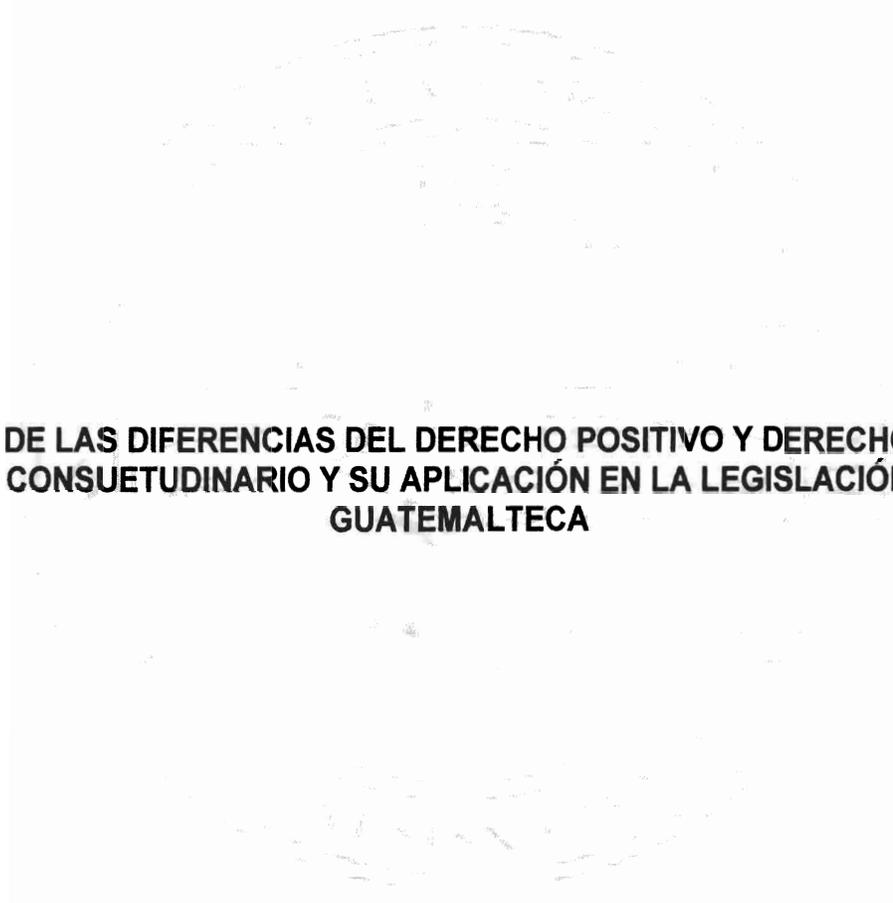


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO
CONSUECUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA**

LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2016

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

**DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO
CONSUEUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, febrero de 2016

**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: José Daniel Chámale Contreras
Vocal: Roxana Elizabeth Alarcón Monzón
Secretario: Erwin Enrique Dionisio Navarro

Segunda Fase:

Presidente: Marco Tulio Pacheco Galicia
Vocal: Marisol Morales Chew
Secretaria: Gladys Elizabeth Palala Gálvez

RAZON: "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).



BUFETE JURÍDICO
LIC. CESAR AUGUSTO SAZO MARTINEZ
2ª avenida 9 – 59 zona 7, Col. Landívar
Guatemala, ciudad.
Celular 5411 – 7486

Guatemala, 9 de abril de 2012

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.



Lic. Guzmán:

En cumplimiento a la resolución dictada por la unidad a su cargo, en la que se me designa como asesor del trabajo de tesis de la estudiante bachiller Lesbia Judith Castillo Medrano, en la elaboración del trabajo intitulado **DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**, respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Que el contenido científico y técnico de la tesis se ajustan a los requerimientos que se deben cumplir acorde a la normativa de los trabajos de investigación establecidos por nuestra casa de estudios.
- b) La metodología y las técnicas de investigación que se utilizaron fueron la investigación documental, investigación, científico, sintético, como los métodos inductivo y deductivo, los que se adecuan a los lineamientos de los trabajos profesionales y su aporte a las ciencias jurídicas, en una forma de hacer conciencia en los ejecutores de justicia del derecho positivo, en el sentido de aplicar y aprobar equitativamente el derecho consuetudinario acorde a las costumbres de los implicados en delitos en sus comunidades y el reconocimiento pleno de las sentencias emanadas de sus autoridades.
- c) La redacción es congruente con los temas tratados en la presente investigación, además de poner en evidencia la imperiosa necesidad de llevar a cabo el reconocimiento pleno y la aprobación del derecho consuetudinario a favor de las comunidades indígenas del altiplano guatemalteco.
- d) Para la sustentante, ha sido un reto abordar este tema dado que en nuestro país, no hay un reconocimiento y legislación concreta que se encuadre a los problemas jurídicos que se presentan con las personas que cometen faltas y delitos en sus grupos étnicos y la mala praxis en aplicar leyes generales y no específicas, en el juzgamiento de estas personas.



BUFETE JURÍDICO
LIC. CESAR AUGUSTO SAZO MARTINEZ
2ª avenida 9 – 59 zona 7, Col. Landívar
Guatemala, ciudad.
Celular 5411 – 7486

e) Las conclusiones y recomendaciones planteadas en mi opinión, están sustentadas en el derecho constitucional, al hacer notar la falta de equidad al ser castigados dos veces, el derecho a ser juzgado conforme a sus costumbres, entre otros, por lo que en definitiva, el contenido del presente trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la norma respectiva.

f) A mi juicio, las fuentes de información se centraron en parte en la legislación del país, que son de aplicabilidad general y la bibliografía obtenida a través de textos de consulta y del servicio de Internet, cuyo contenido aunque no aborda el vacío legal existente de una legislación que sea equitativa acorde a las necesidades y derechos de estas personas en el mundo jurídico; por lo que cumple 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; por lo que resulta procedente dar el DICTAMEN FAVORABLE del mismo, aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente

Licenciado
Cesar Augusto Sazo Martínez
Abogado y Notario

Lic. Cesar Augusto Sazo Martínez
Colegiado No. 10,161



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, 02 de julio de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO **JORGE SAMUEL CABRERA SARAIVIA**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante **LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO**, intitulado “**DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**”.

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

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

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iyc





LIC. JORGE SAMUEL CABRERA SARAVIA
12 CALLE 1- 25 ZONA 10, EDIFICIO GÉMINIS 10 OF. 5 TORRE SUR
Guatemala, ciudad
Cel. 4400 - 0876

Guatemala, 15 de julio de 2012.

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

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

Firma 

Dr. Bonerge Amilcar Mejía Orellana :

De conformidad con el nombramiento emitido por la jefatura a su cargo, en el que se me designa como revisor de tesis, para apoyar el trabajo de investigación de la estudiante bachiller LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO, intitulado **DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**, por lo que respetuosamente me permito informar a usted lo siguiente:

- a) Habiendo revisado y analizado exhaustivamente el trabajo presentado por la sustentante, se encontró que el contenido científico y técnico del mismo, se ajusta a la normativa de los trabajos de investigación establecidos en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de esta casa de estudios.
- b) En mi opinión, la metodología y las técnicas de investigación que se utilizaron en el mismo, están apegados a los lineamientos establecidos en el normativo respectivo, teniendo como objetivo principal el de contribuir al estudio de tan importante tema, involucrando en él a personas e instituciones gubernamentales y no gubernamentales para que sea reconocido el problema planteado en el presente trabajo de investigación, en beneficio de las personas que en alguna forma sea violentada en sus derechos y se reconozca que el derecho consuetudinario delegado, no puede en ningún momento ser contrario a la ley, para que éstas sean tratadas equitativamente judicialmente en Guatemala.
- c) Igualmente, opino que la redacción de la presente investigación, es coherente con los temas tratados dentro de la tesis, por lo que llena las expectativas y requerimientos establecidos.



LIC. JORGE SAMUEL CABRERA SARAVIA
12 CALLE 1- 25 ZONA 10, EDIFICIO GÉMINIS 10 OF. 5 TORRE SUR
Guatemala, ciudad
Cel. 4400 - 0876

d) El presente trabajo de investigación, se adecúa a los lineamientos de los trabajos profesionales y su aporte a las ciencias jurídicas, es una toma de conciencia para los legisladores guatemaltecos y los que aplican la justicia en el país, en el sentido de reconocer el derecho consuetudinario para que dentro de los procesos que se lleven a cabo con personas indígenas, se les respete como tal y se les juzgue de acuerdo a sus costumbres.

e) Las conclusiones y recomendaciones en mi opinión son pertinentes y apegadas a la problemática presentada en esta investigación, porque buscan la forma de adecuarse al ordenamiento jurídico guatemalteco en protección de los pueblos indígenas en Guatemala.

f) Además opino que por lo novedoso del tema y no habiendo una legislación específica para su aplicación, la bibliografía utilizada y consultada fueron libros de texto referentes al tema en general, así como folletos de instituciones gubernamentales y no gubernamentales y por el servicio de Internet, no habiendo sido vedado los derechos de autor de cada uno; por lo que habiendo cumplido 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, resulta procedente emitir el presente DICTAMEN FAVORABLE, para que se autorice la impresión de la tesis intitulada **DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO CONSUEUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**, presentada por la estudiante bachiller LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO, para que sea discutida y defendida en el examen general público correspondiente.

Atentamente:

LICENCIADO
JORGE SAMUEL CABRERA SARAVIA
ABOGADO NOTARIO
C. 3762
J.S.A.C.



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 10 de octubre de 2012.

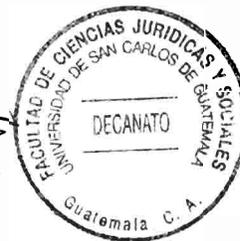
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante LESBIA JUDITH CASTILLO MEDRANO, titulado DE LAS DIFERENCIAS DEL DERECHO POSITIVO Y DERECHO CONSUECUDINARIO Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be "BAMO/iyr.".

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO

A handwritten signature in black ink, corresponding to the name "Lic. Avidán Ortiz Orellana" below it.



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS:** Ser supremo que me ha dado la vida, sabiduría e inteligencia, gracias por tu infinito amor, por todas tus bendiciones derramadas en mí, quien en su misericordia hace posible que hoy, alcance esta meta en mi vida.
- A MIS PADRES:** IGNACIO Y ANGELINA, por ser los pilares de mi vida, gracias por todo lo que han hecho por mí y porque con nada les compenso el amor y apoyo que me han dado, ya que sin eso no fuera posible haber culminado mi sueño que ahora hago suyo.
- A MIS HERMANOS:** SHANDERSON, JOSÉ y HEINEMANN, gracias por su apoyo, con todo mi amor y gratitud.
- A MIS SOBRINOS:** Que sea éste un ejemplo a seguir.
- A MI AMIGA:** MARICELA ESCOBAR, con especial gratitud por su apoyo incondicional, siendo una pieza importante en mi carrera para lograr esta meta; esperando y rogando a Dios que ella logre la suya, que el Creador la bendiga.
- A LOS LICENCIADOS:** ALICIA MARROQUÍN, RICARDO CUELLAR I., GERARDO CASTILLO, gracias por su apoyo y amistad.
- A:** La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por darme la oportunidad de alcanzar esta meta, a través de los conocimientos adquiridos en ella, y ser la experiencia más grande de mi vida que forjará mi desarrollo como persona y profesional, buscando siempre la humildad.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho consuetudinario.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Origen.....	3
1.3. Denominaciones de derecho consuetudinario.....	5
1.4. Formas del derecho consuetudinario.....	7
1.4.1. Derecho consuetudinario delegante.....	7
1.4.2. Derecho consuetudinario delegado.....	8
1.4.3. Derecho consuetudinario derogatorio.....	8
1.5. Costumbre jurídica.....	8
1.5.1. Definición de costumbre jurídica.....	9
1.6. Elementos del derecho consuetudinario.....	11
1.6.1. Elemento objetivo.....	11
1.6.2. Elemento subjetivo.....	11
1.7. Características del derecho consuetudinario.....	11
1.8. Ventajas del derecho consuetudinario.....	14
1.8.1. Aplicación del idioma indígena.....	14
1.8.2. Equidad.....	15
1.8.3. Economía.....	15
1.8.4. Celeridad procesal.....	15
1.8.5. El debate.....	15
1.8.6. La autoridad consuetudinaria es miembro de la misma comunidad..	16
1.8.7. La incorruptibilidad.....	16
1.9. Desventajas del derecho consuetudinario.....	16
1.9.1. Todo el proceso es oral.....	16



Pág.

1.9.2. Las decisiones tomadas por las autoridades indígenas no está codificado.....	17
1.9.3. Solo se resuelven casos de poca relevancia.....	17
1.10. Derecho consuetudinario como fuente de derecho	17
1.11. Derecho consuetudinario y el sistema oficial de justicia	18

CAPÍTULO II

2. El derecho consuetudinario y la Constitución Política de la República de Guatemala	19
2.1. ¿Qué es el derecho constitucional?.....	21
2.2. Función del derecho constitucional.....	22
2.3. La Constitución Política de la República de Guatemala	22
2.4. La Constitución Política de la República de Guatemala como norma fundamental del Estado.....	25
2.5. Estructura de la Constitución Política de la República de Guatemala	25
2.5.1. Parte dogmática o material.....	25
2.5.2. Parte orgánica o formal	25
2.6. Garantías constitucionales.....	26
2.6.1. Amparo.....	27
2.6.2. Exhibición personal	28
2.6.3. La inconstitucionalidad	28
2.6.4. Origen de las garantías constitucionales	28
2.6.5. Aspectos generales	29
2.7. Derechos fundamentales y libertades públicas.....	30
2.7.1. Derechos humanos	31
2.7.2. Clasificación de los derechos humanos	33
2.8. Breve análisis de las garantías individuales en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986	36



CAPÍTULO III

3. Derecho positivo	41
3.1. Concepto de derecho positivo	41
3.2. División del derecho positivo	42
3.2.1. Clasificación del derecho positivo.....	43
3.2.2. Fuentes del derecho.....	43
3.2.3. Clasificación de las fuentes del derecho	45
3.3. Clasificación de las fuentes formales.....	48
3.4. La legislación	48
3.4.1. La importancia de la legislación.....	49
3.5. Derecho natural	51
3.5.1. La teoría ética del derecho natural o de la ley natural.....	53
3.5.2. Nociones históricas del derecho natural.....	55
3.6. La ética de los pueblos mayas.....	56
3.7. La cultura de las leyes en Guatemala.....	58
3.8. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	59
3.8.1. Un foco de conflictos	64
3.9. Diferencias entre derecho positivo y derecho consuetudinario.....	64

CAPÍTULO IV

4. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas	67
4.1. Prácticas tradicionales de justicia	71
4.2. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas por su propia mano	73
4.3. La justicia penal y la diversidad cultural de los pueblos.....	80
4.4. Coordinación en el sistema de justicia entre un grupo, una sociedad y las comunidades indígenas.....	82
4.5. Análisis de la aplicación de justicia en las comunidades indígenas.....	84



	Pág.
CONCLUSIONES	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	91



INTRODUCCIÓN

El derecho consuetudinario indígena, es tan importante en el país, cuyas principales características es ser pluricultural, pluriétnico y multilingüe. En la Constitución Política de la República de Guatemala, se propugna por la igualdad entre los guatemaltecos, y expresamente se reconoce el respeto y la promoción de las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los grupos indígenas. Sin embargo, este registro formal es quizás el aspecto más superficial y sencillo del problema, pues la retórica jurídica no necesariamente representa la solución de los grandes problemas que enfrentan las comunidades indígenas del país en cuanto a la aplicación de justicia.

La que debe interpretarse como opción de futuro donde se reconozca el derecho consuetudinario a la autodeterminación y control territorial. En Guatemala, su reconocimiento conlleva a una lucha por derribar los mecanismos de dominación y hegemonía étnica que han determinado, previamente, la segregación y la exclusión de los indígenas considerados inferiores racialmente y por tanto, conquistados y sometidos. La lucha democrática de liberación nacional debe incorporar la derogación de dicho mito, si se busca desarrollar un Estado de base multiétnica. La represión a las formas de participación, mediación y negociación del movimiento indígena pone en evidencia la falta de hegemonía multiétnica.

La hipótesis fundamental se confirmó en la presente investigación, la cual consistió en que siendo Guatemala un país donde la mayoría de la población es indígena y al no estar el derecho consuetudinario real y objetivamente reconocido, provoca una situación social y realidad étnica incompatibles con una verdadera democracia y un consolidado Estado de Derecho.

Como objetivo general, se planteo: determinar las responsabilidades legales en que pueden incurrir los operadores de justicia en el conocimiento y aplicación del derecho positivo en relación al derecho consuetudinario, como los principios constitucionales



que son quebrantados con el irrespeto de las costumbres de los pueblos indígenas en Guatemala; para establecer la propuesta de reformas que abra las puertas al respeto de la pluralidad cultural, lingüística y étnica, reconocimiento que es uno de los grandes temores sobre la desintegración territorial, la ruptura de la unidad nacional y la división del Estado, según sectores minoritarios.

El trabajo está comprendido en cuatro capítulos: En el que el primer capítulo se desarrolló, el concepto y definición del tema central, la historia del derecho, las fuentes del derecho, el origen del derecho consuetudinario, el origen del derecho positivo, y los entes encargados de aplicarlos y su alcance; el segundo, trata todo lo referente al derecho constitucional guatemalteco y las funciones que cumple éste a través de la Corte de Constitucionalidad; en el tercero, se refiere a la jurisdicción y competencia del derecho consuetudinario y derecho positivo, y cómo surgen éstos; y para finalizar, en el cuarto, comprende las ponencias para las reformas a la Constitución Política de la República, el reconocimiento real y positivo del derecho positivo.

En el desarrollo del presente trabajo, se analizaron y aplicaron los métodos científico, analítico y sintético, y las técnicas de investigación documental y de trabajo de campo, ya que sin la utilización de éstos no se habría obtenido una satisfactoria realización de esta investigación.

La aplicación pronta y cumplida de la justicia en el derecho consuetudinario, constituye el instrumento primordial de los pueblos indígenas para el desarrollo y consecución de una justicia social, en este sentido, por su carácter especializado no permite ninguna injerencia, en virtud de sus enunciados y principios propios, por ello, el Estado de Guatemala debe buscar los mecanismos para la consecución de una real y verdadera aplicación del derecho consuetudinario.



CAPÍTULO I

1. El derecho consuetudinario

Se reúnen algunos criterios emitidos por autores nacionales e internacionales, en relación al tema de la definición del derecho consuetudinario y el derecho positivo, a fin de obtener una visión teórica del tema objeto de estudio.

El derecho indígena es un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo. Es posible definirlo como un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo. Su objetivo es buscar la armonía en la población, por lo que es necesario que todas las partes en conflicto asuman el proceso en forma voluntaria.

1.1. Definición

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, lo define de la siguiente manera: "Derecho consuetudinario es el que surge y persiste por obra de la costumbre con trascendencia jurídica"¹. También el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, de Guillermo Cabanellas preceptúa: "El derecho consuetudinario es el que nace de la costumbre..."². El Diccionario Enciclopédico Ilustrado, de Ramón Sopena, estipula: "Derecho consuetudinario o no escrito, es el introducido por la costumbre practicada por mucho tiempo"³.

¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 232

² Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo II. Pág. 578

³ Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado**. Tomo I. Pág. 326



Luis Alberto Padilla, al referirse al tema indica: "...queda perfectamente claro que 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 eficacia mayor que el del derecho positivo. Se trata pues de un 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 jurídicas"⁴.

Para Rodolfo Stavenhagen, derecho consuetudinario, generalmente se refiere a: "un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado"⁵.

La enciclopedia jurídica Omeba cita a Del Vecchio, que decía: "Donde hay hombre hay sociedad, y donde hay sociedad hay derecho"⁶

En mi opinión, respetando las definiciones anteriores, concluyo expresando que derecho consuetudinario indígena, es el conjunto de normas jurídicas no escritas, de origen popular e impuestas por el uso popular, que regulan la conducta de las personas en las comunidades indígenas, que son aceptadas, respetadas, practicadas y cumplidas espontáneamente por sus miembros.

⁴ Padilla, Luis Alberto. **La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala.** Pág. 264

⁵ Stavenhagen, Rodolfo. **Entre la ley y la costumbre.** Pág. 21

⁶ **Ibid.** Pág. 29



1.2. Origen

Se puede decir categóricamente que la costumbre en su manifestación primitiva es anterior a todo derecho, puesto que antes de existir preceptos jurídicos los hombres se acomodaban a las costumbres; la que considerada en su aspecto jurídico es, por lo tanto, fuente del derecho en general. En este sentido, todos los pueblos del mundo han tenido un sistema jurídico propio que lo han transmitido de generación en generación; algunos en forma escrita, otros en forma oral, por lo que puede afirmarse que el derecho nació juntamente con la humanidad, pues en una sociedad donde no hubiese un sistema ordenador y regulador no sería posible la convivencia humana.

En los orígenes de todo pueblo fue la costumbre la que consagró la práctica jurídica diaria, la que impuso un modus vivendi que se hizo imprescindible a todos. Es verdad que las teorías que justifican su primacía en la antigüedad y su fundamento como fuente de derecho, no están acordes en sus conceptos y difieren en sus conclusiones. Sin embargo, no por ello se deja de observar a la costumbre como la mano rectora del derecho, pues siempre refleja un estado de necesidad del grupo social, para plasmarlo por fin en la norma escrita que lo rigiera. Norma que primero fue transmitiéndose oralmente y que después se asentó en copiosas legislaciones que no fueron otra cosa que una compilación de usos y costumbres practicadas hasta el momento. Es difícil establecer el verdadero origen del sistema normativo que practicaba el pueblo indígena en la época precolombina, porque no hay pruebas suficientes, es decir no está escrito ni codificado; sin embargo, Raphaél Girard manifiesta: "Aunque no es posible aún precisar la época de la llegada de los primeros hombres al hemisferio occidental, las teorías más



aceptadas, en la actualidad, consideran que hace 30,000 ó 40,000 años los asiáticos cruzaron, a pie, el ancho puente terrestre de Bering, que comunicaba el Viejo y el Nuevo Mundo”⁷.

En contraposición a todo ello el Título de los Señores de Totonicapán, que es una historia del pueblo de Totonicapán, escrito más o menos en 1554 y traducido al español en 1834 por el padre Dionisio Chonay, dice: “Los sabios, los nahuales, los jefes y caudillos de tres grandes pueblos y de otros que se agregaron, llamados U Mamae (los viejos), extendiendo la vista por las cuatro partes del mundo y por todo lo que hay bajo el cielo, y no encontrando inconveniente, se vinieron de la otra parte del océano, de allá de donde sale el sol, lugar llamado Pa Tulán, Pa Civán”⁸.

Lo anterior se complementa con lo expuesto por el historiador Adrián I. Chávez, que, refiriéndose al Pop Wuj, señala: “...los habitantes precolombinos de Guatemala no eran autóctonos, tampoco vinieron del Asia, en el primer pasaje dice: ...del otro lado del mar, y en el segundo: ...donde sale el sol. Enlazando los dos pensamientos surge la verdad histórica: “halla del otro lado del mar donde sale el sol”⁹. Indiscutiblemente al hacer esta observación se está refiriendo que éstos provinieron del lado del Océano Atlántico.

Además, este historiador concluye: “por los aspectos de la vida de los indígenas prehispánicos, se desprende como consecuencia que tenían una cultura propia original la que trajeron, del otro lado del mar donde sale el sol, si hubieran venido del Asia, diría el manuscrito, del otro lado del mar donde baja el sol, Poniente, entonces los antepasados

⁷ Omeba **Enciclopedia jurídica**. Tomo V. Pág. 11

⁸ Girard, Raphael. **Historia de las civilizaciones antiguas de América**. Tomo I. Pág. 31

⁹ Chávez, Adrián. **Ki-ché tzib, escritura ki-ché y otros temas**. Pág. 317



de los Ki-ches vinieron del otro lado del Atlántico y con ellos toda su sabiduría y tradiciones en cuenta su habla”¹⁰.

“Innegablemente cuando parte del pueblo indígena llegaron y se establecieron en el lugar que denominaron Xocotlán, continuaron practicando el mismo sistema normativo que trajeron del lugar de su procedencia; en consecuencia sus dialectos que es una prueba auténtica para afirmar que desde que nació el pueblo nativo, nació también ese ordenamiento jurídico propio que hoy es conocido como derecho consuetudinario o costumbre jurídica y también la vigencia que tiene actualmente este derecho en las comunidades rurales, indicio sustancial que su origen fue a partir del nacimiento de este pueblo”¹¹.

1.3. Denominaciones de derecho consuetudinario

Es importante analizar la importancia que se le da a la tradición, y el Derecho Consuetudinario significativamente es más consistente y está más vertebrado en los pueblos indígenas que han logrado contra poner una larga tradición cultural a un estado prolongado de subordinación. En el caso de los indígenas de Guatemala, continúan practicando el ordenamiento jurídico propio que utilizaban antes de la conquista española, que hoy día los juristas, antropólogos y sociólogos les dan diferentes denominaciones, por ejemplo:

¹⁰ Chávez, Adrián. *Ob. Cit.* Pág. 323

¹¹ *Ibid.* Pág. 324



- Derecho alternativo;
- Derecho ancestral;
- Derecho comunal;
- Derecho comunitario;
- Derecho consuetudinario;
- Derecho democrático;
- Derecho indígena;
- Derecho maya;
- Derecho no escrito;
- Derecho tradicional; y,
- Costumbre jurídica.

Es de suponer, que los diferentes grupos indígenas, crearon y observaron su propio sistema normativo, el que posiblemente no se le conocía como derecho consuetudinario; pero al ser conquistados en forma violenta, el grupo dominador les impone un derecho escrito y codificado en un idioma totalmente extraño a ellos.



Rodolfo Stavenhagen, acertadamente asevera que: “Es preciso reconocer que la idea del mismo derecho consuetudinario surge en el momento en que las sociedades europeas establecen su dominio colonial sobre pueblos no occidentales y tratan de imponer su propio derecho a los pueblos sometidos. En otras palabras, la relación entre el derecho colonial y el o los derechos consuetudinarios es históricamente una relación de poder entre una sociedad dominante y una sociedad dominada”¹².

1.4. Formas del derecho consuetudinario

El tratadista Eduardo García Máynez, citado por la enciclopedia jurídica Omeba, escribe y dice que: “existen tres formas del derecho consuetudinario:

- Derecho consuetudinario delegante;
- Derecho consuetudinario delegado; y,
- Derecho consuetudinario derogatorio”¹³.

1.4.1. Derecho consuetudinario delegante

Este derecho consuetudinario surge y se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita, se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre se halla entonces supra ordenada a la ley.

¹² Stavenhagen. **Ob. Cit.** Pág. 33

¹³ Omeba. Enciclopedia jurídica. **Ob. Cit.** Pág. 12



1.4.2. Derecho consuetudinario delegado

Éste está subordinado al derecho escrito, prevalece en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para dilucidar determinadas controversias. El derecho consuetudinario delegado, no puede en ningún momento ser contrario a la ley.

1.4.3. Derecho consuetudinario derogatorio

Es el que aprueba que la costumbre pueda desenvolverse en sentido contrario a la Ley; es el caso de la costumbre derogatoria.

1.5. Costumbre jurídica

La costumbre representa aquellos hábitos o usos de la sociedad que repetidos varias veces en el tiempo definen una norma consuetudinaria. De todas maneras no toda práctica más o menos repetida, constituye una costumbre jurídica válida como fuente formal, sino que se exigen ciertos requisitos. Primero; debe existir el elemento material, el cual hace referencia a que debe ser una conducta o práctica reiterada de manera durable, constante y nítida, es decir debe tratarse de actos precisos mantenidos durante un lapso prolongado de tiempo. Segundo; el elemento psicológico, que consiste en que tiene que existir una certeza de la sociedad de que esa es la conducta imperativa, es decir, su acatamiento debe manifestar un requerimiento jurídico. Ambos requisitos deben estar presentes para que una conducta se transforme en una regla consuetudinaria ya que ofrecen cierta garantía en la solidez de la conducta y no dan lugar a la ambigüedad de la misma.



1.5.1. Definición de costumbre jurídica

“Es la voluntad del pueblo, nacida por estímulos de necesidad constante o conveniencia social, constituyendo una regla jurídica positiva que se presenta como una práctica producida por el uso y hábito que a fuerza de ser repetida e imitada por otros hombres, se convierte en dirección común para todos, adquiriendo, por resultado lógico, naturaleza de ley”¹⁴.

“...Para que la costumbre adquiriera fuerza de ley, se asignan las siguientes condiciones:

- 1º Que se deduzca del uso repetido y continuado de ciertos actos con la tolerancia del legislador;
- 2º Que los actos ejecutados sean lícitos y honestos;
- 3º. Que exista notoriedad para los que deban observarla; y,
- 4º. Que sea obligatoria o de efectos naturalmente obligatorios”¹⁵.

Igualmente, la enciclopedia jurídica Omeba, cuando se refiere a la costumbre jurídica, enumera tres clases:

- Costumbre según la ley;
- Costumbre fuera de la ley; y,

¹⁴ Sopena, Ramón. **Ob. Cit.** Tomo II. Pág. 1,157

¹⁵ **Ibid.** Pág. 1163.



- Costumbre contra la ley.

Y señala que: “la clasificación enunciada, se relaciona de una u otra manera con la ley, entonces, para lograr una neta diferencia entre costumbre y ley, es necesario tener presente que la costumbre es una manifestación espontánea del derecho, mientras que la ley es manifestación reflexiva y mediata del mismo”¹⁶.

- **Costumbre según ley**

Esta costumbre realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones y ajustándose a su letra.

- **Costumbre fuera de ley**

Corrige los errores o deficiencias que presenta la norma legal. Debe prever aquello no previsto por la ley.

- **Costumbre contra la ley**

Es la costumbre que puede derogar la ley perjudicial. Es opuesta a ella, pero que en algunas épocas y legislaciones se ha considerado eficaz.

¹⁶ Omeba. **Ob. Cit.** Pág. 13



1.6. Elementos del derecho consuetudinario

La doctrina exige dos elementos o condiciones fundamentales para que pueda hablarse de la costumbre como materia de derecho consuetudinario, dentro del ámbito jurídico en Guatemala: Elemento objetivo y Elemento subjetivo.

1.6.1. Elemento objetivo

Este elemento está constituido por la práctica de los seres humanos, la actuación o la exteriorización de un acto o conducta. Consiste en que la comunidad practica en forma prolongada determinada costumbre. En doctrina se le denomina: *inverata consuetudo*.

1.6.2. Elemento subjetivo

Consiste en la idea de que la costumbre es jurídicamente obligatoria, adquiriendo un carácter obligatorio, transformándose en derecho eficaz, como consecuencia de su persistencia en el tiempo y del convencimiento arraigado de quienes la practican; o es aquel que está constituido por la convicción de que la práctica consuetudinaria es lo mejor para obtener la convivencia de la comunidad indígena. La doctrina le denomina: *Opino juris*.

1.7. Características del derecho consuetudinario

La diversidad cultural, a pesar de ser un tema que traspasa los Estados latinoamericanos desde su misma conformación, no ha merecido una reflexión teórica ni análisis hasta,



prácticamente, las últimas dos décadas. Las razones de esta falta de interés o abandono deben buscarse en una suma de diferentes factores. Se puede decir, como consecuencia, que el derecho consuetudinario se ha basado en la defensa de su idioma y ha significado, como se dijo al inicio, un factor de resistencia de los pueblos indígenas, constituyéndose en un bastión de la defensa de la dignidad e identidad como pueblos con origen y con historia propia, sobre todo con el futuro a construir sobre la base de sí mismo; y, dentro de las principales características del derecho consuetudinario indígena, se dice que:

- **Es legítimo**

Porque el derecho consuetudinario se basa fundamentalmente en la costumbre y los usos locales, y por lo tanto, goza de una total legitimación por la colectividad, en consecuencia la normativa es resultado del consenso entre las partes en conflicto, es decir que se llega a un acuerdo.

- **Es conciliatorio**

Porque la autoridad del derecho consuetudinario dirime los conflictos entre los vecinos, a través de la armonía, el respeto y el buen trato, buscando el acuerdo entre las partes. María Teresa Sierra, afirma: "Las conciliaciones en los pueblos no son solo espacios de armonía y de consenso, sino arenas de encuentro, donde afloran las tensiones vecinales"¹⁷.

¹⁷ Sierra, María Teresa. **Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena**. Pág. 234



- **Es imparcial**

Porque la autoridad comunal resuelve los problemas jurídicos consuetudinarios en forma equitativa, razonable y justa. La aplicación del derecho consuetudinario, en cuanto a las sanciones que administra al infractor, no atiende únicamente en relación al daño causado, sino se dirige en función de la familia de éste y en función de la propia colectividad.

- **Es oral**

Los usos y costumbres que se practican se transmiten de generación en generación, las normas orales están manifiestas en los hechos y se materializan en la costumbre. El orden jurídico indígena tiene en la palabra su forma de expresión y existencia, gracias a la tradición oral se transmite y se entiende. Por otro lado, a través de códigos orales se pone en relación con representaciones y prácticas sociales. La tradición oral es un sistema de información que conjuga prácticas sociales, memoria histórica, concepción del mundo, normas y valores, la tradición oral, está íntimamente ligada a la cultura e identidad de un pueblo o colectividad que lo manifiesta. Porque todo el proceso se realiza de viva voz, es decir que se usa la palabra, no hay nada escrito.

- **Es consiente**

Porque la normatividad se fundamenta en valores y principios que se transmiten oralmente de generación en generación, y valoran por ejemplo, la unidad de la comunidad, la convivencia pacífica, la solidaridad de las personas hacia su comunidad, el respeto por la naturaleza, las personas y sus bienes, etc.



- **Es discrecional**

Los usuarios del derecho consuetudinario, tienen la libertad de elegir a la autoridad consuetudinaria o a las autoridades del sistema oficial de justicia, para la solución de conflictos.

- **Es positivo**

Es un derecho que se practica en la realidad, porque esto se produce a diario en las comunidades indígenas y ellos mismos resuelven de acuerdo a su costumbre.

- **Es dinámico**

Porque la mayoría de los casos jurídicos consuetudinarios se resuelven en una sola audiencia y si mucho en dos.

1.8. Ventajas del derecho consuetudinario

Se hace alusión en este apartado de las ventajas propias del derecho consuetudinario, que se considera que no son todas, pero son las que con más frecuencia son utilizadas en la aplicación del derecho consuetudinario, en la resolución de los conflictos.

1.8.1. Aplicación del idioma indígena

Las partes en conflicto al recurrir a las autoridades indígenas se comunican fácilmente en su mismo idioma, creando de esta manera confianza en la solución de los conflictos y por consiguiente no existe una interpretación deformada en sus resoluciones.



1.8.2. Equidad

El conciliador de la comunidad indígena resuelve sin preferencias en alguna de las partes.

1.8.3. Economía

Esta es una ventaja porque el conciliador desempeña su cargo adhonorem y las partes evitan pagar honorarios de asesoría jurídica, también pagar transporte, ya que las comunidades indígenas, se encuentran muy distantes de los tribunales de sistema oficial de justicia.

1.8.4. Celeridad procesal

Se eliminan todos aquellos requisitos, formalidades o solemnidades propias del sistema jurídico oficial, eliminándose también los trámites burocráticos. La mayoría de las conciliaciones se agotan en una audiencia y algunas veces en dos.

1.8.5. El debate

Ésta es una etapa en la cual la autoridad comunal cita a las partes a una audiencia, con el fin de resolver su situación jurídica. En esta etapa la autoridad comunal les propone a las partes, fórmulas ecuánimes para llegar a una conciliación. Las actitudes de las partes en la audiencia pueden ser:

1º- Llegar a una conciliación;

2º- Renunciar a sus derechos cuando no llegan a un acuerdo; o,



3º- Pedir que se traslade el caso al sistema jurídico oficial.

1.8.6. La autoridad consuetudinaria es miembro de la misma comunidad

Ésta viene a ser una ventaja muy valiosa, en virtud que los usuarios del derecho consuetudinario toman en consideración que su autoridad los atiende en el mismo idioma que ellos hablan, y además conocen la buena o mala manera de vivir de cada miembro de la comunidad.

1.8.7. La incorruptibilidad

Los jueces consuetudinarios resuelven los problemas con mucha transparencia o pureza, lo que garantiza un resultado apegado a las circunstancias del hecho.

1.9. Desventajas del derecho consuetudinario

Como todo sistema tiene ventajas y desventajas, en este apartado se hará mención de algunas desventajas propias del derecho consuetudinario, que no son todas pero las más relevantes.

1.9.1. Todo el proceso es oral

Significa que no queda escrito el arreglo a que las partes lleguen, en consecuencia cada proceso será resuelto de otra manera.



1.9.2. Las decisiones tomadas por las autoridades indígenas no está codificado

No existe ley escrita, en la que se fundamenten los operadores del derecho consuetudinario, en la aplicación de sus decisiones.

1.9.3. Solo se resuelven casos de poca relevancia

Dado el carácter de ser un derecho autóctono, solo se resuelven casos que no causan un impacto de gran magnitud en la sociedad, es por ello que no se tramitan casos en los cuales la autoridad indígena tenga que emitir una sentencia de privación de libertad, aunque no existen fronteras bien definidas que delimiten los alcances y los límites jurídicos de este tipo de derecho.

1.10. Derecho consuetudinario como fuente de derecho

La ciencia jurídica clasifica a la costumbre como fuente de derecho, porque la costumbre jurídica ha sido y es el principio o la fuente de expresión del derecho. Sin esta costumbre jurídica no existiera el derecho, porque éste se ha ido formando a través de lo que se repite constantemente en la práctica social. Al respecto, el tratadista Guillermo Cabanellas afirma que: "Hay quienes sostienen que la primera y principal fuente del derecho es la costumbre, anterior a la ley escrita, y la que verdaderamente expresa normas surgidas espontáneamente del consenso público, para llenar necesidades generales..."¹⁸.

¹⁸ Cabanellas. **Ob. Cit.** Tomo II. Pág. 402



Tomando como ejemplo Roma, al lado del derecho consuetudinario de los patricios, apareció el de los plebeyos, y al fundir ambos, se estableció la legislación decenviral, o sea, las Leyes de las Doce Tablas; otro ejemplo digno de mencionar es el que se refiere a la liturgia, en donde se entiende por costumbre, aquellos usos, ritos o prácticas no previstos por la sagrada congregación de ritos, ni en los libros litúrgicos que vienen observándose en más o menos tiempo de la Iglesia universal o iglesia particular.

1.11. Derecho consuetudinario y el sistema oficial de justicia

Habiendo quedado establecido entonces, existe una estrecha relación entre el derecho consuetudinario indígena y el sistema jurídico oficial, es más, es importante establecer que uno es paralelo del otro, y en la actualidad, tal circunstancia se denota con mayor énfasis; sin embargo, dadas las características del derecho consuetudinario hay diferencia en el tratamiento o procedimiento, por ejemplo en el sistema oficial, es imprescindible la institucionalización que sufren las normas con el surgimiento del Estado y la denominación en cuerpos jurídicos, como es el caso de los Códigos, Reglamentos, Decretos, etc., mientras que en el derecho consuetudinario no existen; el derecho positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas en un ámbito territorial, que abarca toda la creación jurídica del legislador, tanto del pasado como la vigente, recogida en forma de ley escrita.



CAPÍTULO II

2. El derecho consuetudinario y la Constitución Política de la República de Guatemala

Al introducirse al estudio del derecho constitucional, se debe entender que la Constitución, es la fuente por excelencia del derecho, es la norma primigenia, es la fuente de todas las otras leyes que pasan a integrar con ella el ordenamiento jurídico por voluntad de un pueblo, el que determina los límites a los sujetos de poder y por tanto a sus esferas de acción, lo que por tradición se conocen los tres poderes del Estado de Guatemala como lo son Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Como todo derecho, ya sea público, privado o consuetudinario, requiere de un método, el cual se logra determinar por la índole de la disciplina, por los factores y elementos que deben estudiarse y por el objeto de la investigación y elaboración doctrinaria o positiva, pues el método es tan necesario al doctrinario como al legislador.

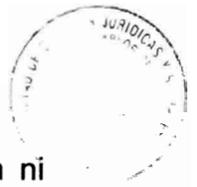
Parece obvio decir que el método debe ser jurídico, es decir, un método inductivo y deductivo. Cuando se indica sobre el método inductivo es necesario denotar que este método es esencial, es sin duda, porque mediante él se establecen los principios. Para poder establecer esos principios se recurre al método experimental, este método tiene la característica de ser histórico y crítico; al igual que al método a posteriori, el que está revestido de mayor importancia sociológica; y al método racional a priori, éste no consiste en meras abstracciones filosóficas, sino que en concepciones ideales que tienen siempre una base real, como son los estados de conciencia jurídica.



La formación del derecho constitucional como ciencia autónoma y sistemáticamente ordenada, tiene lugar bien entrado el siglo XIX cuando se cristaliza el Estado constitucional, y para la existencia de ello contribuyeron:

- Las constituciones escritas, pues con ello el orden jurídico total del Estado es una esfera clara y sistemática distinta de las demás.
- Lo simple de la organización jurídico política del Estado absolutista, es sustituido por un complicado sistema de división de poder y atribución de competencias.
- Las normas jurídicas constitucionales aparecen, como pocas esferas impregnadas de criterios axiológicos, es decir valores políticos y éticos.

Durante un lapso de tiempo más o menos largo, el derecho constitucional fue concebido como un estudio metódico de la Constitución, en parte histórico es decir a sus antecedentes inmediatos, por otra parte filosófico lográndose estudiar las razones de ser de las distintas instituciones y del valor de las mismas en sus fines, e incluso exegético cuando se logra expresar todos aquellos comentarios de los preceptos constitucionales, y ha sido considerado el derecho constitucional como una rama más del derecho positivo. Posteriormente, bajo la influencia de las doctrinas alemanas especialmente, dentro de las doctrinas europeas, fue considerado también como ciencia del Estado que comprende el estudio del origen, formación y desarrollo de los grupos sociales, de la sociedad humana de base territorial que precede al Estado y también de la ciencia estatal en su aspecto político, que determinaron en la estructura del derecho constitucional modificaciones que han afectado su unidad lógica. De todo lo anterior, se infiere en indicar lo siguiente: que



el derecho constitucional es una disciplina estrictamente jurídica, y no sociológica ni política.

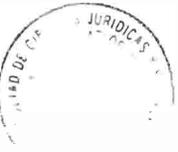
Dentro del derecho constitucional se comprenderán las leyes fundamentales del Estado las que establecen la forma del gobierno, así como la determinación de cada uno de los derechos de los individuos y a la par de ellos la indicación de los deberes a que están obligados a cumplir, lográndose con el cumplimiento de éstos el bien común. Al mismo tiempo se denotan todos aquellos derechos y cada uno de los deberes que rigen a toda organización humana. De igual manera corresponde al derecho constitucional, a través de su contenido, la determinación de la ordenación de las competencias supremas del Estado.

Todas aquellas normas e instituciones atinentes a la organización, ejercicio y poder del Estado y los derechos y libertades básicas del individuo y sus grupos, en una estructura social es estudiada por el derecho constitucional.

Se hace referencia a lo siguiente: Todas aquellas normas de carácter fundamental, esenciales y principales, están determinadas y definidas en un documento de supremacía jerárquica dentro del ordenamiento jurídico nacional, como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986.

2.1. ¿Qué es el derecho constitucional?

El derecho constitucional, se puede definir de la siguiente manera y se dice que es:” Rama del derecho público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes,



la declaración de los derechos y deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan”¹⁹.

Para autores como López Aguilar, considera que: “el derecho constitucional guatemalteco por ser aún la terminología predominante en nuestro medio, diremos que es el derecho que regula lo relativo al territorio del Estado de Guatemala, su forma de gobierno, la nacionalidad y los derechos ciudadanos, garantías individuales y sociales, la estructura de gobierno y las atribuciones de cada uno de sus órganos”²⁰.

2.2. Función del derecho constitucional

El derecho constitucional cumple con una función fundamental, la cual consiste en asegurar el fin político. Este relacionado fin, se hará patente mediante las normas jurídicas, para poder asegurar la existencia de la comunidad humana. El derecho constitucional es considerado como una disciplina jurídica, aunque el conjunto de sus normas evidentemente tienen una función política en el concepto de gobierno, pero dichas normas constitucionales son jurídicas en su concreción positiva, precisamente para lograr que se asegure ese fin político por considerarse su finalidad primordial.

2.3. La Constitución Política de la República de Guatemala

Un concepto que ayudará a comprender el término Constitución, es el siguiente: Es la “Ley fundamental de la organización de un Estado”²¹.

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 317

²⁰ **Ibid.** Pág. 118

²¹ Prado, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Pág. 13



Al respecto, se refiere a lo que se llama soberanía constituyente, o sea la potestad que el pueblo tiene de darse un gobierno y establecer normas de convivencia social y jurídica que aseguran la libertad, mediante disposiciones protectoras de los derechos y deberes. Esas normas tienen su concreción positiva en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, que siempre es, en mayor o menor grado, también jurídica.

En lo que se refiere a los elementos que debe tener toda Constitución se puede indicar que éstos pueden ser de dos tipos:

- Regulación y limitación del poder público del Estado; y,
- Establecimiento de las garantías y derechos de sus habitantes.

La Constitución es variada y múltiple, la cual constituye un orden jurídico fundamental, estable e integral de una Nación, tanto de gobernantes como de gobernados. Es decir, que contenga los fundamentos indispensables que la hagan si no permanente, al menos estable, siendo éstos los siguientes:

- En el orden jurídico, la constitución está dirigida a una sociedad organizada en el derecho y sujeta a normas escritas y no escritas, cumplidas o no por los miembros del Estado.
- En el marco fundamental integral y establecido que comprenda a todas las instituciones que esa organización social desea, elaboradas por ellos y para ellos.



- Imposición de todos los habitantes ya no sólo a los miembros de la nación, sociedad organizada, sino a todos los que siendo transeúntes deben quedar sujetos a su poder. Regula y limita los poderes del Estado y a la vez, establece no como concesión, las garantías y derechos de los habitantes en general, nacionales, extranjeros, permanentes o transeúntes.

En la condición adjunta de que toda constitución rige esencialmente en cuanto a:

- Ser una norma jurídica que organiza al Estado, al poder público.
- Ser una norma que establece y fija las relaciones estatales y del poder público.
- Ser una norma que establece principios básicos de derecho público.
- Ser una norma que garantiza los derechos de los habitantes, sin distinción de raza, credo o condición social.

Por estas causas, se habla de los aportes elementales de una Constitución al decir que es material, porque contiene un conjunto de principios, instituciones, formas de vida que los integrantes de una sociedad han adoptado como medio de regular sus relaciones y lograr superación colectiva; y que es formal porque es un conjunto de principios, normas y reglas de carácter fundamental consignados por escrito y en forma sistemática, lo cual concluye el llamarse Carta Magna o Constitución.



2.4. La Constitución Política de la República de Guatemala como norma fundamental del Estado

Dentro de un proceso constituyente, se formó un cuerpo integrante legítimo con representación de muchos partidos y corrientes que obligó a una negociación permanente. Después de varios meses de trabajo, la Asamblea Nacional Constituyente promulgó la nueva Constitución el 31 de mayo de 1985, la que entró en vigencia de acuerdo con un Artículo transitorio, el 14 de enero de 1986, cuando quedó instalado el Congreso de la República de Guatemala. Posteriormente, dicha Constitución fue reformada luego de un referéndum en 1993.

2.5. Estructura de la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, decretada, sancionada y promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, en primer lugar cabe mencionar que es la normativa fundamental vigente en el país, y que cumple con lo que doctrinariamente se entiende como partes, siendo éstas las siguientes: dogmática o material y orgánica o formal.

2.5.1. Parte dogmática o material

En este primer apartado se reconocen los derechos individuales y de la ciudadanía.

2.5.2. Parte orgánica o formal

En este segundo apartado, es dedicado a determinar la organización del Estado.



La Carta Magna guatemalteca está dividida en ocho Títulos, siendo éstos:

- Título I La persona humana, fines y deberes del Estado.
- Título II Derechos Humanos
- Título III El Estado
- Título IV Poder Público
- Título V Estructura y Organización del Estado.
- Título VI Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional.
- Título VII Reformas a la Constitución.
- Título VIII Disposiciones transitorias y finales.

2.6. Garantías constitucionales

Las garantías constitucionales, constituyen los principios y mecanismos que la misma Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, contiene para asegurar y proteger los derechos fundamentales que declara y consagra, constituyen medios jurídicos predominantes de calidad procesal, las cuales están endilgadas a la reintegración del orden constitucional, cuando el mismo ha sido desconocido, vulnerado o quebrantado por los órganos del Estado, sucediendo esta situación en normas constitucionales.



Es indistinta la persona, sea ésta individual o jurídica, que puede utilizar esos institutos constitucionales para resguardar el orden a efecto de situar al organismo o dependencia estatal a la norma que la Constitución le faculta hacer; y en forma análoga para la defensa de la Constitución se crearon instituciones de garantía, las cuales serán desarrolladas en forma continua.

Así mismo establece una serie de garantías, que por su importancia permiten tratarlas en dos distintas dimensiones, siendo éstas las siguientes: Primera dimensión: Son todas aquellas que él legislador constituyente agrupó en el título sexto de la Ley fundamental denominado: Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, que se distinguen porque configuran la llamada justicia constitucional y se conocen con el nombre de:

2.6.1. Amparo

El amparo, es una institución regulada dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, y constituye una garantía contra la arbitrariedad, o sea cuando existe vulneración por parte de la autoridad de cualquier índole por que ha actuado fuera de las atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente violando las garantías establecidas en la Constitución y se integra como defensa constitucional extraordinaria y procede, cuando se da cualquier situación que produzca o pueda producir amenaza, riesgo, restricción o violación a los derechos que la Constitución o las leyes de la República reconocen, ya sea que provengan de personas y entidades de derecho público o privado.



2.6.2. Exhibición personal

Ésta es una garantía para preservar la libertad individual. Toda persona en el país, está investida de la garantía de gozar de la libertad y de la proyección a la misma, y es el Estado el obligado de garantizarla y protegerla, así como la vida humana, la integridad y la seguridad personal, de tal manera que esta garantía, llamada anteriormente habeas corpus, es un control para defender los principios constitucionales mencionados.

2.6.3. La inconstitucionalidad

Ésta es una garantía de la supremacía constitucional. Se persigue que la legislación se mantenga dentro de los límites que la propia Constitución ha fijado. Se hará funcional cuando cualquier ley, reglamento, disposición gubernativa y de otra índole contravengan la Constitución o porque presenten signos o vicios totales o parciales de estar en contra de ella. Esta garantía es fundamental pues a través de ella se sujeciona el poder público al orden jurídico en los tribunales constitucionales.

La segunda dimensión: Dentro de esta se encuentran todas aquellas garantías que también el legislador constituyente incorporó al texto constitucional y que se hallan esparcidas entre las declaraciones o derechos que se relacionan principalmente, con los de carácter individual.

2.6.4. Origen de las garantías constitucionales

En connivencia a las garantías constitucionales es imperativo conocer sus antecedentes, se inicia indicando que esta expresión principió a usarse en el ámbito político a partir de



la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en Francia en el año 1789, y cuyo Artículo 12 establece: “La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública y que esta se halla instituida en beneficio de todos y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada”. Desde entonces uno de los deberes del Estado, probablemente el más importante de todos, es el de salvaguardar los derechos de las personas y darles una protección eficaz, es decir asegurar el cumplimiento de las garantías constitucionales.

Las anteriores declaraciones de derechos, las norteamericanas de Virginia del 12 de junio de 1776, de Pennsylvania del 28 de septiembre del mismo año, de Massachussets del dos de marzo de 1780, y de New Hampshire del 31 de octubre de 1783, proclamaron los derechos de las personas y su protección, pero no utilizaron la palabra garantías.

2.6.5. Aspectos generales

Los derechos de las personas, desde la perspectiva del Estado, son las garantías constitucionales. Esta garantía constitucional es la forma o sistema de asegurar y proteger los derechos fundamentales, de manera que su goce y disfrute sean efectivos. El derecho fundamental consiste en determinada situación y la garantía es otra diferente, ya que esta última consiste en los principios o mecanismos previstos para hacer efectivos los primeros es decir los derechos fundamentales. Los aspectos de la personalidad humana jurídicamente protegidos, vistos desde la óptica de los favorecidos con aquella protección, se llaman garantías constitucionales. De modo que enfocados desde abajo, son derechos y visto desde arriba son garantías.



Los derechos consisten en bienes del hombre o aspectos de su actividad amparados jurídicamente frente al Estado y a los particulares. Las garantías, son los mecanismos que el Estado crea para hacer eficaz ese amparo.

Con relación a las garantías constitucionales, se puede señalar que éstas son las que ofrece la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, en el sentido de que se cumplirán y se respetarán los derechos que en ella se consagran, tanto en lo que se refiere al ejercicio de los de carácter privado como a los de índole pública.

La persona humana es titular de una serie de derechos y tiene derechos subjetivos, pero es el Estado el que los hace efectivos. Para ello ha creado instancias judiciales y mecanismos administrativos, a fin de que no queden simplemente en el papel, sino que reciban una protección jurídica y política eficaz. No basta con la declaración de un derecho; es menester asegurar su eficacia. Asegurarla incluso con la imposición de penas a quienes la violen. La garantía es el acto de afianzar lo prescrito en las normas constitucionales.

2.7. Derechos fundamentales y libertades públicas

Las necesarias complejidades del proceso democrático, no deben hacer olvidar en ningún momento el principio normativo democrático de la primacía de los derechos humanos fundamentales sobre cualquier otro interés político. Las normas del Estado que, al proponer la inviolabilidad de los derechos fundamentales de los individuos, establecen un límite insuperable a la acción de los grupos y las instituciones en el marco democrático.



Así, son los principios consagrados por la figura del Estado de derecho los que, por varias vías, garantizan que los derechos humanos fundamentales no resulten afectados por los posibles efectos negativos del mecanismo de representación. El elemento de continuidad del liberalismo es ciertamente la defensa de los derechos individuales en el marco del Estado de derecho, suceda lo que suceda.

El principio democrático que postula que los derechos fundamentales de las minorías deben ser respetados por las decisiones de la mayoría, implica que así fuese un sólo hombre quien se opusiera a la voluntad de la mayoría, su derecho a hacerlo estaría garantizado por el Estado de derecho.

2.7.1. Derechos humanos

En primer lugar, vale la pena señalar que los derechos humanos son un mensaje de vida, para poder vivir más y mejor. Estos constituyen la facultad que las normas atribuyen a la protección de la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a sus costumbres, a su ley natural, a su participación política y social o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en toda comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás, de los grupos sociales y del Estado y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción. En general, los derechos humanos son los derechos inherentes a la naturaleza humana y sin los cuales no se puede vivir como seres humanos.

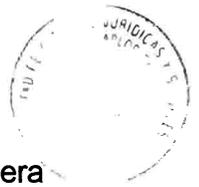
La Constitución Política de la República de Guatemala, instituye en el Artículo 46 la preeminencia del derecho internacional: "Se establece el principio general de que en



materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. El Artículo 175 de la referida ley, insta la jerarquía constitucional, regulando: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure”. Finalmente, el Artículo 204 del mismo ordenamiento jurídico, asienta las condiciones esenciales de la administración de justicia, estableciendo que: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

La supremacía de la Constitución, parte de una inexcusabilidad en tanto y en cuanto que la Constitución es una norma suprema con rango superior a todas las demás normas del ordenamiento jurídico, fundamentándose en su función de norma normarum. La Corte de Constitucionalidad ha señalado que en la cúspide del ordenamiento jurídico está la Constitución y ésta, como Ley Suprema, es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado constitucional de derecho. Al hacer un breve análisis el Artículo 46 constitucional, expresa de manera tajante, que ésta cede ante cualquier tratado internacional de derechos humanos, no así ante cualquier otro tratado. Los derechos y libertades son la esencia de un Estado democrático y toda la parte orgánica de la Constitución está, y siempre lo estará, al servicio de la parte dogmática de la misma, donde se incluyen todos los derechos humanos en sentido insoslayable e infalible.

El principio de complementariedad, que ostentan los Tratados internacionales de derechos humanos, como elemento de complemento a la Constitución, señala que esta



clase de convenios, dada su naturaleza, tienen como único fin el aditamento que pudiera necesitar cualquier Constitución. En consecuencia, este principio enmarca la Jerarquía Constitucional que adquieren los Tratados internacionales de esta naturaleza. Con esto se deduce la importancia y la inexcusabilidad que gozan los tratados de derechos humanos. Se ha manifestado que existe una antinomia entre el Artículo 46 y 204 constitucional, pero se ha indicado que el Artículo 204 garantiza la prevalencia constitucional sobre cualquier ley o tratado, pero tiene aplicación sólo cuando de la confrontación entre disposiciones de derecho interno y disposiciones de la Constitución o tratados, surja contradicción.

En conclusión, se puede indicar que todo habitante de la nación, debe tener una enorme profundidad de sentimientos en pro de los derechos humanos, no sólo como ser humano, sino también, por lo establecido en la misma Constitución, la cual no se aparta en absoluto de los postulados modernos que le dan una prioridad ineluctable a los derechos humanos de cualquier ciudadano.

2.7.2. Clasificación de los derechos humanos

Dentro de esta clasificación, la más importante y de interés para esta investigación son:

- Derechos de tercera generación

Se ha denominado así, a un conjunto de nuevos derechos humanos que tienen como característica específica que los sujetos de esos nuevos derechos son los pueblos y la persona humana. Ya no se trata de seguir únicamente la línea de la protección de los



derechos individuales, sino también buscar la protección de los derechos de los grupos sociales, de los Estados y de la humanidad entera. Las distintas generaciones de los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, o sea, que, sin los derechos de primera generación, no podrían generarse los derechos de segunda generación y sin ambos, no podrían existir ni concretarse los derechos de tercera generación.

- Derecho guatemalteco

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce tanto los derechos individuales como los derechos sociales y los derechos civiles y políticos. En el Título II se refiere a los derechos humanos en un conjunto de Artículos que inician en el Artículo 3 y finalizan con el Artículo 139.

De la anterior especificación, se puede desarrollar lo siguiente:

Derechos individuales, reconocidos también como derechos humanos de primera generación:

Para Manuel Ossorio en su Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, define los derechos individuales de esta manera: "Conjunto de aquellos de que gozan los individuos como particulares y que no pueden ser restringidos por los gobernantes. Como medio de garantizarlos, a partir de la revolución francesa (Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano por la Asamblea Nacional de 1789), se consagran en las Cartas fundamentales de todos los países civilizados. Son derechos individuales: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, al trabajo, a la libertad de



pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación, de circulación, de defensa en juicio, entre otros”²².

Este tipo de derechos son aquellas garantías que las constituciones conceden a favor de todos los habitantes del Estado, pero cabe hacer la observación que es el conjunto de derechos de los cuales no cabe privar al individuo como tal sino excepcionalmente con arreglo a las leyes. Mucho se ha indicado que dentro de éstos derechos individuales se encuentran el derecho a la vida, la integridad física, la seguridad, la igualdad y la libertad. Asimismo consagran la libertad de pensamiento, de religión, de asociación y el libre desplazamiento.

En la Constitución Política de la República de Guatemala, se encuentran consagrados los derechos individuales en el Capítulo I, derechos individuales; del Título II, derechos humanos, contemplados del Artículo 3 al 46. Entre ellos se encuentran: el derecho a la vida, a la libertad e igualdad, derechos del detenido, derecho de defensa, derechos de menores de edad, derecho de asilo, derecho de petición, derecho de reunión y manifestación, derecho de asociación, libertad de emisión del pensamiento, libertad de religión, propiedad privada, derecho de autor. Los derechos individuales están plasmados para proteger al individuo en particular. En consonancia a los derechos sociales se hace hincapié que este tipo, suponen prestaciones positivas del poder público o la creación de condiciones sociales para el desenvolvimiento de la personalidad, pudiendo entonces llamárseles derecho a la plenitud humana, o sea el pleno desarrollo de la persona de todos y cada uno de los miembros de una comunidad política, con la ayuda de la acción

²² Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 330



del Estado. La figura del desenvolvimiento personal tiene lugar, es decir, se patentiza mediante la prestación de servicios públicos o bien mediante una transformación del orden social.

Los derechos sociales nacen en función de situaciones de desequilibrio social y con el propósito de realizar un nuevo equilibrio o reajuste de la sociedad. Estos derechos son predominantemente derechos de las clases menos dotadas económicamente o de grupos marginados por razones biológicas, culturales, económicas o sociales, para defender su subsistencia y su desarrollo físico y espiritual, o para equipararlos de una seguridad económica; e incluso para reordenar la distribución de los bienes económicos y culturales de la sociedad de acuerdo a sus costumbres que convencionalmente implican luego, una reforma del orden social como proyección de los principios de seguridad y justicia social, que operan un proceso de redistribución de los bienes económicos y culturales.

Todos los derechos sociales tienden al desarrollo integral de la persona colectivamente contemplada, lo que significa atender las necesidades de la comunidad en general; plasmados constitucionalmente, para lograr el desarrollo integral de la personalidad humana dentro de la comunidad guatemalteca.

2.8. Breve análisis de las garantías individuales en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986

Dentro de este apartado se hará un análisis en forma efímera de las garantías individuales de libertad, seguridad y de igualdad que se encuentran establecidas en la



Constitución Política de la República de Guatemala. El hombre, por su condición de ser humano, es lo más esencial, primario y central dentro de todo el ordenamiento estatal, ello es comprobable al estudiar el fundamento normativo del Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, se encuentra instituida la protección a la persona, en el cual se establece que: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”.

El relacionado Artículo, trae como consecuencia inmediata la regulación del Artículo 2 de la normativa constitucional, cuyo epígrafe indica los deberes del Estado, el cual regula: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Lo cual es realizable a través de las competencias que la misma Constitución y la ley les otorga a los órganos administrativos, para la aplicación de políticas que tiendan a beneficiar a la mayoría de la población y ¿los indígenas?

Los valores humanos a que se refiere, deben ser preocupación fundamental del Estado, es decir, que lo lírico de los Artículos mencionados se vuelva positivo y que los encargados de aplicar e interpretar las leyes lo hagan, porque están convencidos de que el derecho debe imperar, dominar y prevalecer sin distinciones ni discriminaciones. Otro Artículo de imperativa importancia y análisis es el Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que son los derechos inherentes a la persona humana, el cual estipula: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso



jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Los derechos que se hacen mención en el Articulado constitucional, visto desde un punto supra, únicamente son declarados por la ley fundamental, ya que éstos son anteriores y existen desde que el hombre es hombre, tesis que defiende el derecho natural.

El Artículo 44 constitucional anteriormente citado, acepta que además de los derechos individuales y garantías consignadas en la Constitución, existen otros que también son objeto de protección porque precisamente son inherentes a la persona.

Al hacer mención y breve análisis de los Artículos constitucionales anteriormente indicados se reflexiona que, la aplicación de estos Artículos no determina la situación específica que pueda encontrarse el particular, sino que abarca cualquier situación encuadrable en los mismos, por tal motivo y en exégesis de lo acentuado, las sanciones que se llevan a cabo en audiencia pública en los lugares del altiplano de Guatemala, deben de hacerse efectivos a los indígenas en forma imperativa en la aplicación de estas garantías, logrando de esta manera erradicar con ello este tipo de violación a sus derechos como persona.

La Constitución Política de la República vigente, en el Artículo 121 preceptúa que: "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos



indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones".

Además, se subraya en este apartado que las normas tradicionales que inspiran, adecuan y norman la vida de los pueblos, no son motivaciones solitarias e intrascendentes; al contrario, constituyen el depósito cultural que ha de inspirar en cualquier momento una forma de tratamiento especial para quienes viven conformando una colectividad cuyos problemas son comunes; y al no cumplirse, se traducirá en la supresión absoluta y total de la vulneración de los derechos más elementales y fundamentales constitucionalmente de los implicados en violaciones de cualquier tipo dentro de sus comunidades y que resultan ser las víctimas directas de esta mala praxis jurídica.





CAPÍTULO III

3. Derecho positivo

El derecho positivo, es el conjunto de normas jurídicas escritas en un ámbito territorial en el que de manera puntual genera polémicas de ser el más normativo, y que abarca toda la creación jurídica del legislador, nunca del pasado y sólo la vigente, no sólo recogida en forma de lo que viene siendo la ley.

El derecho positivo, es por lo tanto, aquel conjunto de normas obligatorias, emanadas de la autoridad del Estado que se traducen en leyes, costumbres, jurisprudencia, reglamentos, resoluciones administrativas o judiciales, etc., cuya aplicación puede ser exigida en forma coactiva por la propia autoridad estatal.

3.1. Concepto de derecho positivo

El concepto de derecho positivo está basado en el positivismo, corriente de pensamiento jurídico que considera al derecho como una creación del ser humano. El hombre crea el derecho, las leyes siendo éstas, la voluntad del soberano que crean Derecho. Al contrario del derecho natural, según el cual el derecho estaba en el mundo previamente, y el ser humano se limitaba meramente a descubrirlo y aplicarlo en todo el sentido de la palabra. En este sentido, el derecho positivo descansa en la teoría del normativismo que fuera elaborado por el teórico del derecho Hans Kelsen en el siglo XX, y que estructura al derecho según una jerarquía de normas que sigue una jerarquía normativa. Desde el punto de vista de otras escuelas de pensamiento jurídico, que no excluyen la existencia del derecho natural o derecho divino, el derecho positivo sería aquel que emana de las



personas, de la sociedad, y que debe obedecer a los anteriores para ser justo y legítimo. Así, se entiende el derecho positivo como un derecho puesto o dado desde el Estado.

3.2. División del derecho positivo

El positivismo jurídico se divide en formalista y sociológico. El primero, estudia las formas jurídicas y surge en el siglo XIX con dos escuelas como precursoras de esta corriente: en Francia la Escuela Exégesis, y en Alemania la Escuela Dogmática alemana. En cuanto al positivismo jurídico de carácter sociológico, estudia el impacto del derecho positivo en la sociedad. Sus escuelas precursoras son en Francia la Escuela Social francesa, y en Alemania el Movimiento del Derecho Libre alemán, ambas del siglo XIX - XX.

La concepción del positivismo jurídico abarca un solo derecho, lo que también se conoce como monismo jurídico: el derecho positivo. En cambio, para el iusnaturalismo o derecho natural, existen dos derechos o sea el dualismo jurídico: el derecho positivo y el derecho natural. Este último se define como el conjunto de principios o valores superiores a los cuales se puede acceder a través de la capacidad humana y que prevalecen sobre el derecho positivo y son siempre válidos.

El origen de esta doctrina es tan antiguo como el derecho, y puede rastrearse intelectualmente desde el paso del mito al logos en la Grecia Antigua. Los derechos positivos, en plural, son por tanto conceptualmente diferentes de los derechos naturales.



3.2.1. Clasificación del derecho positivo

- Por su grado de efectividad: vigente y no vigente;
- Por su forma de manifestarse: escrito y no escrito; y,
- Por la materia que regula: público y privado.

La tridimensionalidad del derecho el derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social y con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva de acuerdo a unos específicos valores, justicia y libertad.

3.2.2. Fuentes del derecho

Fuente, significa origen, nacimiento, principio de algo. Desde el punto de vista jurídico significa las causas o fenómenos que le dan origen. El ser humano dotado de libre voluntad es la causa directa del ordenamiento jurídico. Esta expresión, fuente del derecho, puede ser utilizada en cuatro acepciones diferentes, de las cuales interesa solo una, lo cual genera malentendidos al estudiar fuentes del derecho. En primer lugar se puede hablar de fuente, como la fuente de conocimiento, es decir, lo que es y ha sido históricamente el derecho. En segundo lugar, se habla de fuente de inspiración. A través de esto se estudian las bases en las que se inspira el legislador para crear leyes. Esto hace referencia, por ejemplo, a que el Código Civil uruguayo se inspiró en el Código Civil francés, es decir que el legislador nacional tomó como modelo el Código Civil francés.



Es decir, se plantea el problema de saber de dónde surge el derecho. Según se reflexiona, esto conduce a otro problema: saber de dónde extraen su validez las normas jurídicas, a través de qué fuente fundamentan su obligatoriedad. Esta es la tercera significación de la expresión, fuente formal o de validez. No interesa cómo se dio origen a la norma sino su forma de manifestarse para saber si obliga o no.

O indicar, cómo tienen que manifestarse los mandatos jurídicos para adquirir valor y eficacia obligatoria y, por lo tanto, merecer el carácter de normas que obligan de forma general. En otras palabras, las fuentes formales son las formas obligadas y preestablecidas que deben tomar las pautas de conducta exterior para imputarse coercitivamente. Lo que importa son las fuentes en sentido formal, es decir, cuál es la forma del derecho que va a obligar.

En contraposición al concepto de fuente formal se encuentra el de fuente material o de producción. Ésta es aquella que origina o crea el contenido concreto de la norma de derecho. No se trata de saber cuál es la forma de la norma, sino cuál es su materia o su contenido. Las acepciones de fuente formal y fuente material, se confunden ya que en la mayoría de los casos un mismo procedimiento es a la vez fuente formal y fuente material, de la norma jurídica.

Por ejemplo, la norma jurídica que establece que se debe pagar una suma de dinero al Fisco por impuesto tiene como fuente material la ley, ésta es la que ha dado contenido material a esa norma jurídica. A su vez, es la misma ley la fuente de validez formal, lo que hace que esa regla de conducta sea obligatoria, y lo que por lo tanto, impone el deber de pagar el impuesto.



Las fuentes del derecho no constituyen la totalidad del fenómeno jurídico, no son el origen último del derecho, sino la prueba indicadora, las partes inmediatamente utilizables y socialmente válidas, la expresión humana; y la fuente de derecho que interesa es la formal.

Existen varios argumentos diferentes para considerar a una u otra fuente como la fuente formal del derecho.

3.2.3. Clasificación de las fuentes del derecho

Para poder clasificar las fuentes del derecho, hay que hacerse las preguntas siguientes, ¿en dónde se encuentra el derecho? ¿Qué factores van a determinar el contenido de las normas? ¿Cuáles son las formas en que se expresan o manifiestan las normas jurídicas? Por lo que partiendo de esto y de acuerdo a la doctrina tradicional, se clasifican en:

- Fuentes históricas;
- Fuentes reales o materiales; y,
- Fuentes formales.

➤ Fuentes históricas

Se refiere a los lugares en donde el derecho ha quedado plasmado. El derecho en sí, es una obra humana y se necesita plasmarlo de alguna forma, sea en documentos, papiros, estelas, monumentos. En Guatemala, la evolución del sistema jurídico, se encuentra el



derecho precolombino en monumentos arqueológicos, escultóricos y pictóricos de mayas y descendientes, de donde se deduce que su sistema de gobierno era teocrático poder de la divinidad; en Época Colonial en documentos como La Recopilación de las leyes de las Indias (Derecho Indiano); en Época Post-independiente distintas constituciones: Constitución Federal de 1824: gobierno federal para las cinco repúblicas; La Constitución del Estado de Guatemala de 1825, limitó la soberanía del Estado subordinándolo al pacto de Unión de la Federación de Centro América; Acta Constitutiva de la República de Guatemala de 1851; la Ley Constitucional de la República de Guatemala de 1879; Constitución Política de la República de Centro América de 1921 (gobierno federal de Guatemala, Honduras y El Salvador); y en las Constituciones de Guatemala de 1945, 1956, 1965 y 1985.

➤ **Fuentes reales o materiales**

Al responder a la interrogante a qué factores determinan el contenido de las normas jurídicas, hay que referirse a lo que la ciencia del derecho denomina fuentes reales: factores y circunstancias que provocan la aparición y determinan el contenido de las normas jurídicas y el antecedente lógico y material. Las normas obedecen a múltiples causas de tipo político, religioso, económico, social y biológico. El legislador no toma en cuenta sólo los factores reales, sino a la vez los ideales y racionales que constituyen los valores que el derecho tiende a realizar, como el punto de equilibrio entre ideal de justicia y factores reales.



a) Factores reales, principales factores

Datos biológicos: No se puede dejar de tomar en cuenta los hechos básicos de la vida, así como las diferencias de sexo, edad, etc. El derecho no ignora la diferencia de sexo en muchas situaciones, así como la edad.

Datos económicos: Existe una realidad económica que influye y condiciona las normas jurídicas sin caer en la equivocada absolutización marxista.

Datos sociales: La realidad social suministra una serie de datos que influyen en el desarrollo y contenido del Derecho, Unión de Hecho.

Datos políticos: Se observa el fenómeno del poder, la diferenciación entre gobernante y gobernados.

b) Factores racionales e ideales, parte del derecho natural

Los datos racionales, son el conjunto de preceptos que la razón muestra y son postulados por la naturaleza; son exigencias universales, absolutas. Los datos ideales que deben ser respetados en todo tiempo y lugar, complementan los datos racionales como el respeto a la vida.

➤ Fuentes formales

Son las formas en que se expresan o manifiestan las normas jurídicas, las formas obligadas que deben revestir los preceptos de conducta exterior para imponerse



socialmente. Son los medios o modos utilizados por él para poderse expresar. Cada sistema de derecho predetermina cuáles deben ser las formalidades que han de observarse para la creación de sus normas. Son medios de control que limitan y regulan.

3.3. Clasificación de las fuentes formales

- Directas: Aquellas que contienen y exteriorizan la norma jurídica de cumplimiento obligatorio; legislación, costumbre y la jurisprudencia obligatoria: doctrina legal.
- Indirectas: No contienen la norma de derecho, pero contribuyen a su creación. La doctrina de los juristas, la jurisprudencia no obligatoria, los principios generales del derecho.

3.4. La legislación

La Legislación o la Ley, es una de las fuentes del derecho, uno de los modos en que se manifiestan las normas que regulan con carácter obligatorio la convivencia humana. En los países que tienen derecho escrito, la legislación es la más importante de las fuentes formales; siendo el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a la que se le da el nombre específico de leyes. La Ley es para algunos autores la norma jurídica general originada en la legislación y esta legislación, es el establecimiento de normas generales por un órgano de la comunidad autorizado para el efecto.



3.4.1. La importancia de la legislación

La costumbre fue la principal fuente formal; al irse complicando la vida en sociedad fueron apareciendo órganos estatales técnicos con autoridad para analizar el contenido de las normas consuetudinarias.

La costumbre ha ido perdiendo importancia frente a la legislación salvo en pueblos anglosajones, la cual a partir del siglo XVIII adquiere mayor importancia y se cristalizaron principios democráticos en virtud del cual, el derecho emana de la voluntad del pueblo soberano. La teoría de la división de poderes de Montesquieu contribuyó a dar importancia a la legislación, al asignarle a un órgano del Estado la potestad de formular y promulgar las leyes, situación que se presenta en el país, al cederle este poder al Organismo Legislativo, es decir al Congreso de la República de Guatemala.

El proceso legislativo, supone la existencia de una serie de actividades que deben ser realizadas por los órganos estatales competentes, constituyendo cada una de ellas, etapas específicas que deberán irse desarrollando hasta llegar a la efectiva formación de la ley. Las etapas del moderno proceso legislativo, según la doctrina jurídica son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y publicación.

a) Iniciativa

Es el acto por el cual un proyecto de ley es presentado a la consideración del Organismo Legislativo por los órganos del Estado, debidamente facultados para ello. En Guatemala el Artículo 174 de la Constitución Política de la República, estipula que en Guatemala,



tienen iniciativa de ley: Los diputados del Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, La Universidad de San Carlos de Guatemala, y el Tribunal Supremo Electoral.

b) Discusión

Es el acto por el cual el Organismo Legislativo delibera acerca de los proyectos presentados, discutiendo sobre la conveniencia de aprobarlos o no. En nuestra constitución, el Artículo 176 establece que admitido un proyecto de ley se pondrá a discusión en tres sesiones diferentes celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga bien discutido en la tercera sesión.

c) Aprobación

Tras discutir el proyecto de ley, el Organismo Legislativo lo somete a votación. Para aprobarlo se debe contar con el voto favorable de la mayoría absoluta es decir, la mitad más uno de los miembros que integran el Congreso, salvo casos especiales que se contemplan en el Artículo 159 de la Constitución Política de la República, que establece un número especial de votos.

d) Sanción

Ésta es la aceptación por parte del Organismo Ejecutivo de un proyecto de ley ya debidamente aprobado por el Organismo Legislativo; en Guatemala la sanción del Poder Ejecutivo debe ser otorgado en un plazo máximo de 15 días, desde la recepción del



proyecto; en caso contrario, se tiene por sancionado y debe promulgarse como ley de la República a los ocho días siguientes.

- Derecho de veto: De acuerdo al Artículo 178 de la Constitución Política de la República, es la facultad del Organismo Ejecutivo de oponerse, previo acuerdo tomado en Consejo de Ministros.
- Primacía legislativa: Es la facultad que la Constitución Política de la República le otorga al Congreso en caso que el Ejecutivo ejerza el derecho de veto; mediante la ratificación del proyecto con el voto favorable de las dos terceras partes del total de diputados que lo integran; en ese caso el Ejecutivo deberá sancionar y promulgar la ley; si no lo hace, el Congreso de la República ordena la publicación.
- Promulgación: Significa que el Ejecutivo ordena que la ley debe ser publicada después que fue aprobada.
- Publicación: Es el acto por el cual una ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a la colectividad. Y según lo estipulado en el Artículo 180 de la Constitución Política de la República, la ley debe ser publicada en Diario Oficial y empieza a regir ocho días después de su publicación salvo disposición de la misma ley. Y la *vacatio legis* que es el período entre la publicación de ley y su entrada en vigor.

3.5. Derecho natural

El iusnaturalismo o derecho natural, es un enfoque filosófico del derecho que postula la existencia de un cuerpo de derechos del hombre universal, anterior y superior o



independiente al ordenamiento jurídico positivo, fundados en la naturaleza humana. Las teorías sobre el derecho natural o la ley natural tienen dos vertientes analíticas principales relacionadas. Por una parte, una vertiente ética y, por otra, una vertiente sobre la legitimidad de las leyes. La finalidad de la ley natural, es la explicación de relaciones constantes entre fenómenos; son fórmulas destinadas a explicar hechos; se refieren a lo que es; implican la existencia de relaciones necesarias entre fenómenos; expresan relaciones indefectibles que no pueden faltar, es válida cuando es verdadera.

La finalidad de las normas es provocar un comportamiento; se refieren a lo que debe ser; su supuesto filosófico es la libertad de los sujetos a quienes obliga; exige una conducta que en todo caso debe ser observada, pero que, puede no llegar a realizarse; las normas se cumplen de manera ineluctable que no se puede luchar contra ello, esta característica no deriva de las normas, sino de la índole de los sujetos a quienes se encuentra destinada; son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio.

La vigencia del derecho consuetudinario, en la conciencia de las poblaciones indígenas muestra, en principio, la resistencia y, en consecuencia, la lucha político social de las poblaciones ante el carácter hegemónico de ese derecho occidental que los ha esclavizado. La vigencia del derecho consuetudinario, muestra las fases de protección de los usos y costumbres y formas de vida social comunitaria aún no contaminadas o poco contaminadas por el orden cultural occidental. Formas sociales que hay que preservar bajo aspectos formales del ordenamiento jurídico estatal, desgraciadamente utilizando instrumento técnico jurídico del sistema occidental, lógicamente para la preservación de ese derecho consuetudinario. Una contradicción en sí misma.



El derecho consuetudinario, al ser una práctica de carácter social presente en la conciencia de los pueblos que los pone en la práctica, puede ser considerado dentro de los derechos de la tercera generación o derechos a la solidaridad. Ejerciendo y positivando el derecho consuetudinario, se está previendo un ejercicio protegido por ese Derecho al desarrollo. Y por último, el derecho consuetudinario constituye potencialmente un deber ser que debe resguardarse mediante la creación de normas constitucionales y originarias.

3.5.1. La teoría ética del derecho natural o de la ley natural

La teoría ética del derecho natural o de la ley natural que no son lo mismo, parte de las premisas de que primero, el hombre es un fin en sí mismo; segundo, los humanos son racionales y tercero, los humanos desean vivir, de seguir viviendo, y hacerlo de una manera adecuada. De ahí, el teórico del derecho natural llega a la conclusión de que hay que vivir de acuerdo a como se es, de acuerdo con a la naturaleza humana. De no hacerlo así, se autodestruiría. Eso supone que los seres humanos comparten características comunes, una naturaleza o esencia: características físicas y químicas, biológicas, psicológicas, sociales y culturales.

Eso hace que las formas de vida se puedan vivir satisfactoriamente y no sean ilimitadas debido a las necesidades. Habitualmente, una objeción que se suele poner a esta teoría es la variabilidad de la conducta humana. Sin embargo, la teoría pretende señalar que no todo es bueno para las personas. Y de este modo, la teoría del derecho natural ha contribuido a dar a luz a las teorías de los derechos y a una forma, entre otras, de dar

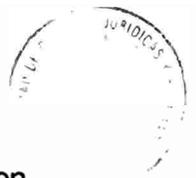


razones para justificar los derechos humanos y los derechos fundamentales. Pese a ello, eso no quiere decir que toda teoría del derecho natural conduzca, necesariamente, a que hay una sola forma de vida correcta para los seres humanos.

En consecuencia, el derecho natural no sería un conjunto único de normas que no tolera la diversidad en el significado de vivir lo mejor posible. Sin embargo, esa visión monolítica del derecho natural es muy corriente y depende de un argumento falaz que John Finnis ha denominado, el argumento de la facultad pervertida. Según dicha visión monolítica hay acciones malas simplemente porque no son naturales, entendiéndose por no natural lo que viola los principios del funcionamiento biológico humano. Por ejemplo, sin vida biológica no hay ser humano, por tanto cualquier interferencia al curso libre de la vida biológica humana; matar a alguien con electroencefalograma plano, abortar sería malo, se mire como se mire.

Otro ejemplo parecido, es sobre la conducta sexual. Aunque la conducta sexual pueda dar placer no sería para el placer, sino una forma de llevar a la procreación humana que, según esta posición, sería el objetivo de la conducta sexual. Por tanto, el sexo sólo podría ejercerse para la procreación. La iglesia católica es uno de los principales sostenedores de la teoría.

Pero esta forma de entender el derecho natural hace depender la conducta ética del aspecto biológico cuando, en sus orígenes, la teoría del derecho natural subrayaba la racionalidad humana por encima de la biología. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, el iusnaturalismo a veces se escribe jusnaturalismo, mantiene que legitimidad



de las leyes del derecho positivo, esto es, el conjunto de leyes efectivamente vigentes en un Estado, depende del derecho natural.

Así mismo, el que una ley haya sido promulgada por autoridad competente cumpliendo los requisitos formales exigibles no es suficiente para que sea legítima. La posición contraria es el positivismo jurídico o iuspositivismo. Una consecuencia que habitualmente se extrae de la posición iusnaturalista es la siguiente: sería legítimo resistirse a la autoridad cuando intenta imponer el cumplimiento de una ley, que no es compatible con la ley natural.

El atractivo del iusnaturalismo, es que de ese modo se justifica la resistencia a la autoridad abusiva del Estado. El problema es que, así planteadas las cosas, se mezcla la legitimidad moral de una ley con la legalidad de la ley que si ha sido promulgada siguiendo el procedimiento formal adecuado, distinción conceptual en la que hace hincapié el positivismo jurídico.

3.5.2. Nociones históricas del derecho natural

Los orígenes remotos de la idea de derecho natural, se encuentran en los filósofos griegos y claramente en Aristóteles en el siglo IV antes de Cristo. En su *Ética a Nicómaco*, Aristóteles distingue entre la justicia legal o convencional y la justicia natural, expresando: "que en todo lugar tiene la misma fuerza y no existe porque la gente piense esto o aquello". En el mismo lugar, Aristóteles insiste en que las leyes naturales no son inmutables pues en la propia naturaleza humana hay cambios naturales, debido a

principios internos de desarrollo. Y el ser humano tiene como rasgo fundamental la racionalidad que permite indagar en la vida característicamente humana. Este aspecto de la racionalidad será retomado por el Estoicismo desde otro punto de vista. La naturaleza humana forma parte del orden natural. La razón humana es una chispa del fuego creador, del logos, que ordena y unifica el cosmos. La Ley natural es así, Ley de la naturaleza y Ley de la naturaleza humana y esta Ley es la razón. Y esa razón ha sido implantada por la divinidad o los dioses según Aristóteles.

3.6. La ética de los pueblos mayas

Los pueblos mayas guatemaltecos, practican normas éticas basadas en el derecho indígena, que se fundamenta en la costumbre. Las diferencias que existen entre el derecho consuetudinario y el derecho positivo, no tiene razón de existir; sin embargo, existen estas diferencias entre la moral de los ladinos y la moral de los indígenas.

Ya que en materia sancionatoria entre los ladinos, la principal sanción de carácter estricto es la pena de cárcel y la pena de muerte; entre los indígenas, es la pena de la vergüenza, una sanción pública que soporta el infractor, una conducta que censura la comunidad ubicando al infractor en el atrio de la iglesia parroquial, junto a los objetos robados, para que sea visto y sancionado moralmente por la gente de la comunidad. "Ante la conducta irregular, la única solución es llegar al lugar sagrado donde los abuelos o chimanes orientan la petición de protección para mejorar la conducta personal de implicado"²³.

²³ Castillo González, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**. Pág. 14



“Los ladinos, manifiestan rechazo y menosprecio por los ancianos y emplean la palabra viejo, equivalente a insulto. En cambio los indígenas, manifiestan respeto, veneración y autoridad por los ancianos, a quienes por su experiencia y sabiduría, les reconocen como conductores espirituales de la comunidad”²⁴.

“Los ladinos aprueban ciertas conductas contrarias a la ética, cuando afirman, que los cargos públicos deben aprovecharse para el enriquecimiento de la persona, en lugar de censurar al infractor, desean para sí, la oportunidad de ocupar el cargo público. Los indígenas reprueban las conductas contrarias a la ética, exigiendo la renuncia de las autoridades locales, por su negligencia y corrupción”²⁵.

Ninguna afirmación puede hacerse en términos absolutos. Gente honesta y honrada, existe entre ladinos e indígenas. El conflicto armado casi eliminó las conductas éticas entre ladinos e indígenas, fomentando la corrupción y la violencia.

Los ladinos se involucraron en las ejecuciones extraoficiales, recibiendo dinero por dar muerte a las personas, previas torturas, mutilaciones y otros medios infames y degradantes, y los indígenas, aprendieron a denunciar inocentes que, posteriormente fueron masacrados, y aprendieron a matar utilizando el linchamiento y la tortura, enseñados por los ladinos; la descomposición social abarcó a ladinos e indígenas, por igual.

²⁴ **Ibíd.** Pág. 14

²⁵ **Ibíd.** Pág. 14



3.7. La cultura de las leyes en Guatemala

La legislación guatemalteca es abundante y jurídicamente muy pobre; la abundancia se basa en la cultura de las leyes, la que equivale a la resolución de los problemas y conflictos, principalmente sociales y económicos dictando leyes represivas elevando cuantitativamente las penas y las sanciones con excesivamente severidad y argumentan que todo problema y conflicto, encuentran solución, creando y reformando leyes sin tomar en cuenta las causas. El problema y conflicto atacado por leyes, persiste y se agrava, culpando a las leyes y el fracaso en hallar soluciones también se atribuye a las mismas, originado de paso la convicción de que las leyes no son útiles y que en su lugar, es mejor gobernar con discrecionalidad y empleo de la fuerza.

Los Acuerdos de Paz en el año de 1996, vienen a introducir otra modalidad que fueron las comisiones paritarias, las que se denominaron de esta manera por su integración que fue de la mitad de funcionarios y asesores gubernamentales y mitad de dirigentes y asesores indígenas, campesinos, trabajadores, sociedad civil, y asesores extranjeros. Es aquí donde se da el problema ya que los miembros no gubernamentales, se atribuyeron atribuciones o facultades legislativas y redactan proyectos de Decretos, imponiéndolos con toda clase de amenazas y presiones.

Estas comisiones paritarias llegaron a establecer una legislación paralela, a todas luces inconstitucional, constitutiva de delito y carente de técnica jurídica; por lo que de momento, éstas sustituyeron la técnica legislativa por el empirismo político y la ignorancia jurídica, por lo que basados en este fundamento se redacta y aprueba la Ley de

Fontierras que sustituye al INTA, la nueva ley de los Consejos y el nuevo Código Municipal. Otros objetivos explícitos de los Acuerdos de Paz están orientados al cambio del modelo excluyente de Estado hacia una nueva definición, que lo caracterice como pluricultural, multiétnico y multilingüe. Igualmente proponen el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, su idioma, su espiritualidad, su cultura, su derecho consuetudinario. Los Acuerdos de Paz presentan planteamientos tímidos en el plano socio económico, pero son explícitos en la necesidad de construir una nueva institucionalidad más democrática y respetuosa de los derechos humanos. Además, plantean un modelo de justicia plural con tres componentes:

- La reforma de la justicia estatal a fin de que sea más garantista, multicultural y multilingüe;
- El reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario; y,
- El reconocimiento y ampliación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

3.8. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

En marzo de 1996, el Congreso de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, con la opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad; éste



está vigente en Guatemala desde junio de 1997. Con relación a la justicia, el Convenio establece derechos de los indígenas frente a dos situaciones:

- Ante la justicia estatal; y,
- El reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Respecto a los derechos de los indígenas ante la justicia estatal plantea, entre otros, el respeto de su cultura, el uso de sus idiomas mediante intérpretes u otros medios, el derecho de defensa, medidas alternativas a la cárcel, situaciones contenidas en los Artículos 8,1; 9,2; 10;12 del mismo Convenio. Con relación al derecho consuetudinario y temas conexos, el Convenio establece los siguientes derechos:

- Derecho a la identidad cultural. Artículo 2, literal b). El respeto de las “costumbres, tradiciones e instituciones” es parte intrínseca del derecho a la identidad cultural. El derecho a la identidad, es el fundamento del respeto del derecho consuetudinario.
- Derecho al respeto del derecho consuetudinario. Artículo 8,numeral 1). "Cuando se aplique en general la legislación nacional en los pueblos indígenas, se debe respetar el derecho consuetudinario. Esto implica no criminalizarlo, cooptarlo o manipularlo".

Derecho de conservar el derecho consuetudinario. Artículo 8 numeral 2), en el primer párrafo, preceptúa: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los



derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...). Los pueblos indígenas tienen atribución legal a partir de este Convenio, de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas. El Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos.

- Respeto de métodos de control penal. Artículo 9, numeral 1). “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. El Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía. Expresamente, incluye la materia penal y no limita los casos que pueda conocer el derecho consuetudinario por la gravedad de los mismos. El límite que está establecido en este articulado, es el cuerpo legal de control penal que debe ser compatible con los derechos humanos.
- Establecimiento de procedimientos para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. Artículo 8, numeral 2). “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio es decir, que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos”.

Esto significa que si alguien alega que en aplicación del derecho consuetudinario se violan los derechos humanos, deben existir procedimientos para solucionar tal denuncia sin transferir automáticamente el caso a la justicia estatal. Para efectos de



no generar una nueva imposición cultural del derecho estatal, el procedimiento por el cual se resuelva una denuncia por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena, debe permitir hacer una interpretación intercultural de los hechos y del derecho. Esto podría garantizarse, por ejemplo, mediante un tribunal mixto, formado por jueces estatales y autoridades indígenas.

- Adecuación de la legislación nacional al Convenio 69 de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 33, numeral 2), literal b). El Convenio indica que para implementar el Convenio, los programas sobre pueblos indígenas deben incluir: "la proposición de medidas legislativas y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados indígenas". En efecto, éste reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas cuya implementación nacional requiere una adecuación de la legislación y de las instituciones y de un mecanismo de control permanente y por los pueblos indígenas.
- Supremacía de los derechos más favorables. Artículo 35. El Convenio establece que: "primarán los derechos que otorguen más ventajas a los pueblos indígenas así estos provengan de normas inferiores al Convenio o incluso de acuerdos políticos".
- Derecho de consulta. Artículo 6., esto es, que: "si se va a hacer alguna reforma legal o administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas tal debe ser consultada con los mismos".

Esto también aplica a las medidas referidas al reconocimiento legal del derecho consuetudinario o la implementación administrativa de mecanismos de coordinación. En



síntesis, el Convenio 169 reconoce y respeta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, limitando dicho reconocimiento a la no afectación de derechos humanos. Esto obliga a una adecuación normativa a fin de eliminar incoherencias en el derecho interno.

Ello pasa por cambios en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 203 por ejemplo y en Leyes, Códigos y Leyes orgánicas. La pregunta que se puede formular, como parte del Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es la siguiente, ¿Cómo se imparte justicia en Guatemala?, de acuerdo a este Artículo, la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las Leyes. ¿Dónde queda entonces lo juzgado por los jefes tribales que aplican el derecho consuetudinario en sus comunidades? Por lo mismo, para el desarrollo de los Acuerdos de Paz en materia de justicia el AFPC y FESD, creó la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. En su informe, tanto en el preliminar como en el final, la Comisión planteó de modo firme y expresó la necesidad del reconocimiento constitucional del pluralismo legal y del derecho consuetudinario, aun cuando falte seguir estudiando el tema. El informe no propone una fórmula específica para la reforma constitucional, pero da criterios para la misma, así como para la elaboración de una ley de coordinación entre el derecho consuetudinario y la justicia estatal.

Este Convenio se refiere a los derechos humanos en favor de los indígenas; procurándoles una protección especial con el mismo se pueden fundamentar reclamaciones y eventualmente, procesos judiciales. Dentro de éste, es muy importante hacer mención del Artículo 9 del mismo cuerpo legal, en el que se estipula: "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos



interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, y continúa regulando: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

3.8.1. Un foco de conflictos

En atención a lo anterior, es necesario que se aprueben leyes que permitan el ordenamiento y la gestión del territorio y de los recursos de inversión e instituciones capacitadas, dada la falta de seguridad jurídica y a una legislación adecuada, ya que existen problemas jurídicos como las contradicciones entre el texto de la ley, su aplicación y su legitimidad ante una realidad donde las normas cotidianas son otras.

3.9. Diferencias entre derecho positivo y derecho consuetudinario

Autores como Norberto Bobbio, afirman que lo que debe interesarle exclusivamente al jurista es el derecho real frente al derecho ideal, el derecho como hecho en contraposición al derecho como valor, el derecho que es por sobre el derecho que debe ser. En este sentido es de considerar que sin el aporte valiosísimo que brinda la reflexión filosófica, "el derecho positivo queda reducido a coerción o sanción como lo señala Hans Kelsen, y además el mundo jurídico queda privado de sentido, y su creación, interpretación y aplicación resultan fruto de una decisión sin argumentos oponibles"²⁶.

²⁶ Bobbio, Norberto. **Teoría general del derecho**. Pág. 83



Si lo estipula la ley, deberás cumplirlo, ese mensaje es el que nos transmiten Kelsen y tantos otros exponentes del positivismo jurídico. Aunque para ser honestos intelectualmente, hay que hacer una salvedad: no todos los teóricos del positivismo jurídico comparten el positivismo ideológico, dado que hay una diferencia radical entre describir y verificar un hecho, a calificarlo como positivo.

Vale señalar que el derecho consuetudinario, es un conjunto de normas morales de observancia general que de forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social. Al contrario del derecho positivo, que es el conjunto de normas jurídicas escritas en un ámbito territorial, que abarca toda la creación jurídica del legislador, tanto del pasado como la vigente, recogida en forma de ley; ejemplo de esto son la nueva Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, las Leyes orgánicas, los Códigos, entre otras normas escritas que se fundamentan en el derecho consuetudinario.





CAPÍTULO IV

4. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas

El sistema de administración de justicia, es una de las instituciones fundamentales en cualquier sociedad porque cumple por medio del derecho, la función tradicional y esencial de asegurar la coexistencia pacífica de toda comunidad organizada, armonizando las actividades de sus miembros, y porque le corresponde la misión de poner en práctica este objetivo solucionando en forma imparcial, justa y rápida los conflictos que puedan surgir entre los individuos o entre éstos y el Estado; como consecuencia de la vida en comunidad.

Ello es cierto, con respecto al sistema de administración de justicia considerado en su conjunto, y también lo es e incluso, más en lo que atañe al subsistema penal, cuya finalidad fundamental es la de resolver los conflictos individuales y sociales más graves; es decir, aquéllos derivados de la comisión de un delito.

Los sistemas penales, presentan importantes deficiencias tanto en sus estructuras como en su funcionamiento. Las reformas ocasionales de que son objeto suelen ser parciales, derivadas del surgimiento de nuevos códigos, del incremento en el número de tribunales o en el personal de éstos, de la adquisición de equipos o bibliotecas y se realizan sin considerar al sistema de administración de justicia como un conjunto.

Para poder alcanzar su principal objetivo, consistente en colaborar con los gobiernos del área en la promoción de sistemas de justicia accesibles, independientes, justos y



eficientes, dentro de un marco de respeto absoluto por los derechos humanos, y para poder conseguir una mejor planificación en la región de sus programas de investigación, capacitación, asistencia técnica y documentación, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente ILANUD, inició un proyecto regional para el mejoramiento de la administración de justicia.

Para la realización del estudio guatemalteco, se conformó un equipo de profesionales del país integrado por historiadores, juristas, antropólogos y científicos sociales, quienes después de haber elaborado una metodología de trabajo que garantizara la obtención de los objetivos propuestos, efectuaron la investigación, cuyos resultados fueron publicados en forma de un informe final sobre la administración de justicia, que estableció la aplicación de la justicia en las comunidades indígenas por su propia mano.

Hasta ahora, no se ha realizado ningún estudio jurídico antropológico de carácter general sobre la administración de justicia y las comunidades indígenas en Guatemala. Aunque algunas investigaciones han compilado la documentación jurídica que afecta a los naturales y recogido evidencias históricas sobre la desigualdad étnica ante la ley y la incomprensión de los indígenas ante las normas legales; no existen trabajos que aborden el tema de la administración de justicia a partir de las concepciones y experiencias vividas por los miembros de los grupos étnicos del país.

Siendo, de suma importancia capital en un país donde la población indígena representa más de la mitad de la población total. Por esta razón, es fundamental llevar a cabo un



estudio exploratorio sobre este problema, utilizando las técnicas de observación, y métodos de investigación apropiados y dirigidos por personas claves en los cuatro grupos indígenas mayoritarios como lo son: Mam, Quiché, Cakchiquel y Tzutuhil.

El autor Elicinio Torres Mayorga, señala que: "Teóricamente, cualquier investigación sobre este tema tiene que abarcar por lo menos dos grandes ámbitos; como lo son: la existencia de un sistema propio y el funcionamiento del sistema formal oficial cuando el usuario es un natural perteneciente a uno de los distintos grupos étnicos del país"²⁷.

La mitad de la población total es indígena y está concentrada en el occidente del país, donde viven numerosos grupos étnico lingüísticos; principalmente de la agricultura. Los indígenas de Guatemala, han estado tradicionalmente marginados de los procesos de desarrollo. Desde la conquista hasta la actualidad, han sido objeto de opresión y aislamiento; lo que ha acentuado su poca disposición a los cambios tecnológicos y sus patrones de ocupación. La posesión de la tierra, siempre ha estado asociada no sólo a la subsistencia sino también a su sistema de creencias. El cultivo de la milpa, es el foco principal de una cosmogonía siendo la misma la creencia y fe en un determinado cultivo y según la cual este producto está dotado de vida y provee de comida y de bienes. Así pues, la tierra es el asiento de su identidad.

El Estado no ha promulgado normas específicas para los grupos indígenas del país. Se sigue manteniendo el principio de la universalidad del derecho; aunque su aplicación adquiera connotaciones especiales cuando sus destinatarios son los naturales. En la mayoría de las cabeceras municipales, los litigios son resueltos en los juzgados de paz y

²⁷ Torres Mayorga, Elicinio. **Administración de justicia y pueblos indígenas**. Pág. 20



de instancia; en cambio, en los cantones y caseríos parece funcionar un sistema distinto, basado en las costumbres del grupo y en las jerarquías patriarcales. La persistencia de tales costumbres se debe a la inaccesibilidad de ciertos lugares y a la distancia entre numerosas aldeas y los municipios.

En las regiones étnicamente homogéneas, el principal actor de la justicia es el alcalde y, cuando no lo hay; el alcalde auxiliar. En otras zonas, suelen intervenir diversos actores, siendo los más importantes, por orden de importancia, el cura párroco quien imparte justicia informal con respecto a cuestiones civiles tales como matrimonios, nacimientos y defunciones, los pastores y ministros protestantes, los comandantes de las bases militares y los comisionados militares sobre todo en las regiones conflictivas y en materia penal y; los principales, esencialmente en las comunidades donde el poder está desdoblado en alcaldías indígenas y ladinas.

Así pues, se recurre poco a los juzgados, por no estar familiarizados con ellos y no conocer al juez; salvo cuando se trata del alcalde-juez de paz. En numerosos casos se necesitan intérpretes, aunque éstos son mal vistos por cambiar el sentido de las declaraciones prestadas. Los jueces, casi todos ellos ladinos, no parecen prestar gran atención a los asuntos planteados por los indígenas; a quienes se les hace esperar hasta que se solucionen los litigios de los ladinos.

Éstos y los abogados han tenido poca oportunidad de tratar profesionalmente con los indígenas. Otra de las razones por las que no se recurre al sistema formal, es la corrupción existente en él; los indígenas estiman que los pleitos se solucionan a favor del que pague mejor. No sólo se soborna con dinero, sino también mediante obsequios e



incluso, en el caso de las mujeres, con favores sexuales. En la mayoría de los casos se prefiere solucionar los conflictos por la vía de la conciliación, y únicamente cuando se han agotado las instancias informales o cuando se trata de un caso grave o delicado se recurre a los juzgados de paz o de instancia.

La imagen que los indígenas tienen de la justicia es vaga y negativa. Para ellos la noción de justicia es sinónimo de igualdad, imparcialidad, respeto de las libertades y derechos ajenos, elementos que, como se sabe, conforman tal concepto en la doctrina universal. Sin embargo y con la excepción de los organismos y procedimientos existentes en su región, los naturales desconocen en general las instituciones jurídicas oficiales, lo que no les impide emitir juicios bastante negativos sobre los principios y el funcionamiento del sistema formal.

4.1. Prácticas tradicionales de justicia

Las prácticas tradicionales de justicia parecen haberse perdido en los últimos tiempos, conservándose únicamente hoy día fragmentos normativos del pasado, especialmente en las aldeas y caseríos aislados y alejados de las cabeceras municipales. Las principales causas de la pérdida de tales prácticas se debe en gran parte a la desaparición de la cosmogonía tradicional consistente en la costumbre y fe a cosechar un determinado producto y al constante hostigamiento de la cultura nativa. Así pues, parece ser que más que un sistema paralelo de justicia, existen modalidades o estilos diferentes de hacer justicia. Además, y sin perjuicio de las deficiencias señaladas, los indígenas entrevistados reconocen el carácter universal de la justicia que actualmente se les aplica; así como la legitimidad del juez de paz y de los juzgados oficiales.



Con respecto a este tema, la mayoría de los actores del sistema de justicia consideran que debe existir un sistema homogéneo para todo el país, aunque se estima que tal sistema debería presentar especificaciones que tuvieran en cuenta la idiosincrasia de la población indígena. Además, jueces y abogados parecen opuestos a la idea de conceder facultades judiciales a las autoridades locales. A pesar de que los derechos civiles y políticos, son los derechos que han sido objeto de mayores reivindicaciones por parte de los Estados modernos, siguen siendo motivo de preocupación en la mayoría de los países de la región centroamericana.

En Guatemala, esta situación es particularmente alarmante ya que la seguridad personal y jurídica de las personas frente a actos arbitrarios de agentes del Estado, no está garantizada; a pesar del discurso de reconocimiento y promoción de los derechos humanos adoptados por el gobierno. Tanto la seguridad pública, como el sistema de procuración y administración de justicia son asuntos centrales en el grave problema de violaciones a los derechos humanos que se vive en Guatemala.

Los sistemas no cumplen con los objetivos para los cuales fueron creados y vale la pena cuestionarse si esto se debe sólo a fallas de los mismos o a problemas estructurales, que tienen que ver con los intereses que los rodean. La deficiencia de las instituciones encargadas de procurar justicia y seguridad no se debe a cuestiones aisladas o a la simple permanencia de una cultura de violencia policíaca y abuso de poder; sino que por lo general responde a intereses institucionales y políticos, que dejan a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y a los acusados de delitos conjuntamente en un segundo lugar frente a la necesidad de resultados; y a la defensa de la imagen pública de las instituciones.



“El carácter sistemático de violaciones graves a los derechos humanos como las ejecuciones, desapariciones, detenciones arbitrarias, tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes, la violación al derecho a la protección judicial, entre otros, es favorecido por el mantenimiento de prácticas violatorias institucionalizadas, así como por la impunidad generalizada de los responsables”²⁸.

En el país, es común la existencia de problemas que generan los órganos de procuración de justicia, y a ello se suma la actuación de tribunales, la cual sigue caracterizada por la pasividad; la arbitrariedad y el encubrimiento de prácticas violatorias a los derechos humanos perpetradas por las autoridades investigadoras.

Las cárceles están llenas de personas de escasos recursos, en muchos casos inocentes, mientras que las personas que tienen dinero para defenderse; por lo general pueden evadir la acción de la justicia. El argumento de la defensa del estado de derecho y la aplicación de todo el peso de la ley, se utiliza en contra de quienes defienden sus legítimos intereses y en contra de quienes se oponen a las arbitrariedades del Estado, pero no así contra quienes por su posición de poder económico, político o social; violan flagrantemente la ley y los derechos humanos.

4.2. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas por su propia mano

Las comunidades indígenas aplican justicia por su propia mano, lo cual es una práctica que no debe de ocurrir en el país, y que debe de ser analizada por el Estado guatemalteco tomándose las medidas y mecanismos necesarios para una debida

²⁸ Torres M, Elicinio. **Ob. Cít.** Pág. 24



aplicación de justicia basada en el principio de legalidad. Uno de los elementos generalizados en América Latina en los últimos 15 años, es el reconocimiento de los Estados naciones como entes multiculturales y multiétnicos.

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, o sea de las autoridades, normas y prácticas legales de los pueblos indígenas, es un elemento esencial para ampliar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Esto puede contribuir a una mayor identificación de la población con el sistema judicial y por lo tanto, aumentar la legitimidad del mismo.

En Guatemala, el reconocimiento del derecho consuetudinario fue estipulado en los Acuerdos de Paz y a pesar del rechazo de la reforma constitucional en la consulta popular en mayo de 1999, los compromisos del Estado para reconocer el derecho consuetudinario siguen vigentes; tanto en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo OIT, como el Acuerdo sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Además de ser una forma de garantizar la participación comunitaria en el diseño de un nuevo sistema de justicia nacional, lo anterior se vincula con la posibilidad históricamente marginada de que el sistema de justicia se pueda apropiar de él.

Es fundamental la modernización del Estado de derecho en su conjunto, debido a que abre la posibilidad de reducir la distancia geográfica; económica y cultural que existe entre la mayoría de la población y el sistema de justicia nacional. El punto más importante no es la búsqueda de un sistema de derecho indígena auténtico, sino más bien lograr una respuesta creativa de las comunidades ante la falta de una justicia



estatal adecuada y también promover la elaboración y reforzamiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en otros contextos legales.

Estos elementos tienen que ser incorporados en el sistema judicial en su conjunto, ya que el énfasis casi exclusivo en la sanción punitiva al castigo que caracteriza el actual sistema de justicia puede más bien constituir un atraso. En varios casos de naturaleza familiar, laboral o incluso penal, la mediación y las medidas alternativas puede ser una opción preferible; más justa y eficaz. Es de tanto interés el tema relativo al conflicto entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, que en años recientes los acuerdos internacionales para reconocer los derechos de los pueblos indígenas han sido elaborados con derechos especiales y un multiculturalismo.

De cierto modo, esto ha implicado un desafío al universalismo de los derechos humanos y la idea de una estricta igualdad ante la ley. Los enfoques multiculturalistas cuestionan la influencia de los grupos culturalmente dominantes y proponen el reconocimiento especial de derechos culturales y étnicos previamente excluidos. "En la práctica los derechos indígenas y los derechos humanos no están separados sino entrelazados. Los derechos humanos no son algo fijo, sino que su forma y contenido están siendo constantemente negociados en contextos históricos y sociales específicos"²⁹.

En general se acepta, que los pueblos indígenas deben tener autonomía para elegir a sus autoridades y para definir sus propios procedimientos legales, siempre y cuando exista respecto a los derechos humanos. Esto se refiere esencialmente al respeto de los derechos de participación y a la diferencia de los miembros de las comunidades

²⁹ *Ibid.* Pág. 26

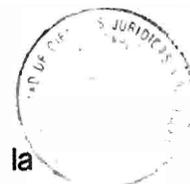


indígenas. Cuando exista un conflicto entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos; éste debería ser analizado por un foro judicial intercultural.

Los derechos humanos nacen para proteger a la persona frente al Estado de las arbitrariedades; de los agentes estatales. Los mismos se encargan de garantizar aquellos derechos inherentes a la persona misma por el simple hecho de ser persona, y los mismos cuentan con las siguientes características:

- Inconmutabilidad: Los derechos humanos no pueden sufrir transformaciones.
- Inembargabilidad: No pueden ser embargables.
- Inalienabilidad: Los derechos humanos cuentan con autonomía.
- Indivisibilidad: No pueden ser divididos.

El término derecho consuetudinario se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente; que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias. Por la categoría, derecho se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término costumbres; sino que alude a la existencia de un sistema de normas; autoridades y procedimientos. Generalmente, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante. Se denomina derecho consuetudinario, a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica en los pueblos conquistados o



políticamente subordinados. Es el derecho de una manifestación social, producto de la cultura.

Si el derecho es un producto cultural, o la intuición que tienen los seres humanos de imaginar un orden acorde a su propia cosmovisión; para el pueblo maya su derecho entonces se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en la que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz un signo sagrado en su cultura; además, de una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes; es una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales.

El pensamiento en el derecho indígena, se fundamenta de la siguiente forma: El derecho indígena, es el instrumento de las relaciones sociales que se apoya en la escritura y la oralidad y no sólo para resolver conflictos entre humanos sino también los del hombre y la naturaleza. En este sentido el derecho consuetudinario, es el resultado de una visión global de la existencia, donde todo está relacionado. Desde la doctrina positiva, existen tres clases de costumbre, siendo las mismas las siguientes:

- Costumbre según la ley;
- Costumbre fuera de la ley; y,
- Costumbre contra la ley.

La primera, es aquella que realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones y ajustándose a su letra. La costumbre fuera de ley tiene



como objetivo, el corregir los errores o deficiencias que presenta la norma legal. Debe prever aquello no previsto por la ley. La última es aquella que puede derogar la ley perjudicial.

De acuerdo a esta clasificación el derecho como realidad socio jurídica, es en la clasificación de costumbre contra ley, es decir es un derecho clandestino que en estas sociedades o comunidades derogan la ley perjudicial, el derecho estatal. Lo antes anotado, puede ser por diferencia y deficiencia del derecho estatal o la resistencia de las comunidades indígenas por conservar su cultura, de allí la necesidad de establecer normas que tiendan al respecto de este derecho como parte de la identidad de los pueblos indígenas y de políticas pluralistas.

La doctrina exige dos condiciones para que pueda hablarse de la costumbre como materia de derecho consuetudinario: Elemento objetivo: Es aquél que está constituido por la práctica, la actuación; o la exteriorización de un acto o conducta; y el elemento subjetivo, es aquél que está constituido por la convicción de que la práctica consuetudinaria es lo mejor para obtener la convivencia de la comunidad indígena. La doctrina la denomina *opino juris*.

Características del derecho indígena:

- Oral: Porque es un derecho que está comprendido dentro del derecho no escrito.
- Constante: Porque es un derecho que está integrado por un conjunto de normas que se originan del uso prolongado.



- Positivo: Porque es un derecho que se practica en la realidad.
- Vigente: Porque es un derecho que se encuentra en vigor. En las comunidades rurales la costumbre jurídica ocupa el lugar de la ley.
- Conciliatorio: Porque la autoridad del derecho indígena dirime los conflictos entre los vecinos.
- Imparcial: Porque la autoridad comunal resuelve los problemas jurídicos consuetudinarios en forma equitativa, razonable y justa.
- Dinámica: Porque la mayoría de los casos jurídicos consuetudinarios se resuelven en una sola audiencia.
- Cambiante: Porque es un derecho que se transforma constantemente, precisamente porque no está codificado.
- Gratuito: Porque es un derecho no costoso, ya que las partes no gastan en papelería ni honorarios.
- Discrecional: Es decir que los usuarios del derecho consuetudinario tienen la libertad o facultad de elegir a la autoridad consuetudinaria o a las autoridades judiciales reconocidas expresamente por la ley para la solución del conflicto.
- Inveterado: Porque es un derecho que está arraigado en la conciencia colectiva de la comunidad indígena.



- Voluntario: Porque no es obligatorio que la víctima acuda a las autoridades que aplican el derecho indígena, pero por costumbre se someten a ellas.

4.3. La justicia penal y la diversidad cultural de los pueblos

Es de importancia el análisis de la justicia penal, en lo relacionado con la diversidad cultural del país, para que se respeten los derechos humanos de las comunidades indígenas. Al hacer referencia a la justicia penal, se hace referencia a la pena, y por ende, a la administración de justicia, la cual responde al enfrentar al conflicto social y a la violencia social de la sociedad guatemalteca. "En la antigüedad, existieron hechos sociales de juicio y de castigo dentro de un contexto sociocultural definido, consistente en la cultura maya de la época clásica. O sea, el fenómeno del castigo es, entonces un fenómeno eminentemente cultural"³⁰.

Inicialmente la forma de resolver los conflictos, se encontraba culturalmente establecida y pudo haberse originado entre las partes en conflicto. O sea, que en la solución del mismo tenían intervención, tanto el ofendido como también el ofensor, los cuales involucraban no solamente a los actores originales, sino que también a sus familias y a su conformación social. También, los enfrentamientos eran de distinta índole, inclusive el más fuerte frente al débil. Ello, se observa en el Estado actual, como una organización jerárquica o estructurada; pero especializada en el castigo. Los tribunales de justicia, la policía y los jueces son especialistas que buscan la resolución de conflictos o bien buscan la forma de su resolución.

³⁰ Torres M, Elicinio. Ob. Cit. Pág. 27



La justicia penal, consiste en una forma cultural de enfrentar un conflicto, sea éste un delito, el cual sería el original del conflicto y una violencia que es la pena, la cual implica de manera definitiva un uso del dolor; de un uso de violencia. Las relaciones entre la justicia penal y la diversidad cultural, se tienen que abordar desde la perspectiva histórica de la justicia penal. La justicia penal, como fenómeno cultural, se expresa como un fenómeno de castigo; para castigar a las personas a través del ejercicio del poder. La situación actual del sistema de justicia en las comunidades indígenas guatemaltecas, es un problema que debe analizarse, para que no se violen los derechos humanos de las comunidades anotadas y se permita a su vez la resolución de conflictos derivados de la diversidad cultural en Guatemala.

Es fundamental, que el derecho indígena avance en su reconocimiento, en su aplicación, y en la recuperación misma de las comunidades indígenas, debido a que tal y como ha ocurrido en el caso de Guatemala; se ha perdido debido al conflicto armado con la destrucción de las comunidades indígenas y el desplazamiento de las autoridades por parte del ejército. Las patrullas de autodefensa civil, se impusieron y trataron de darle una solución a los problemas, a través de medios militares en lugar de los medios a los cuales se encontraban acostumbradas las comunidades indígenas.

Actualmente, existen dos mecanismos de coordinación entre los dos sistemas de justicia de Guatemala. O sea, uno oficial, el cual es reconocido constitucionalmente y jurídicamente y el otro que se encuentra en desventaja debido a su no reconocimiento, pero que se practica en el país; cuando se toma justicia por las mismas manos de las comunidades indígenas.



El medio social guatemalteco, es bastante discriminatorio y racista, y en el mismo la Constitución Política de la República de Guatemala es eminentemente discriminatoria y racista en su totalidad. A pesar de que en la Constitución vigente hay varios Artículos que efectivamente reconocen la existencia de grupos de ascendencia maya, no se reconoce al pueblo maya, ni garífuna; ni xinca.

4.4. Coordinación en el sistema de justicia entre un grupo, una sociedad y las comunidades indígenas

Para poder coordinar acciones y políticas entre un grupo, entre una sociedad y entre las comunidades indígenas, tiene que existir igualdad entre los dos sistemas de justicias existente; como lo son el formal y el empleado por las comunidades indígenas al tomar por propia mano el cumplimiento de la justicia. Cuando uno de los dos sistemas se encuentra débil frente al otro, es lógico que no existe ninguna posibilidad de coordinación, situación en la cual se encuentra el país en la actualidad; debido a que es imposible plantear una coordinación inmediata entre los dos sistemas de justicia, al estar en un proceso de destrucción del tejido social y de comenzar a practicar profundamente el derecho maya o sistema de justicia maya como también se le denomina.

La igualdad jurídica de los dos sistemas supone, que se encuentra reconocido el derecho constitucional, legal y jurídico. En el caso de Guatemala, se tiene que reconocer si es derecho maya, si es derecho consuetudinario, o si es costumbre. Cuando en el país se comenzó a plantear la existencia de un derecho maya o del derecho consuetudinario o de la costumbre, de manera inmediata existió gente que escribió en los medios de comunicación de mayor difusión y se expuso mediante autoridades encargadas de



impartir justicia que: las comunidades indígenas lo que buscan es hacer un territorio dentro del mismo Estado y por ende; ello es imposible. Debido a lo anotado, la Defensoría Maya ha planteado la estrategia de la recuperación, sistematización y poner en práctica la experiencia con la cual cuentan las autoridades de las comunidades indígenas para solucionar los problemas de los mismos.

La Defensoría Maya, trabaja en la sistematización de las experiencias del sistema de justicia maya, de las autoridades, de los mecanismos de solución, de los pasos de intervención en la solución de los problemas, de la filosofía del sistema de justicia de las comunidades indígenas; de las normas y principios. En el caso del derecho maya o el sistema de justicia maya, la coordinación del sistema de cooperación del sistema formal y el anotado, tiene lugar cuando existe voluntad de las partes y se someten a una resolución. Se les da la opción del diálogo y de la conciliación entre las partes, ya que de lo contrario, no existe la posibilidad de solución.

Es importante tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario, por lo que en Guatemala existe presión por parte de la Corte Suprema de Justicia en lo relacionado con el mantenimiento de las costumbres y formalidades. En materia procesal, el tema de la justicia bilingüe es fundamental. Lo mínimo que puede exigir un indígena es un traductor, que no debe ser el del tribunal, sino su traductor debido a que es su derecho de defensa. El mismo, tiene derecho a que una persona de confianza le traduzca.

En el tema relacionado al derecho de defensa de las comunidades indígenas, no solamente que el juicio se desarrolle en su idioma es lo fundamental. Las actas también tienen que ser traducidas, y el juicio debe ser realizado en el idioma de la comunidad,



debido a que el juicio oral permite el acceso no solamente para la persona que está siendo procesada; sino que también el de la comunidad, ésta cuenta con el derecho a controlar culturalmente su proceso.

4.5. Análisis de la aplicación de justicia en las comunidades indígenas

Los linchamientos son producto de la falta de aplicación de la justicia, identificada como disfuncional en diversos aspectos: la tardanza, el costo, la falta de conocimiento del idioma, su politización, la aplicación desigual y marcada por el racismo y discriminación social. Todo ello crea un clima de desconfianza e incertidumbre, el cual se alimenta de ideas y concepciones militaristas, como lo son la violencia, la venganza, la desconfianza, la prepotencia, el sexismo, los cuales han sido heredados de la militarización.

Diversos son los caminos por recorrer por parte de los pueblos indígenas, para hacer énfasis y aportar ideas para la creación de normas jurídicas en su beneficio y reflexiones sobre las temáticas; mecanismos y propuestas a seguir para solucionar la problemática actual.

Se necesita además, capacitar adecuadamente a los operadores del sistema de justicia guatemalteco, para que se pueda mejorar el desempeño al interior de las comunidades indígenas, partiendo de la comprensión de su cultura, de su contexto y de su idioma. La posibilidad de una participación real de los pueblos indígenas en la debida administración de justicia, se tiene que alcanzar para vivir en un Estado de derecho, donde impere la democracia. En Guatemala, es urgente llevar a cabo discusiones



profundas, generadoras de soluciones a la problemática de las condiciones de seguridad actuales de las comunidades indígenas, desde un enfoque integral que abarque los diversos aspectos que los lesionan; así como también la reflexión de la participación adecuada de las organizaciones indígenas cuando las mismas ingresan a la justicia oficial.

Es fundamental, el papel que desempeñan las autoridades del gobierno guatemalteco, que se encargan de proporcionar la seguridad y aplicar la justicia del país, debido a que de no ocurrir ello, se propicia un ambiente de muertes entre hermanos, el cual es producto de un Estado con un sistema de justicia ineficaz; que permite que las comunidades indígenas guatemaltecas tomen justicia por sus propias manos.

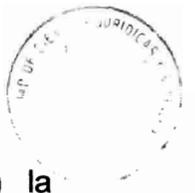
Actualmente, las comunidades indígenas aplican la justicia por su propia mano, obedeciendo a que el sistema de justicia penal en el país no es eficiente y no sanciona a los responsables de la comisión de delitos en contra de este sector poblacional tan vulnerable, siendo las prácticas de aplicación de justicia anotadas no legales, a pesar que el Estado es el único y exclusivo ente encargado de la potestad relativa a la aplicación de justicia en Guatemala.





CONCLUSIONES

1. Es negativo que en Guatemala haya un reconocimiento efectivo a los derechos de los pueblos indígenas; y nunca se dan las condiciones necesarias para la posible transformación del régimen actual de la organización del Estado, para que se legisle en pro de los pueblos autóctonos de la nación.
2. A pesar de las declaraciones de las instancias internacionales, interamericanas y nacionales sobre los derechos indígenas, éstas no son suficientes; hacen falta nuevas legislaciones, no simplemente programáticas, sino sustantivas y procesales, que reconozcan plenamente los derechos indígenas, que eviten interferencias en los modos tradicionales de vida y desarrollo propio.
3. Los principios jurídicos de generalidad de la ley e igualdad jurídica, en Guatemala, son exclusivos de los ladinos, excluyendo a los indígenas; para ellos, el derecho positivo es un mundo de ficciones. El sistema de justicia oficial, además de los problemas mencionados, tiene falencias estructurales de funcionamiento como la morosidad, corrupción y falta de independencia.
4. Contrario a que el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, es un cuerpo de principios legales, que sirve de guía a legislaciones específicas para responder a las aspiraciones del pueblo maya, a los indígenas se les veía el derecho de pensar, sentir, actuar y morir como tal, en muchas regiones del país.



5. En Guatemala, las principales carencias de justicia, se fundamentan en la marginación de los indígenas y el desconocimiento de la pluriculturalidad e idioma de ellos aunándose a éstos, la falta de jueces indígenas. Esto es percibido inclusive con mayor incidencia en problemas como costos de la justicia, corrupción e impunidad, siguiéndole la falta de formación de operadores de la justicia y problemas procesales.



RECOMENDACIONES

1. El Organismo Ejecutivo, en coordinación con la sociedad civil, y por supuesto con los pueblos indígenas representados, debe crear acciones de gestión para establecer procedimientos e instancias de promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, basados en una comprensión correcta y compartida de la cosmovisión, dignidad, cultura e identidad propias de los pueblos indígenas.
2. Al Estado, corresponde impulsar políticas para el establecimiento de una instancia interamericana de promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, para que ésta impulse las modificaciones que garanticen los derechos de éstos, en Guatemala; porque el tipo de respuestas que proporciona el derecho y el sistema de justicia estatal, está muy lejos de la forma de encarar los problemas en las comunidades indígenas.
3. Es necesario que la Universidad de San Carlos de Guatemala, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 82 de la Constitución Política de la República de Guatemala, promueva la difusión del derecho consuetudinario indígena, que como parte de su identidad, es fundamental para la construcción de la unidad nacional, basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de toda la población indígena.



4. La Corte Suprema de Justicia, como ente rector del sistema jurídico nacional, debe asumir el adecuado respeto para que continúe dictando sentencias, donde se reconoce el derecho de los pueblos indígenas y aplicar el derecho consuetudinario en la resolución de conflictos entre la población autóctona del país.

5. Es necesario que el Estado de Guatemala promueva ante el Organismo Legislativo, el desarrollo de normas legales para que se reconozca a las autoridades indígenas en el manejo de sus asuntos internos, acorde con sus normas consuetudinarias y que sean compatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.



BIBLIOGRAFÍA

- Agenda Nacional Compartida. **Un esfuerzo multipartidario para la Guatemala del siglo XXI**. 2ª. ed.; Guatemala: Magna Terra Editores, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Ed. Temis, 2ª ed., 1994.
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho**. Ediciones Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en español, 14ª reimpresión, México, 1994.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo I, II, III y IV. 14ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1980.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**; 5ª ed.; comentada, corregida y actualizada; Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala. 2003.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo guatemalteco**; 16ª. ed.; 2t.; vol. I. Teoría General. Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas. 2005.
- CHAVEZ I, Adrián. **Ki-ché tzib, escritura ki-ché y otros temas**; (s.l.i.); (s.e.); (s.f.).
- Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. Informe **Una nueva justicia para la paz**, el proceso de implementación 1998-2004. 3ª. ed.; Guatemala: Magna Terra Editores, 2005.
- DE FUENTES Y GUZMÁN, Francisco Antonio. **Recordación florida, discurso historial y demostración natural, material, militar y política del reino de Guatemala**, prólogo de Sinforoso Aguilar, tomo II; Guatemala: Talleres de la Tipografía Nacional, 1933.
- Diccionario de la Lengua Española**. 21ª. ed.; Madrid, España: Ed. Espasa- Calpe, S. A., 1992.
- Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española**. 4ª. Ed.; revisada; Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, S. A., 1,989.
- Enciclopedia Jurídica Omeba**. Tomo V. Buenos Aires, Argentina: Ed. Industria gráfica del libro S.R.L., 1977.
- Fondo de Desarrollo Indígena Guatemalteco. **El pueblo maya de Guatemala, veinticinco siglos de historia**; Volumen I, versión escolar; (s.l.i.); (s.e.); (s.f.).
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Filosofía del derecho**. Porrúa, México, 1974



GIRARD, Raphael. **Historia de las civilizaciones antiguas en América**. Tomo I; 2ª ed.; España: Hispanoamericana ediciones S. A., 1978.

Instituto Geográfico Nacional. **Diccionario geográfico de Guatemala**. Tomo I; Guatemala: Ed. Talleres de la tipografía nacional, 1980.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. Fénix, 2006.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. **Reflexiones constitucionales**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1990.

MENOCAL, Carlos. **Pobreza**. Pág. 5. Prensa Libre (Guatemala). Año LIX, No. 27,650. (Domingo 13 de marzo de 2010).

NOVAL, Joaquín. **Resumen etnográfico de Guatemala**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1992.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio. **Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica**. Guatemala: Ed. CIDECA, 1997. Págs. 20 – 100.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1981.

PADILLA, Luis Alberto. **La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala**. Instituto indigenista interamericano, instituto interamericano de derechos humanos; México: Ed. Talleres gráficos de cultura S. A. de C. V., 1990.

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional guatemalteco**. Guatemala: Edición. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, departamento de artes gráficas y reproducción, 1999.

REYNOSO, Conié. **Discriminación**. Prensa Libre (Guatemala). Pág. 10. Año LIX, No. 27,649. (Sábado 12 de marzo de 2010).

RUIZ CASTILLO DE JUÁREZ, Crista. **Historia del derecho**. 7ª. ed.; corregida y aumentada; Guatemala, C.A.: Ed. Praxis, 1998.

SIEDER, Rachel. **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala**. Guatemala: Flacso, 1996.

SIERRA, María Teresa. **Lenguaje, prácticas jurídicas y derecho consuetudinario indígena**. Entre la ley y la costumbre, instituto indigenista interamericano, Instituto interamericano de derechos humanos; México: Ed. Talleres gráficos de cultura S. A. de C. V., 1990.



SOLARES, Jorge. **Derechos humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala**. Guatemala: Ed. Flacso, 1995.

SOPENA, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado**. Tomo I y II. Barcelona, España: Ed. Ramón Sopena, S. A., 1991.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **El derecho consuetudinario indígena en América Latina**. Entre la ley y la costumbre, instituto indigenista interamericano, instituto interamericano de derechos humanos; México: Ed. Talleres gráficos de cultura S. A. de C. V., 1990.

TORRES MAYORGA, Elicinio. **Administración de justicia y pueblos indígenas**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 2000.

WISDOM, Charles. **Los indígenas en Guatemala**. Publicación No. 10 del seminario de integración social guatemalteca; Guatemala: Ed. del Ministerio de Educación Pública "José de Pineda Ibarra", 1961.

Legislación:

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

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

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

Código Procesal Penal, Decreto número 51-92, del Congreso de la República de Guatemala. 1992.

Código Municipal, Decreto número 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala. 2002.

Acuerdo Gubernativo. Número 1046-87. 1987.

Acuerdos de Paz. Suscritos entre el Gobierno de Guatemala y la URNG, 1996.

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Suscrito por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

Convenio número 169. Organización Internacional del Trabajo del Derecho de los Pueblos Indígenas y Tribales (OIT), 1989.