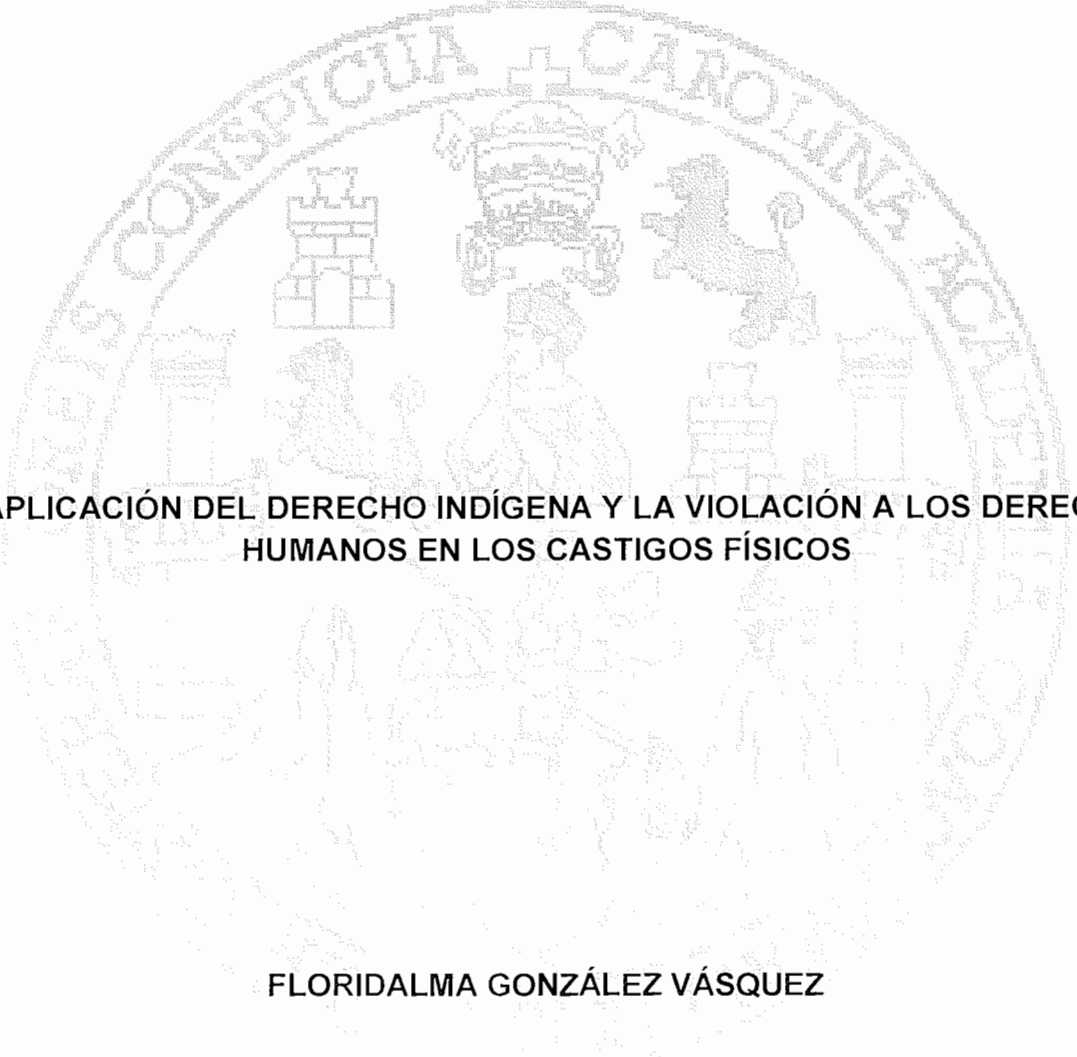


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS
HUMANOS EN LOS CASTIGOS FÍSICOS

FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2016

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

**LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS
HUMANOS EN LOS CASTIGOS FÍSICOS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2016

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
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. Fernando Antonio Chacón Urizar

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 12 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, OSCAR RENE ORELLANA DARDON
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ, con carné 200217871,
 intitulado LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS
CASTIGOS FÍSICOS.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

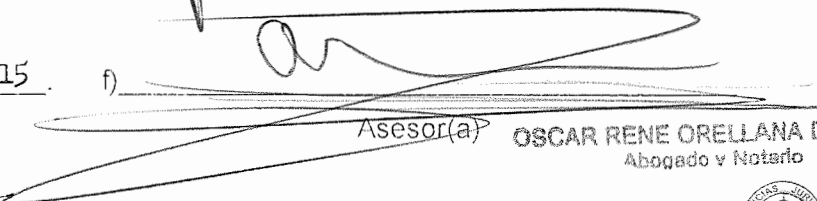
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 11 / 11 / 2015

f)


 Asesor(a) **OSCAR RENE ORELLANA DARDON**
 Abogado y Notario





Lic. Oscar Rene Orellana Dardon

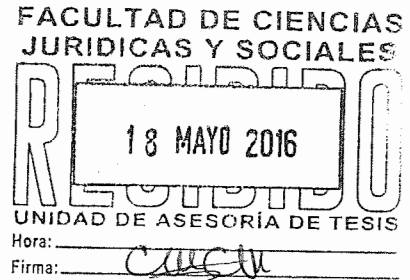
Abogado y Notario



Guatemala, 11 de mayo de 2016.

M.A. William Enrique López Morataya
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

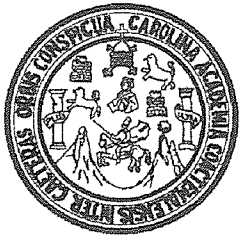


En atención a providencia de esa Jefatura, de fecha doce de marzo de dos mil quince, en la que se me notifica nombramiento como Asesor de Tesis de la bachiller **FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ**, del trabajo intitulado "LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CASTIGOS FÍSICOS", habiendo asesorado el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- El tema investigado por la bachiller **FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ**, es un tema de suma importancia y actualidad del derecho penal y derecho constitucional con mayor importancia en la violación a los Derechos Humanos, en la aplicación de algunos castigos físicos en las comunidades indígenas, que se encuentran regulados en el derecho consuetudinario; sin embargo, suele tergiversarse con la aplicación del derecho penal y demás leyes vigentes.
- En la revisión efectuada por mi persona, para que la bachiller realizará una investigación clara y objetiva en relación al contenido técnico y científico, debido a que es un tema de gran importancia; utilizando el método jurídico para la interpretación de las leyes guatemaltecas y técnicas adecuadas para resolver el problema planteado, así como también la doctrina necesaria, con la que se comprueba la hipótesis conforme la proyección científica de la investigación.
- Para la realización de la investigación del tema trabajado se ha utilizado bibliografía y leyes existentes dentro del ámbito, que sirvieron de base para motivar el estudio jurídico-doctrinario del tema.
- Durante el tiempo en que duró la investigación, se discutió puntos importantes del trabajo, los cuales consensuamos. Es de resaltar que el contenido de la investigación, constituye un gran aporte al estudio al derecho penal y constitucional, con la aplicación del sistema jurídico y protección a los principios vulnerables y el derecho de defensa; así como, la integridad de la persona física y emocional.

Hoja 1 de 2



Lic. Oscar Rene Orellana Dardon



Abogado y Notario

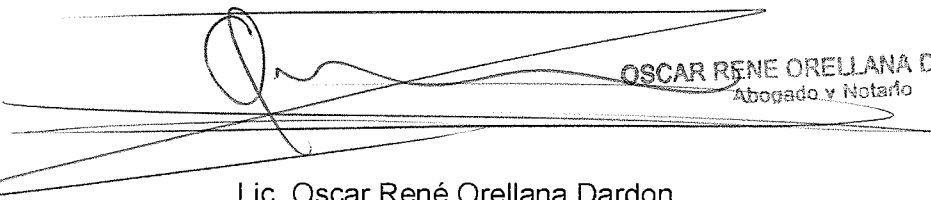
- e) Se comprobó que en el transcurso de la elaboración de la investigación se hizo acopio de una bibliografía actualizada, y en la que utilizaron los métodos de investigación inductivo y deductivo; y la técnica de investigación documental, haciendo aportaciones valiosas y una propuesta concreta al tema objeto de estudio.
- f) La conclusión discursiva es acorde y de aporte al estudio del derecho penal, los principios vulnerados y la defensa de los derechos humanos.
- g) En conclusión informo a Usted, que revise el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I. Que el trabajo asesorado cumple con los requisitos legales exigidos, en especial el contenido en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE** al respecto, recomendando que el mismo continúe el trámite de revisión y oportunamente se autorice la orden de impresión y realización del Examen Público de Tesis.
- II. Expresamente declaro que no existe ningún grado de parentesco dentro de los grados de ley.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente,



OSCAR RENE ORELLANA DARDON
Abogado y Notario

Lic. Oscar René Orellana Dardon
Abogado y Notario
Colegiado 3732



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 18 de agosto de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante FLORIDALMA GONZÁLEZ VÁSQUEZ, titulado LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA Y LA VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CASTIGOS FÍSICOS. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por su misericordia y fidelidad, por ser mi fuerza y mi ayuda en cada momento, a Él sea la gloria por siempre.
- A MIS PADRES:** Julio González y Ana Vásquez, un profundo agradecimiento por el apoyo, dedicación, esfuerzo, consejos, comprensión y amor.
- A MIS HERMANAS:** Silvia Yolanda, Irma Leticia y Gilda Evelyn, gracias por su apoyo y comprensión, mi mayor y profundo sentimiento hacia ustedes.
- A MIS SOBRINOS:** Con especial aprecio y cariño.
- A LOS PROFESIONALES:** Licenciado Mario Roberto Tello Cano, licenciado Juan Estuardo García Martínez, licenciado Oscar Rene Orellana Dardon, licenciado Mario Arnulfo González Miranda, por su comprensión, respeto, consejos y apoyo, un profundo agradecimiento.
- A MI FAMILIA:** Por su apoyo, comprensión y fortaleza, por esas palabras de ánimo, y por ser parte importante en mi vida.
- A:** La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de cumplir una de mis metas, superarme y ser una profesional.



.A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, porque con la ayuda de sus catedráticos y su instrucción colaboraron para otorgarme este triunfo, gracias por todo.



PRESENTACIÓN

La presente investigación se realizó debido a la necesidad de expresar la violación a los derechos humanos a las acciones de justicia practicada por el derecho consuetudinario ejercitado por clase étnica indígena guatemalteca; en virtud, que no contempla alguna forma especial de castigo en la acción de hechos ilícitos,

En virtud de la problemática de la violación de los derechos humanos en la práctica del derecho indígena, se analiza la necesidad de evitar dichos castigos, ya que existe otras formas de pagar su ilicitud y establecer la necesidad de una política menos severa, pasando a ser un problema que cada vez genera mayor preocupación social, tanto por, su incremento cuantitativo, así como, por su progresiva peligrosidad cualitativa.

El objetivo general de la investigación, es establecer la importancia que tiene el estudio del derecho penal y los derechos humanos, en el ámbito del derecho indígena, mostrar que el derecho consuetudinario en Guatemala, con respecto a la imputación, procesamiento y sanción debido a la dualidad de justicia aplicada en un mismo territorio, y de los castigos a que son sometidos, castigos que rompen la dignidad de las personas, así como, el honor y sobre todo se le desprecia como ser humano tal como es.



HIPÓTESIS

Para la presente investigación de acuerdo a los estudios realizados sobre la misma, se comprobó que las sanciones aplicadas, en el derecho indígena, no son legales ni objetivas, ya que en nuestro ordenamiento jurídico penal establece que para sancionar a una persona tiene que estar previamente tipificado como delito y como consecuencia establecida una pena, lo que no sucede en el derecho indígena, ya que, ciertas sanciones impuestas por los dirigentes comunitarios no están previamente establecidos en la Ley Nacional, y con dicha actitud violan la integridad de la persona, su libertad y el principio de legalidad; así como, otras regulaciones establecidas en la normativa nacional e internacional; al mismo tiempo contradice lo regulado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Artículo cinco que indica: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Dentro de la presente investigación se utilizó los métodos analítico, con el objeto de analizar en forma separada cada una de la bibliografía que se refieran al tema y que puedan contribuir al desarrollo de la investigación; el dialéctico que permitió la aplicación de leyes como se generó el problema estudiado y el método deductivo con el que se obtuvo la comprobación de la hipótesis.

Luego de formular la presentación general del tema, se establece una fundamentación teórica utilizada, en la recopilación de los diferentes textos y documentos serios de investigación encontrando en esas fuentes de estudio de la ciencia penal moderna, que han analizado y estudiado la dogmática jurídico penal, en el ámbito de menores transgresores de la ley penal, enfoque metodológico empleado en esta investigación, englobando los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo, análisis de documentos, análisis de contenidos y del método estadístico, lo cual se comprobó en la presente investigación.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Derecho indígena.....	1
1.1. Naturaleza jurídica del derecho indígena.....	4
1.2. Antecedentes históricos del derecho indígena.....	7
1.3. Definición de derecho indígena.....	8
1.4. Características del derecho indígena.....	9
1.5. Elementos del sistema de justicia indígena.....	12
1.6. Normas del derecho indígena.....	13
1.7. Procedimiento indígena para la solución de conflictos.....	15
CAPÍTULO II	
2. Clases de sanciones dentro del derecho indígena.....	21
2.1. Características para dar sanciones dentro del derecho indígena.....	23
2.2. Denominación etimológica de sanción.....	24
2.3. Naturaleza de la sanción.....	26
2.4. Clases de sanciones.....	26
CAPÍTULO III	
3. El derecho consuetudinario.....	35
3.1. El derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.....	43



Pág.

CAPÍTULO IV

4. Análisis de las prácticas de las autoridades indígenas.....	51
4.1. Análisis jurídico sobre la legalidad del procedimiento para sancionar los delitos en la justicia indígena.....	53
4.2. Principio de legalidad.....	55
4.3. El respeto a la integridad de la persona.....	63
4.4. La aplicación de los castigos físicos, violan los derechos humanos.....	64
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo nace de la necesidad de implementar una política por parte del Estado de la obligación de hacer cumplir la legislación internacional sobre todo en materia de derechos humanos, dejando en cumplimiento el derecho indígena, con relación a sus costumbres siempre y cuando se respete la dignidad humana, en virtud, que es incompatible con la moral, con respecto al tratamiento jurídico sobre todo la sanción a que son sometidos los infractores.

La justicia indígena, se ha generalizado de manera tergiversada muchas veces en virtud que ha sido entendida equívocamente por parte de la comunidad indígena, en realizar linchamientos, salvajismo o la aplicación de sanciones inhumanas que atentan a los derechos humanos. Política que el Estado debe procurar en cambiarla para los pueblos indígenas, en donde la justicia indígena debe de ser la forma propia de resolver y solucionar conflictos a través de sus propias autoridades, que mediante la aplicación de medidas conciliadoras, en algunos casos o ejemplificadoras en otros, se restablece la armonía colectiva un derecho a la justicia como un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de sus propias autoridades y de un conjunto de normas basados en sus costumbres, regule los diversos aspectos del convivir colectivo, y permitir ejercer un control social efectivo en sus territorios y entre sus miembros.

El objetivo general de la investigación, es proponer una política institucional al sistema de justicia indígena, con el objetivo de crear condiciones disuasivas a la comisión de

hechos delictivos evitando castigos, que llegan a ser torturas tanto de índole físico como moral. Bajo esa perspectiva se puede afirmar que el objetivo general de esta investigación es la disminución de los vejámenes realizados por las comunidades indígenas.

La presente investigación se desarrolla en cuatro capítulos; los cuales se estructuran de la manera siguiente: El capítulo primero contiene; el derecho indígena, su naturaleza jurídica y los antecedentes históricos, su definición, características, elementos del sistema de justicia indígena; así como, sus normas y los procedimientos indígenas para la solución de conflictos; el segundo se refiere: a las clases de sanciones dentro del derecho indígena, sus características, su denominación, naturaleza y clases de sanciones; el tercero: hace referencia al derecho consuetudinario y el derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; y el capítulo cuarto, hace un análisis de las prácticas de las autoridades indígenas; así como, un análisis jurídico sobre la legalidad del procedimiento para sancionar los delitos en la justicia indígena, el principio de legalidad, el respeto a la integridad de la persona y la violación a los derechos humanos a través de la aplicación de los castigos físicos. En esta investigación, se empleó el método analítico con el objeto de analizar la biografía referida, el deductivo que permite la comprobación de la hipótesis planteada, y el método inductivo partiendo de las opiniones de los expertos en derecho penal para llegar a una conclusión.

CAPÍTULO I

1. Derecho indígena

En los países multiétnicos y culturales en especial los pueblos indígenas latinoamericanos, “existe un gran debate sobre cómo designar y alternar jurídicamente al sistema de autoridad, en especial de normas y procedimientos mediante los cuales dichos pueblos y grupos regulan su vida social y resuelven sus conflictos, distintos al sistema estatal. En las que aparecen las categorías de costumbre, usos y convenciones, formas tradicionales de resolución de conflictos, derecho consuetudinario, derecho indígena, entre otros.”¹

Una de las teorías de derecho indígena, es la concepción monista del derecho, que indica que el monismo jurídico consiste en que a un “Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico.”²

Esta teoría del monismo legal, indica que sólo se puede llamar derecho al sistema normativo estatal producido por el Estado y sólo cabe un derecho o sistema jurídico válido dentro de un Estado. Derecho que debe ser escrito, general y especializado (diferente de la moral, usos sociales y la religión).

¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.** Pág. 12.

²**Ibid.**

El sistema de división de poderes consagra tal principio, al establecer que es el órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rigen la vida de los ciudadanos y la facultad para administrar justicia corresponde exclusivamente al Organismo Judicial. Aparte de dicho órgano, nadie tiene la facultad de producir normas que regulen la vida social y administrar justicia.

En países pluriculturales, la imposición de un solo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de estado excluyente. En este modelo, la institucionalidad jurídico política no representa ni expresa la realidad plural, margina a pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Los sistemas no oficiales a pesar que los órganos estatales han tendido a desaparecerlos, reprimirlos, han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal, adquiriendo formas clandestinas y marginales.

En Guatemala, se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad impone utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica. Se han utilizado varios términos: "En los Acuerdos de Paz se habla del derecho consuetudinario. En la propuesta de reforma constitucional que aprobó el Congreso de la República de Guatemala, se dice derecho consuetudinario indígena. Durante el debate previo a la formulación de la propuesta de

reforma constitucional se utilizaron los términos usos y costumbres, formas tradicionales de resolución de conflictos, etc.”³

Los términos utilizados para denominar “los sistemas normativos indígenas, así como los alcances y límites de dichos conceptos son los siguientes; La costumbre. Término definido en oposición a la ley escrita y general producida por el Estado. Alude a prácticas sociales repetidas y aceptadas como obligatorias por la comunidad. La doctrina distingue tres tipos de costumbres con relación a la ley; a) en ausencia de ley, b) conforme a la ley, c) contra la ley. La ley permite las costumbres de los dos primeros tipos y pueden constituir fuente de derecho. En cambio, si una práctica jurídica o costumbre es contra ley y puede configurar delito y ser castigada.”⁴

a) Usos y costumbres: Este término tiene una raíz colonial. Durante el proceso de imposición colonial se discutió si los indígenas tenían autoridades legítimas, normas arregladas a la ley divina y si eran capaces de auto determinarse o, si por el contrario, tenían costumbres salvajes, autoridades tiranas y eran incapaces de auto gobernarse, las informaciones concluyeron en lo segundo, para poder justificar la guerra contra los indios. Por ello, sólo se permitió los usos y costumbres indígenas que no violasen la ley divina y natural, no afectase el orden económico político colonial ni la religión católica. Igualmente, se permitió a las autoridades indígenas administrar justicia dentro de los pueblos de indios pero sólo para los casos entre indios y de carácter menor.

³Ibid. Pág. 14.

⁴ Ibídem.

Hoy en día el término se sigue usando para referirse a los sistemas normativos indígenas, a los que no se reconoce como derecho o sistema jurídico sino que, se les da un estatuto inferior. Usos y convenciones. **El sociólogo jurídico Max Weber, al estudiar el proceso de conformación de las normas del derecho estatal moderno,** utiliza el término usos y convenciones para referirse a prácticas sociales con un nivel de institucionalización menor al de la norma legal. Establecía que antes de que una regla social se convirtiese en norma jurídica, por lo general era una norma que tenía respaldo social. Sin embargo, algunos autores han utilizado este término para situaciones de coexistencia del derecho estatal con sistemas indígenas, calificando a los segundos, como meros usos y convenciones al afirmar que no habían llegado a institucionalizarse como el derecho estatal.

1.1. Naturaleza jurídica del derecho indígena

La Constitución Política de la República de Guatemala, regula lo relativo a comunidades indígenas en los Artículos números del 66 al 70; estableciendo en primera instancia la protección a los grupos étnicos que forman Guatemala, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya.

Por aparte, el Convenio 169 y el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, introducen el término; pueblos, que tiene acepciones diferentes según el Diccionario de la Real Academia Española. Sin embargo, para los efectos de Ley, la Corte de Constitucionalidad precisa la forma en que ha de interpretarse, de acuerdo al Expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad, opinión consultiva sobre la

constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, numeral VIII, literal A, al considerar que: debe entenderse como pueblo, según los conceptos del propio Convenio, aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan del resto de la sociedad, y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones, así como los que desciendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país en la época de la conquista o colonización.

La Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza una serie de derechos que tienden a proteger la identidad de las comunidades indígenas. También ordena el otorgamiento de tierras del Estado a comunidades indígenas que la necesiten para su desarrollo, y la protección de tierras y cooperativas agrícolas indígenas.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; en el Artículo 6, numeral 1. b) complementa y profundiza el capítulo, promoviendo su desarrollo y su inserción a la vida nacional, siendo el derecho a la consulta de especial relevancia, al concebirse como la obligación de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”

De esta manera se deduce que este derecho constituye el marco que hace posible el ejercicio del resto de derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Los Artículos 64 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, abren la puerta al

reconocimiento de otros derechos fundamentales antes inexistentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha estimado que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, pero que de ninguna manera pueden derogar o contradecir lo dispuesto en la Constitución Política de la República de Guatemala. En cambio, su contenido debe armonizarse a la misma, atendiendo a su espíritu.

En la opinión consultiva requerida por el Congreso de la República de Guatemala, sobre la constitucionalidad del Convenio 169, se estimó que la Constitución Política de la República de Guatemala, debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional.

La Corte de Constitucionalidad, ha recogido atinadamente el espíritu de la Constitución y de las bases en que se fundamenta el Estado de Guatemala, al considerar en diversas sentencias sobre el tema de pueblos indígenas que: Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno y que en forma global no contradicen ningún precepto



constitucional, las normas del mismo que reconocen derechos comunes a todos los habitantes no contradicen la Constitución.

1.2. Antecedentes históricos del derecho indígena

La Constitución Política de la República de Guatemala, actualmente está en vigencia desde el año de 1985, y abrió la puerta para el reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas, al dedicar a esa materia cuatro Artículos sustantivos comprendidos del Artículo 66 al 69 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en donde se consigna los derechos fundamentales, a la par que se ordena la emisión de una ley específica; que hasta la fecha no se promulga.

El Estado de Guatemala, además, ratificó en el año de 1996 el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Por su parte, en diferentes sentencias, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha realizado valiosos en materia de derechos indígenas.

Se han creado instituciones, cuyo objetivo es luchar contra la discriminación y el racismo, y se han adoptado medidas legales como la de tipificar el delito de discriminación o la de contar con traductores en el caso de sujetos indígenas que los requieran.

Se puede afirmar que el marco jurídico creado por la Constitución Política de la República de Guatemala y la ratificación del Convenio 169 de la Organización



Internacional del Trabajo, ofrece un espacio adecuado para el desarrollo de la especificidad de los derechos indígenas en el marco del derecho nacional.

1.3. Definición de derecho indígena

Derecho indígena es el “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado”.⁵

“Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, y su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual.”⁶

“Esta relación única con el territorio tradicional puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena particular del que se trate y de sus circunstancias específicas; puede incluir el uso o presencia tradicionales, la preservación de sitios sagrados o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, recolección estacional o nómada, cacería y pesca, el uso consuetudinario de recursos naturales u otros elementos característicos de la cultura indígena o tribal.”⁷

Como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de

⁵ Derecho Indígena, **ECOCIENCIA**, Pag. 8.

⁶ Comisión Internacional de Derechos Humanos. **Informe No. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)**. Pág. 155.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas**. Pág. 162 .



posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁸

“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores.”⁹

1.4. Características del derecho indígena

Entre las características del derecho indígena (consuetudinario) destacan las siguientes:

- a) La forma de solución eminentemente conciliadora;
- b) El uso de un proceso oral que permite resolver con rapidez e imparcialidad, destacando el uso del idioma de la comunidad, y
- c) La observancia de esta costumbre, se basa en el diálogo y consenso colectivo y el convencimiento de que acatar es lo mejor para la preservación de la cohesión en la comunidad.

⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.** Pág. 150

⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Pág. 88

La eficacia del sistema indígena se traduce en las ventajas mismas que este sistema puede ofrecer, entre ellas, la celeridad procesal, la economía, la inmediación, la contradicción, la neutralización del factor idiomático y la posibilidad de una mayor equidad. Pero esta eficacia también reside en sus características propias, ser eminentemente conciliador, los mecanismos orales y fundamentalmente su vigencia y positividad en el consenso.

- a) La oralidad: El derecho consuetudinario presenta una serie de características comunes, entre ellos, ser oral lo cual permite que sea muy flexible en el tiempo y el espacio. **Argumenta Ricardo Salugüi, representante de la Defensoría Maya que “Es un proceso oral, debido a que la palabra tiene valor de compromiso.”¹⁰**

Esta característica constituye una de las bases para un entendimiento intercultural con los pueblos originarios. La oralidad entra directamente en la naturaleza del derecho consuetudinario, de ella se derivan muchos aspectos positivos del sistema. Es también un factor de la agilidad y rapidez con que funciona el sistema. Fundamentalmente oral, no significa que lo sea exclusivamente.

La técnica de la oralidad puede actuar en conjunto con la escritura, en el sentido que no la excluye. Se trata de una oralidad básica que puede funcionar con formas complementarias, como libros de actas. Puede haber una constancia escrita que se invoque para dar certeza a lo que oralmente se expresa; pero en el caso del libro de actas, esto no significa que se deba demostrar que se tiene una organización a través

¹⁰ Blas, Ana Lucia. Prensa Libre. **Promueven justicia indígena.** Pág. 12.

de la presentación de un libro de actas. Pero la lógica del término escrito no es que una vez escrito esto genera una especie de jurisprudencia a la manera inglesa; predomina el diálogo entre los individuos reunidos para discutir y decidir sobre un asunto. La oralidad suele funcionar a niveles locales y directos, porque en ese espacio es donde las personas se conocen bien.

Es eminentemente conciliador y reparador, la trascendencia del derecho consuetudinario indígena radica en la búsqueda de la conciliación, basada principalmente en un discurso, en una reflexión moralizadora, en un acto negociador y en la búsqueda de la restitución o reparación. El procedimiento básico en la conciliación es la conformación de un consejo (es decir, las personas que tomarán parte en la resolución del caso), la deliberación o la reflexión y la toma de decisiones, consensos y en algunas ocasiones la imposición de sanción.

Otro hecho fundamental es que el derecho consuetudinario indígena al ser conciliador constituye una forma original, diferente al derecho estatal. La importancia dada al consenso, así como la reparación y restitución antes que al mero castigo. La conciliación es un acto en donde se aconseja, en donde se orienta y se busca una profunda reflexión moral. La conciliación y restitución pues, tienen como herramienta principal para la resolución de un conflicto la apelación a lo ético-moral. Es decir, tratan de impactar buscando el arrepentimiento mediante un diálogo y no mediante la sanción o castigo.

Lograr la apertura al diálogo entre las partes en conflicto conducirá a la comprensión del problema, a las propuestas de solución, así como a pedir perdón; de todo lo cual surgirá la reparación inmediata, y material en caso necesario. “La reparación de daños no se impone a la fuerza si no se dialoga. Éste consiste en el acto en que las personas reconocen su falta, su error, el delito cometido, se excusan o piden perdón al ofendido. Para la justicia es indispensable reconocer el error y solicitar la comprensión del ofendido y así producir la tranquilidad emocional, sicológica y física de los involucrados en el problema. La reparación emocional, espiritual y física es uno de los pasos trascendentales para llegar a acuerdos y consensos en tono al arreglo de problemas.”¹¹

Se trata de una búsqueda de compromisos, lo cual es complejo porque es aquí donde entran en juego la comprensión, la tolerancia y el perdón. “Aunque el derecho consuetudinario indígena, como se ha dicho se basa en la conciliación, existen momentos en donde las autoridades tradicionales imponen sanciones a las personas que transgreden el orden local. En este caso la sanción generalmente no es un fin sino un medio. Esto significa que la exclusión y el trabajo como sanción, por ejemplo, son impuestos con el propósito de que la persona asuma una posición reflexiva sobre sus actos y por otra parte, también se pretende con ello prevenir otras faltas.”¹²

1.5. Elementos del sistema de justicia indígena

Las autoridades indígenas, son consejos de ancianos; llamados principales, alcaldes

¹¹ Ochoa García, Carlos. **Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico**. Pág. 227.

¹² Esquit, Edgar y García, Iván. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz**. Pág. 151.

indígenas, cofrades e incluso hueseros o comadronas, personas que tienen el respeto de una comunidad, esto hace que la justicia indígena fluya por los elementos utilizados entre ellos:

- a) "Flexibilidad: Elemento de mucha importancia ya que para la resolución de un problema, se necesita ser flexible, dicha flexibilidad la encontramos en los pasos para el arreglo de los problemas. Este principio también se aplica en la consulta que hace una autoridad a otra ante la dificultad de encontrar solución a un problema.
- b) Dinamismo: Este término hace referencia a la intervención de varias autoridades y familiares en la solución de un problema aunque también se escucha a los directamente involucrados.
- c) Circulación: El derecho indígena, se aplica en todos los periodos de la vida del ser humano, haya o no conflicto o desajuste en la relación. Se puede considerar como un derecho preventivo."¹³

1.6. Normas del derecho indígena

Si se examina la actividad consciente del hombre, es decir, la conducta reflexiva, se encuentra sujeta a varios sistemas de normas que regulan su conducta, como son las normas jurídicas, morales, religiosas y los llamados usos o convencionalismos sociales. En términos generales los Estados Americanos desde el principio comenzaron a manifestarse de una sola legislación para todo, entendiendo que los Estados eran homogéneos: una sola cultura y un solo pueblo. Siempre se ha hablado de esta

¹³Ibid.



manera, nunca se habló de la multiplicidad, de la pluralidad, sino se habló de Estados homogéneos, lo cual se sabe que es falso.

Posteriormente se ha comenzado a indicar de los derechos indígenas, pero desde el punto de vista de la legislación del Estado para los indígenas, e inclusive, se ha hablado del derecho indigenista, que es un asunto distinto de tratar, pero lo que se pretende decir es que las normas de los Estados Americanos, especialmente la Constitución y las leyes especiales que se han dictado, han sido formuladas para los indígenas y no han sido leyes surgidas de la vivencia y de las aspiraciones de los pueblos indígenas.

Así mismo, otro aspecto importante de resaltar, hay quienes han llegado a confundir, que los derechos indígenas, son los derechos que aparecen en la Constitución y en algunas leyes, probablemente algunas de esas normas hacen referencia al derecho indígena pero que son nacidas de la vivencia de ellos.

Al analizar detenidamente el derecho indígena, se puede decir que no son normas que están reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala, o en leyes especiales; sin embargo, “son normas de la vivencia de los propios pueblos, y muchas de esas normas, no aparecen reconocidas en las normas fundamentales, en normas especiales o las legislaciones especiales, esto hace que la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas en su totalidad sea un ideal grande para ellos y que

una vez reconocido automáticamente el Estado homogéneo se convierte en un Estado pluralista.”¹⁴

1.7. Procedimiento indígena para la solución de conflictos

En la solución de conflictos o controversias aplicando el derecho indígena, se determinan varias ventajas, por ejemplo que las decisiones de los juzgadores son prontas, se resuelven en una audiencia. En otro sentido, la autoridad más frecuentada es el alcalde auxiliar, aunque es oportuno hacer la salvedad que esta normativa, todavía deja con bastantes carencias a sus usuarios.

La pobreza y el analfabetismo en que vive esta población y la falta de cobertura estatal son algunas de las causas más usuales de la no aplicación de leyes oficiales, que complementarían el ordenamiento aborigen; por ejemplo: la posesión y transmisión de propiedades inmuebles, en la mayor parte de las veces, es amparada únicamente por la palabra o documentos avalados por la municipalidad; pocos son aconsejados en registrar su escritura pública, si la hubiera.

a) Formas para incorporar los procedimientos indígenas a la administración de justicia oficial de conformidad, con el desarrollo del tema de los criterios para la coordinación entre el derecho indígena y el estatal, que se consideran, podrían

¹⁴<http://hablaguate.com/articles/7463-organizacion-del-pueblo-maya-y-sus-derechos> Visto: 12 noviembre 2015

implementarse para la solución de las controversias en estas comunidades, o bien cuando afecte sus intereses, se mencionan los siguientes aspectos:

De manera que, dentro del marco de la competencia material, se experimenta en los tribunales de justicia, que no hay legislación que fije los procedimientos adecuados, para que las autoridades conozcan de los casos que engloban al derecho indígena. Aunque, esté está facultado para conocer y resolver sus propias situaciones y conflictos de todo tipo, no lo hace de acuerdo a una estructura equitativa debido a la pluriculturalidad y a la confusión interna existente en cada cultura y a sus formas de aplicación, por lo que es urgente estandarizar los criterios. Según, la delimitación territorial, puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad pero cuyos sujetos o materia son de competencia de estos pueblos.

En ambos casos, podría remitirse a la autoridad indígena, para garantizar el derecho a la vida cultural, ejercida por las mismas personas, comprometidas en la situación que se trate. En ese sentido, como ámbito personal de la jurisdicción, se tiene que, en general estas normas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social e interna de los pueblos aborígenes. Sin embargo, si alguien que no es miembro de éstos interviene, en un conflicto o en un acto, por ejemplo: una transferencia de propiedad de un bien o el uso de recursos hídricos, sería natural que la comunidad aplique sus reglas, como usualmente regula tal hecho y la forma de resolver los conflictos que se deriven del mismo.



Según, el aspecto temporal, una vez que el derecho indígena regula, conoce y resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido a la justicia estatal, puesto que dejaría sin contenido el reconocimiento del que fue objeto.

La descriminalización de la normativa aborigen, es imperativa en cuanto que se considera que la exclusividad de la función jurisdiccional la determina el Estado, por lo que las autoridades, sean alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales que dicten alguna resolución, usurpan la atribución, que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Por ello, se debe evitar cualquier forma estigmatización o persecución, toda vez que estas reglas ya han sido reconocidas internacionalmente. Como mecanismos para el respeto de actos jurídicos, se deben establecer procedimientos registrales para su reconocimiento legal.

Respeto de decisiones resuelven conflictos; la legalidad que le fue investida a las decisiones tomadas dentro de la justicia indígena, exige que las normas de coordinación establezcan mecanismos para el respeto de las mismas por autoridades oficiales. Esto no otorga facultades a éstas, atribuciones para la revisión de las mismas o requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia.

La remisión de situaciones o casos; con la aceptación legal de la normativa consuetudinaria, le corresponde al pueblo aborigen la regulación y resolución de conflictos de su vida social. Para el fortalecimiento de este sistema, toca a los jueces y a otras autoridades oficiales remitir a los órganos jurisdiccionales indígenas, los casos que presenten miembros de esta comunidad o terceros pero que se refieran a personas



o bienes sujetos a estas normas o de casos ocurridos dentro del espacio territorial de estos pueblos. Procesalmente esto procede, apenas el juez u operador judicial se informen de las circunstancias, que dan competencia.

Esto supondrá el establecimiento de mecanismos de comunicación simples y directos entre ambos tipos de entidades. Para el fortalecimiento de los juzgadores aborígenes y pautas de relación con los oficiales; debe existir respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de los mismos. Por tanto, que no pueden incluir mecanismo de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de estas instituciones.

Con base, a las formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas; en consulta a los afectados y con base en un diálogo intercultural e intersectorial, deben establecerse mecanismos y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre ambas formas de aplicar derecho, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo y sin buscar subordinar a las instituciones autóctonas, como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo.

En el caso de los procedimientos por presuntas violaciones de derechos humanos por la aplicación del ordenamiento consuetudinario; el Convenio 169, señala que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir. No especifica el medio a seguir; si se debe crear un órgano específico para ello o dotarse de tal función a uno ya existente, en Colombia por ejemplo, esto es función de la Corte



Constitucional. De la manera que fuese, se debe garantizar la comprensión intercultural de los hechos e interpretación de las normas aplicables, a fin de evitar el etnocentrismo.



CAPÍTULO II

2. Clases de sanciones dentro del derecho indígena

La sanción como institución normativa es bastante antigua dentro del sistema jurídico indígena, sin embargo, son pocas las investigaciones realizadas sobre el tema, consiste en el acto mediante el cual la autoridad indígena de una comunidad o pueblo determinado impone la corrección al hechor, término natural que utilizan las autoridades indígenas para referirse a la persona quien ha cometido un hecho que altera el orden comunitario; previo procedimiento comunitario desarrollado mediante las formas tradicionales establecidas con anticipación. “El sistema jurídico indígena contiene un conjunto de normas vinculadas lógicamente entre sí que surgen de la necesidad de establecer un orden social y de regular la conducta humana en el marco de las relaciones sociales.”¹⁵

Se puede afirmar que es un sistema jurídico en virtud del concepto amplio e integrado en virtud que “es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir, hacer su vida y su forma y manera de regular normativamente su existencia”¹⁶

“Los actos que motivan la imposición de una sanción o corrección son: vender objetos ajenos, la invasión de terrenos no propios, el corrimiento de linderos, la agresión o daño

¹⁵ Par Usen, Mynor. **Módulo de interculturalidad**. Pág. 8

¹⁶ Araoz Velásquez, Raúl. **El sistema jurídico indígena y las costumbres**. Pág. 56

a personas por riña, uso indebido o sin autorización de las fuentes comunitarias de agua, o el daño intencional a la propiedad o a los cultivos. Existen algunas conductas muy reprochables, como el robo o daño a objetos sagrados, el adulterio, la calumnia y las prácticas de magia negra cuando originan la muerte, la invalidez o la esterilidad de alguna persona.”¹⁷

Dentro de las correcciones que se imponen están las de reparación en favor de los familiares del afectado, multas, llamadas de atención, el trabajo comunitario, la vergüenza pública, castigo corporal (el Xicay’) y el destierro; esta última se impone en casos de extrema gravedad y en forma excepcional. No hay antecedentes históricos acerca de la imposición de una corrección extrema, como es la privación de la vida contra el hechor, por determinados hechos que cometa; hoy en realidad no hay ningún pueblo o comunidad indígena que aplique esta forma de sanción.

La imposición y el cobro de multas como sanción, “se da generalmente asociada a la trasgresión de reglas relacionadas con el uso y el aprovechamiento de los recursos naturales. Las autoridades jurisdiccionales determinan el monto de las multas cuyo importe se paga en efectivo y de inmediato, se sanciona con trabajos comunales en casos de robo.”¹⁸

Una de las modalidades comunes de sancionar dentro del derecho indígena es realizar trabajos para resarcir el daño causado a la propiedad de terceros; la indemnización se

¹⁷ Par Usen, Mynor. **Ob. Cit.** Pág. 8

¹⁸ Araoz Velásquez, Raúl. **Ob. Cit.** Pág. 56

aplica en casos de daño intencional a la propiedad ajena, y como se indicó la reincidencia en la comisión de un delito se torna en agravante y causa la duplicación de la sanción, e incluso, el retiro de los beneficios de un proyecto o de los recursos comunitarios.

En el caso de violencia intrafamiliar, regularmente, el agresor es sancionado con trabajo comunitario, separando a la víctima del esposo a quien se le impone la obligación de pagar la curación, las medicinas de la víctima y la hospitalización que se requiera. La familia del agresor es responsable de vigilarlo, de lo contrario, sus padres son sancionados. Si es de la aldea el que comete la falta, se le llama la atención y se le da un castigo para que evite repetirlo y se le hace ver que su actitud no le conviene y que es una vergüenza para la comunidad, porque en ella no deben darse esos problemas.

Dentro de los objetivos para resolver un conflicto, las autoridades indígenas, definen el procedimiento utilizado y el tipo de autoridad indígena que resuelve el caso; identifican los valores, sanciones, y principios que diferencian al derecho indígena del derecho oficial, e identifican el tipo de caso que son conocidos por las autoridades indígenas.

2.1. Características para dar sanciones dentro del derecho indígena

Para la aplicación de una sanción en el derecho indígena, son importantes las siguientes características:

- a) “El valor de la palabra: Entendida con la confesión que resulta del reconocimiento del transgresor de haber cometido un hecho reprobable y dañino.
- b) El arrepentimiento: El público arrepentimiento sigue a la confesión, el compromiso, por medio de la palabra (que tiene un carácter sagrado en el derecho maya), de no cometer de nuevo faltas o delitos, de enmendarse, de ser ejemplar como miembro de la comunidad y de su familia.
- c) Pixab (consejo): “Éste lo da la comunidad a través de un Ajp’ip (guía espiritual) en el que se aplica lo que podría ser una sanción, que en realidad no lo es, pues se trata de un mecanismo para que la persona pueda ser reintegrada al núcleo comunitario después de acordado el resarcimiento del daño, lo que podría consistir en trabajos comunitarios o multas. Este sistema de sanción busca reintegrar al transgresor a la comunidad, limpio de culpa y resentimiento.”¹⁹

2.2. Denominación etimológica de sanción

La terminología que se usa en las distintas comunidades lingüísticas para referirse a la sanción ha sido variada, aunque responde a su propia naturaleza. Se conoce con el nombre de castigo, porque al miembro de la comunidad que ha alterado el equilibrio comunitario, debe imponérsele el castigo para que no vuelva a cometer el mismo hecho.

Otros en cambio, lo denominan corrección, puesto que lo que persigue la autoridad indígena con la imposición del acto del castigo, es que no vuelva a cometer los hechos

¹⁹ Par Usen, Mynor. **Ob. Cit.** Pág. 20

que afectan a la comunidad. También se le denomina sanción, debido a que se trata de un acto de imposición de una pena. No obstante, dado a su naturaleza, resulta inapropiado aplicar este concepto, porque se presta a equívocos y al uso de conceptos jurídicos del derecho occidental que no corresponden a la naturaleza de esta institución comunitaria.

“En general, Ley, Reglamento, Estatuto. Solemne confirmación de una disposición legal por el jefe de un Estado, o quien ejerce sus funciones. Aprobación. Autorización. Pena para un delito o falta. Recompensa por observancia de preceptos o abstención de lo vedado. PENAL. La amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos. (v. Clausula penal, Pena.) SOCIAL. Todo género de coacción o amenaza que un grupo organizado, al menos rudimentariamente, dirige contra quienes desconocen las reglas que integran la manifestación de su modo de ser, actuar y entender las relaciones internas y externas.”²⁰

La denominación más idónea es la de corrección, “concepto que usualmente aplican dentro de los pueblos indígenas y que corresponde a su espíritu y a su objeto, en la aplicación de un acto contra aquel miembro de la comunidad que ha alterado el orden y la armonía comunitaria.”²¹

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 289.

²¹ Par Usen, Mynor. **Ob. Cit.** Pág. 20

2.3. Naturaleza de la sanción

El sistema normativo, “la naturaleza de la sanción, en cuanto a su aplicación, contenido y función, no responde necesariamente a la pena en la concepción del derecho occidental. Más bien responde a un acto de corrección y de purificación que de castigo, y se impone a la persona que ha alterado el orden comunitario, previo procedimiento desarrollado ante las mismas autoridades indígenas.”²²

En principio, se advierte que no existe la cárcel como pena desde este planteamiento normativo. Privilegia entre otros: el perdón, la conciliación, reconciliación, el resarcimiento, manutención a los familiares de la víctima.

La imposición del castigo físico y el destierro al hechor, está reservada como último nivel de aplicación de corrección que aplica la autoridad indígena en aquellos hechos de mayor gravedad que se cometan en las comunidades indígenas.

2.4. Clases de sanciones

- a) Moral: Dentro de estos tipos de correcciones se encuentran las llamadas de atención (hasta tres veces), la presentación del caso ante la asamblea, la presentación pública de la persona, la vergüenza, pedir perdón a los afectados o bien a la asamblea comunitaria, y el compromiso de no volver a cometer el daño.
- Sanciones materiales, entre estas clases de sanciones se encuentra, la reparación

²² Instituto de la Defensa Pública Penal. **Módulo de interculturalidad maya**. Pág. 45



de daños, el pago de multas, los trabajos comunales y el destierro. Por la importancia que tienen en el sistema jurídico indígena, se abordarán las siguientes clases de sanciones.

- b) El perdón: Esta clase de corrección tiene dos ángulos importantes, uno desde el hechor mismo, quien, a través de un acto privado o público, confiesa de viva voz que ha cometido los hechos que afectaron la armonía comunitaria ante la autoridad indígena. Seguidamente, pide perdón a la persona afectada o a sus familiares, en cuyo momento queda resuelto el conflicto comunitario dependiendo de la gravedad del hecho cometido.

Otro ángulo, lo constituye desde el afectado o sus familiares, quienes perdonan al hechor acerca de los actos cometidos en su contra, lo cual alteró el orden comunitario y afectó sus derechos y su familia; este acto de perdón se hace de manera cordial, sin resentimiento ni odio, básicamente en aras de la armonía comunitaria. El perdón es una forma de corrección aplicable dentro de la solución de los conflictos, pues todos buscan crear ese clima de confianza para hacer posible los arreglos.

“La conducta está en armonía con el papel que corresponde a las autoridades y terceros en el derecho consuetudinario, en donde todos proporcionan consejos y hacen posible, el reconocimiento del error, la petición y el otorgamiento del perdón (el kuyb’al mak). Si ellos sinceramente captan el mensaje, entonces reflexionan, y dicen: cierto yo te ofendí, discúlpame ya no lo vuelvo a hacer, si querés te pago tu día, te pago tu pasaje, tu comida, lo que querrás yo te lo puedo pagar, pero quedemos que ya no nos



vamos a molestar (JPCvSLP); o en el caso más grave de un macheteado ¿Qué querés que hagamos con este señor?... Pues yo no quiero nada, que sólo me pague mis días que voy a perder y que me dé mi curación y quedamos como amigos... (JPCpSLP).”²³

c) Castigos Físicos (Xica’y). Aunque el sistema jurídico indígena es conciliador, existen casos muy claros en donde se imponen correcciones, algunas muy drásticas para los implicados. Esta clase de corrección es conocida como los castigos físicos (Xicay’), azotes, chicotazos o latigazos. Se aplica contra las personas que han cometido hechos que afectan la seguridad y tranquilidad de las familias de las poblaciones.

En otras comunidades se afirma que el azote no es utilizado únicamente como una sanción en casos matrimoniales, sino en otros como el robo. “Se castiga a la persona drásticamente dándole unos chicotazos, para que analice que lo que hace es malo.”²⁴

En algunas comunidades, se hace con unas ramas verdes de durazno. Esta forma de corrección o castigo es aplicada por las autoridades, desde los ancianos y ancianas de vida ejemplar o los mismos padres de los involucrados. Aplicada, se exhorta a la persona a que no vuelva a cometer el hecho, ya que es vergonzoso para su familia y para su comunidad.

Se le pide que recobre su vergüenza y su moral perdida para integrarse de nuevo a la comunidad. Las normas comunales a la que nos referimos no deben causar lesiones,

²³Ibid.

²⁴ 50 Esquit, Edgar e Iván García. **Ob. Cit.** Pág. 130

es solamente una actitud simbólica cuyo fin es volver la armonía a la comunidad. Terminada la sanción, los ancianos llevan las ramas a un cerro para que la energía del viento ayude a esta persona a quitar de su mente todas las maldades, o los tiran a un río y piden que la energía del agua ayude a limpiar su conciencia y a cambiar su conducta negativa. La naturaleza de la imposición del castigo físico, corresponde más a un acto de purificación con el objeto de separar en dicha persona las energías negativas que han motivado la conducta que alteró el orden comunitario y que por supuesto, no provocan ningún tipo de cicatrices o lesiones que afecten la salud física del hechor.

En realidad, ha sido criticada por algunos juristas, debido a que viola los derechos humanos de la persona, quien está protegida por la Convención Internacional Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por Guatemala. Sin embargo, es de resaltar que “el objetivo de la aplicación del castigo físico es de purificación y un acto de vergüenza para la persona a quien se le aplica para que ya no vuelva a cometer el hecho, además de que del castigo físico es consecuencia de correcciones legítimas inherentes al sistema jurídico indígena.”²⁵

d) La reparación del daño: La reparación del daño, dentro de los pueblos mayas, es una forma de corrección y resolución del procedimiento comunitario como parte del sistema jurídico indígena, aplicables, tanto a hechos de mínimas consecuencias como a las que constituyen hechos graves.

²⁵Instituto de la Defensa Pública Penal. **Módulo de interculturalidad 53**. Pág. 80

En un caso de lesiones con arma de fuego, se cita: “Mientras tanto, la comunidad cooperó para atender al herido y luego la persona que disparó, aceptó realizar todos los gastos de atención para recuperar la salud (del afectado), así como el pago de jornales, según los días de reposo que necesita el herido para que la familia no sufra las dificultades por la falta de ingreso económico”.²⁶

“El acto violento de tener relaciones sexuales con una mujer constituye un hecho grave en contra de las mujeres indígenas dentro del derecho indígena, para sancionar esta agresión, primero se determina si el agresor es soltero o casado, pues de ello depende el tipo de sanción. En el caso de ser hombre casado y que la víctima quede embarazada, se aplican diversas sanciones; una es que el violador debe compensar a la ofendida dándole un terreno; puede también sancionarse con una compensación económica, además de cualquiera de las anteriores, se le impone la obligación de una pensión alimenticia para el niño. Si la mujer no queda embarazada, se impone cualquiera de las dos primeras sin pensión alimenticia.”²⁷

Esto muestra la característica del sistema jurídico indígena, como esencialmente reparadora y equilibrada, en cuanto a que vela por los derechos de la familia afectada y también por la familia del hechor, pues posibilita de manera inmediata la solución del conflicto comunitario.

²⁶ Oxlajuj Ajpop. **Sistema Jurídico maya hacia el Estado de Guatemala.** Pág. 50

²⁷ Mayen, Guisella y José Chaclán. **Ob. Cit.** Pág. 92



e) Trabajo comunitario: Esta modalidad de corrección tiene que ver con aquellas decisiones que toman las autoridades indígenas, y se la imponen a aquellas personas que también hayan alterado el orden comunitario.

Las sanciones más difundidas fueron los trabajos comunitarios y pareciera ser una sanción para los casos de infracciones contra la comunidad; sin embargo, en oportunidades también tienen un sentido humanitario, ya que se impone en vez de que paguen multa, pues a veces no tienen dinero y tal vez tienen bastantes hijos y se van a quedar sin comida.

Los trabajos comunitarios los ve la población con buenos ojos y dicen: así era la ley antes, tal vez era así, no se conoce la verdad, y si bien es cierto, algunos ancianos dicen así estuvo bueno porque miramos que lo castigaron, esa es la cuestión, la vergüenza sufrida.

Quizá esa sea la razón de que se extienda a las mujeres que han cometido errores por difamación o sea chisme, también les imponen trabajos comunales, trabajo de limpieza o lavado del piso de la iglesia o de la escuela de Interculturalidad.

En cuanto a los mojones, cuando se compra o se vende un terreno se reúne a todos los colindantes para que señalen sus mojones y reconozcan al nuevo propietario. Se hace un almuerzo de alegría; igualmente pasa cuando se reparte la herencia a los hijos y hay peleas. En lugar de meter a un hombre en la cárcel, mejor se le pone a trabajar; que haga trabajo en los caminos y mejor que vaya a acarrear piedras un par de días para

estar después libre, pero ese vecino tiene que ver si le conviene o no le conviene este castigo.

Entonces la persona analiza su situación y no vuelve a cometer la falta. Los castigos son limpiar la calle, porque estar encarcelado es perder el tiempo. “Manifiestan que necesitan mejorar la comunidad por lo que hay mucho trabajo. En algunos lugares hay cárceles, pero en mal estado, entonces a los sancionados se les pone a trabajar.”²⁸

- f) Destierro: Cuando una persona ha actuado muy mal, se convierte en un rebelde y afecta grandemente la tranquilidad de las familias y de la población; se evalúa su trayectoria del pasado y del presente, basados en los principios de existencia y su forma de ser. Si el individuo no se corrige, se le aplican varias sanciones y si reincide, se le aplica la sanción del destierro, la expulsión de su lugar, y ya no tendrá derecho a vivir en la comunidad.

Una sanción de destierro frecuentemente sucede porque “los sindicatos han cometido varios delitos (secuestros, robo, asalto a mano armada) y, las autoridades estatales no han hecho nada, inclusive los derechos humanos, defienden a los sindicatos.”²⁹

También se da una forma de destierro indirecto, conocido como la exclusión, acto que se aplica contra la persona que comete hechos que afectan la armonía comunitaria. Consiste en que la persona ya no es tomada en cuenta en todos los beneficios que

²⁸ Esquit, Edgar e Iván García. **Ob. Cit.** Pág. 119

²⁹ **Ibid.**



recibe de la comunidad. “Dentro de esta sanción es que el comunitario no presta su servicio gratis, presentando excusas sin razón. Los ancianos deciden no meterlo a la cárcel, sino que solamente se le va a excluir de la comunidad. Tal vez, pueda vivir aquí, pero ya no va a tener derecho de acudir aquí (a las reuniones comunitarias); si tiene un problema que vea él cómo lo soluciona. Si se le muere un hijo o un familiar no va a tener derecho de venir aquí. Todo esto es porque se niega a las costumbres y a los servicios de aquí.”³⁰

Formas de cumplimiento, dentro de las funciones que corresponde desarrollar a la autoridad indígena, está la de velar por el cumplimiento de la sanción o corrección impuesta al hechor o a la persona que ha alterado el orden comunitario. Las formas de cumplimiento dependen de la naturaleza de la sanción impuesta, pues si se trata de la reparación del daño, trabajo comunitario (Xica’y) o el destierro, en los dos primeros, corresponde a la autoridad indígena, quien fue la que impuso la sanción, velar porque el hechor cumpla. En cuanto al trabajo comunitario (Xica’y) y el destierro, ambas son aplicadas por la misma autoridad indígena, una vez haya tomado la decisión de aplicar este tipo de sanción.

Lo que viabiliza el control de cumplimiento de las sanciones en el sistema jurídico indígena es el funcionamiento permanente del sistema de autoridades indígenas. Obsérvese en el cuadro de comparación, las correcciones aplicables en la mayoría de pueblos mayas, tanto los Ixiles, Kaqchikeles, K’iche’, Mam y Poqomchi’, coinciden con la aplicación de la corrección del perdón, reparación del daño y trabajo

³⁰Ibid. Pág. 141



comunitario. La corrección del destierro únicamente es aplicable en el pueblo K'iche' y Kaqchikel.

En la delimitación administrativa estatal, corresponde al Departamento de Sololá y Quiché. La expulsión de la Cofradía tiene lugar más en el área Kaqchikel y Poqomchi'; generalmente, se dan por su mala conducta individual o familiar dentro de la comunidad, por faltar a sus obligaciones u ofender el lugar sagrado, o el sentimiento de los santos.



CAPÍTULO III

3. El derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario, “término que proviene del derecho romano, la verata consuetudo; que se refiere a las prácticas repetidas inmemorialmente, que, a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias. Por el término derecho se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término costumbre, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades y procedimientos.”³¹

Sólo que la palabra consuetudinario fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos. El monismo jurídico impone una definición de derecho y una definición de costumbre y en consecuencia genera problemas teóricos, valorativos y políticos, entre ellos, la idea de que sólo es derecho el del Estado y lo demás meras costumbres, limita cualquier estudio de sistemas normativos no estatales. Monopoliza el criterio de derecho y lo lleva a la cripta legislativa.

El término costumbres o usos y costumbres resultan teóricamente limitados para referirse a sistemas normativos, ya que sólo se refiere a prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. “En cambio, los estudios empíricos sobre sistemas normativos indígenas dan cuenta de; 1) Que no sólo se trata de prácticas aisladas, sino que tiene

³¹ Iglesias, Juan. **Las fuentes del derecho romano**. Pág. 23.



un eje cultural que las articula a modo de sistemas y tiene sistemas de normas, autoridades y procedimientos por los cuales regula su vida social, resuelven conflictos y organiza el orden interno (originalmente respondían a todo un sistema cultural, normativo, y político); y 2) Su enorme capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución y debe responder a necesidades y demandas sociales cambiantes.”³²

En términos valorativos, el uso del término costumbre va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que se busca sujetar a tutela y control estatal. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están contra la ley. Igualmente, el derecho consuetudinario en términos teóricos no tiene el mismo estatuto que el derecho estatal, aunque pueda tener igualmente normas, autoridades y procedimientos propios.

En el nivel valorativo, se considera a los indígenas y sus sistemas como inferiores. En términos políticos, esta categoría no cuestiona la situación del sistema subordinado y hasta justifica esta subordinación, dado el supuesto carácter local o atrasado del derecho consuetudinario y sus usuarios. Desde el marco del monismo legal se suele hacer una interpretación tan estrecha del principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que ha llevado a negar el respeto a la diferencia cultural, convirtiéndose en una paradoja jurídica.

³² Esquit, Edgar e Iván García. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz**. Pág. 17.



El derecho a la diversidad cultural, a la propia identidad, al uso del propio idioma, a la práctica de la propia vida cultural y de la propia religión. Bajo la idea de que no se puede poner en juego la seguridad jurídica se ha impuesto a diversos grupos culturales el sistema jurídico creado para y por un solo grupo cultural. Ello produce una enorme inseguridad jurídica entre los miembros de los pueblos o grupos culturales. Al no reconocerse el derecho indígena, sus usuarios no tienen la seguridad de ser juzgados por el mismo, en su propio idioma y en función de su cultura, pues el derecho estatal pretende el monopolio de la administración de justicia y la producción jurídica. Donde existe diversidad cultural, sólo es posible garantizar seguridad jurídica si es aprobada la aplicación de los diversos sistemas normativos, con reglas para las situaciones de interculturalidad.

Un sistema jurídico es “el conjunto de principios y normas jurídicas que se formulan y aplican en una o varias regiones geográficas, que tienen una determinada concepción del mundo y una manera de vivir y de hacer su vida. En otros términos, es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir y hacer su vida, su forma y manera de regular normativamente su existencia”.³³

En estudios realizados en Guatemala, algunos autores proponen también que “el derecho consuetudinario indígena constituye un sistema; que se viene desarrollando. Es conveniente hacer notar que también en el mundo periodístico, se desató una fuerte

³³ David, René. **Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica.** Pág. 39.

polémica en torno a la legalidad del derecho indígena, previo a la denominada consulta sobre los derechos de los pueblos indígenas, realizada en 1999.”³⁴

Flavio Rojas Lima, que, junto con Julio Hernández Sifontes, son precursores de los estudios de antropología jurídica en Guatemala, dentro de sus últimas publicaciones, refieren que: en Guatemala se puede hablar, con suficiente base empírica, de la existencia prolongada de un sistema de normas consuetudinarias que encajarían en los distintos campos del moderno derecho occidental. Se trata de un sistema debidamente vertebrado, institucionalizado de la manera como corresponde a un derecho consuetudinario, con sus órganos jurisdiccionales peculiares, sus normas sustantivas y adjetivas de conocimiento generalizado e inclusive con los mecanismos punitivos correspondientes.

Y que igual que “otras de las expresiones super estructurales en las relaciones inter étnicas, tal como estas se producen a lo largo de los periodos colonial y republicano, el derecho fue utilizado activamente por los sectores dominantes de un lado y por los indígenas del otro.”³⁵

Hernández Sifontes, hace también, en su tesis de grado en derecho, una interesante observación que va más allá del sentido religioso que se le quiere dar también al derecho indígena: hay efectivamente normas que se obedecen, pero que no tienen

³⁴ Araujo S, Jorge Haroldo. **Análisis psicosocial en la prensa escrita sobre la propuesta de la legalidad del sistema jurídico maya.** Pág. 1.

³⁵ Rojas Lima, Flavio. **El Derecho Consuetudinario en el contexto de la etnicidad en Guatemala, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos.** Pág. 5, 6.



carácter religioso. El trasgresor no se le conmina con ninguna sanción de tipo sagrado o mágico. Son reglas que se obedecen a fuerza de la convivencia con humanos.

Satisfacen estrictos intereses personales y se exige reciprocidad. “Hay un derecho-ambiente frente a una causa-ambiente y la relación puede advertirse. Malinowski insiste en que debe estudiarse detenidamente la ley obedecida, y no la ley quebrantada. No lo sensacional sino lo cotidiano. Esta ley civil está bien desarrollada y regula varios aspectos de la organización social y muestran una bien definida existencia, fácilmente distinguible de las otras normas morales, religiosas o artísticas.”³⁶

En una investigación en el Municipio de Santa Catarina Ixtahuacan, Departamento de Sololá en 1969, se advirtió que la justicia se administra bajo dos sistemas: el institucional reglado, régimen de legalidad vigente y el otro bautizado con el nombre de justicia popular salomónica, recurriendo a los principales indígenas del lugar (Chuch Cajau), y a personas que en la comunidad ejercen gran ascendencia, a quienes se designa con el nombre de Catat Cachuc (Padre-Madre) o Nima-Cajau.

Son ellos los que “en forma muy particular resuelven toda clase de problemas de carácter jurisdiccional o administrativo, resoluciones que se toman de conformidad con la equidad y sus costumbres y no es raro que posteriormente a esa forma de resolverlos recurran ante la autoridad civil para darles visos de legalidad o inclusive

³⁶ Hernández Sifontes. **Realidad jurídica del indígena guatemalteco**. Pág. 109.

ante la fe pública notarial.”³⁷

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, que el derecho basado en la costumbre puede considerarse como un conjunto sistematizado de preceptos normativos, aunque obviamente no se encuentre inscrito ni codificado, y para su elucidación se requiere de la realización de trabajo de investigación de campo.

En forma preliminar, sin embargo, que el mismo no es un contra derecho (no es un sistema paralelo que se oponga al sistema legal vigente), y que es evidente que el sistema de normas estatales es utilizado por la población indígena en forma alternativa, sobre todo cuando se ha agotado los recursos internos; los indígenas deben adecuar sus conductas a estas normas cuando el estado interviene en sus comunidades por razones de índole administrativa o militar, o bien cuando imponen sanciones penales en procesos que son de conocimiento de los tribunales correspondientes.

Augusto Willensem Díaz, lo denomina: “Sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, el cual es perfectamente armonioso, tiene un orden jurídico articulado dentro de un conglomerado humano organizado y la denominación de consuetudinario que se le ha dado es con intención descalificadora”.³⁸

a) Normas que regulan el comportamiento social y que, si se infringen, requieren de sanciones seculares.

³⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. **Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho**. Pág. 29.

³⁸ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos. **Conferencia impartida en la especialización en derecho indígena**. 20 de mayo del 2000.



- b) Autoridades propias y reconocidas por la propia comunidad, entre las cuales hay responsables de aplicar las sanciones.
- c) Procedimientos jurídicos, cuyos como ponentes son las maneras de formalizar los actos jurídicos y las formas recurrentes de aplicar sanciones.

El marco teórico de referencia para estimar que el derecho indígena es un sistema, se inspira en Malinowski, en el sentido de que hay sistemas jurídicos en todas las sociedades, y en Seagle, Readcliffe Brown y Redfiel, que sustentan el criterio que se encuentran rasgos y sistemas jurídicos en sociedades que aún carecen de códigos escritos, de autoridades que impartan justicia dentro de un Estado, en el sentido actual y occidental del término. Siguiendo a estos últimos autores, pero, además, a Pospisil y Bohannan, quien es el que trabaja a estos autores, advierten: “deben examinarse cada caso, puesto que la existencia de un orden jurídico no es un asunto de todo o nada sino de grado”.³⁹

Estas mismas orientaciones se siguieron en el material educativo del Seminario sobre la Realidad Jurídica y Social de Guatemala, que se realizó en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en el segundo semestre de 1998.⁴⁰

Raquel Irigoyen Fajardo, considera que el derecho indígena, es un sistema legal y tiene como funciones:

- a) Una función normativa o de regulación de la vida social,

³⁹ Folleto. Reflexiones jurídicas. **Aproximación al sistema jurídico maya**. Pág. 4, 5.

⁴⁰ Reyes Calderón, José Adolfo y John Schwank Durán. **Derecho maya**. Pág. 8.

- b) Una función de resolución de conflictos, a la que también se le puede llamar función jurisdiccional o de justiciabilidad.
- c) Una función ejecutiva general y de organización del orden particular, y;
- d) Una función interna de funcionamiento. Esto es la capacidad propia de definir cuándo, cómo, quién, donde se pueden cambiar las reglas de validez y legitimidad de lo que el propio sistema, a lo que Hart, dice llamar: **reglas para crear reglas**.

Agrega además que la condición de existencia de un sistema jurídico o derecho que debe tener un grado de eficacia y legitimidad.

Al considerar al derecho indígena como sistema, es porque supone: “la existencia de normas o criterios para la creación de y cambios de las normas mismas, de sus instituciones, y autoridades. Dicho sistema en su conjunto debe estar garantizado en el sentido de que las normas deben tener un cierto nivel de eficacia, vigencia efectiva y legitimidad, aceptación social, en la regulación de la conducta social. Para la perspectiva pluralista, no necesariamente las normas deben ser escritas generales e invariables. Puede tratarse de principios normativos y directrices para la acción concreta. Si bien es necesario que las normas estén garantizadas, la forma depende de cada contexto, cultura y modelo social.”⁴¹

A propósito del modelo social, el carácter colectivista y/o comunitario indígena apunta en sus siete ensayos sobre la realidad peruana, y su vinculación con el socialismo, que permite apreciar la interpretación del fallecido antropólogo Floriberto Díaz

⁴¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. **Justicia y pluralismo legal en Guatemala**. Pág. 3,7.

(Oaxaca/México), que más que referirse a expresiones, debe entenderse que se trata de un derecho comunitario, en la medida de su ámbito territorial y su práctica social. Afirmación que es recogida, en ese sentido, por dos distinguidas antropólogas pioneras en México, Carmen Cordero de Durand, quien realiza sus estudios en Oaxaca, que le denomina con base a sus observaciones Ley del pueblo, y Collier, en Chiapas, Justicia Popular. André Hoekema, cuando aborda la denominación, en búsqueda de una salida frente al desprecio terminológico del derecho indígena, y en su propuesta de lo que denomina el pluralismo jurídico social.”⁴²

3.1. El derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

El ordenamiento jurídico vigente en Guatemala, según lo establece el Artículo segundo de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, en Guatemala la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. Así mismo, la costumbre cumple una función supletoria, y sólo se admite cuando existen lagunas en el texto legal. No se admite la costumbre que se opone a la ley.

La jurisprudencia cumple también una función supletoria: complementa la legislación. Para que la misma sea obligatoria se requieren cinco fallos continuos, en el mismo sentido, emitidos por la Corte Suprema de Justicia. También se configura jurisprudencia en materia constitucional con tres sentencias uniformes de la Corte de Constitucionalidad.

⁴² Gómez González Gerardo y José Ordóñez Cifuentes José Carlos Mariátegui. **Precursor ante el problema agrario y el problema del indio, en Derecho y poder: La cuestión de la tierra y los pueblos indios.** Pág. 55



a) La Constitución Política de la República de Guatemala: La validez de todo el sistema jurídico guatemalteco depende de su conformidad con la Constitución, considerada como la ley suprema. Sin embargo, en el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

En esta materia Guatemala ha ratificado La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En segundo lugar, se encuentran las leyes emitidas por el Congreso de la República que pueden ser de dos tipos, leyes constitucionales y leyes ordinarias. Las primeras priman sobre las segundas y requieren para su reforma el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso de la República de Guatemala.

En tercer lugar, se encuentran las disposiciones emitidas por el organismo ejecutivo o disposiciones reglamentarias, que no pueden contrariar los peldaños anteriores. Ocupan el último escalón las normas individualizadas que comprenden las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas.

Se puede establecer que, en una parte, el Estado de Guatemala, reconoce el derecho indígena, mas, no de una manera expresa. El Artículo 58 de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: se reconoce el derecho de las personas y



de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres. Así mismo el Artículo 66 del mismo cuerpo legal, respecto a los grupos étnicos, establece en su parte conducente que: “El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social”. Ambos Artículos reconocen las costumbres, formas de vida, formas de organización y tradiciones. Se puede interpretar debido al reconocimiento de la cultura y por ende de la costumbre, que incluyen la justicia y las prácticas jurídicas indígenas. Así mismo, la forma de organización constituye parte del derecho indígena. Esta interpretación, sin embargo, genera conflicto con normas que lo excluyen; tal como el Artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala, otorga la exclusividad al Organismo Judicial para administrar justicia, aunque de hecho hay excepciones como los jueces municipales, los jueces de tránsito y los notarios que tramitan asuntos de jurisdicción voluntaria, ellos no forman parte del Organismo Judicial. Por lo tanto, el respeto, reconocimiento y promoción referidos en los Artículos 58 y 66 de la Constitución Política de Guatemala, entrarían en contradicción con el Artículo 203 de la misma Ley, que indica que únicamente el Organismo Judicial puede administrar justicia.

Se puede interpretar que hay conflicto de normas por antinomia, en la medida que ambas están contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala. Sin embargo, Guatemala ha suscrito normas internacionales de derechos humanos, cuyo rango es superior al ordenamiento jurídico interno según el Artículo 46 de la Constitución Política de la República, que posibilita herramientas interpretativas para resolver tal conflicto de normas. Por lo tanto, aunque la Constitución Política de la República, no tiene una norma expresa que reconozca el derecho indígena o

consuetudinario; por la ratificación del Convenio 169, Artículo 6 de la Organización Internacional de Trabajo –OIT-, el Estado ha reconocido la validez y legitimidad del derecho indígena en el ordenamiento jurídico interno. Respecto a la existencia del derecho indígena, en una entrevista, el Licenciado Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano afirma que, desde su interpretación de la ley, existe un derecho indígena con características propias como el derecho de trabajo por ejemplo. Así mismo indica que en Guatemala es un error creer que sólo existe el derecho escrito, es decir, el inspirado en criterios románticos napoleónicos; a la par existe con igual fuerza vinculante el derecho consuetudinario. Y ello viene a probar la coexistencia en Guatemala de varias fuentes de derecho y no sólo la ley strictu sensu. Las leyes en que funda su declaración son, la Constitución Política de la República de Guatemala, según el Artículo 66 y el Artículo 8 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

b) **Tratados y Convenios Internacionales:** El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por Guatemala en 1992. El Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantiza el derecho a la propia vida cultural y establece que en los estados donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma. Las instancias internacionales respectivas han interpretado que el derecho a la propia vida cultural es aplicable a los grupos étnicos y pueblos indígenas; y que incluye las formas de organización y manejo de recursos como las tierras ancestrales y comunales, así como el derecho



a la elección de sus autoridades, lo cual constituye un componente del derecho indígena o consuetudinario. Si bien, la exposición del Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está referida a los miembros de minorías, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el derecho a la protección especial de las minorías étnicas y las obligaciones del Estado de garantizar tal protección. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce a los grupos étnicos el derecho a la protección de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural. "Siguiendo la interpretación de las instancias internacionales respectivas, cabría interpretar los Artículos 58 y 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 referidos al reconocimiento, respeto y promoción de las formas de organización y costumbres de los grupos étnicos o indígenas, en el sentido que la protección del derecho a la propia vida cultural incluye el respeto del propio sistema de organización social y de regulación, lo que en otras palabras se llama derecho indígena o consuetudinario."⁴³

En el ámbito internacional existe otro acuerdo que tratan de proteger los derechos de los pueblos indígenas. El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT-, es un marco legal que promueve el desarrollo del derecho consuetudinario y demás derechos culturales. La ratificación que ha hecho el Estado de Guatemala de dicho documento, aún con las limitaciones creadas por el Congreso de la República de Guatemala, será importante para darle viabilidad y sustento legal a la multiculturalidad y

⁴³ Yrigoyen Fajardo. **Ob. Cit.** Pág. 55



el pluralismo jurídico que existe en este país. En marzo de 1996, el Congreso de la República de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- y que está vigente desde junio de 1997. Éste establece un conjunto de derechos de los pueblos indígenas referidos a la identidad y cultura de los mismos, a sus derechos de participación en el desarrollo local y nacional, el derecho a ser consultados, derechos ante la justicia, el reconocimiento del derecho consuetudinario, el derecho a tierras y recursos naturales, seguridad social y salud, educación, comunicación y uso de idiomas indígenas, entre otros.

c) Declaración Universal de Derechos Humanos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el marco de referencia para los derechos humanos de todas las poblaciones, y aunque no hace referencia específica a los derechos de los pueblos indígenas, contiene los siguientes Artículos que deben tomarse como base para los derechos de dichos pueblos: Artículo 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen de nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección en contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. En 1945 con la Proclamación de los Derechos Humanos, la Organización de Naciones Unidas –ONU- destaca como ideas



centrales 1. El derecho de autodeterminación de los pueblos y, 2. El derecho de libre determinación de los pueblos, en el afán por acabar con el derecho a la guerra y el derecho en la guerra, luego de la primera y segunda guerra mundial. En 1966, se crean los pactos internacionales como meras declaraciones de derechos civiles y políticos, denominados derechos de primera categoría; y posteriormente se crean los pactos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, calificados en ese mismo pensamiento como derechos de segunda categoría; aunque los estudios posteriores determinan que el derecho al desarrollo engloba a todos estos derechos y que los derechos civiles y políticos no tienen sentido sin los derechos económicos, sociales y culturales. Posteriormente a las declaraciones se crean los protocolos facultativos para demandar a los Estados que no cumplieran sus compromisos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Artículo 27 indica: Los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Desde el punto de vista de los derechos humanos, el ser humano tiene derecho al trabajo y al goce del mismo en las condiciones básicas que le permitan desarrollarse como un ser digno, el derecho a formar sindicatos, a la educación, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza de nuevo la libre determinación de los pueblos y el disfrute y utilización plena y libre de sus riquezas naturales y garantiza el derecho a



participar en el desarrollo económico, social, cultural y político en el que se desarrollen plenamente los pueblos.

d) Código Procesal Penal: dentro del Artículo 25 Bis. Requisitos. Para aplicar el criterio de oportunidad, en los numerales del 1 al 5 establecido en el Artículo 25 del mismo cuerpo legal, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no se violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos.



CAPÍTULO IV

4. Análisis de las prácticas de las autoridades indígenas

A las comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del estado en materia de justicia, sustentado en el respeto a los usos, costumbres y tradiciones propios de su comunidad. Todo el procedimiento se realiza de manera oral, a excepción de un acta transaccional, esto se hace solamente por hacer constar los compromisos de las partes y como memoria de la asamblea.

La justicia indígena, sin embargo, no existe como resultado de una decisión de política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo: el pueblo indígena. Es un producto de un pueblo o comunidad indígena que por muchos años ha reservado su sistema de administrar justicia de acuerdo a sus usos y costumbres.

La justicia indígena son elementos inherentes a la existencia y aplicación de las normas de origen consuetudinario, que busca restablecer el orden y la paz social. La autoridad indígena será la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, valores y principios comunitarios; principios fundamentales de solidaridad, reciprocidad y colectividad.

La administración y aplicación de la justicia indígena, tiene un giro de trascendental importancia en cuanto a reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas. Es así como reconoce a un sujeto distinto, que es el colectivo, como entidad

u organismo que tiene vida propia y han reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato distinto del Estado y tener una administración de justicia propia de acuerdo a sus usos y costumbres.

En las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas existe el derecho indígena, de transmisión oral, que responde más a un código moral de justicia y está basado en las costumbres y tradiciones. Estas comunidades indígenas, a través de sus autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades practican la justicia indígena y la mediación, basados en sus costumbres y tradiciones.

Las prácticas de la administración y aplicación de la justicia indígena se realizan recordando la memoria de nuestros antepasados, como lo hacían cuando alguien cometía algún daño o causaban problemas dentro de la familia, la comunidad o dentro de la colectividad indígena. La administración de justicia indígena varía en cada comunidad, pueblo o nacionalidad. En el sistema jurídico especial indígena está prohibido la tortura, justicia por mano propia y el linchamiento.

Desde luego la tortura es cuestionada mucho por la sociedad mestiza y por las autoridades judiciales del estado, debido a que el látigo, el agua, la ortiga y otras sanciones son torturas. Para la cosmovisión indígena, estos elementos sirven para la purificación de la persona. Estos castigos corporales se hacen al momento de la resolución del conflicto o de la sentencia, con lo cual la persona queda en libertad y es una de las opciones para no ir a las cárceles, porque para el indígena, la cárcel es un cautiverio y un infierno de la vida. El linchamiento, según el diccionario jurídico de

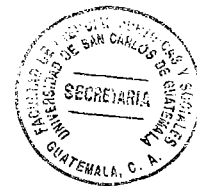


Guillermo Cabanellas, no es otra cosa que la forma popular de administrar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar el fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen, así como los moradores de la ciudad de Cayambe, en Ecuador, a un afroecuatoriano, acusado de robo, asalto y violaciones, aplicaron la pena capital, a sea luego de arrastrar por las calles, incineraron, y finalmente, justicia por su propia mano, esto es similar a la ley del Thalión, es decir ojo por ojo y diente por diente, es la venganza de la persona. Por lo general, estos delitos han sido cometidos por los no indígenas en los momentos de ira y por la ilegalidad de los jueces.

4.1. Análisis jurídico sobre la legalidad del procedimiento para sancionar los delitos en la justicia indígena

La administración de justicia indígena, es un tema bastante nuevo, de actualidad, complejo y polémico. De manera frecuente escuchamos hablar de la justicia indígena, del ajusticiamiento, la justicia con mano propia etc.; pero nunca nos hemos molestado en cerciorarnos de manera clara qué es lo que debemos entender por la administración de justicia; por qué de la existencia de dicha administración, cómo funciona, etc., y simplemente nos hemos limitado a decir que en el país existe una ley escrita (la legislación ordinaria), las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas lo que realizan es una ilegalidad, que atenta contra la institucionalidad jurídica del país.

Es más, se ha catalogado a los indígenas (cuando un pueblo indígena ejerce este derecho) como salvajes, que aún vivimos en una etapa o estado primitivo;



consiguientemente se ha fomentado una política de integración, de asimilación y de etnocidio de nuestros valores culturales y parte de nuestras identidades.

De la misma forma, los pueblos y nacionalidades indígenas, según el Artículo 79 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen la potestad de administrar justicia conforme a sus usos, costumbres, o lo que es el Sistema Jurídico Propio (Derecho Indígena); por supuesto, con sus autoridades en todos aquellos problemas internos. De esto, también surgen algunos elementos importantes que se deben tomar en consideración al momento de aplicar el Artículo citado, como, por ejemplo, que sea en un espacio físico determinado, que los actores sean indígenas, que exista una autoridad indígena, que preexista un conjunto de normas, reglas que regulen el normal desenvolvimiento de los grupos humanos, etc. Por otra parte, es conocido que los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas, han emigrado hacia las grandes ciudades en busca del sustento diario para su supervivencia; llevando junto con el desplazamiento de la población entera, los referentes y elementos culturales como: vestimentas, lenguas, costumbres, fiestas, formas de administración de justicia etc.

Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tienen un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre jurídica, derecho consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, con la característica de oralidad, y de que no está codificado; con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan

y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídica entre los indígenas.

En el ámbito de la materia penal contempla definiciones y tipificaciones de los delitos; en su ejercicio considera a los indígenas como inimputables o responsables atenuados, como si se trataran de sordomudos, menores de edad y en general interdictos; ignorando por completo, que la mayoría de los pueblos indígenas tienen sus propias normas y costumbres para reglamentar el conflicto interno y sancionar la conducta antisocial.

Los pueblos indígenas han sido víctimas de la ley penal impuesta, como por ejemplo por la ignorancia del idioma, cuando los indígenas son sometidos al proceso tradicional; es decir, en la legislación nacional no existen mecanismos que permitan asegurar que una causa instruida a un indígena lo sea en su propio idioma; permitiendo así una variedad de abusos e injusticias por parte de las autoridades judiciales. Esta situación, en los últimos años ha dado un cambio radical con la aprobación de importantes reformas constitucionales que reconocen explícitamente ciertos derechos indígenas como el idioma, la educación bilingüe, los derechos colectivos, las circunscripciones territoriales indígenas, la administración de justicia.

4.2. Principio de legalidad

Para la concepción monista del Estado sólo el legislador puede crear normas de aplicación obligatoria en que se incluyen las de naturaleza penal. “Como en su tarea de



persecución penal de las conductas punibles, el Estado acude a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para el logro de tal cometido (recuérdese el sub axioma de necesidad de intervención), para intervenir de manera drástica en los derechos más elementales del hombre, se hace indispensable la búsqueda de un axioma que controle el ejercicio del poder punitivo y confine su aplicación dentro de límites que excluya toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes lo ostentan o ejercen. De tal forma que básicamente de la mano de la tradición liberal ilustrada el ciudadano tenga la certeza de que solo es punible lo que está expresamente señalado en la ley.”⁴⁴

La génesis al origen de esta concepción del Estado se tiene la cláusula general de reserva que tiene su antecedente histórico en el Artículo cuatro de la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que prescribía: **“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley”**.

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 66, indica: Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado de Guatemala reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones,

⁴⁴Velázquez Fernando. **Derecho penal**. Pág. 131.



formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

De tal forma que les está permitido todo aquello que no se encuentre taxativamente prohibido, siempre que el contenido y alcance de lo prohibido encuentre fundamento en los valores y derechos fundamentales.

El principio de legalidad (sustantivo y adjetivo) propiamente dicho se encuentra garantizado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece: **“Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por tribunales especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.”**

En la primera parte de la norma citada se garantiza el principio de legalidad sustantiva, esto es, la relacionada con el tipo penal, en tanto que la segunda parte se relaciona estrictamente con el principio de legalidad procesal, es decir, sobre las reglas de juzgamiento del ciudadano.

Este derecho parte del debido proceso tiene también su desarrollo en el ordenamiento jurídico internacional en los Artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15.1 del Pacto de New York y 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).



La dogmática penal ha precisado que por el principio de legalidad sólo la ley puede crear delitos y penas, en efecto, desde la concepción monista del Estado se parte de la premisa única de que sólo el órgano legislativo tiene la potestad de crear tipos penales, cuestión que evidencia la exclusión de sistemas normativos originarios que tiene sus bases propias de creación de normas adjetivas y sustantivas para el juzgamiento en la comunidad.”⁴⁵

Considerando que este es el más importante límite formal a la actividad punitiva del Estado. “Se expresa que el origen del principio de legalidad se remonta a la Carta Magna de Juan Sin Tierra, 1215, Artículo 39 que dice: ningún hombre libre será detenido, preso o proscrito, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión si no es por el juicio de sus iguales o la ley del país”.⁴⁶

Límite que está dado en atribución exclusiva al órgano legislativo de lo cual resulta que sólo el Estado puede generar normas de aplicación obligatoria para sus asociados de donde surge la pregunta: hay un solo derecho penal en el Estado de Guatemala.

“Hacia la década de los años noventa se reconoce a lo largo de América la administración de justicia indígena para resolver en el ámbito territorial los conflictos individuales y sociales conforme a su derecho consuetudinario”.⁴⁷

⁴⁵ Barreto Ardila Hernando. **Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito en lecciones de derecho penal**. Pág. 48.

⁴⁶Velázquez Fernando. **Derecho penal**. Pág.1031

⁴⁷Savigny Friedrich Carlo Von. **Sistema de hoy**. Pág. 14



“Es evidente que en la justicia indígena la fuente principal de donde emana las normas tanto sustantivas como adjetivas es la costumbre, de donde se tiene que cada conglomerado define este conjunto de normas tanto para la descripción de la acción u omisión punible como la pena y su procedimiento de juzgamiento, así pues la norma jurídica en los términos de la justicia ordinaria: escrita, anterior, etc., no resulta aplicable a la justicia indígena porque la noción de las mismas se encuentra adentrada en la conciencia del colectivo sin la necesidad de una escrituración, pese a que hay pueblos y comunidades en los que día a día se van cambiando los paradigmas y se está en transición de una cultura netamente oral hacia una de derecho escrito.”⁴⁸

Por otra parte, se ha concluido que cualquier persona que sea reconocida en el grupo tribal como autoridad puede ejercer la función jurisdiccional en la resolución en los conflictos más graves de convivencia e imponer sanción que puede ser benigna o severa que la que correspondería en el derecho estatal a idéntico comportamiento.

También se admite la posibilidad que en el derecho indígena se tipifique como delitos o faltas de conductas que no gozan de esta calificación en la justicia ordinaria.

La Corte de Constitucionalidad también reconoce la capacidad de los pueblos indígenas para crear y aplicar sus propias normas penales en tanto se respete un núcleo básico de derechos humanos, en que se incluye el derecho a la vida, la integridad física, prohibición de tortura, y prohibición de esclavitud, también se exige la legalidad del procedimiento, del delito y de la pena.

⁴⁸Borja Jiménez Emiliano. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena**. Pág. 115.



“Bien cabe puntualizar que debido a la conquista de América y la subsiguiente a culturización hay varios niveles de supervivencia del derecho penal aborigen, pues en algunos casos simplemente no existe y ha sido absorbido totalmente por la justicia ordinaria y recién se ha provocado una recuperación de esta fuente de derecho, en tanto que hay otras comunidades el derecho originario ha existido parcialmente y se encuentra en proceso de recuperación; y finalmente hay comunidades que al haberse alejado de los núcleos poblados han logrado mantener casi intacta su tradición jurídica, con lo que se puede concluir que el derecho penal aborigen es un proceso en construcción y consolidación.”⁴⁹

Se advierte también ciertos reparos sobre la proporcionalidad, la personalidad de la pena, la doble sanción y la afectación a la presunción de inocencia. En efecto para entender de modo integral la dinámica bajo la cual se desenvuelve el sistema jurídico vernáculo necesariamente debe contemplarse un enfoque de la cosmovisión indígena que prioriza el derecho de la comunidad por sobre el interés individual de donde se tiene que el conflicto derivado de un delito no solo afecta bienes jurídicos ya sean individuales o colectivos sino un valor supra constituido por la necesidad de aglutinación en la convivencia social.

Desde el punto de óptica occidental la pena, en ciertos casos, resulta desproporcionada cuando no hay una equiparación, entre el bien jurídico tutelado por la norma y la punición, así pues, a mayor relevancia jurídica, mayor punición, a menor relevancia jurídica menor punición, de lo cual se puede concluir que hay una relación directamente

⁴⁹Avila Milton. **Manual teórico práctico justicia indígena.** Pág. 89.



proporcional entre el bien jurídico y punición cuestión que opera tanto en uno como en otro sistema.

No obstante, la discrepancia surge respecto de la percepción o de la valoración de lo que se da a entender por bienes jurídicos, pues, en la tradición jurídica se castiga el adulterio por afectar a los involucrados directos pero también la responsabilidad se desplaza hacia los familiares de los infractores quienes también se encuentran en la obligación de cumplir con la pena y reparar la convivencia social afectada por la infracción.

Como se puede precisar, existen dos visiones intrínsecas sobre el mismo fenómeno, dos escalas de valores y dos sistemas jurídicos en acción precautelando a su manera el esquema de bienes jurídicos que es el puntal de su subsistencia material.

Mientras la tradición occidental, para su afianzamiento, requiere de la escrituralización que es base y sustento del principio de legalidad, la tradición jurídica aborígen se desarrolla a través de otras formas de comunicación de los pensamientos, de las ideas, de la religión, la cultura y derecho que se transmite de boca a oído y de generación a generación, máxime que la perpetración de infracciones graves resulta excepcional y su procesamiento y sanción se encuentran grabados en el consiente colectivo que reproduce no solo el tipo sino el procedimiento y la pena a imponer con lo que se asegura la existencia previa de la norma (oral), a la perpetración de la conducta prohibida, de lo cual resulta que su ignorancia tampoco exime al infractor.



Por tanto, el derecho al ser un producto creado por seres humanos está enfocado a resolver conflictos humanos, por tanto cada sistema debe contemplar, respetar y garantizar las características esenciales que definen a ese ser humano, razón de ser del sistema.

De esta manera, el principio de legalidad tiene una connotación única en la cosmovisión indígena, toda vez que el conglomerado social no está conformada por un número muy amplio de individuos a diferencia de lo que sucede en la cosmovisión social en que tratándose de millones de habitantes la forma de realizar la seguridad jurídica se efectúa a través de la norma escrita, previa y estricta.

En uno y otro sistema, el objetivo central del principio de legalidad es la realización de la seguridad jurídica, esto es el conocimiento previo en la conducta prohibida por el ciudadano, para que solo con este conocimiento se encuentre en condición de discernir o no lo prohibido y adecuar su conducta a la norma.

Es así que uno u otro sistema desarrollan, de modo diverso o diferenciado, el principio de legalidad para la realización de la seguridad jurídica del individuo y el conglomerado, la diferencia radica en la vía de realización o creación de las normas, mientras en la primera es oral, en la segunda es escritural y coinciden en racionalizar el ius puniendi estatal (comunal) para evitar el abuso frente al ciudadano, considerando que las normas de convivencia y regulación social provienen del soberano que en el caso es el órgano legislativo denominado asamblea en tanto que en la segunda demanda de la

comunidad en sí misma que auto crea las normas reguladoras que permiten la convivencia social.

4.3. El respeto a la integridad de la persona

El derecho humano fundamental y absoluto tiene su origen en el respeto debido a la vida y sano desarrollo de ésta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental.

Es así que el ser humano por ser sujeto de derecho, tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Este derecho se encuentra consagrado en el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos



Humanos de 1948 regulado en el Artículo 5, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados dentro del Protocolo II, Artículo 4.

Además, en los Tratados Generales de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Artículo 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1968 (Artículo 5), que este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional.

Debido a la preocupación de la comunidad internacional considerando la importancia de este derecho y lo reiterado de las prácticas mundiales de este derecho, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25/06/1987, tras haber sido ratificada por 20 países. Para el año 2001 contaba con 124 Estados partes.

Igualmente, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se suscribe en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que entra en vigor el 28 de febrero de 1987.

4.4. La aplicación de los castigos físicos, violan los derechos humanos

El derecho indígena y su modalidad respetan la vida, pero deja de lado preceptos constitucionales. Esta práctica viola derechos humanos y los preceptos de la



Constitución en la aplicación de castigos físicos, el destierro, cuando las comunidades superan a sus dirigentes y la pena de muerte.

Tales derechos vulnerados son el derecho a la vida; la integridad física y psicológica; la prohibición de sufrir torturas o tratos crueles, inhumanos, humillantes o degradantes y la libertad de residencia e inviolabilidad de domicilio.

Estas sanciones impuestas por autoridades originarias buscan la reinserción del infractor y la recomposición y fortalecimiento de la comunidad, y comprenden la aplicación de castigos físicos en casos determinados. Ancestralmente no existía la pena de muerte, pero cuando llegaron los conquistadores europeos y mataron a líderes de sublevaciones indígenas introdujeron ese concepto. Ésta era, además, una práctica de la Inquisición. Era una costumbre ajena.

Se rechaza la posibilidad de que sea una práctica bárbara, pues el concepto fundamental es el respeto a la vida y el destierro es la pena máxima, pero se reconoce que, a veces, cuando el daño es muy grande, se producen actos graves, pero es porque las autoridades originarias no se hicieron respetar.

Sin embargo, ambas decisiones de las autoridades originarias o de las comunidades violan precisamente los preceptos constitucionales que garantizan la integridad física y prohíben la tortura, además de que se atenta contra la libertad de residencia con la expulsión.



El experto refirió que la justicia comunitaria no somete delitos, sino errores, que no son cometidos exclusivamente por una persona, sino por la colectividad en su conjunto. A diferencia de la justicia ordinaria, el fuero indígena no admite apelaciones, la justicia aplicada en las comunidades ofrece siempre una segunda y una tercera oportunidad. Las sanciones son graduales y se busca que éstas tengan correspondencia y no sean más fuertes que el hecho que se está sancionando. Una de las características es que la justicia aplicada en las comunidades es oral y pública; todos los afectados o protagonistas tienen derecho a expresar sus ideas, a defenderse y presentar argumentos de acusación.

Las reuniones no se interrumpen ni se abren cuartos intermedios y el acto concluye cuando se aprueba la sentencia, que no puede ser apelada, porque no hay un tribunal de alzada, aunque todos los casos son expeditos y gratuitos.

Las soluciones de los conflictos se basan en el diálogo y después de cumplir actos rituales; pero, cuando un procedimiento no se maneja metodológicamente como es correcto, o sea, cuando la autoridad originaria no sabe manejar la situación, se producen extremos, porque las bases no miden las consecuencias y puede sobrevenir la muerte de personas.

Por ello, expresó que el manejo de las situaciones de conflicto requiere de un largo proceso de aprendizaje a través del sistema rotativo de designación de autoridades, pero, puede darse el caso de que los comunarios superen a sus dirigentes y se incurre en extremos que pueden resultar peligrosos, pero son las excepciones a la regla.



Esta sanción puede ser acompañada con alguna otra medida de castigo, que puede ser física o psicológica, sin descartar la aplicación de azotes u otro tipo de sanciones, como amarrar a una persona a un árbol de palosanto, en el que hay hormigueros. Las picaduras causan un fuerte dolor.

En todos los casos se exige al infractor que enmiende el daño. En caso de multirreincidencia, la pena máxima es la expulsión de los acusados de la comunidad. Pierden su hogar y sus bienes y tienen absoluta prohibición de retornar a su tierra.

Se sabe que en casos de extrema gravedad se aplica la pena de muerte, como con un brujo guaraní o, hace unos diez años, según el investigador Nicolás Fernández Motiño, con un abigeo sorprendido varias veces cuando robaba ganado y que fue ejecutado después de que la comunidad practicara una serie de ritos para refrenar la venganza del alma del sacrificado.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece que el Estado es el ente encargado de garantizar a los habitantes del país: la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, el desarrollo integral; así mismo, regula que el Estado de Guatemala reconoce y respeta las costumbre de los pueblos indígenas y su aplicación en relación al derecho consuetudinario; sin embargo, hasta hoy la aplicación de los castigos físicos en los pueblos indígenas, sigue siendo un problema que genera violencia física y emocional a los sujetos de derecho, vulnerando el principio de legalidad y el debido proceso.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos constituye la base para una sociedad democrática, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos universales e inalienables de todos los seres humanos, siendo el fundamento de la libertad, la justicia y la paz, utilizando mecanismos de control y defensa que se han creado con el fin de evitar atrocidades cometidas en el pasado, sin embargo, a pesar que Guatemala ha ratificado este tratado internacional, aun se siguen dando las sanciones violentas y denigrantes para los hechores de un delito, en relación a la aplicación del derecho consuetudinario en los pueblos indígenas.

La legislación penal, debe adoptar políticas orientadas a lograr que la penalización en el derecho indígena, sea menos cruel y establecer un mecanismo más humano dentro del sistema maya, en relación a los castigos físicos, que no violente los derechos humanos,



políticas que deberán contemplar como elemento fundamental, el respeto a la dignidad del ser humano, el principio de legalidad y el debido proceso.



BIBLIOGRAFÍA

- ARAOZ VELÁSQUEZ, Raúl. **El sistema jurídico indígena y las costumbres**. Ed. Vile. Guatemala. 2001.
- ARAOZ VELÁSQUEZ, Raúl. **Temas jurídicos andinos. Hacia una antropología jurídica**. Ed. Progreso. Bolivia.1996.
- ARAUJO S, Jorge Haroldo. **Análisis psicosocial en la prensa escrita sobre la propuesta de la legalidad del sistema jurídico maya**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales/USAC e Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM. Guatemala.1998.
- AVILA, Milton. **Manual teórico práctico justicia indígena**. Ed Jurídica Carrión. Cuenca. 2006:
- BARRETO ARDILA, Hernando. **Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito en lecciones de derecho penal, parte general**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2011.
- BLAS, Ana Lucia. **Promueven justicia indígena**. Prensa Libre, Guatemala, 2006.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. **Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena**. Ed. Tirant Monografías. Valencia España. 2000.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina. 2001.
- Comisión Internacional de Derechos Humanos. **Informe No. 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo**. Belice
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.



Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas.** Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

Derecho Consuetudinario Indígena y Organización Social, **El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas**, Colección IDIES, 1998, serie jurídica.

ESQUIT Y GARCÍA, Edgar e Iván. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz**, Ed. Serviprensa C.A. Guatemala. 1998.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. **Conferencia impartida en la especialización en derecho indígena.** Universidad de San Carlos, Ciudad de Guatemala. Guatemala. 2000.

GÓMEZ GONZÁLEZ Y ORDÓÑEZ CIFUENTES, Gerardo y José, **Derecho y poder: La cuestión de la tierra y los pueblos indios.** Universidad Autónoma de Chapingo. México 1995.

HERNÁNDEZ, Sifontes. **Realidad jurídica del indígena guatemalteco.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1965.

IGLESIAS, J. **Las fuentes del derecho romano.** Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1989.

Investigaciones Jurídicas/UNAM. **Tesis sobre justicia y pluralismo legal en Guatemala.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC. Guatemala. 1998.

MARIÁTEGUI, José Carlos. **Problema agrario y el problema del indio.** Ediciones Peisa. Perú. 1973.



OCHOA GARCÍA, Carlos. **Derecho consuetudinario y pluralismo jurídico**. Ed Cholsamaj. Guatemala. 2002.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. **Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho**. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala. 1970.

OXLAJUU AJPOP. **Sistema jurídico maya hacia el Estado de Guatemala**. Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya de Guatemala. Ed Asdi, Pnud. Guatemala. 2005.

PAR USEN, Mynor. **Módulo de interculturalidad**. Ed Vile. Guatemala, 2005.

REYES CALDERÓN Y SCHWANK DURÁN, José Adolfo y John. **Derecho maya. Seminario sobre la realidad jurídica y social de Guatemala**, Universidad Rafael Landivar. Guatemala. 1999.

ROJAS LIMA, Flavio. **El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad en Guatemala**. Procuraduría de los Derechos Humanos. Guatemala. 1995.

SAVIGNY FRIEDRICH, Carlo Von. **Sistem desheutigen Romischen**. Ed. Rechts, Berlín, Alemania. 1840

Universidad Rafael Landivar. **El sistema jurídico maya. Una aproximación** Guatemala. 1998.

Universidad Rafael Landivar. **Aproximación al sistema jurídico maya. Reflexiones jurídicas. Folleto**. Guatemala, 1999.

VELÁZQUEZ, Fernando. **Derecho penal, parte general**, Ed. Comlibros, Cuarta Edición. Bogotá, Colombia. 2009.

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



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca URNG.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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