente a un régimen de derecho, debiendo estar sometidos a normas jurídicas fundamentales, que establecen las condiciones básicas e ineludibles para su validez y eficacia, desembocando en su eficiente operatividad.

El conjunto de estas normas jurídicas fundamentales consignadas dentro del ordenamiento constitucional, implican las garantías individuales de las que goza todo sujeto moral o físico. Por lo tanto, si uno de los motivos de justicia social consiste en evitar la explotación del hombre por el Estado, el orden jurídico que en ella se inspire y la política gubernativa deben proveer y observar las garantías citadas.

¹⁸ Torres Samayoa, Marta Estela. **El Estado, la Constitución y los derechos humanos.** Pág. 45.

El orden jurídico tiene como exigencia principal el elevar el nivel de vida de los sectores humanos dentro de una sociedad, a efecto de conseguir una existencia decorosa para sus miembros.

El conjunto normativo del que se habla, denominado garantías sociales, es otra de las finalidades inherentes a la justicia social, por ende ningún orden jurídico ni ningún fin del Estado pueden entrañar un régimen de justicia social sino actualiza las necesidades y tendencias de los miembros que conforman a una sociedad. Constituyendo como fin principal del Estado el bien común sin mancillar los derechos individuales de los sujetos.

1.7. Organización del Estado

“La división de poderes es una institución política proyectada en la historia, pues desde Aristóteles hasta Montesquieu, inclusive todos a quienes les preocupó la división de poderes, dedujeron sus principios de acuerdo a una realidad histórica.

Considerada como la principal limitación interna del poder público, la división de poderes halla su complemento en la limitación externa de las garantías individuales, ya que si en un solo poder se acomodan todas las facultades, hiciese lo que a su derecho convenga.

Al respecto, Locke en su ensayo sobre el gobierno civil afirmaba:



Para la fragilidad humana la tentación de abusar del poder sería muy grande, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez, y, en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, contrario al fin de la sociedad y del Estado. Por ello, Montesquieu decía: Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que por disposición misma de las cosas, el poder detenga al poder. Esto quiere decir que limitar el poder público, a través de la división, garantiza la libertad individual.

No se trata que la división de poderes sea rígida y no permita que un poder intervenga en el otro, sino que cada uno en su competencia y facultades logren la coordinación en sus funciones para lograr el fin del Estado.

No es separación de poderes estatales, sino una unidad de poder en el Estado diferenciación y especialización de funciones pero al mismo tiempo coordinación de funciones, asegurada por la unidad del oficio estatal supremo”.¹⁹

“El Estado a través de las funciones delegadas, realiza sus fines. Al respecto, se dice: que las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Y entre las funciones que tiene el Estado se señala la seguridad, tranquilidad, justicia, bienestar en el orden económico y cultural.

¹⁹ Fraga, Gabino. **Derecho administrativo**. Pág. 19



La función del Estado, como la de todo fenómeno histórico, consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social territorial, fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante”.²⁰

“En nuestro derecho positivo se ha adoptado la doctrina clásica de la división de poderes, siendo las funciones encomendadas a los poderes públicos que deberán hacer, cumplir, ejercitar, siempre con un fin jurídico. Al hablar de la función del Estado, las funciones del Estado son los medios o formas diversas que adopta el derecho para realizar los fines del Estado”.²¹

“Función legislativa

La función legislativa consiste en la creación y elaboración del derecho objetivo a través del poder legislativo que está representado por el Congreso de la República.

La legislación es la principal fuente formal de las normas de derecho positivo, sobre todo en los sistemas jurídicos de derecho escrito, siendo la ley producto de la misma. Por tal se entiende a la norma jurídica que, con carácter general, obligatorio, abstracta y coercible resulta de un proceso específico de creación por parte del órgano o autoridad

²⁰ Serra Rojas, Andrés. **Derecho administrativo**. Pág. 22.

²¹ Heller. **Ob. Cit.** Pág. 213

facultada al efecto, o sea, como producto del acto legislativo, que regula a todos los que pertenecemos al Estado.

- a) Abstracta, porque la ley debe estar establecida como un supuesto que puede o no acaecer, pero que rige para todos los casos posibles que, sucedidos en la realidad, se adecuen a los rasgos fundamentales abstractamente descritos por la norma.
- b) General, la ley exige que sea establecida dirigiéndose a todos aquellos que estén contemplados en su hipótesis normativa.
- c) Obligatoria, porque sustentado el derecho en los valores éticos y jurídicos, garantiza por medio de la coacción el cumplimiento de sus normas.
- d) Coercible, porque puede ser impuesta la ley aun en contra de la voluntad de los ciudadanos

Función jurisdiccional

La función jurisdiccional es creada por el Estado como una necesidad de organización y estabilidad del orden jurídico. La palabra jurisdicción proviene del latín, *jurisdictio*, que significa decir el derecho. Por lo tanto, la función jurisdiccional es la acción jurídica que tiene como fin la declaración del derecho de un caso determinado, contencioso o como cosa juzgada, que se manifiesta a través de su acto fundamental que es la sentencia.

La sentencia es dictada por los juzgadores que reciben el nombre de jueces y resuelven la controversia entre partes, siendo entonces considerada con carácter de cosa juzgada y con fuerza ejecutoria. Cuando se habla de cosa juzgada, significa que la decisión del



juez no puede controvertirse por las mismas partes en conflicto ya que al Estado le interesa la seguridad jurídica y la tranquilidad social. Por lo tanto, cuando se menciona que la sentencia tiene fuerza ejecutoria es que el Estado puede hacer uso de la fuerza pública para el cumplimiento de la sentencia dictada, si así lo necesitase.

Sin embargo, la actualidad conlleva a realizar un análisis minucioso de todos los aspectos y circunstancias concernientes al problema para así dar una resolución, lo más pegada a la realidad, la función del juez es en este sentido eminentemente creativa.

Asimismo, Hans Kelsen consideraba que al aplicar el derecho, el juez o tribunal siempre tiene un margen de acción o libertad, poniendo en juego su imaginación e inteligencia. Decía que: Por precisa que la norma general pretenda ser, la especial creada por la decisión del tribunal siempre añadirá a aquélla algo nuevo. Y eso nuevo que le añade, debe cuadrarse a la seguridad del ciudadano ya que el poder judicial debe dirigirse a proteger los intereses que aparecen en todo grupo humano, enfrentándose a los conflictos que se producen en un espacio y tiempo determinados para facilitar la convivencia y cooperación social.²²

Función administrativa

Es la actividad que normalmente corresponde al poder ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares y a los

²² Santiago Nino, Carlos. **Introducción al análisis del dderecho**. Pág. 295



actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.”²³

1.8. Fundamento del Estado de derecho

“No existe ninguna táctica específica para construir un Estado de derecho, en cambio existe un amplio consenso con respecto a las características fundamentales: En un Estado de derecho no reina la arbitrariedad, sino el derecho. Pero este derecho no está libre de valores, sino que tiene que ser justo.

Los estándares procesales y materiales que forman la noción de justicia están anclados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y otros principios constitucionales. Finalmente, se requieren instituciones sólidas, funcionales y reconocidas y legitimadas por la población para formular e imponer un orden jurídico justo.

Las instituciones democráticamente legitimadas que actúen según los principios del Estado de derecho se centran en las personas. La actuación y la capacidad de integración social de los parlamentos, los gobiernos, las autoridades administrativas, los tribunales y otros titulares de poder público dependen en su totalidad de las personas

²³ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Pág. 46

que los lideren y que les den vida. Además, las instituciones no cumplen un fin en sí, sino que existen en beneficio de las personas y ciudadanos. Sirven a la sociedad.²⁴

1.9. La política de Estado

“Una política de Estado es todo aquello que un gobierno desea implementar en forma permanente, para que trascienda a través del tiempo sin que se vea afectada por uno o varios cambios de gobierno. La política de gobierno dura mientras esté vigente el gobierno que la concibió, mientras que la política de Estado obedece a un interés fundamental, por lo que debe conservarse en forma permanente la política de defensa por ejemplo, la política de vivienda, la política de educación, todas ellas por la importancia crucial que comporta para un país, deben ser una política de Estado y no una mera política de gobierno. Una política de Estado no es, como parecen creer algunos, un programa rígido que se anota en un papel y queda congelado para siempre, sino el resultado complejo y parcialmente cambiante de la combinación de fuerzas políticas, equilibrios sociales, historia y cultura.”²⁵

Para concluir el presente capítulo se indica que el Estado, tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala busca la seguridad de la persona; por lo que el mismo el derecho consuetudinario debe estar protegido pero además reconocido, ya que desafortunadamente es un tema que hasta el día de hoy no es muy manejado a nivel popular en virtud de existir discriminación y desprecio por los pueblos

²⁴ http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado_de_derecho_y_democracia.htm. **Estado de derecho y democracia.** (Guatemala, 23 de marzo de 2015).

²⁵ <http://www.mdzol.com/mobile/mobile/488843/>. **Política de Estado.** (Guatemala, 22 de marzo de 2015).



indígenas, además de la falta de cultura en relación al respeto por su idioma, traje, costumbres etc. Las personas deben ser educadas a fin de no sólo apreciar sino valorizar al indígena, logrando así la dignificación e impulsando su desarrollo y superación.

Por lo anterior citado es de suma importancia especificar que se tomó en cuenta el tema de Estado y derecho para abordar un capítulo completo; en consideración de que es el Estado el que debe crear la estrategia política para hacer cumplir todas las garantías que resguardan a los pueblos indígenas; pues de nada sirve que exista normativa especial si no se cumple, es omitida o corrompida; si se hace un recorrido sobre todos los avances que ha habido desde que es considerada la discriminación como delito, se puede observar que la situación ha mejorado pero todavía falta, ya que el respeto y dignificación de los mayas no debe ser producto de coacción y obligaciones sino de reflexión y evolución humana.



CAPÍTULO II

2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos especificados espacial y temporalmente en un Estado.

Son derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Cabe destacar que los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución Política de la República, los derechos fundamentales se imponen al Estado. La Constitución Política se limita a reconocer los derechos fundamentales, pero no los crea. Es por ello que en este primer capítulo se mencionará todo lo concerniente a los derechos humanos o derechos fundamentales.

“La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por Karel Vasak en 1979. Cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos, vinculados con el principio de libertad. Generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada.

Por su parte, los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad. Exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos, a través de prestaciones y servicios públicos. Existe cierta contradicción entre los derechos contra el Estado (primera generación) y los derechos sobre el Estado (segunda generación). Los defensores de los derechos civiles y políticos califican frecuentemente a los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos, ya que el Estado no puede satisfacerlos más que imponiendo a otros su realización, lo que para estos supondría una violación de derechos de primera generación.

Por su parte, la tercera generación de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario.²⁶

“Antropológicamente, los derechos humanos responden a la idea de necesidades; necesidades que tienen los seres humanos para vivir dignamente: alimentación, vestido, vivienda, educación, trabajo, salud; y también a la libertad de expresión, de organización, de participación, de trascendencia, etc.

Por otro lado, los derechos humanos vendrían a ser aquellos principios y normas universalmente aceptados que tienen que regir los actos de las personas, las

²⁶ González Álvarez, Roberto. **Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación.** Pág. 2-3

comunidades y las instituciones si queremos que se preserve la dignidad humana y se fomenten la justicia, el progreso y la paz.

También se sostiene que serían los derechos naturales positivos y éticos destinados a proteger racional, jurídica y solidariamente al ser humano en lo civil, político, económico, social y cultural, con la finalidad de procurar, universalmente su realización y felicidad.²⁷

Los derechos fundamentales es el conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidos en la Constitución Política como propios de las personas y que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad.

2.1. Aspectos generales

Los derechos fundamentales son algo más. “Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su famosa teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos.

²⁷De Sebastián, Luis. *De la esclavitud a los derechos humanos*. Pág. 22

Esta doctrina puede resumirse de este modo: por razón de su pertenencia al Estado el individuo se encuentra inmerso en una pluralidad de estados que pueden ser los siguientes: como consecuencia de su subordinación al Estado, el ciudadano se encuentra en el estado pasivo o status subiectionis, que conlleva para este último una serie de deberes.

A todo miembro del Estado pertenece por otra parte un rango en el cual es señor absoluto, una esfera libre del Estado, una esfera que excluye el imperium: el estado negativo también llamado status libertatis.

A mayor abundamiento y en cuanto al Estado, en el cumplimiento de sus deberes, reconoce al ciudadano la posibilidad de aspirar a que el poder estatal sea ejercitado en su favor, en cuanto le concede la facultad de beneficiarse de las instituciones estatales, le está reconociendo el estado positivo o status civitatis, que se presenta como el fundamento del conjunto de las prestaciones estatales hechas en interés del individuo. La actividad del Estado, por tanto, sólo es posible mediante la acción individual.²⁸

En cuanto reconoce al individuo la capacidad de obrar por cuenta del Estado, lo promueve a una condición más elevada y cualificada, a la ciudadanía activa. Ésta se corresponde con el estado activo, el status activae civitatis, por el que el individuo está autorizado para ejercer los llamados derechos políticos en su más estricto significado.

²⁸Mujica, Rosa María. Educación en derechos humanos y la paz. Pág. 22.

De la teoría surgen derechos subjetivos que, por corresponder al ciudadano respecto al Estado, se califican de públicos, de fundamentales y se dividen según la tradición del modo siguiente: derechos civiles de ámbito personal, de la esfera privada, derechos políticos y económicos, sociales y culturales.

Sabido lo anterior, se puede decir que las libertades públicas (entendidas como libertades con autonomía) sólo tendrían acomodo dentro de la primera categoría ya citada de derechos fundamentales.

Lo que sucede es que, ampliando el contenido pretendido para las libertades, viene hablándose de libertades que implican participación, que podrían equipararse con los derechos políticos; e incluso llegan a utilizarse de forma indistinta las categorías antedichas, en contra de la tradición histórica ya citada y con la dificultad de encuadrar, dentro de las libertades, los derechos económicos, sociales y culturales.

2.2. Definición y concepto

Para definir derechos humanos es necesario desglosar los conceptos y se puede decir que derecho es: "La colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquiera sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza."²⁹

²⁹ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico*. Pág. 117.

“El derecho es una norma jurídica, o conjunto de las mismas que impone deberes y concede facultades a las personas, provisto de sanciones para asegurar su efectividad, se encarga de la regulación de la conducta de los individuos y de la organización de la vida social, siendo su finalidad el bien común.”³⁰

Se entiende entonces que el derecho es la regulación del ser humano en la sociedad por medio de normas que establecen el actuar de su conducta. Para establecer qué son los derechos humanos se mencionarán algunas definiciones y posteriormente se dará la definición propia.

“Los derechos humanos son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes y obligaciones al Estado para su efectivo respeto y cumplimiento y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad. Además, sirven para proteger la vida, libertad, igualdad, seguridad e integridad de la persona. Son valores de vital importancia; las normas jurídicas se fundamentan en ellos para darle al derecho natural capacidad de realización y efectividad.”³¹

Los derechos humanos son todas aquellas prerrogativas, facultades y libertades indispensables con los cuales cuenta una persona por la sencilla razón de serlo, y sin las cuales no podría vivir como el ser humano que es. Los mismos tienen como base la dignidad de la persona humana y rebasan cualquier límite de raza que pudiere llegar a existir.

³⁰ Aguilar Cuevas, Magdalena. **Derechos humanos**: Pág. 9

³¹ **Ibid.** Pág. 15.

Los mismos, son un conjunto de potestades, de prerrogativas propias de los sujetos por la sencilla razón de ser seres humanos. Además, se encuentran reconocidos dentro de un conjunto de normas jurídicas que están establecidas para la regulación de todas las acciones que lleva a cabo el Estado, o sea del poder público frente a los individuos, la comunidad y los grupos sociales.

Los derechos fundamentales son aquellos inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana.

- “Concepto objetivo. Esencia de la estructura jurídico política de nuestra Constitución, el estado social de derecho no puede existir sin el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales.
- Concepto subjetivo. Ámbito limitado del individuo imprescindible para el desarrollo y la libertad de las personas, es núcleo básico e irrenunciable del estatuto jurídico del individuo.
- Límites internos. El contenido del derecho no debe de ser transgredido por otras personas o poderes, ya que se estaría atentando a la dignidad de la persona.
- Límites externos. Impuesto por el orden jurídico de manera expresa, limita las manifestaciones ideológicas, protegiendo de esta manera los derechos de otras personas.
- Inherentes a la personalidad. Son aquellos derechos de los cuales se es titular por el solo hecho de ser persona.”³²

³² Mujica. Ob. Cit. Pág. 23.



La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales; la Declaración Universal de los Derechos Humanos frente al derecho fundamental.

Destacar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales, de la persona en cuanto tales, son también derechos naturales; también son derechos preestatales y superiores al poder político que debe respetar los derechos humanos. Se decía también que eran derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad.

Lo que interesa destacar es que si los derechos fundamentales son derechos humanos, tienen también las características que se han reconocido a los derechos humanos. Por tanto, a los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución Política, como se mencionó anteriormente.

2.3. Antecedentes históricos de los derechos fundamentales

Con el surgimiento del ser humano, también aparece la actitud de orden ético frente a la vida; por ello es que desde los comienzos de la historia de la humanidad se encuentra latente el profundo arraigo de la necesidad de la existencia de justicia. Es por ello que los derechos fundamentales se analizarán, iniciando con la historia de los derechos humanos.

Antecedentes remotos

“Del Cilindro de Ciro se ha dicho que es la primera declaración de derechos humanos. Uno de los documentos más antiguos que se han vinculado con los derechos humanos es el Cilindro de Ciro, que contiene una declaración del rey persa Ciro el Grande tras su conquista de Babilonia en 539 a. C. Fue descubierto en 1879 y la ONU lo tradujo en 1971 a todos sus idiomas oficiales. Puede enmarcarse en una tradición mesopotámica centrada en la figura del rey justo, cuyo primer ejemplo conocido es el rey Urukagina, de Lagash, que reinó durante el siglo XXIV a. C., y donde cabe destacar también Hammurabí de Babilonia y su famoso Código, que data del siglo XVIII a. C. No obstante, el Cilindro de Ciro presenta características novedosas, especialmente en lo relativo a la religión. Ha sido valorado positivamente por su sentido humanista e incluso se lo ha descrito como la primera declaración de derechos humanos.”³³

Sociedad grecorromana

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

³³Pérez Luño, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Pág. 30.



La sociedad griega se dividía en tres grupos principales: los ciudadanos, los metecos o extranjeros y los esclavos. La esclavitud se consideraba natural, lo que se refleja en la afirmación de Aristóteles, para quien es evidente que los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos; y que para estos últimos es la esclavitud tan útil como justa. La organización política se estructuraba en polis o ciudades-estado: para los griegos, la sociedad era una consecuencia necesaria de la naturaleza humana. En este contexto, las teorías políticas de Platón y Aristóteles hicieron un gran hincapié en el concepto de bien común.

Para Platón, agrupados los hombres en sociedad, ésta se configura en la polis, cuyo bien común se sobrepone al bien particular de los individuos que lo componen. La justicia, a su vez, es la salvaguarda del bien común, y se expresa a través de las leyes, que son los instrumentos que permiten la consecución del bien colectivo e individual. No obstante, en su afán por alcanzar una sociedad perfecta, Platón llegó a recomendar dar muerte a los recién nacidos deformes o enclenques, y matar o desterrar a los insociables.³⁴

Edad Media

“Los conflictos generados por las guerras llevan a una nueva era de la organización del poder, con base en lazos de dependencia personal de los campesinos o los siervos hacia los señores barones y reyes, esta situación fue conformando un nuevo centro de

³⁴ Narváez Hernández, José Ramón. **Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos**. Pág. 202.



decisión de poder en la corte, encabezada por el rey, conformada por barones y campesinos súbditos, donde en última instancia quien defendía los conflictos entre las personas era el rey.

Con esta concentración del poder junto con la situación de conflictos que vivió Inglaterra hacia los siglos XI, XII y XIII llevó a plantear una nueva relación entre las personas pues con ello se creó la Carta Magna, otorgada por Juan Sin Tierra, 17 de julio de 1215 la cual dice: Juan, Rey de Inglaterra por la gracia de Dios, Sor de Irlanda, todos sus funcionarios y leal súbditos salud. Sabed que ante Dios, por el bien de nuestra alma y la de nuestros antepasados y sucesores, para honor de Dios y saltación de la iglesia y para mejor organización de nuestro reino.

Originada en Inglaterra buscaba la autoridad del rey en beneficio de las libertades, es decir de los privilegios de la iglesia y los barones y al asociar las ciudades a estas nuevas garantías se obligaba al rey a no colocar impuestos sin el consejo del reino. La Carta abrió la puerta para el desarrollo de la Constitución y la democracia.

Algunas concesiones hechas por el rey a cada grupo social: A la iglesia: El rey concede que la iglesia anglicana sea libre, tenga todos los derechos enteros y la libertad de ser inviolables. A los condes y barones: Obtienen que el derecho antiguo sea respetado en cuanto a servicio militar se refiere, así como a sucesión feudal, guarda, matrimonio, deudas, patronato, etc. A la clase media rural: No se le puede obligar a las cargas militares indebidas. A la burguesía mercantil: Que la ciudad de Londres tenga todas sus antiguas libertades y libres costumbres, tanto por la tierra como por el agua.



Movimientos impulsores

Fue la lucha de las clases contra el Estado absolutista lo que posibilitó su incorporación en; esto se ha visto desde el Siglo de las Luces hasta nuestros días, dando una conformación en sí de lo que son los derechos humanos para el hombre.

Revolución Francesa

“Con la teoría renovadora del liberalismo de Locke por obra de Montesquieu y Bentham a tiempo con Rousseau formulan la doctrina de la democracia. En la práctica la conjunción del liberalismo y democracia comienza a producirse con la Revolución Norteamericana y el sistema de gobierno organizado por la Constitución de Filadelfia, las cuales influyeron determinadamente en las doctrinas del siglo XVIII en la Revolución Francesa.”³⁵

La Revolución se originó por la incapacidad del despotismo ilustrado para superar las contradicciones existentes y agudizadas por el antiguo régimen (escases y miseria tanto en el campo como en la ciudad). La burguesía puso en marcha un proyecto revolucionario para solucionar la crisis así como las ideas que durante todo un siglo se agitaron en pro de un cambio profundo de la sociedad, a partir de una transformación del hombre bajo los principios de la igualdad, fraternidad y libertad.

³⁵Ortiz Rivas, Hernán. **Breves reflexiones sobre derechos humanos.** Pág. 35.



La Revolución que se inició en 1789 la libera gran diversidad de fuerzas sociales y deja al descubierto un hervidero de ideas y tendencias, la burguesía accede al poder y se inicia con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y con lo que se llamo el tercer Estado.

Soboul nos relata las condiciones en que surgió esta revolución: A finales del siglo XIII la estructura social de Francia seguía siendo esencialmente aristocrática: conservaba el carácter de su origen, de la época en que la tierra constituía la única forma de riqueza social y, por tanto, confería a quienes la poseían el poder sobre de quienes la cultivaban

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), es una declaración compuesta de 17 artículos y precedida de un preámbulo, cuyo texto fue aprobado por los miembros de la asamblea constituyente francesa del 17 al 26 de agosto de 1789. Influyó en ella la declaración de independencia de los E.U.A. (4 de julio de 1776) y de los otros seis estados americanos de 1777 a 1784, así como el pensamiento filosófico de Rousseau, Mosquieu, Condorcet entre otros del Siglo XVIII.³⁶

Se pretendía hacer una declaración de principios de validez universal. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada el 10 de diciembre de 1948, tras la segunda guerra mundial. En el preámbulo de la misma se muestra un texto del porqué de la importancia de los derechos inherentes al ser humano: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la



dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."

Época actual

Durante la primera mitad del siglo veinte, un gran número de Constituciones Políticas fueron ampliando su campo en lo relacionado a los derechos humanos, incluyendo para el efecto a los derechos sociales, económicos y sociales.

La evolución de los derechos humanos, después de transcurrida la segunda guerra mundial, se caracteriza fundamentalmente por su incorporación progresiva en el ámbito internacional y el surgimiento de los instrumentos multinacionales existentes; siendo los mismos los que a continuación indico:

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos (OEA), de 1948.**
- Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual fue adoptada en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el diez de diciembre de 1948.**
- Pactos de Derechos Civiles y Políticos, de Derechos Sociales y Culturales y de Derechos Económicos de la ONU, de 1966.**



- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 1950.
- Convención Americana de Derechos Humanos: Pacto de San José de la OEA, de 1969.

A nivel internacional, se implementa y desarrolla un sistema de protección de los derechos humanos, con órganos debidamente especializados y con procedimientos acordados, los cuales se encargan de fiscalizar el adecuado cumplimiento de todos los deberes y obligaciones que sean contraídas internacionalmente por los Estados.

Se puede entonces determinar, que a través de la historia, los derechos humanos han sido constitutivos de una conciencia moral de la humanidad, y por ende jamás pueden abolirse ni desaparecer. Además, los mismos, siempre deben ser defendidos y respetados con la certeza del pleno conocimiento de los mismos por parte de todos los seres humanos.

2.3.1. Momentos específicos de los derechos fundamentales

El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa de un derecho subjetivo; es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo; cuya estructura tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido u objeto del derecho subjetivo en el que se van a

distinguir las facultades, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquél que está obligado a hacer o no hacer.

Esta estructura del derecho fundamental ha ido ganando complejidad y para ello se van a distinguir dos momentos, el momento originario, cuando aparecen los derechos fundamentales; y un segundo momento, que es el actual.

Momento originario

“Sujeto: el sujeto de los derechos fundamentales, el titular para el primer liberalismo, ¿quién era? Únicamente los particulares son sujetos de los derechos fundamentales. Por tanto, los poderes públicos no lo pueden ser. El sujeto titular por excelencia es el ciudadano, es decir, el mayor de edad nacional del Estado, únicamente las personas físicas son titulares de derechos fundamentales, las personas jurídicas, públicas o privadas no tienen la titularidad de los derechos fundamentales.

Objeto: en relación con el objeto, lo que interesa proteger es la propiedad, la seguridad y las libertades individuales y privadas. Es la concepción negativa de la libertad.

Sujeto pasivo: el sujeto pasivo de los derechos fundamentales son exclusivamente los poderes públicos que son los que están obligados a hacer o no hacer. De ahí que cuando se caracterizaba jurídicamente al derecho fundamental de esta etapa se decía

que era un derecho público subjetivo. Y es un derecho que reconoce la Constitución y que tiene como destinatario exclusivamente a los poderes públicos.³⁶

Momento actual

La estructura anterior ha ido evolucionando hasta llegar al momento actual:

Titular: en relación con el titular, lo importante es que son los particulares los sujetos de los derechos por excelencia; los poderes públicos de forma limitada pueden ser titulares de derechos fundamentales, la situación se plasma en el derecho a la tutela judicial efectiva.

Objeto: en relación con el objeto sucede una gran expansión se amplía el objeto de los derechos fundamentales. En este proceso se van ampliando los derechos de participación, los derechos económicos, sociales y culturales.

En relación con los destinatarios, además de los poderes públicos, también los particulares pueden ser sujetos pasivos de los derechos fundamentales. La fuerza de los derechos fundamentales irradia condicionando también a los particulares.³⁷

Los derechos fundamentales son fundamento del orden político de una comunidad. Interesa destacar que ya se sabe que los derechos fundamentales tienen una

³⁶ Pérez Luño. Ob. Cit. Pág. 31.

³⁷ Ibid. Pág. 32.



dimensión subjetiva y son derechos de los individuos; pero además tienen otra dimensión que es la llamada política o social de los derechos fundamentales.

En primer lugar los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero al propio tiempo son elementos esenciales del ordenamiento jurídico de la comunidad nacional. Se está diciendo que el derecho fundamental por una parte es un derecho igual, un derecho reaccional, que permite reaccionar; pero aparte de esta función, el derecho fundamental además es un elemento estructurador de la forma del Estado y de la forma de la sociedad. Los derechos fundamentales son desde esta perspectiva, el canon desde el cual las personas determinan si el poder es legítimo o ilegítimo. También son una forma de controlar la actuación de los poderes públicos. Las personas van a determinar la validez de los derechos.

Los derechos fundamentales son derechos constitucionales; lo que los caracteriza es que es la Constitución Política la que los reconoce y garantiza; por tanto, son derechos subjetivos regulados por la Constitución Política de cada país.

2.4. Los derechos fundamentales en Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce tanto los derechos individuales como los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. Entre los primeros se encuentran el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, la igualdad y la libertad. Asimismo consagra la libertad de pensamiento, de religión, de asociación y el libre desplazamiento.

Entre las garantías procesales establece el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia, el derecho a un proceso justo, el recurso de exhibición personal y el proceso de amparo; también prevé el derecho de asilo, de petición, de reunión y manifestación y la inviolabilidad de correspondencia y de vivienda.

Entre los derechos sociales reconoce el derecho a la educación, la cultura, la salud y el trabajo. Por último, se encuentra consagrado el derecho de elegir y ser electo.

2.5. Principios informadores de los derechos fundamentales

Los principios informadores de los derechos fundamentales o derechos humanos se pueden definir como: “Los principios informadores son las reglas de derecho dictadas de la razón y admitidas por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los que se encuentra contenido su capital pensamiento”.³⁸

“La dignidad humana exige que el hombre sea tratado como tal, por encima de cualquier consideración. El hombre siempre fue, es y será persona y por ello siempre lo será debido al reconocimiento de los derechos que son propios de la persona, por poseer naturaleza humana”.³⁹

Los derechos humanos se fundamentan en una serie de principios que los informan, siendo los mismos los que a continuación se darán a conocer:

³⁸ Cabanellas, Guillermo. *Ob. Cit.* Pág. 310.

³⁹ Aguilar Magdalena. *Ob. Cit.* Pág. 21.



- **La justicia, paz y libertad en el mundo, las cuales tienen como fundamento el debido reconocimiento que debe existir en lo relacionado a la dignidad humana propia de los derechos inalienables e iguales de todos los seres humanos.**
- **Igualdad y libertad de todos los seres humanos, al nacer los mismos en igualdad de condiciones y derechos.**
- **Fraternidad entre sí en el comportamiento de los seres humanos del mundo.**
- **Realización del ser humano, a través de la existencia de las condiciones que permitan que cada persona pueda gozar de sus derechos políticos, civiles, sociales, culturales y económicos.**

Los derechos fundamentales son básicos para una sociedad, no sólo por el hecho de poder intensificar su desarrollo humano sino además para cerrar círculos en lo referente a la ofensa y falta de reconocimiento de los pueblos indígenas, además de las discriminaciones a las que todavía son afectos los mayas; ya que a pesar de toda la información y publicidad que se maneja, no sólo hay desconocimiento sino algo peor, que es la indiferencia y desprecio, porque tal como se indicó en el capítulo anterior, es necesaria una educación y cultura de respeto y dignificación, a efecto de que no sólo se caiga en la coacción sino en la reflexión y meditación



CAPÍTULO III

3. Derecho indígena

“Se desconoce documentalmente el origen de los primitivos pobladores de Guatemala, constituidos por los pueblos maya y maya quiché, en razón de las dos tribus principales que integraban su unidad racial, de ascendencia estrictamente nahoa.

Solamente por insistentes tradiciones mayas se ha admitido con bastante veracidad, el origen mejicano de las tribus maya o maya quiché, aunque parece mucho más verosímil su ascendencia de pueblos de más al norte, probablemente de la región californiana.

La similitud de las culturas mejicana y maya, solamente comprueba el origen común de unos y otros de los pobladores, pues los pueblos mejicanos y los mayas son miembros del tronco racial nahoa.

Al tratar de los aborígenes de Guatemala, no caben alusiones, estrictamente hablando a la época de la conquista española, pues actualmente los descendientes de los primitivos pobladores, con sola excepción de su orden político ya desaparecido, mantienen lo común de su vida secular, muy levemente influida por la actual civilización.”⁴⁰

⁴⁰ Guerrero C., Julián N. *Historia de América*. Pág. 79.



Se considera que el derecho indígena o derecho consuetudinario es todo un sistema basado en la expresión oral y valores, que ha regido y sigue rigiendo la convivencia social de las diversas comunidades indígenas de Guatemala; con la finalidad de poder resolver así, las diversas controversias que surjan entre sus habitantes.

La doctora Teodora Zamudio, indica que: “El derecho indígena es un conjunto de normas propias, que regulan el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos. Uno de los rasgos relevantes es la no normativización, esto significa que el derecho indígena no puede ser reducido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya fundamentalmente en la tradición oral y costumbre.”⁴¹

“El derecho consuetudinario es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficiencia mayor que el del derecho positivo. Se trata pues del derecho social por excelencia, por consiguiente podemos definir el derecho consuetudinario indígena como el conjunto de normas que regulan las relaciones sociales en las comunidades indígenas con base en las costumbres.

En el caso de Guatemala, la Constitución Política de la República regula en el Artículo 66 que: “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje

⁴¹ Zamudio, Teodora. **Derecho penal indígena**. <http://www.indigenas.bioetica.org/inves38.htm>. (Guatemala, 20 de abril de 2014).



indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.” Lo anterior quiere decir que tanto las comunidades indígenas y sus tierras, así como el derecho indígena o consuetudinario están debidamente o deben estar protegidos constitucionalmente.

Según lo establecido en los Acuerdos de Paz, el derecho consuetudinario se puede definir como: “La normativa tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión.”⁴²

3.1. Características del derecho consuetudinario

“Las características del derecho consuetudinario son: Es eminentemente conciliador, es un derecho oral, derecho que fundamenta su vigencia en la positividad del consenso.”⁴³

“Es vigente, es imparcial, es dinámico, es cambiante, es gratuito, es discrecional, es voluntario.”⁴⁴

Para ampliar las anteriores características, se puede decir que es eminentemente conciliador porque busca que entre agraviado y el malhechor prevalezca la armonía; es un derecho oral porque se basa en la expresión verbal, se fundamenta en el consenso;

⁴² Secretaría de la Paz, Presidencia de la República. **Los Acuerdos de Paz en Guatemala**. Pág. 38.

⁴³ Pereira Orozco, Alberto. **Introducción al estudio del derecho I**. Pág. 38.

⁴⁴ Tojin Chanchavac, Víctor Manuel. **El derecho consuetudinario indígena en Santa Cruz del Quiché**. Págs. 7.

es imparcial porque el anciano o persona que la comunidad tenga como autoridad para resolver conflictos, únicamente se encarga de formular soluciones equitativas para ambos, es gratuito porque los servicios que prestan los ancianos en su comunidad son ad honorem.

De lo anterior descrito, se puede indicar que el derecho indígena, tiene por objeto en forma rápida los litigios en los que se involucren los habitantes de la comunidad, aplicando castigos o sanciones según su costumbre y valores.

Formas del derecho consuetudinario

- "La costumbre es la norma de conducta nacida en la práctica y considerada como obligatoria por la comunidad."⁴⁵

La costumbre es el uso implantado en una comunidad y considerado por ella como jurídicamente obligatoria. Es la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad; con la convicción de que responde a una necesidad jurídica. En las sociedades poco evolucionadas era la principal fuente del derecho. Falta de precisión, de certeza y de unidad, son los grandes defectos de la costumbre.

"En el derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se lo compara con el de la ley. No obstante, en algunas ramas del derecho y particularmente en el

⁴⁵ López Aguilar, Santiago. *Introducción al estudio del derecho*. Pág. 98.

comercial, su campo de aplicación es bastante amplio. Es en el sistema anglosajón donde la costumbre tiene una importancia primordial. Pero aún en él, lo que los jueces aplican, más que la costumbre en sí, es la expresión de ésta a través de los fallos de los tribunales; en realidad el common law, originado en la costumbre, es hoy derecho jurisprudencial. La costumbre, independientemente de su valor autónomo tiene mucha importancia como antecedente histórico de la ley.”⁴⁶

Elementos de la costumbre

Para que exista costumbre en la acepción jurídica de la palabra, deben reunirse dos elementos:

- a) El material, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme. No es indispensable el largo uso en el tiempo como opinaban los antiguos juristas, pues, evidentemente hay costumbres de formación muy reciente y que, sin embargo, tienen fuerza obligatoria. Pero, en cambio, es necesario que el uso sea general, es decir observado por la generalidad de las personas.
- b) El psicológico, que consiste en la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria; los simples usos sociales, que en la opinión general no tienen relieve jurídico, no pueden considerarse costumbres en el sentido de fuente del derecho.

Clasificación de la costumbre

⁴⁶ <http://blog.pucp.edu.pe/item/143281/la-costumbre>. La costumbre. (Guatemala 19 de abril de 2015).

- a) Convalidada por la ley o secundum legem. Existe cuando el legislador remite la solución a la costumbre. Así la costumbre deja de ser una fuente subsidiaria para transformarse en fuente principal. Es correcto recordar que no todo es fuente de derecho y que no todos los litigios y situaciones deben arreglarse o darles el mismo fin, por lo cual se considera que este tipo de clasificación es el que más debe adecuarse en regiones indígenas.

- b) Costumbre en contra de la ley o contra legem. Es la costumbre contra la ley o derogatoria. La eficacia de la costumbre contra legem depende de la solución que se dé a la jerarquía de la fuente. En el derecho moderno donde la costumbre básicamente es una fuente subsidiaria, pues la fuente principal es la ley, es difícil admitir la vigencia de la costumbre contra legem.

- c) Costumbre en ausencia de ley o praeter legem. Es la costumbre que se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso; o sea que es la norma jurídica en virtud de la cual se soluciona el conflicto no reglado legalmente.

3.2. Construcción iusfilosófica del derecho indígena

“Es un modelo en construcción teórica que concibe el Derecho Maya como el conjunto de sistemas que nace de los elementos que componen la cosmovisión maya. Esto es el universo de principios, normas, leyes, reglas, pensamientos y formas de relación que guardan la armonía y el equilibrio en las comunidades. Como los distintos paradigmas que han fundamentado los derechos en las sociedades occidentales, tratan desde una



visión propia de encontrar las últimas razones que expliquen la necesidad de la organización comunitaria, se dio en precisión sistemática con Aristóteles y otros filósofos griegos que expusieron su pensamiento en torno a la formación social que tenía su génesis en la familia.

Ese modelo de autoridad patriarcal, que dio los fundamentos al derecho absolutista de los primeros siglos de la civilización, es la estructura de pensamiento que en torno al modelo político forja un modelo de autoridad que, como su nombre lo indica, venía de la autoridad del padre de familia.

Posteriormente los elementos de autoridad en forma natural como expresó Aristóteles, fueron tomados por los teólogos de la Edad Media, entre ellos Santo Tomás de Aquino, quien en su elaboración teológica cambia el fundamento de la autoridad última y expresa que el fundamento de la autoridad proviene de Dios, por lo que toda autoridad tiene rasgos de sagrada y por lo tanto no se discute. Es lo que conocemos como modelo escolástico.

Según los filósofos de la ilustración de los siglos XVII y XVIII es el consenso que se logra entre seres racionales que se toman en ciudadanos cuando logran acuerdos por medio de un contrato, que establecen que la sociedad organizada o el Estado se compromete a hacer la ley, administrar de acuerdo a la ley, y administrar justicia y sobre todo respetar los derechos humanos. Este modelo toma también en cuenta el disenso y sugiere en caso de incumplimiento de los compromisos contraídos por el



Estado, la resistencia de parte del gobernado. Este modelo es el que fundamenta los Estados modernos.”⁴⁷

A) Constitución Política de la República de Guatemala

El Artículo 58 establece que: “Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres. El Artículo 66, respecto a los grupos étnicos, establece en su parte conducente que: “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social...”

En ambos artículos se reconocen las costumbres, formas de vida, formas de organización y tradiciones de las comunidades indígenas pero en forma expresa no se reconoce el derecho consuetudinario o costumbre jurídica; sin embargo, cabe recalcar que el derecho consuetudinario deviene de la costumbre, encontrando así un reconocimiento constitucional en forma tácita.

Respecto a la existencia del derecho indígena, el licenciado Rodolfo Rohmoroser Valdeavellano indica que: “Desde su interpretación de la ley, existe un derecho indígena con características propias como el derecho de trabajo por ejemplo. que en Guatemala es un error creer que sólo existe el derecho escrito, es decir, el inspirado en criterios románticos napoleónicos; a la par existe con igual fuerza vinculante el derecho

⁴⁷ Rodas Gramajo de Raxcacó, Lucila. **Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.** Pág.111



consuetudinario. Y ello viene a probar la coexistencia en Guatemala de varias fuentes de derecho y no sólo la ley strictu sensu.⁴⁸

Se puede decir entonces, que el derecho consuetudinario o indígena se fundamenta en la siguiente legislación:

B) La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 2, establece que: "...La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada."

C) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes:

En su Artículo 8 establece:" 1- Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2-Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

⁴⁸ Blas, Ana Lucia. Promueven Justicia indígena. Pág. 12.

Este convenio fue ratificado por el Congreso de la República de Guatemala en marzo de 1996; siendo importante indicar que el mismo no somete o limita el derecho consuetudinario a la ley o a los intereses de terceros, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos.

D) Acuerdos sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

Las negociaciones de paz se iniciaron formalmente en 1991 y el acuerdo final se logró en 1996. Con la firma de los Acuerdos de Paz y específicamente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (firmado el 31 de marzo de 1995); 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.

"El contenido del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) se resume de la siguiente manera: Manda el reconocimiento sobre la identidad y derechos de los pueblos indígenas, mediante nuevas disposiciones en la Constitución Política de la República de Guatemala, la promoción y desarrollo de leyes específicas y la promoción de reformas constitucionales.

- El AIDPI abre una perspectiva de nación que permite dar un reconocimiento que hace de los pueblos indígenas el sujeto titular de derechos; sin embargo, presenta lo local-comunitario como ámbito territorial de las normas consuetudinarias. Este

reconocimiento aunque limitado, fundamenta las formas democráticas locales, la participación, la consulta, el manejo de recursos y el desarrollo auto gestionado.

- El AIDPI establece una fórmula en que es objeto de reconocimiento las autoridades comunitarias (alcaldes auxiliares), a fin de que sean éstas quienes señalen las costumbres que constituyen su norma interna.

- El AIDPI manda el desarrollo de programas de educación y capacitación, la figura del peritaje cultural y de los intérpretes, a quienes identifica como los mecanismos que permitirán una comprensión de la normatividad indígena.

- El AIDPI extiende el objeto de reconocimiento a los asuntos internos comunitarios (participación, seguridad jurídica de la tierra, resolución de conflictos, entre otros).⁴⁹

Lo anterior una vez más demuestra que la ley reconoce a la costumbre como fuente secundaria

E) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este pacto, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por Guatemala en 1992. El Artículo 27, garantiza el derecho a la propia vida cultural y establece que en los Estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en

⁴⁹ Ochoa García, Carlos. **Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico**. Pág. 161.



común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propia idioma.

“Las instancias internacionales respectivas han interpretado que el derecho a la propia vida cultural es aplicable a los grupos étnicos y pueblos indígenas; y que incluye las formas de organización y manejo de recursos como las tierras ancestrales y comunales, así como el derecho a la elección de sus autoridades, lo cual constituye un componente del derecho indígena o consuetudinario. Si bien, la exposición del Artículo 27 del Pacto está referida a los miembros de minorías, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el derecho a la protección especial de las minorías étnicas y las obligaciones del Estado de garantizar tal protección. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el Artículo 27 reconoce a los grupos étnicos el derecho a la protección de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

“Siguiendo la interpretación de las instancias internacionales respectivas, cabría interpretar los Artículos 58 y 66 de la Constitución de 1985 referidos al reconocimiento, respeto y promoción de las formas de organización y costumbres de los grupos étnicos o indígenas, en el sentido que la protección del derecho a la propia vida cultural incluye el respeto del propio sistema de organización social y de regulación, lo que en otras palabras se llama derecho indígena o consuetudinario”.⁵⁰

⁵⁰ Yrigoyen Fajardo, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.** Pág. 55.

F) El Código de Trabajo

“Artículo 15.- Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del derecho de trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de derecho común.”

“Artículo 20. El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino:

- a) A la observancia de las obligaciones y derechos que este Código o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando consignent beneficios superiores para los trabajadores que los que este Código crea; y**

- b) A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley. Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a las relaciones de trabajo que, en todo o en parte, tengan condiciones superiores al minimum de protección que este Código otorga a los trabajadores.”**

“Artículo 144.- Con el objeto de mejor aplicar los principios y disposiciones de este Código a las empresas agrícolas o ganaderas y a los trabajadores campesinos, el Organismo Ejecutivo, mediante acuerdos emitidos por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe reglamentar el presente capítulo sobre las siguientes bases:

- a) Los reglamentos respectivos pueden ser aplicables a todo el territorio de la República o a sólo una región determinada, y en todo caso, se han de dictar oyendo de previo a los patronos y trabajadores que resulten afectados;**

- b) Dichos reglamentos deben emitirse tomando en cuenta los usos y costumbres de cada localidad; y pueden aumentar las garantías mínimas que el presente Código otorga a los trabajadores campesinos, en todos aquellos casos en que los correspondientes patronos acostumbren dar, deban legalmente o puedan por su capacidad económica, suministrar prestaciones mayores a esos trabajadores, tales como servicio médico y medicinas, viáticos, escuelas y maestros, gastos de defunción y de maternidad; y**

- c) Siempre que los mencionados reglamentos contengan alguna disposición relacionada con los servicios que preste o pueda prestar el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, es indispensable requerir su opinión y aprobación a la promulgación de los mismos, con el exclusivo fin de llegar a un coordinamiento que**



evite duplicación de cargos para los patronos o duplicación de esfuerzos o de beneficios en favor de los trabajadores.”

G) Código Civil

“Artículo 1599. Las cláusulas ambiguas se interpretarán con arreglo a lo que el uso y la costumbre determinan en el lugar en que el contrato se haya otorgado.”

3.3 Análisis del derecho maya y el derecho ordinario

Al realizar la presente investigación, se han observado varias diferencias entre el derecho indígena y el derecho ordinario, desde la forma de su proceso de creación hasta la forma de su aplicación; por lo cual se citan a continuación las más importantes:

- “El derecho positivo ordinario tiene como fuente principal el proceso legislativo, en él intervienen un cuerpo de legisladores, un órgano ejecutivo y un órgano especializado para administrar esas leyes. El derecho indígena se basa en sus propias formas culturales que se reproducen en un determinado contexto social y fundamentalmente en la costumbre jurídica; contando con sus propios órganos consultivos y operadores del derecho.
- El derecho de los pueblos indígenas está integrado por un conjunto de normas tradicionales de carácter oral no codificadas, socialmente aceptadas y acatadas por una comunidad determinada.

- Las normas varían de una comunidad a otra, pero su esencia es la misma tienden a prescribir comportamientos; mientras que en el derecho positivo están orientadas a sancionarlos.
- El objetivo del derecho indígena es mantener la armonía y el balance de una comunidad por lo que se dice que tiene una orientación colectiva; en cambio el derecho positivo es individualista.
- Dentro de la concepción del derecho indígena las normas en general tienden a la reparación o resarcimiento del daño por parte del infractor; en el derecho penal se sanciona y muy pocas veces existe resarcimiento.
- El sistema jurídico indígena tiene como fin regular las relaciones sociales y no la represión como es el caso dentro del sistema del Estado. En las comunidades indígenas, lo jurídico se encuentra íntimamente ligado con el resto de la organización social, el derecho consuetudinario tiene estrechos puntos de contacto con otras particulares formas de control social, de carácter religioso unas y de carácter moral otras; lo cual no sucede en el sistema normativo del Estado, esto debido a que se trata de costumbres.
- En el derecho indígena los funcionarios o autoridades que imparten justicia, nunca están separados del resto de la comunidad y desempeñan cargos de distinta naturaleza a la judicial. En las comunidades indígenas la autoridad política

tradicional, por ejemplo, un concejo de ancianos, los alcaldes indígenas y otros dignatarios como los cofrades, los sacerdotes, aunque tienen funciones diversas, sean éstas sociales, políticas o religiosas, realizan funciones de mediación para dirimir conflictos. Mientras que el juzgado o tribunal, como espacio privilegiado para exponer quejas, dirimir conflictos y exigir justicia es un producto del estado de derecho, pero con frecuencia es ajeno a las costumbres y valores de las comunidades.

- Para optar a los cargos de máxima autoridad como alcalde indígena y principal en la comunidad indígena es requisito indispensable ser honorable, gozar del respeto de la sociedad y haber desempeñado cargos de servicio comunal y son designados por consenso de la población. Al respecto, el sistema judicial en Guatemala, posee actualmente una escuela especializada para formar a personas que luego ocuparán el cargo de juez, los requisitos para acceder a la escuela y posteriormente al cargo son diferentes; ser abogado, no se requiere ser originario del área jurisdiccional del juzgado donde se ocupará el cargo y hasta el momento, no se requiere el dominio del idioma de la región a que será asignado.

Las diferencias se reflejan en las concepciones y valores en que se sustentan las actuaciones de la autoridad del Estado y la autoridad indígena. Mientras los pueblos indígenas procuran conciliar el interés social, el Estado aplica justicia con órganos especializados, y falla a favor de quien mejores pruebas de descargo o evidencias de

culpabilidad demuestra, llegándose al absurdo de no reconocer la verdad real sino la verdad jurídica."⁵¹

El derecho consuetudinario es el basado específicamente en la costumbre. La doctrina indica que la costumbre es el acto repetitivo de una acción, y los pueblos mayas tienen una gama de rituales, creencias e incluso sincretismos que deben ser valorizados, tolerados y dignificados. Siendo Guatemala un país pluricultural es de suma importancia hacer énfasis en la indiferencia que se maneja actualmente en lo concerniente al derecho consuetudinario; ya que para muchos es considerado retrógrado e inservible, situación que no sólo causa descontento en los grupos activistas en defensa de los pueblos indígenas sino también demuestra una precariedad social.

⁵¹ **Ibid.** Pág. 165.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de cómo las poblaciones indígenas al linchar a una persona violan el derecho a nivel nacional incluyendo el indígena

Para efectos del presente capítulo es necesario indicar como es aplicado el derecho indígena, y para esto se debe entender lo relacionado a la alcaldía indígena.

4.1. Definición de alcaldía indígena

Según el autor Rojas lima la alcaldía indígena es: "Una institución política-judicial de origen colonial, cuyas funciones son principalmente de orden administrativo y aunque ha sufrido cambios derivados de factores exógenos: legislación moderna en dicha materia, y endógenos como la propia dinámica social de las comunidades, aún mantiene las funciones de una institución social de las comunidades, aún mantiene las funciones de una institución judicial."⁵²

Otra institución dentro de las comunidades indígenas que en algunas ocasiones toma la pauta de dictar justicia es la cofradía; institución que actualmente posee funciones religiosas y sociales, sus miembros llamados cofrades, se convierten en autoridades gracias al prestigio que les confiere su cargo religioso y en varias comunidades, fungen como mediadores y consejeros, principalmente en conflictos familiares.

⁵² Yagenova, Simona Violetta, **El derecho indígena en América Latina: dificultades, logros y perspectivas.** Pág. 163.



Por otro lado, el autor Xicar define al concejo de ancianos como: "Una organización política y administrativa de origen prehispánico... siendo la función principal del mismo buscar y velar por el bienestar de su pueblo, mediante el equilibrio hombre naturaleza."⁵³

4.2. Autoridades de la alcaldía indígena

Los cargos o autoridades de la alcaldía indígena en orden jerárquico son alcalde indígena primero, alcalde indígena segundo, alcalde indígena tercero, alcalde indígena cuarto y un secretario. Estas personas son designadas por la población indígena que integran las diferentes comunidades del municipio. Los requisitos que se exigen para los miembros que forman parte de la alcaldía indígena son personas honorables, responsables, respetuosas, pacientes, no poseer vicio alguno y especialmente personas ancianas, es decir, mayores de cuarenta y cinco años (experiencia).

Los integrantes de la alcaldía indígena para ejecutar sus funciones se amparan en las siguientes normas: La Constitución Política de la República, cuyo Artículo 66 establece: "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos".

⁵³ *Ibid.* Pág. 164.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo cuyo Artículo 8 establece: "...el deber de respeto del derecho consuetudinario siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en los marcos jurídicos nacionales ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". En este sentido, tanto la Constitución Política como el Convenio 169 reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias.

En el ámbito de la represión de los delitos, el Convenio 169 establece el deber de respetar los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros; aun cuando la Constitución Política de la República de Guatemala no establece una norma expresa que reconozca el derecho indígena o consuetudinario; sin embargo, debido a la ratificación del Convenio 169 de la OIT, el Estado ha reconocido en el ordenamiento jurídico interno el derecho consuetudinario o indígena.

4.3. Procedimientos de la alcaldía indígena

El procedimiento de justicia indígena que aplican los miembros de la alcaldía indígena es el siguiente: Presentado el caso o la queja de forma verbal por el afectado ante la oficina de la alcaldía indígena; se procede a hacer del conocimiento a las otras personas (parte afectada o ofendida así como a la parte ofensora) que se encuentran involucradas en el asunto a través de una citación.



Entre otras, lo que resalta de este sistema, es que no sólo pueden concurrir las personas citadas, sino también otras personas afectadas por el conflicto; tales como los padres, hijos, testigos, padrinos de las partes así como los alcaldes auxiliares o comunitarios de la comunidad respectiva.

En el día, hora y lugar citado, habiendo constatado la presencia tanto de los miembros de la alcaldía indígena como de las personas citadas, el alcalde primero indígena, quien tiene a su cargo la dirección de la reunión y quien les propicia al diálogo, les da la cordial bienvenida y les explica el objeto por el cual están reunidos. Inmediatamente para comprender el por qué se produjo el conflicto comienzan a escuchar la versión del caso o del conflicto para llegar a escudriñar la verdad, iniciando con la persona que lo haya presentado. De esta misma forma escuchan a los testigos, para obtener todas las versiones posibles. En esta etapa se escucha pero también se realizan cuestionamientos acerca del conflicto ocasionado.

Obtenidas todas las versiones, el alcalde indígena primero inicia a darles consejos, haciéndolos reflexionar sobre el porqué no deben hacerse daño entre hermanos. Asimismo, dependiendo de la materia en discusión, los miembros de la alcaldía indígena proponen formas de solución o las partes mismas proponen las formas de llegar a un acuerdo o conciliación y en consecuencia un compromiso de cumplimiento. Por ende, es en esta etapa donde las personas reconocen su falta, su error, el delito cometido, pidiendo perdón al ofendido, así como reparando, retribuyendo o restituyendo el daño ocasionado; produciendo de esta manera la tranquilidad, armonía y bienestar entre los involucrados.



Por último, el secretario realiza la transcripción del acta, la que se efectúa en un libro de actas autorizado por los miembros de la alcaldía indígena; en el cual se hace constar lo que se dialogó en la reunión, así como el acuerdo, consenso o conciliación al que las partes llegaron, firmando el acta todas las personas que se encuentran en el acto.

Para la población indígena y en especial las persona involucradas en un asunto que atañe al sistema maya, la palabra de cumplimiento así como plasmar su firma o huella digital conlleva una gran responsabilidad. Es por ello que la mayoría de las cuestiones llevadas a la alcaldía indígena son consumadas y por ende las partes quedan satisfechas.

En síntesis los problemas o cuestiones que llegan a la alcaldía indígena se resuelven de la siguiente forma:

- a) Se recibe la queja de la persona afectada.
- b) Se cita a la persona contra quien se presentó la queja, quien deberá presentarse ante la alcaldía indígena.
- c) En el día, hora y lugar citados se escucha a las dos partes, se motiva con términos conciliatorios para que el problema sea comprendido, e identificando la verdad para evitar violencia.
- d) Se expresan las formas de solución y se trata de que los involucrados lleguen a un acuerdo.
- e) Los acuerdos alcanzados quedan plasmados en un acta.



El elemento procesal que hay que resaltar en esta forma de resolución de conflictos en las comunidades indígenas, es la discusión amplia; no existiendo límite de tiempo para cada caso, desde dos horas hasta tres horas dependiendo de la dimensión del problema. El proceso de discusión es tan importante como el resultado final y constituye un espacio correctivo, una forma de mediación y a veces una sanción.

Asimismo, un aspecto que hay que destacar de este sistema es que cuando a la oficina de la alcaldía indígena acuden las dos partes a plantear su conflicto, se escucha a ambos y se resuelve inmediatamente, utilizando el procedimiento anteriormente explicado. Caso contrario, cuando únicamente comparece una de las partes del conflicto, se cita a la otra parte para que los miembros de la alcaldía lo escuchen.

Las citaciones se envían a la municipalidad del municipio, para que la persona correspondiente las haga llegar al alcalde auxiliar de la aldea que corresponda, y éste lo haga saber a la persona indicada. Dependiendo de la trascendencia del asunto y a petición de la persona, realizada la citación sin haber concurrido la persona notificada los integrantes de la alcaldía indígena junto con el alcalde auxiliar que representa a la aldea; hacen acto de presencia en la aldea donde vive la persona que fue citada, a resolver el conflicto; regularmente la reunión se realiza en la escuela o en el campo de la aldea.

Sí los miembros de la alcaldía indígena tienen conocimiento de la existencia de objetos robados y estos se encuentran en un hogar u otro establecimiento, convocan al alcalde auxiliar de la aldea y juntos realizan un reconocimiento; el convocar al alcalde auxiliar

es para resguardar a los integrantes de la alcaldía indígena de cualquier acusación de la comisión de algún delito como el de allanamiento de morada. Los objetos utilizados en la comisión de los ilícitos, son recogidos y desechados ante los transgresores.

Para la resolución de los conflictos así como para la imposición de sanciones se fundamentan en los medios de prueba siguientes:

- Documentos
- Testimonio de las partes
- Testigos
- Reconocimiento del hecho

Los integrantes de la alcaldía indígena sancionan de acuerdo a sus conocimientos, sabiduría, entendimiento, principios y valores de la comunidad, así como de precedentes; es decir, que fallan en base a casos similares ya resueltos. Entre las sanciones cabe indicar: sanciones constitutivas de aspectos morales, que consiste en regaños o llamadas de atención al ofensor o exigir a éste que presente disculpas o perdón, así como exhortarlo a que no se vuelva a repetir el hecho.

- Sanción social, consistente en avergonzar al trasgresor frente a la comunidad, por ejemplo cargar con el objeto robado por todo el municipio.
- Sanción corporal que consiste en la aplicación de azotes. Esta sanción es bastante frecuente en el municipio de Santa Cruz del Quiché.
- Las reparaciones o restituciones de los daños causados.

- Las expulsiones o destierros, que obligan al trasgresor a salir de su comunidad e ir a vivir a otro pueblo; esta sanción se ha escuchado mucho a través de los medios de comunicación en los últimos días.

En ningún momento existen amenazas de privación de libertad y mucho menos de linchamientos. Dependiendo de la materia, el último recurso generalmente consiste en pasar el caso a los tribunales oficiales cuando las partes no llegan a una conciliación; pero es utilizado como presión, lo cual contribuye a hacer más expedita la vía de solución. Las penas impuestas por el derecho penal guatemalteco son más drásticas que las penas o sanciones impuestas por el derecho consuetudinario, pero su finalidad es la misma, la readaptación social.

4.4. Violación del derecho ordinario e indígena por linchamientos

Con el fin primordial de tener un conocimiento pleno sobre el tema tratado a lo largo de la presente investigación; es necesario establecer lo concerniente a la anarquía, ya que se relaciona con el incumplimiento de los derechos humanos y la justicia a mano propia en las comunidades indígenas.

4.4.1 La anarquía

“La palabra anarquía proviene del griego y significa sin gobierno; es decir la vida de un pueblo que se rige sin autoridad constituida, sin gobierno.

Antes que toda una verdadera categoría de pensadores haya llegado a considerar tal organización como posible y como deseable, antes de que fuese adoptada como objetivo por un movimiento que en la actualidad constituye uno de los más importantes factores en las modernas luchas sociales, la palabra anarquía era considerada, por lo general, como sinónima de desorden, de confusión, y aún hoy mismo se toma en este sentido por las masas ignorantes y por los adversarios interesados en ocultar o desfigurar la verdad.

No hemos de detenemos a profundizar en estas digresiones filológicas, por cuanto entendemos que la cuestión, más bien que de filología, reviste un marcado carácter histórico. El sentido vulgar de la palabra no desconoce su significado verdadero, desde el punto de vista etimológico, sino que es un derivado o consecuencia del prejuicio consistente en considerar al gobierno como un órgano indispensable para la vida social, y que, por tanto, una sociedad sin gobierno debe ser presa y víctima del desorden, oscilante entre la omnipotencia de unos y la ciega venganza de otros.

La existencia y persistencia de este prejuicio, así como la influencia ejercida por el mismo en la significación dada por el común sentir a la palabra anarquía, explicándose fácilmente.⁵⁴

Por lo anterior citado, se puede corroborar el hecho de que toda persona que actúa fuera de la ley, está actuando de una manera autónoma, sin reconocer gobierno ni autoridad; lo cual es nefasto y hasta lamentable, ya que cuando se toma la justicia a

⁵⁴ Malatesta, Errico. *Anarquismo*. Pág. 1.

mano propia no sólo se están pisoteando los derechos humanos sino se les está dando un mal ejemplo a las futuras generaciones; ya que desafortunadamente en los casos de linchamientos cuando asesinan a los presuntos implicados en un hecho delictivo, casi siempre hay niños presentes.

Un linchamiento se puede producir sin que finalmente se produzca la muerte del linchado. Supone la agresión por parte de un grupo de personas con la finalidad de dar muerte. Normalmente el linchamiento es un acto que está fuera de la ley y que está penado para proteger el orden público; ya que el Estado debe proteger su monopolio en el uso de la fuerza (ius puniendi).

En países en desarrollo el linchamiento se da ocasionalmente tanto en el medio rural como urbano. Se ha tratado de concienciar el estado de derecho, debido a que algunos linchamientos son planeados por grupos de interés o producto de acusaciones falsas.

A raíz de la aparición de los linchamientos en territorio guatemalteco y que se han incrementado en las comunidades más lejanas; surgió la idea de estudiar dicho fenómeno que inquieta a la población, especialmente a estudiantes de la carrera de ciencias jurídicas y sociales, abogacía y notariado de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

“La justicia por mano propia “me parece éste un tema muy bueno, ya que hay oportunidades válidas en cualquier punto de vista. Es verdad que debe ser el Estado, entendiéndosele como la representación y autoridad de un pueblo, el que debe ejercer



el poder de hacer justicia en pro del estado de derecho. Sin embargo, qué pasa cuando este Estado deja de cumplir con sus funciones, y tiene por ejemplo, abandonado a un sector de su pueblo que clama justicia y no es escuchado. Es entonces cuando el mismo pueblo hace cumplir este estado de derecho.

La frustración ante el abuso o el crimen por parte de los delincuentes y en algunos casos de corrupción por los operadores de justicia, puede llevar a cualquier ser humano, a la justicia a mano propia, ya que desafortunadamente la impunidad es una situación que ningún gobierno ha podido solucionar hasta ahora.

La inconformidad de las personas en los órganos encargados de impartir justicia ha provocado que los pobladores en varios puntos del país hayan decidido tomar la justicia en sus manos y en aplicarla, y ello ha llevado a que este año más de 40 personas han sido linchadas. El grupo de Apoyo Mutuo (GAM) ha realizado un monitoreo sobre el tema y advierte con suma preocupación un incremento.

Lo que sucede es una muestra clara del descontento de la población hacia las instituciones que tienen que aplicar la ley, ya no confían en la Policía Nacional Civil, ni en el Ministerio Público, mucho menos en el Organismo Judicial, por lo que aplican la ley por su propia mano, lo cual no es correcto. Este tipo de acciones se deben a la ausencia de justicia en el sistema judicial estatal, hay desesperación de parte de la población y por eso mismo han aumentado los linchamientos. La raíz de los linchamientos es muy profunda y su discusión también lo es, añadiéndole que la justicia



en Guatemala está muy mal. Las autoridades deben detener esta situación (de linchamientos) porque podría haber ingobernabilidad.

A pesar de la persistencia y gravedad del fenómeno, la situación descrita no ha experimentado significativas mejoras. La actividad del MP en la reunión de pruebas y el enjuiciamiento de los responsables en casos de linchamiento sigue siendo extremadamente débil. Existen carencias estructurales que afectan su desempeño global frente al delito, como el desconocimiento e incumplimiento de funciones, la deficiente coordinación con la PNC, la todavía débil presencia en el país y la acumulación excesiva de expedientes.

Esto se suma a otros aspectos que explican un particular mal desempeño ante el problema prioritario de los linchamientos, como la ausencia de una clara voluntad institucional de perseguir estos delitos y la falta de seguridad para los funcionarios y fiscales que los investigan. El ínfimo porcentaje de condenas explica la dimensión del problema de la impunidad. Como lo ha afirmado la Misión en su Undécimo Informe sobre Derechos Humanos, de septiembre de 2000, los "linchamientos son uno de los fenómenos en los que la impunidad de los responsables alienta su reiteración."⁵⁵

En Guatemala el mayor problema es la debilidad del Estado pues es incapaz de ejercer control sobre todo su territorio por medio del uso legítimo de la fuerza.

⁵⁵ Malatesta, Errico. *Anarquismo*. Pág. 24



“Esta debilidad del Estado no es consecuencia exclusiva del reciente conflicto armado interno, sino que tiene raíces históricas bastantes profundas. Durante la independencia, después de casi 300 años de régimen colonial, en muchas comunidades indígenas no se reconoció por algún tiempo el nuevo arreglo político. Hoy, el Estado continúa ausente en muchas regiones del país, especialmente en aquellas más alejadas del centro político. La población de dichas regiones tiene, entonces, que proveerse por sí misma de diversos bienes públicos, como infraestructura o educación, por medio de la organización local.

Como resultado de varios siglos de resistencia y supervivencia, las comunidades indígenas han desarrollado y acumulado un repertorio cultural de estrategias para superar el problema de la acción colectiva.

Las aldeas indígenas en Guatemala se caracterizan por contar con fuertes debilidades organizativas, a pesar de los muchos años de guerra y sus limitaciones económicas, o precisamente debido a esas difíciles circunstancias. Diversos modelos de organización han sido adoptados y luego legitimados a lo largo de la historia. Por ejemplo la presencia de la Iglesia Católica desde tiempos coloniales ha sido crucial en términos de ese repertorio organizacional que posee la población a nivel local. La continua lucha por la supervivencia ha forjado las debilidades indígenas para la acción colectiva.

A lo largo de la historia, las comunidades indígenas han aprendido que no pueden esperar la respuesta del Estado porque lo más seguro es que ésta nunca llegará. Entonces, las comunidades indígenas prefieren actuar conjuntamente, para ellos es una



de las principales estrategias para salir adelante. Adicionalmente, la relación de la población indígena con el Estado guatemalteco ha sido casi siempre conflictiva, desde tiempos coloniales.

Recientemente, durante el conflicto armado interno, la población indígena fue la más afectada por las estrategias contrainsurgentes del Estado guatemalteco. Hoy, la mayoría de los servicios básicos del Estado aún no llegan a gran cantidad de comunidades indígenas en el área rural. Entonces, es comprensible que las comunidades indígenas desconfíen del Estado guatemalteco y sientan, incluso, cierto resentimiento hacía la población criolla y mestiza que ha controlado el aparato estatal y ha implementado políticas públicas muchas veces discriminatorias contra los indígenas.⁵⁶

“Conviene asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz.”⁵⁷

Como comentario final de este capítulo, el término anarquía es utilizado para designar la falta de gobernabilidad que hay en un país o lugar. Desafortunadamente, como ya se

⁵⁶Ibid. Pág. 25

⁵⁷ MINUGUA. **Derechos humanos nociones fundamentales y métodos para su vigilancia. Colección acuerdos de paz y derechos humanos material de formación. Pág. 140**



estableció con anterioridad, el desconocimiento del derecho consuetudinario ocasiona que la población lo confunda con brujería, hechicería e incluso vandalismo; la pregunta es ¿por qué vandalismo? desafortunadamente en Guatemala se ha estado participando en una actividad retrógrada y oscura como es el hecho de los denominados linchamientos; lo peor es que la mayoría piensa que es parte del derecho consuetudinario, obviamente es falso; ya que los castigos empleados en el sistema maya incluyen otros tipos de situaciones, no asesinatos, porque eso son los linchamientos, o si no se quiere ser tan enérgico, también podrían ser denominados como medidas de hecho o justicia a mano propia, pero viéndolo de cualquier forma siempre será considerado una falta de respeto a las leyes guatemalteca, lo cual debe terminar, fomentando el diálogo, la cultura y disminuyendo la indiferencia e ignorancia.



CONCLUSIONES

1. En Guatemala se da la justicia a mano propia a pesar de que constitucionalmente se reconoce, respeta y promueve la forma de vida; pero la poca confianza en la aplicación de justicia por medio de los órganos competentes es una de las razones que lleva a esta nefasta actitud.
2. La falta de declaración del derecho indígena es consecuencia de la poca voluntad política del Estado de Guatemala en darle cumplimiento a los instrumentos internacionales ratificados en materia de pueblos indígenas, lo que ocasiona el desconocimiento y la ignorancia.
3. El desconocimiento de los propios juristas acerca de los alcances del derecho indígena, pero sobre todo el cómo hacerlo valer y reconocerlo en juicio; es una de las causas por las cuales se confunde la justicia a mano propia con el derecho indígena.
4. La justicia a mano propia es un problema inminente, a pesar de los avances en cuestión de derechos humanos y a sabiendas que la forma de resolución de los conflictos en las comunidades indígenas es conciliatoria, los habitantes de ciertas comunidades todavía se inclinan por las medidas de hecho, lo cual es ilegal no sólo dentro del derecho indígena sino también a nivel nacional.



5. La anarquía o abuso surgen falsamente fundados en la mala interpretación de los derechos que las comunidades se atribuyen como parte de su derecho consuetudinario, al efectuar acciones en contra de la ley tales como: linchamientos, tumultos y aglomeraciones, supuestamente con el fin de hacer justicia, aunque con esto se violen masivamente los derechos humanos de los involucrados.

RECOMENDACIONES

1. La Procuraduría de los Derechos humanos a través de la Defensoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas, debe brindar apoyo al desarrollo social de las comunidades indígenas, fomentando y respetando a sus líderes comunitarios y sus resoluciones; además de proporcionar las condiciones económicas necesarias para que las alcaldías indígenas funcionen de manera correcta.
2. El Congreso de la República debe aprobar una ley específica de los pueblos indígenas, ya que existe falta de reconocimiento y de voluntad política de parte de los gobernantes, situación lamentable y retrógrada.
3. Los profesionales del derecho deben prestar la suficiente atención a su estudio y análisis del derecho consuetudinario, ya que la indiferencia ha sido una de las circunstancias por las cuales el respeto a los pueblos indígenas no ha sido eficaz y productivo.
4. La Procuraduría de Derechos Humanos debe evitar que los medios de comunicación amarillistas fomenten el enfrentamiento y los linchamientos, al contrario se deben fomentar los procedimientos indígenas y la forma en que se imparte justicia.

5. La Defensoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas debe difundir a todo nivel la forma en que se desarrollan los juicios mayas, sus principios, sus ventajas y sus características; con el objeto de ser respetadas sus resoluciones en todos los niveles de la sociedad y de esta manera evitar las disyuntivas que se producen entre el derecho indígena y el derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. Asociados, S.A., 1999.
- BLAS, Ana Lucía. **Promueven justicia indígena**. Pág. 12. Prensa Libre (Guatemala), Año 55, No. 18,171 (domingo 20 de agosto de 2006).
- BURGOA, Ignacio. **El Estado**. México: (s.e.), 1990.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. 17 ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 2005.
- DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. **Diccionario de derecho**. México: Ed. Porrúa, 1981.
- DE SEBASTIÁN, Luis. **De la esclavitud a los derechos humanos**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 2000.
- FRAGA, Gabino. **Derecho administrativo**. México: Ed. Porrúa, 1999.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Roberto. **Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación**. (s.l.i): (s.e.), (s.f.).
- GUERRERO C., Julián N. **Historia de América**. Guatemala: Ed. José Pineda Ibarra, 1962.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. **Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1993.
- HELLER, Hermán. **Teoría del Estado**. México: (s.e.), 1942.
- <http://blog.pucp.edu.pe/item/143281/la-costumbre>. **La costumbre**. (Guatemala, 19 de abril de 2015).
- http://caterina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/priego_s_g/capitulo2.pdf. **Capítulo II: el Estado y su origen**. (Guatemala, 21 de marzo de 2015).



<http://www.elcomercio.com/opinion/derecho-principios.html>. **El estado de derecho: principios.** (Guatemala, 20 de marzo de 2015).

http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado_de_derecho_y_democracia.htm. **Estado de derecho y democracia.** (Guatemala, 23 de marzo de 2015).

<http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/06/ceg.html>. **Apuntes jurídicos** (Guatemala, 22 de agosto de 2014).

<http://www.mdzol.com/mobile/mobile/488843/>. **Política de Estado.** (Guatemala, 22 de marzo de 2015).

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho.** México: (s.e.), 1986.

LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho.** Guatemala: (s.e.), 2007.

MALATESTA, Errico. **Anarquismo.** (s.l.i): (s.e.), 2009.

MINUGUA. **Derechos humanos nociones fundamentales y métodos para su vigilancia. Colección Acuerdos de Paz y derechos humanos, material de formación.** Guatemala: Ed. Procurador de los Derechos Humanos, 2004.

MUJICA, Rosa María. **Educación en derechos humanos y la paz.** (s.l.i): (s.e.), 2002.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. **Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos.** Revista Telemática de Filosofía del Derecho. (s.l.i): (s.e.), 2005.

OCHOA GARCÍA, Carlos. **Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico.** (s.e.), Guatemala: (s.e.), 2002



ORTIZ RIVAS, Hernán. **Breves reflexiones sobre derechos humanos.** Santa fe de Bogotá, Colombia: Ed. San Pablo, 1988.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales.** Madrid, España: Ed: Tecnos, 1986.

PEREIRA OROZCO, Alberto. **Introducción al estudio del derecho I.** Guatemala: (s.e.), 2002.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. **Teoría del Estado.** México: Ed. Porrúa, 1999

RÍOS ELIZONDO, Roberto. **El acto de gobierno.** México: Ed. Porrúa, 1975.

RODAS GRAMAJO DE RAXCACÓ, Lucila. **Los derechos humanos y el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.** Guatemala: Ed. Praxis División, 2004.

ROMERO BERISTAIN, Moisés. **Fondo Monetario Internacional, sus implicaciones financieras y constitucionales en nuestro país.** México: (s.e.), 1991.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del derecho.** Barcelona, España: Ed. Ariel, 1983

Secretaría de la Paz de la Presidencia de la República. **Los Acuerdos de Paz en Guatemala.** Guatemala: (s.e.), (s.f.).

SEVERO GIANNINI, Massimo. **Derecho administrativo.** Madrid, España: (s.e.), 1991.

SERRA ROJAS, Andrés. **Derecho administrativo.** México: Ed. Porrúa, 2000.



TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho constitucional mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1970.

TOJIN CHANCHAVAC, Víctor Manuel. **El derecho consuetudinario indígena en Santa Cruz del Quiché**. Guatemala: (s.e.), 1998.

TORRES SAMAYOA, Marta Estela. **El Estado, la Constitución y los derechos humanos**. Guatemala: Ed. Tecnos, 1990.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 1999.

YAGENOVA, Simona Violetta (compiladora). **El derecho indígena en América Latina: dificultades, logros y perspectivas**. Guatemala: Ed. Flacso, 2003.

ZAMUDIO, Teodora. **Derecho penal indígena**. <http://www.indigenas.bioetica.org/inves38.htm>. (Guatemala, 20 de abril de 2014).

Legislación:

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

Acuerdos de Paz Firme y Duradera. Gobierno de Guatemala y Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, 1996.

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

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.



Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, 1969.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Organización Internacional de Trabajo. 1989

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

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