

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



**IMPORTANCIA DE CREAR UNA JURISDICCIÓN PRIVATIVA DE LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA**

DORA ELIZABETH TUN ROMPICH

GUATEMALA, ABRIL DE 2017

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

**IMPORTANCIA DE CREAR UNA JURISDICCIÓN PRIVATIVA DE LOS DERECHOS
DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA**

Tesis

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DORA ELIZABETH TUN ROMPICH

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2017

**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).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 27 de octubre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
DORA ELIZABETH TUN ROMPICH, con carné 200615814,
 intitulado IMPORTANCIA DE CREAR UNA JURISDICCIÓN PRIVATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN GUATEMALA.

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 22, 2, 2015.

f) 
 Asesor(a)
 Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
 ABOGADO Y NOTARIO





**BUFETE CORPORATIVO
ABOGADOS, AUDITORES Y CONTADORES
11 Calle 4-52 Zona 1 Ciudad de Guatemala
Edificio Asturias Oficina Número 4
Teléfono 22-32-39-16**

Guatemala, 7 de abril de 2015

Doctor:

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



Dr. Mejía Orellana:

De manera atenta me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he cumplido con la función de **ASESOR** de tesis de la Bachiller **DORA ELIZABETH TUN ROMPICH**, quien realizó el trabajo de tesis intitulado **“IMPORTANCIA DE CREAR UNA JURISDICCIÓN PRIVATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA”**, manifestando las siguientes opiniones:

- a) Considerando que el tema investigado contiene elementos científicos, debido a que el tema abordado se refiere a la importancia de crear una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala.
- b) La metodología cumple con los pasos necesarios en la deducción, como técnicas principales de investigación se utilizaron la bibliografía, investigación de campo, métodos de investigación deductiva y comparativa.
- c) La redacción de este trabajo es adecuada y jurídicamente correcta.



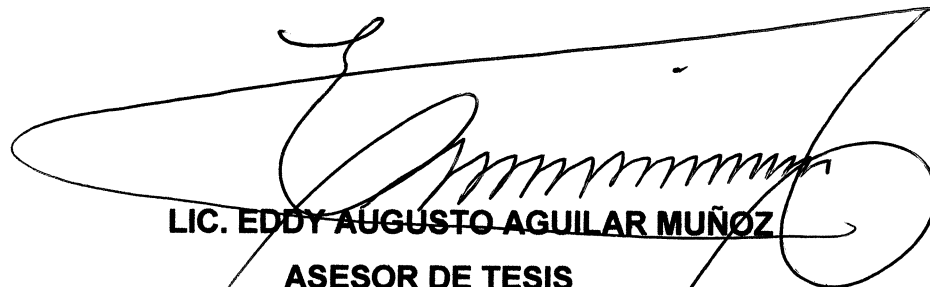
d) La contribución científica del trabajo de tesis en referencia, se centra en evitar que el pueblo indígena siga después de mucho tiempo sintiéndose marginado o discriminado, una de las formas más sabias de evitar lo anterior sería en definir estos derechos en cuanto a que ellos decidan si determinados asuntos los someten a la jurisdicción estatal o los resuelven de conformidad con su derecho consuetudinario.

e) La conclusión discursiva es congruente con el contenido del trabajo de tesis, ya que es un gran aporte al conocimiento del estudio del derecho.

f) En cuanto a la bibliografía empleada se comprobó que la misma ha sido correcta y suficiente para el presente trabajo.

En mi calidad de Asesor y de conformidad con lo que establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; de manera expresa manifiesto que no somos parientes, por tal razón emito **DICTAMEN FAVORABLE** estimando que el trabajo de tesis cumple con todos los requisitos establecidos en el normativo respectivo, a efecto se continúe el trámite.

Atentamente,



LIC. EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ASESOR DE TESIS
Colegiado No. 6,410
Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de agosto de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DORA ELIZABETH TUN ROMPICH, titulado IMPORTANCIA DE CREAR UNA JURISDICCIÓN PRIVATIVA DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN GUATEMALA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RAMO/srrs.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

A DIOS:

Mi padre celestial que ha guiado mi camino, dándome sabiduría, inteligencia y conocimiento para llegar a obtener el éxito conforme a sus propósitos; a Él doy la gloria y honra.

A MIS PADRES:

Catarino Tun Quelex y Margarita Rompich, por ser mis pilares fundamentales, la fortaleza para culminar mis estudios profesionales, por ser el apoyo incondicional y moral en cada uno de mis días.

A MIS HERMANAS:

Por su apoyo incondicional y moral, para que continuara con la lucha de mi objetivo propuesto.

A MIS AMIGOS:

Por el apoyo y compañerismo y por hacer más dinámica la vida de estudiante.

A MIS ASESORES:

Lic. Eddy Aguilar y Licda. Irma Castillo, por su apoyo y amistad.

A:

La Universidad San Carlos de Guatemala, por su guía y ejemplo de perseverancia. Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por brindarme el conocimiento que tengo.



PRESENTACIÓN

El objetivo de realizar el presente trabajo de investigación es de llenar un vacío en la legislación del país referente a los pueblos indígenas de descendencia maya, ya que busca contribuir a resolver un impase vigente en la sociedad, cuál es la validez y el alcance de las consultas a la población indígena sobre decisiones y medidas adoptadas por el Estado que pudieran perjudicar sus intereses y su integridad étnica, cultural, económica y social. Ya que como rama del derecho administrativo y procesal administrativo garantiza un estímulo y evita la desigualdad de derechos de los pueblos indígenas. En la actualidad existe una iniciativa de ley de jurisdicción de los pueblos indígenas con número de registro 3946-2008, la que se encuentra archivada en la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso de la República de Guatemala. Se puede determinar que el tipo de investigación es cuantitativa en base al porcentaje de todos los procesos donde debe ser incluida la participación indígena. La investigación se realizó durante el periodo comprendido del año 2012 al año 2014, en el Departamento Guatemala.

La razón principal de esta investigación es evitar que el pueblo indígena de descendencia maya siga después de mucho tiempo sintiéndose marginado o discriminado, una de las formas más sabias de evitar lo anterior sería en definir estos derechos en cuanto a que ellos decidan si determinados asuntos los someten a la jurisdicción estatal o los resuelven de conformidad con su derecho consuetudinario.

HIPÓTESIS



Es necesaria la creación de una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, ya que siendo un país multiétnico, multicultural y multilingüe debe evitarse que sus derechos sean vulnerados. El derecho internacional consuetudinario, como fuente de obligaciones para el Estado, es importante establecer que la costumbre se verifica cuando se extiende una práctica a un conjunto de Estados.

Para que dentro del derecho colectivo exista el reconocimiento a la condición específica de los pueblos autóctonos. Los mismos incluyen no solo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también los derechos sobre su territorio, al idioma, cultura, religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Ha quedado establecido que no existe una adecuada participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas de descendencia maya y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. Con la técnica bibliográfica, hemerográfica y documental, se logró obtener información sobre la participación de los pueblos indígenas guatemaltecos. Es necesario evidenciar una correcta solución factible que pueden brindar los legisladores para mejorar los mecanismos dentro del marco de una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas de descendencia maya en Guatemala.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derechos de los pueblos indígenas	1
1.1. Legislación sobre derechos de pueblos indígenas en Guatemala.....	3
1.2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	4
1.3. Jerarquía de normas internacionales en materia de derechos humanos.....	6

CAPÍTULO II

2. Factores influyentes en la aplicación del derecho indígena	19
2.1. La pluriculturalidad	19
2.2. El multilingüismo	19
2.3. Definición de discriminación	22

CAPÍTULO III

3. Positividad del delito de discriminación y sus efectos en la sociedad guatemalteca	29
3.1. Análisis de los elementos del tipo	33

CAPÍTULO IV

4. Importancia de crear una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos Indígenas en Guatemala	41
4.1. El derecho indígena frente al sistema jurídico vigente	46
4.2. Causas de incompatibilidad desde el punto de vista jurídico	56



Pág.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA 65

BIBLIOGRAFÍA 67



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se realizó para informar los aportes que quedaron registrados dentro del juicio de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en cuanto a la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas de descendencia maya y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente.

Puedo señalar que con el presente trabajo se comprobó la hipótesis basada en la propuesta al Congreso de la República de Guatemala, la creación de una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, para que sus derechos no sean vulnerados.

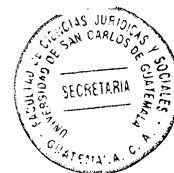
Los objetivos principales fueron: Establecer la importancia de la creación de una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, así como, las causas que son diversas y la lucha que se hace para erradicar la discriminación que cada día se hace imperiosa; describir los efectos que tiene la violación de los derechos de los pueblos indígenas.

La tesis se encuentra comprendida en cuatro capítulos: en el capítulo primero, describo los derechos de los pueblos indígenas, antecedentes históricos, características; en el segundo capítulo, desarrollo los factores en la aplicación del derecho indígena; en el capítulo tercero, trato el tema de la positividad del delito de discriminación y sus efectos en la sociedad guatemalteca; en el capítulo cuarto se analizó la importancia de crear una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala.



En cuanto a la metodología, se utilizó el método analítico, que permite desplazar todo el conocimiento en partes, en relación a lo que establece la legislación nacional respecto a lo contenido en la doctrina, la realidad y las leyes. Asimismo, pude aplicar el método de la síntesis, para analizar separadamente los fenómenos objetos del estudio; para descubrir la esencia del problema o del fenómeno estudiado, en cuanto a las repercusiones que tiene el tema descrito y la necesidad de su adecuación jurídica legal. Dentro de la técnicas utilizadas en la realización de la investigación, apliqué las bibliográficas, documentales que permitió recopilar y seleccionar adecuadamente el material de referencia.

Se concluye la investigación y se hace referencia de la conclusión discursiva derivada de la presente investigación; al final se describe la bibliografía que sustenta la parte teórica del trabajo.



CAPÍTULO I

1. Derechos de los pueblos indígenas

Los derechos de los indígenas, “son aquellos derechos colectivos que existen como reconocimiento a la condición específica de los pueblos autóctonos. Los mismos incluyen no solo los derechos humanos más básicos a la vida e integridad, sino también los derechos sobre su territorio, al idioma, cultura, religión y otros elementos que forman parte de su identidad como pueblo. El término puede ser utilizado como una expresión de reclamo por organizaciones sociales o ser parte de leyes nacionales que establecen la relación entre un gobierno y el derecho de autodeterminación de los pueblos autóctonos que viven dentro de sus fronteras, o en derecho internacional como una protección contra acciones violatorias por parte de gobiernos o de grupos con intereses privados”.¹

Los derechos de los pueblos indígenas son aquellos que pertenecen a los pobladores originarios de un territorio que ha sido invadido y colonizado por forasteros. Es discutible exactamente quien hace parte de la población indígena, pero puede ser ampliamente entendido en relación al colonialismo.

¹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Pág. 123.



Se habla de los pueblos indígenas en relación a las sociedades pre-coloniales que se enfrentaron a la amenaza específica del fenómeno de la ocupación, y la relación que tuvieron estas sociedades con las potencias coloniales.

Ha sido difícil formular una definición que abarque todos pueblos que se auto-identifican como indígenas y son aceptados como tales por los demás pueblos indígenas, así, la definición exacta de quiénes son los pueblos indígenas, y el consiguiente estado de los titulares de derechos, puede resultar demasiado amplia o muy restringida y excluyente.

“En el contexto de los modernos pueblos indígenas de los poderes coloniales europeos, el reconocimiento de los derechos indígenas se remonta a por lo menos al período del Renacimiento. Junto con la justificación del colonialismo con un propósito más elevado, tanto para los colonos y colonizados, algunas voces expresaron su preocupación por la forma en que los pueblos indígenas han sido tratados y el efecto que tuvo sobre su sociedad.

En general, se constata que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas por haber sido desposeídos de sus territorios, tierras y recursos y que en muchas partes del mundo no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión y son discriminados por



su idioma, por su color de piel, por su situación económica o por sus formas de pensar diferentes.”²

1.1. Legislación sobre derechos de pueblos indígenas en Guatemala

Guatemala es un país multiétnico, multicultural y multilingüe, gran parte de la población del país está constituida por personas indígenas, Xinka y garífunas. A pesar de tener toda esta riqueza y diversidad la historia del país ha estado marcada por la desigualdad y la exclusión.

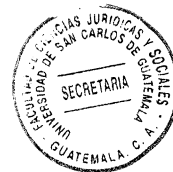
El fondo de Población de las Naciones Unidas, apoya el avance de los Derechos Humanos en el marco de los instrumentos internacionales y la legislación nacional vigente para avanzar hacia la interculturalidad.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales en países independientes
- Resolución sobre la acción de la OIT concerniente a los Pueblos Indígenas y tribales

Marco legal Nacional de Derechos de los Pueblos Indígenas:

- Constitución Política de la República de Guatemala

² González Galván, Jorge Alberto. **El Estado y las etnias nacionales en México.** Pág. 219.



- Ley de Desarrollo Social
- Reforma al Código Penal, Decreto 57-2002(delito de discriminación)
- Ley de Idiomas Nacionales, Decreto 19-2003
- Ley de Promoción Educativa Contra la Discriminación, Decreto 81-2002
- Ley Marco de los Acuerdos de Paz, Decreto 52-2005
- Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, Decreto 141-96
- Decreto 426: Se declara de interés nacional la protección de los tejidos indígenas Acuerdo Ministerial 930, Reformado por el Acuerdo Ministerial 759 del Ministerio de Educación, acerca de la promoción Educativa contra la discriminación.

1.2. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo, es una de las agencias especializadas sistema de la ONU. El objetivo primario de la OIT es promover la justicia social para todos, basada en las normas laborales internacionalmente reconocidas. Estas normas asumen la forma de Convenciones y Recomendaciones. Basada en estas normas, la OIT también provee asistencia técnica en una amplia gama de áreas.

La OIT ha estado trabajando con pueblos indígenas y tribales desde los años veinte en reconocimiento de su particular vulnerabilidad y marginación.

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, es hasta el momento el único instrumento regulador internacional que otorga a los pueblos indígenas el derecho



internacionalmente validado a un territorio propio, a su cultura e idioma, y que compromete a los gobiernos firmantes a respetar unos estándares mínimos en la ejecución de estos derechos.

El Convenio 169 está basado en la revisión del Convenio 107 de la OIT de 1957. El Convenio 169 de la OIT constata en el preámbulo que: "la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores" y reafirma el aporte especial de los pueblos indígenas a la diversidad cultural.

A los pueblos indígenas se les otorga el derecho de definir sus propias prioridades en el proceso de desarrollo, y de participar en el establecimiento, la ejecución y la evaluación de los planes y programas para el desarrollo nacional y regional.

Se reconocen los derechos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas sobre su tierra tradicional, y los países deben asegurar la demarcación y la protección de los territorios, y además definir los procedimientos para el reconocimiento legal de las mismas Artículo 13 del mismo cuerpo legal.



Los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus países deben ser protegidos especialmente cuando el Estado es el propietario de las riquezas del subsuelo. En este caso debe ser obligatorio realizar consultas con los pueblos indígenas afectados.

Los gobiernos firmantes se comprometen a consultar a los pueblos indígenas sobre todas las medidas legales y administrativas relevantes para ellos, con el objetivo de lograr la conformidad y aceptación de las medidas propuestas.

El Convenio 169 de la OIT, establece también para la cooperación al desarrollo un marco internacional obligatorio

1.3. Jerarquía de normas internacionales en materia de derechos humanos

Para llegar a tener una idea clara acerca de la jerarquía de los tratados internacionales, dentro del ordenamiento legal de una nación, se hace necesario que se conozcan previamente las diversas corrientes doctrinarias existentes, que explican la situación del derecho internacional respecto al derecho interno.

Por ejemplo, la Escuela Dualista argumenta que existe una independencia entre el Derecho Interno y el Internacional, ya que el primero nace de la voluntad propia del Estado, por lo que regula únicamente las relaciones en una comunidad de individuos o



entre ellos y el Estado, mientras que el segundo presenta las voluntades comunes y relaciones de varios Estados.

La Escuela Monista ha originado dos corrientes doctrinarias:

- a. **Corriente de supremacía del derecho internacional:** La que ha tenido como su exponente más notable a Hans Kelsen, quien la considera como un resultado normal de su teoría del sistema piramidal de normas, el cual, tomando como punto de partida la norma original, como fundamento de todo el derecho, nos trae como consecuencia la concepción unitaria del mismo, en donde al Derecho Internacional se le concibe como un orden jurídico de jerarquía superior.

- b. **Superioridad del derecho interno:** Afirma que dentro de la concepción unitaria del derecho, fundamentada en la auto limitación del Estado, se da la superioridad del Derecho Interno. Esta niega la existencia de una autoridad supraestatal y afirma la competencia constitucional para permitir al Estado concluir tratados y obligar a éste en el campo internacional.

Ahora bien, sin desviar el enfoque humanista, éste sufre una transformación sustancial; a este respecto, aludía el Dr. Héctor Gross Espiell cuando argumenta: "La antigua y polémica cuestión de la jerarquía normativa en el derecho interno de los tratados vigentes, como consecuencia de su firma, ratificación o adhesión, ha sufrido últimamente algunos cambios significativos, aportes en lo referente a los tratados sobre derechos humanos, que introducen cambios muy importantes en la manera clásica de



encarar este asunto³; agregando más adelante: Pero las previsiones constitucionales en América Latina o los criterios de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericana sobre la jerarquía normativa de los tratados en el Derecho Interno, no habían distinguido para plantear la solución del problema entre los distintos tipos de tratados, según la materia regulada por el instrumento internacional.

La Preeminencia del Derecho Internacional convencional sobre el Derecho Interno, como se ha planteado, hasta hace unas décadas atrás fue que se institucionalizó a los derechos humanos y sus diversas ramas; es interesante ver, como la Carta de Naciones Unidas, auto estimando la importancia de las materias que regula, soluciona la eventual cuestión de futuros tratados que sean incompatibles con ella, al disponer en su Artículo 103 lo siguiente: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas, en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente carta”.

En relación a la Carta de Naciones Unidas, se ha evolucionado a nivel internacional en la normativa de los derechos humanos, tal es así, que como se ha venido comentando surge el derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de resguardar aún más la protección del individuo. Ahora bien, estos tratados de son reconocidos mediante un instrumento internacional que por su naturaleza no es contractual, debido a que no se negocia con los derechos humanos, porque no hay ni puede haber intercambio mutuo de prestaciones jurídicas como es el caso de un tratado económico.

³ Palacios Macias, Héctor Eduardo. *Jerarquía de los Tratados Internacionales en Guatemala*. URL, Pág. 3.



Para hacer hincapié en este punto de vista, se estima oportuno traer a colación una interesante cita de la jurisprudencia, contenida en la Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, evacuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece: “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes.”⁴

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Tal ha sido el auge del derecho internacional de los derechos humanos, que desde la creación de la ONU se han proclamado alrededor de treinta declaraciones internacionales sobre derechos humanos, se han adoptado no menos de setenta tratados, y se han establecido numerosas organizaciones internacionales, incluidas dos cortes judiciales, cuyo objeto es velar por el respeto de las obligaciones de los Estados en esa materia.

⁴ Corte de Constitucionalidad. Gaceta. Número. OC-2/82 de fecha 24-9-1982, evacuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



La jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución; por tanto, es la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional guatemalteco en materia de derechos humanos. Alcance y límites del Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Como lo expresa Jiménez de Aréchaga, “la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de derecho internacional y la de Derecho Interno, es regida por el Derecho Constitucional de cada país.”⁵

Es aquí donde la escuela dualista y monista adquieren importancia, puesto que cada Estado debe adoptar una posición respecto de ellas, para así determinar la jerarquía en la Constitución.

Según Carlos M. Ayala Corao, existen cuatro rangos de clasificación de los instrumentos internacionales:

-Rango supraconstitucional: Este se caracteriza por que los tratados internacionales prevalecen sobre la Constitución del Estado. Dentro de este rango se encuentra Guatemala y Honduras. En el caso de Guatemala, el Artículo 46 de la Constitución Política de la República, establece el principio general que en materia de derechos

⁵ Jiménez de Aréchaga. *Derecho administrativo*. Pág. 14.



humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificadas por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. La legislación peruana, simplemente le otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, mientras que la guatemalteca parece otorgarle preeminencia a dichos tratados aún sobre la Constitución. Esto dependerá de la interpretación que se haga del Artículo en cuestión, así como del entendido que se le dé al término derecho interno. Hay una polémica respecto de esta disposición constitucional, ya que muchos piensan que el término derecho interno se refiere únicamente a leyes ordinarias, tratados y reglamentos, mientras que otros piensan que dentro del derecho interno también se incluye la Constitución. De tal manera que esto da lugar a dudas sobre si está claramente comprendida la Constitución.

-Rango constitucional: Se caracteriza porque los tratados se igualan con la misma jerarquía de la Constitución, de tal manera que adquieren la misma "rigidez" que la Constitución.

-Rango supra legal: Se caracteriza porque las normas del Derecho Internacional son superiores a las leyes nacionales. Pero esto no significa que puedan modificar la Constitución.

-Rango legal: Este argumenta que los tratados internacionales tienen el mismo rango que la ley interna.



-La Supremacía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos

A los tratados en materia de derechos humanos en la legislación guatemalteca se les confiere una categoría y jerarquía especial. Por ejemplo, en Costa Rica y en Honduras se le atribuye a estos tratados una jerarquía superior a las leyes, sin que por ello tengan rango constitucional. En Guatemala, el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece el principio de Preeminencia del Derecho Internacional: "Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno."

Este Artículo ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, especialmente por la Corte de Constitucionalidad. Se ha discutido intensamente acerca de si los tratados internacionales de los cuales Guatemala es parte, que versan sobre materia de derechos humanos, están jerárquicamente por sobre la Constitución, al mismo nivel que ella, o por debajo de la Constitución.

No se discute que dichos tratados están por sobre las demás normas jurídicas internas como leyes ordinarias, secundarias o reglamentos, etc. En tal sentido, el Artículo 46 es claro al afirmar que los tratados de derechos humanos en Guatemala, se hallan jerárquicamente por sobre la Constitución y cualquier otra norma del derecho interno.

Con el Artículo 46, se pretende dar a los tratados, en materia de derechos humanos, una jerarquía superior expresa, que los coloca sobre el derecho interno. El único fin



posible de esta norma es el desarrollo y ampliación de los derechos humanos. Sería inconcebible pensar que el legislador constitucional buscara que un tratado internacional restringiera o disminuyera los derechos humanos contemplados en la Constitución.

De esta manera se puede concluir que la legislación, local o internacional, que amplíe los derechos que contiene la Carta Magna, en ningún caso vendría a contrariarla, por lo que el supuesto conflicto entre ambas normas nunca existiría, por ende, no tiene sentido hablar de jerarquía entre ellas.

Es prácticamente imposible que exista conflicto entre un tratado y la Constitución; esto se debe a que el tratado antes de su ratificación es estudiado por el legislativo y de no estar de acuerdo en algún punto, se debe realizar una reserva, siempre y cuando no se contravenga la esencia del tratado, además, una vez ratificado no se puede modificar unilateralmente una norma pactada entre dos o más Estados.

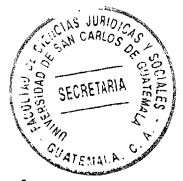
El Estado de Guatemala no puede por medio de un acto legislativo interno, modificar un acuerdo legalmente celebrado con otro Estado. Para el caso en que el tratado internacional viniera a restringir o disminuir los derechos humanos, no habría aplicación del Artículo 46, ya que sería ir en contra de su espíritu, e incluso en contra de lo razonable. En tales casos, operaría el principio de primacía constitucional contenido en el Artículo 175 de la Constitución establece: "Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure (...)".



Sin embargo es difícil que sea ratificado por Guatemala un tratado internacional en el que los derechos humanos reconocidos se vean disminuidos por las siguientes razones: Primero, porque el surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha obedecido a la necesidad de proteger cada vez más en el contexto internacional, a los individuos frente a sus Estados; implicaría un retroceso para la materia y objetivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que un instrumento internacional vulnerara los mismos, fiel reflejo de este espíritu, lo encontramos dentro del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 29: "Norma de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Segundo, porque resulta difícil creer que en caso de surgir un tratado del tipo anteriormente descrito, éste se introduzca dentro del derecho interno, sin ser cuestionado durante todo el proceso de su internación, o más bien, durante su negociación, aprobación y ratificación; además, la Corte de Constitucionalidad puede emitir una opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado.

Se abre el campo al desarrollo de los derechos humanos, poniendo en evidencia su carácter evolutivo y no estático, innegable con la globalización que ha flexibilizado enormemente el derecho internacional y el derecho constitucional de los Estados; además, la tendencia actual, está dirigida hacia la internacionalización y



universalización de los derechos humanos, por lo que se le está dando mucha importancia a los instrumentos internacionales referentes a la materia.

La inclusión del Artículo 44 es muy importante, puesto que abre las puertas a la posibilidad de darle categoría constitucional a todas aquellas disposiciones que involucren protección a los derechos humanos, ya que es una materia regulada dentro de la misma Constitución. Asimismo, se establece la nulidad ipso jure que afectaría a todas aquellas normas que en lugar de ampliar los derechos establecidos en la Constitución, tiendan a disminuirlos. Esta norma constitucional, no hace distinción en cuanto a orden jurídico interno o internacional, por lo que el establecimiento de los nuevos derechos, o bien la superación de los ya establecidos puede provenir de cualquiera de los dos órdenes.

La norma tampoco hace diferenciación entre derecho escrito y derecho no escrito, por lo que también puede ser fuente de nuevos derechos del Derecho Internacional Consuetudinario. Esta tesis se encuentra apoyada en el Artículo 149 de la Constitución la que establece: "De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados".

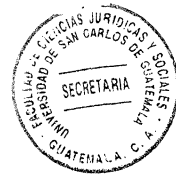


En el ámbito internacional, rige el principio de que ningún país puede eludir el cumplimiento de las obligaciones internacionales alegando que existe una norma de derecho interno que lo impide. El Estado se compromete a cumplir con todas las reglas internacionales que, aunque no estén contenidas en documentos convencionales, obligan a todos los Estados. Esto se debe a que constituyen principios de carácter internacional que han cobrado fuerza vinculante, debido a su constante práctica y conciencia por parte de los Estados, y su obligación de cumplirlas.

Tomando en cuenta la importancia que tendría el Derecho Internacional Consuetudinario, como fuente de obligaciones para el Estado, es importante establecer que la costumbre se verifica cuando se extiende una práctica a un conjunto de Estados, considerándose como parte del Derecho Internacional, éste rige sólo en los casos en que la materia en cuestión no esté reglamentada por instrumentos internacionales.

Las Declaraciones de Derechos Humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, forman parte del Derecho Internacional Consuetudinario y, aunque no surgen como consecuencia de la voluntad expresa de los Estados, sino de la práctica internacional, todos los Estados están comprometidos a cumplir con lo preceptuado en dichos instrumentos.

Debe entenderse también a la regulación que se hace al respecto en el derecho interno de cada país y, en el caso específico de Guatemala, el Artículo 44 de la Constitución. Este Artículo, es un ejemplo del proceso de universalización e internacionalización que



está teniendo la materia de los Derechos Humanos, nos abre la puerta a la ampliación y superación del catálogo de los mismos, establecidos por la Constitución sin imponer limitaciones en cuanto a sus posibles fuentes.

Además se debe estar claro que un Estado democrático, no es solamente un sistema de gobierno en el que exista la posibilidad de elegir y ser electos, sino que debe tener la finalidad del bien común, lo cual se logra a través del irrestricto respeto a los derechos humanos de todos los habitantes, sin distinción alguna.





CAPÍTULO II

2. Factores influyentes en la aplicación del derecho indígena

De algún modo, puede decirse que es un tipo de circunstancia presente en parte en diversos momentos históricos pero que se evidencia especialmente en el mundo presente, donde la globalización ha alcanzado a ser un fenómeno que se profundiza cada vez más con el paso del tiempo.

2.1. La pluriculturalidad

Se denomina pluriculturalidad a la coexistencia pacífica e interrelacionada de diversas culturas en el seno de la sociedad. El término intenta referir a un proceso en donde existen individuos que sostienen diversos marcos culturales y que pueden resolver las diferencias que entre estos marcos existen de un modo armónico

2.2. El multilingüismo

El multilingüismo o plurilingüismo describe el hecho de que una persona o una comunidad sean multilingüe, es decir sea capaz de expresarse en varios idiomas. En particular se habla de bilingüismo, o incluso de trilingüismo cuando dos lenguas o incluso vuelven a entrar en consideración.



El multilingüismo es percibido por los que lo defienden como una solución al problema de la desaparición de las numerosas lenguas. Este problema amenaza la diversidad cultural del mundo, dedicando a la desaparición un gran número de lenguas, que consisten con todo en tantas maneras diferentes de ver, comprender, clasificar y establecer relaciones entre las cosas. Se sabe en efecto que un 90% de las lenguas están en amenaza de extinción y que podrían desaparecer en unos 50 años.

En todo el mundo casi siempre la cultura viene acompañada por una serie de manifestaciones: la lengua, la vestimenta, las formas de comportamiento y de trato entre personas... dice frente a los asistentes a la primera cátedra sobre Multiculturalidad; ahonda en las lenguas indígenas y marca su camino. La multiculturalidad es un aspecto que siempre ha estado en la historia del mundo, que viene unido al multilingüismo.

La doctora y lingüista Zarina Estrada Fernández, de la Universidad de Sonora, impartió una cátedra sobre las lenguas indígenas, su preservación y su vinculación con el multilingüismo, en el auditorio Carlos Ramírez Ladewig del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH), donde afirmó: "México por naturaleza ha sido históricamente multicultural y multilingüista; incluso, antes de la llegada de los españoles ya había infinidad de pueblos, muchos de ellos ya extintos, que convivían en este territorio y que no tuvimos la oportunidad de conocer realmente su situación y su riqueza multicultural y multilingüe".



Para Estrada a finales del siglo XX e inicios del XXI en el país por fin se empezó a apreciar la multiculturalidad, ya que se iniciaron las investigaciones acerca de las distintas lenguas indígenas, justo cuando la alerta decía: Las lenguas se están acabando y no hemos tenido suficiente oportunidad de estudiarlas, ni las hemos atendido con la prioridad debida. Según datos de Zarina Estrada, México y el resto de países de Centroamérica suman 70 lenguas, con aproximadamente seis millones de hablantes, que son pocos, y esto se debe a las que han ido desapareciendo.

Las lenguas autóctonas: “Las lenguas son ricas porque se nutren con la biodiversidad; con la flora y la fauna, que se convierten en elementos lingüísticos. En algunas mentes parece que se dibujan edificios imponentes donde los hombres de Mesoamérica forjaban la vida, rodeados de la naturaleza, “estos elementos propician los valores étnicos y culturales, dice Estrada.”⁶

El poder económico y político de ciertas regiones es el que le da dominio a una lengua sobre otra y es, por lo cual, que las lenguas indígenas se han visto afectadas. Señala que ese ejemplo también se muestra a lo largo de la historia, y comenta que es el factor principal por el que las personas dejan de hablar su lengua madre, por ser discriminados; entonces, las personas dejan de hablar, de usar sus vestimentas, se alejan de la familia y la multiculturalidad se desvanece.

⁶ Estrada, Zarina. **Lenguas autóctonas**. Pág. 201.

2.3. Definición de discriminación

“Doctrina que afirma la superioridad de una raza y procura su pureza, considerando que su decadencia empieza cuando absorben elementos de razas inferiores”.⁷

La discriminación (del latín *discriminatio*-ōnis) “es toda aquella acción u omisión realizada por personas, grupos o instituciones, en las que se da un trato a otra persona, grupo o institución en términos diferentes al que se da a sujetos similares, de los que se sigue un perjuicio o consecuencia negativa para el receptor de ese trato. Habitualmente, este trato se produce en atención a las cualidades personales del sujeto que es objeto del mismo, aunque también puede deberse a otros factores, como el origen geográfico, sus decisiones u opiniones en lo social, lo moral, lo político u otra área de interés social.”⁸

Se ha calificado a la discriminación como una forma de violencia pasiva, convirtiéndose, a veces, este ataque en una agresión física. Quienes discriminan designan un trato diferencial o inferior en cuanto a los derechos y las consideraciones sociales de las personas, organizaciones y estados. Hacen esta diferencia ya sea por el color de piel, etnia, sexo, edad, cultura, política, religión o ideología.

⁷ Marroquín Mendoza, Mauricio. *Enciclopedia universal*. Pág. 152.

⁸ Paiz Xula, Carlos Ronaldo. *Derechos de los pueblos indígenas*. Pág. 19.



Los individuos que discriminan tienen una visión distorsionada de la esencia del hombre y se atribuyen a sí mismos características o virtudes que los ubican un escalón más arriba que ciertos grupos. Desde esa altura pueden juzgar al resto de los individuos por cualidades que no hacen a la esencia de estos. Muchas veces este rechazo se manifiesta con miradas odiosas o con la falta de aceptación en lugares públicos, trabajos o escuelas, acciones que afectan a la persona rechazada.

El prejuicio a cierto tipo de comunidades hace que los individuos que pertenecen a estas sean prejuzgados antes de ser conocidos. Son generalizados y rechazados. La intolerancia, el rechazo y la ignorancia en la mayoría de los casos son determinantes para el nacimiento de conductas discriminatorias.

Las creencias populares pueden convertirse en propulsoras de odios. Los judíos son avaros, los gitanos ladrones, los coreanos sucios, el que tiene tez trigueña es cabecita, los bolivianos son inmigrantes ilegales.

Los individuos que son afectados por estas clasificaciones no son valorados por sus virtudes sino por características secundarias que no determinan sus cualidades como ser humano. Estos ejemplos son crueles e injustos pero son los clásicos dentro de nuestra sociedad.



Los afectados en la mayoría de los casos son los individuos pertenecientes a las denominadas minorías. Estas minorías son pequeños grupos dentro de una sociedad. Hay veces que estos grupos no son pequeños pero aún así son rechazados.

No obstante, en su acepción más coloquial, el término discriminación se refiere al acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad. Normalmente se utiliza para referirse a la violación de la Ley de igual libertad y la igualdad de derechos para los derechos individuales de los individuos por cuestión social, crecimiento humano edad, razas humanas racial, religión religiosa, política, orientación sexual o por razón de género.

“Para Vonfack en 1998 (citado en Becerra, S., Tapia, C. y Barría, C. y Orrego, C.); existen tres procesos claves que explican las relaciones de rechazo en las relaciones interpersonales entre sujetos de distintos grupos: los Estereotipos, el Prejuicio y la discriminación.”⁹

Además de esto la identidad social que es entendida como un constructor que discurre en esferas sociales, cognitivas y motivacionales y que es definida por Tajfel y Turner como parte del auto concepto que se deriva de la particular relación con ciertas categorías o grupos sociale, hace que el individuo se sienta identificado con el grupo de

⁹ Vonfack, G. *La civilización de los mayas*. Pág. 36.



de pertenencia mientras que se aleja de los grupos que los rodean y con los cuales no existe ninguna identificación, lo cual da lugar a fenómenos de inclusión y exclusión.

-Fuentes de discriminación

Una de las principales fuentes de la desigualdad es la discriminación. Según Cesar Rodríguez, en su texto titulado Derecho a la igualdad, "los ingresos, la clase social y la raza, factores tales como el género, el origen étnico, la nacionalidad, la afiliación religiosa o la ideología política dan lugar a las formas de discriminación."¹⁰

En filosofía moral se ha definido la discriminación como un trato o consideración desventajosa. Esta definición es comparativa. Una persona no tiene que ser dañada de hecho para ser discriminada. Simplemente tiene que ser tratada peor que otros por razones arbitrarias.

Existieron ciertos grupos minoritarios que no están efectivamente incorporados en la sociedad. Estos grupos están discriminando y se encuentran en una posición de subordinación perpetua (expresión tomada de derecho y grupos desaventajados de Gargarella), lo cual se ve reflejado en la economía (clases menos favorecidas), en la política (estos grupos no tienen representación política) y en la vida social.

¹⁰ Rodríguez, Cesar. *La igualdad*. Pág. 22.



Este tipo de discriminación es la más evidente, pues es la que se ve en el día a día; por ejemplo, la violencia física racial entre pandillas que se da en los Estados Unidos o en Europa.

Uno de los mejores ejemplos de discriminación fue y sigue siendo, pese a muchos avances, el de la comunidad de raza negra (racismo) en los Estados Unidos. A través de la historia, esta comunidad ha estado sometida a una constante exclusión/discriminación por parte de algunas partes de la sociedad.

El derecho (sistema judicial) ha sido utilizado como elemento de control por parte de los grupos predominantes, con objeto de mantener el statu quo. La discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que, como ciertos grupos están marginados de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad social y la educación, entre otros muchos.

El lenguaje juega un papel muy importante en la discriminación, ya que este no sólo son las palabras sino también las emociones, afectos, preferencias, decisiones, etc. A través del lenguaje aprendemos a discriminar ya que aprendemos a nombrar a las cosas y a las personas a partir de nuestro entorno; al mismo tiempo, integramos prejuicios, matices despectivos, atribuciones arbitrarias.



En las diferentes lenguas abundan términos que son utilizados con connotaciones racistas, clasistas o nacionalistas. También se utilizan las palabras para crear y mantener estereotipos. Existen muchas frases que expresan discriminación a las que estamos tan acostumbrados que no nos damos cuenta. Por todo esto, se puede decir que el lenguaje es una forma de discriminación y que hace que estas actitudes se vayan permeando por la sociedad que utiliza el lenguaje.

Sin embargo, se han hecho esfuerzos para parar la discriminación y asegurarle a estos grupos el respeto a sus derechos a través del mismo ejercicio del derecho.

Ciertos factores:

-No existe prioridad por parte de las autoridades gubernamentales, para mejorar el nivel de vida indígena.

-La clase dominante guatemalteca no tiene conciencia en relación a intervenir en el mejoramiento por mejorar la calidad de vida indígena.

-El Estado no toma las medidas pertinentes para sancionar la explotación agraria.

-Poco interés en fortalecer proyectos destinados a la educación indígena.

-Falta de trabajo.



-Bajos ingresos en el campo.

-Maltrato por explotación.

-Alto costo de la vida.

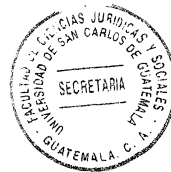
-Enriquecimiento de los terratenientes a costa de la clase obrera.

-Los problemas económicos campesinos, no son prioridad para las autoridades gubernamentales.

-Problemas de tierras.

-Dificultades intercomunales que se derivan del turismo vinculado con la producción artesanal.”¹¹

¹¹ Hernández Sifontes, Julio. **Realidad jurídica del indígena guatemalteco.** Pág. 201.



CAPÍTULO III

3. Positividad del delito de discriminación y sus efectos en la sociedad guatemalteca

La aplicación de medidas transitorias tales como acciones de discriminación positiva, favorecen en gran manera la eliminación de barreras tales como la desigualdad entre grupos. Un ejemplo de la efectividad de estas medidas es el caso Sudafricano, en donde tras siglos de dominación blanca el gobierno del señor Nelson Mandela introdujo medidas de discriminación positiva a favor de la población negra.

En un principio estas medidas generaron controversia porque para su aplicación, era necesario establecer otra forma de separación en el trato. Sin embargo, la polémica misma coadyuvó a que se comenzara a gestar la convivencia entre las mayorías y minorías, con reglas comunes para todos y ha permitido el paso de una sociedad dividida entre víctimas y victimarios, opresores y oprimidos, privilegiados y excluidos a una sociedad integrada por ciudadanos con una mayor tolerancia y respeto a la diversidad.

La efectividad de estas normas, va a depender de varios aspectos, principalmente, de que no se trate de normas aisladas sino más bien de un conjunto de acciones o medidas destinadas a erradicar las causas y efectos de la discriminación étnica.

“Según el ejemplo citado, las medidas de discriminación positiva aplicadas en Sudáfrica fueron acompañadas de otras acciones que contribuyeron a alcanzar los objetivos propuestos. Una de estas acciones fue la relativa a la aprobación de una Constitución que proclamó la igualdad de todos ante la ley y, al mismo tiempo, el reconocimiento de las diferencias étnicas y culturales.

Sin embargo, las soluciones a las consecuencias de una sociedad dividida por diferencias étnicas nos conduce a imitar acciones que han resultado efectivas para lograr una sociedad igualitaria que dentro de la diversidad busque puntos de convergencia en los que pueda fomentar una sociedad más justa.”¹²

-Características de la norma

-Temporalidad: La característica particular de la discriminación positiva es que las normas a aplicar son de carácter temporal. En virtud que se persigue que las mismas tengan vigencia mientras se logran cerrar los espacios que han generado diferencias o desigualdades entre grupos humanos.

En ese sentido, la norma cumple su objetivo cuando se logran alcanzar los niveles de igualdad necesarios, para asegurar la efectividad de las Leyes implementadas, es conveniente que estas estén acompañadas de otras medidas, tal como ya se refirió sobre la discriminación positiva en el caso Sudafricano.

¹² Moerley, Sylvanus G. La civilización de los mayas. Pág. 219.



Dadas las características del fenómeno de la discriminación en Guatemala, se considera que la temporalidad de las normas no puede ser menor de 10 años para su vigencia. Debido a que los efectos de la discriminación étnica provocaron profundos niveles de desigualdad entre la población.

Por otro lado, también debe considerarse que la discriminación se manifiesta en actitudes y conductas humanas transmitidas generacionalmente y, para revertir este problema, se requieren medidas a largo plazo, iniciando con los niveles educativos al respecto.

-Especificidad: Algunas personas consideran que la discriminación étnica es un acto difícil de comprobar. En ese sentido, a diferencia de otras leyes de carácter general, la tipificación del delito de discriminación racial, u otras leyes de discriminación positiva tienen que ser específicas y atacar directamente el problema.

Lo anterior, con el propósito de que sus efectos no se dispersen y pierdan la fuerza del impacto que se pretende en la sociedad. Es conveniente que las normas de este tipo, tengan un efecto reparador y no punitivo, contribuyendo de esa manera a un verdadero cambio de actitud.

Durante el proceso de discusión de la ley, debe asegurarse que la misma definirá concretamente los elementos que configuran la discriminación racial para evitar ambigüedades, previendo además la inclusión de nuevas formas de discriminación como lo son la intolerancia y la xenofobia.



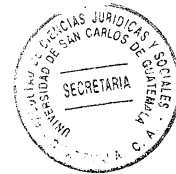
-Equidad e igualdad: De conformidad con las definiciones de pluriculturalidad, multiculturalismo e interculturalidad presentadas en el marco conceptual, es necesario agregar que los tres conceptos anteriores tienen muchos rasgos en común, dentro de los principales a destacar se encuentran: el hecho de que afirman y promueven la igualdad del ser humano; la igualdad de las culturas como expresiones de la humanidad; defienden la igualdad de los derechos, responsabilidades y oportunidades y también son conceptos antirracistas y antidiscriminatorios.

Sin embargo, por su amplia visión y dada la realidad nacional, consideramos que en Guatemala es necesaria la búsqueda de la interculturalidad como una forma de convivencia en una sociedad diversa. La interculturalidad debe ser una meta que viabilice las relaciones equitativas entre los guatemaltecos. Y estas relaciones humanas deben caracterizarse por la armonía entre las diferentes culturas en el país.

Es importante mencionar, que en el ámbito nacional la interculturalidad está cobrando impulso dentro de los propios grupos indígenas y que el enfoque que se está dando a la misma va incluso más allá de ser una meta o una finalidad, pretendiendo convertirse en un instrumento de promoción de esas relaciones armónicas y en un plan de acción.

Bajo estos dos últimos parámetros, la interculturalidad modera, lo que implica equidad.

Por esa razón se perfila como una vía de consolidación de la democracia y la construcción de la nación sobre bases de pluralismo. Siendo entonces la democracia y el pluralismo dos condiciones para que exista una interculturalidad positiva.



Para concluir este apartado, debe insistirse en la necesidad de apoyar y poner en práctica acciones que fortalezcan la pluriculturalidad, intentando un cambio en la conducta social, que parta del reconocimiento de las diferencias, y aproveche los puntos de convergencia que pueden unir a las personas y nos permitan trabajar solidariamente para conformar un verdadero Estado-Nación multiétnico, pluricultural y multilingüe.

3.1. Análisis de los elementos del tipo

Como todo tipo penal, éste está compuesto por al menos tres elementos:

-El bien jurídico tutelado: En el delito de discriminación, el bien jurídico tutelado por parte del Estado es la igualdad, en concordancia con el precepto constitucional que reconoce que en Guatemala, todos somos iguales en dignidad y derechos.

-El elemento objetivo: El elemento objetivo lo constituye, la acción de discriminar.

-El elemento subjetivo: El elemento subjetivo del delito lo constituyen: como sujeto pasivo, las personas pertenecientes a las diferentes etnias, las mujeres, y cualquier otra persona por razón de su raza, religión o género.



A partir de este reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas, el Gobierno de Guatemala se obligó a realizar acciones específicas, entre ellas la lucha contra la discriminación, los derechos culturales, los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, incluyendo el derecho consuetudinario indígena, los derechos relativos a la tierra y la regularización de la tenencia de la tierra de los pueblos indígenas.

Diversas organizaciones indígenas manifestaron que si bien el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas no representaba la totalidad de las demandas históricas y aspiraciones de los pueblos indígenas de Guatemala, el cumplimiento de los compromisos generados a partir de su firma era una materia pendiente.

Según las organizaciones mayas, la falta de implementación integral por parte del Estado de Guatemala ha significado continuar con pautas de discriminación, explotación e injusticia por razones de origen, cultura y lengua a la cual han estado sometidos los pueblos indígenas y ha contribuido a un constante deterioro de las condiciones de vida de los pueblos indígenas.

La legislación en Guatemala contiene normas de rango constitucional y legal relacionadas con los pueblos indígenas.

La tendencia legislativa de la última década en esta materia se ha caracterizado por incorporar en el ordenamiento legal, de manera dispersa, normas de reconocimiento y protección en favor de los derechos indígenas; por ejemplo, en relación con la



promoción de la educación bilingüe intercultural, la creación de instituciones de protección y defensa de la mujer indígena, la incorporación del delito de discriminación, y el reconocimiento de los idiomas indígenas como nacionales, entre otras.

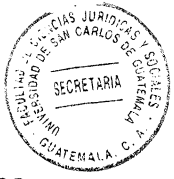
Sin embargo, debido a su falta de implementación efectiva, estas normas -muchas de ellas antiguas- no han traído aparejados los resultados que las normas perseguían.

En Guatemala siempre ha existido la discriminación ya sea racial o de género, hecho practicado por la sociedad en general y por el mismo gobierno, desde épocas precolombinas.

La discriminación racial o de género, es un antivalor que contradice todo el espíritu de igualdad contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Constitución Política de la República de Guatemala.

La discriminación, cualquiera que sea su manifestación divide a la sociedad, creyéndose algunos más que otros. Una sociedad dividida por el engañoso paño de la desigualdad, sólo conduce al rechazo y a la convivencia pacífica y solidaria de los pueblos.

El Estado de Guatemala en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce la diversidad de grupos étnicos, su respeto y reconoce que debe promover sus formas de vida y organización social entre otras, pero aún no existe ley



ordinaria que desarrolle los mecanismos para lograr los ideales plasmados en dicha norma, a través de políticas adecuadas que reflejen las intenciones reconocidas en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Prevalece en la conducta social del guatemalteco, ciertos estereotipos y prejuicios raciales que han sido aprendidos de generación en generación y que impiden la convivencia armónica entre los diferentes pueblos.

Aún existen en Guatemala, instituciones educativas, administrativas y sociales que obligan a las personas a dejar de lado su vestimenta o idioma para poder obtener un empleo o asistir a determinado centro educativo.

El Estado, en cumplimiento con lo convenido en los Acuerdos de Paz, ha de impulsar políticas de desarrollo que efectúen el reconocimiento, respeto y promoción de las formas de vida multiétnicas y pluriculturales de Guatemala.

Debe promoverse las acciones pertinentes, que den como resultado los cambios positivos en la conducta social y legislativa en pro de crear condiciones de igualdad y fraternidad entre sus miembros.

Es imperante la necesidad de crear leyes ordinarias que desarrollen el precepto contenido en el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.



La obsolescencia de los procedimientos legales, la lentitud de los trámites, la ausencia de sistemas modernos para la administración de los despachos y falta de control sobre los funcionarios y empleados judiciales provocan corrupción e ineficiencia.

El derecho sistema judicial ha sido utilizado como elemento de control por parte de los grupos predominantes, con objeto de mantener el status quo.

La discriminación ha sido una de las principales fuentes de desigualdad, debido a que, como ciertos grupos están marginados de las decisiones, se les priva de ciertos derechos fundamentales, tales como la salud, la seguridad social y la educación, entre otros muchos.

Estos esfuerzos no deben cesar, pues todos hacemos parte de una sola sociedad, de una sola comunidad en la que es necesario aprender, a fin de tener una convivencia saludable y pacífica, a entender y aceptar las diferencias generadas por la multiplicidad cultural que existe.

Es fácil para cualquier miembro de la sociedad cualquiera que sea el sector al que pertenezca des involucrarse del asunto de la discriminación, sobre todo cuando no le afecta directamente; es más difícil, en cambio, involucrarse en la lucha contra la discriminación cuando esta lucha nace de un despertar de la conciencia, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

Tal vez la discriminación, en cualquiera de sus formas, no llegue a desaparecer nunca. Pero es menester que el ser humano siga haciendo conciencia, tanto en su propia vida interior como a su alrededor a nivel de las distintas comunidades de que el individuo va formando parte durante su desarrollo: familia, escuela, trabajo, transporte, negocio, empresa, instituciones varias, deporte, para generar a su vez conciencia en otros. Otros que, aunque diferentes, son también los mismos. Pues son también humanos.

Asimismo debe impulsarse la política legislativa que fundamente la importancia del reconocimiento del delito de discriminación étnica, como una acción afirmativa en la lucha contra la discriminación racial o de género.

Debe fomentarse el esfuerzo en conjunto entre Estado y sociedad en la consolidación de un Estado intercultural, para que exista un verdadero estado de derecho.

La promoción del diálogo interétnico, ha de ser uno de los instrumentos fundamentales con que el Estado debe contar para lograr la convivencia social.

El factor educación es uno de los pilares fundamentales para obtener por medio de los centros de enseñanza, con lo cual se empezará a sembrar la semilla que culmine con el cambio de conducta de la sociedad, fomentando en la niñez y juventud el respeto a la diversidad étnica.



Eliminar los estereotipos y prejuicios en cuanto a la discriminación o al racismo transmitido desde épocas remotas, solamente, es posible mediante la reforma educativa dentro de la cual el tema respecto al derecho indígena tenga preeminencia.

A nivel de educación superior, tanto el Estado como las Universidades del país deben de establecer e impulsar programas de difusión acerca de los principios y valores que sustenten una cultura de paz y solidaridad.

Una de las debilidades del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia, en que los procesos judiciales adolecen de fallas y deficiencias.





CAPÍTULO IV

4. Importancia de crear una jurisdicción privativa de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala

Una de las debilidades del Estado guatemalteco reside en el sistema de administración de justicia, en que los procesos judiciales adolecen de fallas y deficiencias.

La obsolescencia de los procedimientos legales, la lentitud de los trámites, la ausencia de sistemas modernos para la administración de los despachos y falta de control sobre los funcionarios y empleados judiciales provocan corrupción e ineficiencia.

La justificación de este trabajo de investigación es fundamental para garantizar el libre acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, y la probidad del sistema en su conjunto y su modernización. Dicho acuerdo propone reformas constitucionales, modificando artículos que incluyan; el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país; la defensa de quien no pueda pagarla; la imparcialidad e independencia del juzgador; la solución razonada y pronta de los conflictos sociales.

Se considera también importante el fortalecer las condiciones para garantizar el derecho a la asistencia legal. Al abordar la agilización de los procesos considera preciso implementar acciones que refuercen la oralidad en la administración de justicia penal así como la transformación en el ejercicio de la profesión de abogado, que posee



un estilo de litigio que privilegia el uso de los medios destinados a trabar el proceso judicial.

En tanto el informe que analiza el proceso de modernización y fortalecimiento del sistema de justicia, al abordar el tema concluyó, que se requiere avanzar en la adopción de políticas de contratación de personal bilingüe e intérpretes, así como la creación de procedimientos de coordinación entre derecho indígena y derecho estatal.

Una falta, en derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito. El sistema de faltas o contravenciones ha dado origen a una sub rama del derecho penal llamado derecho contravencional, o derecho de faltas.

Las faltas cumplen con todos los mismos requisitos que un delito tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La única diferencia es que la propia ley decide caracterizarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad. Esta característica permite que el sistema de faltas sea menos estricto en el uso de ciertas figuras penales como los tipos abiertos, los delitos formales sin dolo ni culpa, la validez de las actas de constatación, etc.

Dado que, por definición, la gravedad de una falta es menor a la de un delito, las penas que se imponen por las mismas suelen ser menos graves que las de los delitos, y se intenta evitar las penas privativas de libertad en favor de otras, como las penas pecuniarias o las de privaciones de derechos.

La falta “es el incumplimiento de obligación jurídica o de deber moral. Para Manuel Ossorio la falta tiene muchas acepciones gramaticales, es también susceptible de diversas interpretaciones jurídicas, la más caracterizada de las cuales tal vez sea la que afecta a su sentido penalístico, ya que se entiende por tal según la definición de la academia la infracción voluntaria de la ley, ordenanza, reglamento o bando, a la cual está señalada sanción leve.”¹³

Se partirá de conceptos fundamentales, así como: “Derecho es el conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están sometidos los hombres en su vida social o bien ciencia que estudia las leyes y su aplicación.”¹⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 1. Protección a la persona: El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común.

En cuanto a los deberes del Estado en el Artículo 2 establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la república de Guatemala la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”, derecho individuales que deben ser garantizados.”

¹³ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Pág. 212.

¹⁴ Clara Olmedo, Jorge. **Tratado de derecho procesal penal**. Pág. 56.



Dentro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Artículo 6 regula:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, el reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Artículo 58. “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.”

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 reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.”

Sin embargo el Estado de Guatemala no solo tiene artículos que respalden a la diversidad de culturas, también existen decretos creados por el Congreso de la República de Guatemala entre los más relevantes se encuentra el Decreto 24-2006 que se resume de la siguiente manera:

A la carencia de derechos sociales de la mayoría de la población se suma la discriminación étnica de la población indígena y su marginación en amplios aspectos de la vida nacional; la exclusión política de las mayorías nacionales y la falta de respeto de los derechos fundamentales. Esta situación, de viejas raíces, ha consolidado un modelo de sociedad y de Estado de carácter altamente excluyente.



El resultado de esta exclusión es el divisionismo de las naciones, impide la cooperación internacional, crea tensiones políticas, perturba la paz interna e internacional. En Guatemala la discriminación racial ha recaído sobre muchos guatemaltecos, pero se ha manifestado en forma más acentuada sobre el sector indígena, a través de la exclusión, explotación, persecución, el exilio, el despojo, la marginación y la opresión; la falta de respeto a su cultura, sus valores, la desaparición de sus tradiciones, la falta de oportunidad al acceso a la educación, salud, vivienda y trabajo.

En Guatemala el derecho indígena tiene base legal en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Convenio 169 de la OIT y demás acuerdos relativos a la materia, pero éstos no son suficientes, porque aún no se ha logrado implementar una administración de justicia que sea igual para todos los ciudadanos y así modernizar el sistema jurídico vigente guatemalteco.

Es necesario evitar el enfrentamiento entre los sectores que defienden la aplicación del derecho consuetudinario y el derecho jurídico estatal, y principalmente para evitar que el pueblo indígena siga después de mucho tiempo sintiéndose marginado o discriminado, una de las formas más sabias de evitar lo anterior sería en definir estos derechos en cuanto a que ellos decidan si determinados asuntos los someten a la jurisdicción estatal o los resuelven de conformidad con su derecho consuetudinario.



4.1. El derecho indígena frente al sistema jurídico vigente

“Existe un derecho indígena al margen de que no haya sido históricamente reflejado en el orden constitucional latinoamericano, ello nos ubica de entrada en la distinción entre derechos históricos y derecho positivo entendido este como el que se incluye literalmente en la Carta Fundamental. Y paso a las necesarias precisiones y distinciones.

El proceso de juridicidad del derecho indígena si bien no tiene un campo suficientemente desarrollado, puede analizarse con las herramientas teóricas del constitucionalismo, sobre todo se considera el supuesto histórico y político que ha prevalecido entre los pueblos indígenas de esta región, esto es que sus planteamientos pretenden encontrar un espacio en el marco de los Estados nacionales. Advierto también sobre la necesidad de no confundir o subsumir al tema del derecho indígena en el espacio de la diversidad. Hoy en día diversos sectores reclaman derechos específicos, es el caso de los movimientos sociales de las mujeres, los que reivindican la libertad de opción sexual, los que se refieren a las creencias religiosas, los que plantean un trato especial por criterios etarios, es el caso de las personas adultas mayores entre otros.

Si bien es cierto que estos movimientos y organizaciones se agrupan en colectividades, el ejercicio de los derechos que reclaman, la titularidad de los mismos siempre se individualiza. Diferente es el caso de los pueblos indígenas, que también están incluidos



en el espacio de la diversidad pero la naturaleza de los derechos que reclaman es colectiva como lo es su titularidad.

Por otra parte, el multiculturalismo también se acerca a la cuestión indígena pero, de nueva cuenta habrá que tomar nota de que esta problemática se está analizando en el marco de las oleadas migratorias que demandan un trato acorde a su cultura de origen. Sin duda estos fenómenos están contribuyendo al planteamiento de ciudadanías multiculturales, lo cierto es que, de nueva cuenta debemos anotar que el campo indígena se vincula a este ámbito desde sus migrantes en el marco del ejercicio individualizado de los derechos.”¹⁵

El estudio y conceptualización del derecho indígena ha sido precedido de enfoques diversos, entre los que destaca el planteamiento del llamado derecho consuetudinario indígena, o la costumbre jurídica o los usos y costumbres, expresiones que anuncian subordinación del derecho indígena al derecho nacional predominantemente unicista y homogeneizador de la diversidad cultural. Implica, en última instancia, la recepción de un invitado de última hora, normas recién llegadas al derecho nacional, simples adiciones que no lo cuestionan.

Si bien no pretendo analizar exhaustivamente todos los elementos que impacta la demanda indígena es importante centrar el análisis en la necesidad de una reforma del Estado y en la explicación de sus elementos constitutivos en contraste y paralelo con el derecho indígena.

¹⁵ Thompon, J. Eric S. *Grandeza y decadencia de los mayas*. Pág. 90.



Pueblo, territorio y soberanía dice la teoría del Estado son los elementos que le son propios. Pueblos, territorios y autonomía son los ejes de la demanda indígena. No es casual esta aparente dicotomía si recordamos el origen histórico, la virtual precedencia de estos pueblos hoy llamados indígenas respecto a la constitución misma de los Estados nacionales.

Después de recordar a grandes rasgos la trayectoria histórica de exclusión jurídica a los pueblos indígenas abordaré los principales problemas presentes en la definición conceptual del derecho indígena: El sujeto de derecho, la soberanía y la autonomía así como la territorialidad.

Asimismo, me detendré en el planteamiento de la naturaleza colectiva de este derecho y en el vínculo que guardan con los derechos individuales, ofreciendo los principales argumentos de quienes se oponen a cualquier forma de reconocimiento colectivo por considerar que afectan en nombre de la cultura a las personas.

Para concluir con el tema del derecho internacional y su conexión con el derecho interno expresado a través del Convenio 169 de la OIT. Así, pretendo sustentar la necesidad de impulsar, en tiempo de globalización, la reconstitución del Estado por lo que, puesto en esos términos, su nivel no puede ser otro que el constitucional, el del cuerpo de principios que reflejan derechos básicos y que definen y organizan a la nación pluricultural.



Por ello, tiene sentido hablar de derecho indígena si se habla en términos constitucionales, en términos de principios constitutivos como el derecho a la autonomía o libre determinación; lo que no tiene sentido es reducirlo al derecho a casarse conforme a los llamados usos y costumbres.

Los pueblos indígenas aparecen en los hechos defendiendo al Estado frente a la tendencia a su debilitamiento y adelgazamiento, se requiere un Estado fuerte para garantizar a los pueblos indígenas el ejercicio de derechos frente a intereses hegemónicos políticos y económicos, nacionales e internacionales:

En síntesis, las presentes reflexiones constituyen un esfuerzo crítico que deslinda al campo del derecho indígena de concepciones reduccionistas como la del derecho consuetudinario, o la de el acceso a la jurisdicción del Estado; racistas y discriminatorias, como la que pretende calificar desde la cultura dominante el estándar de derechos humanos individuales en los pueblos indígenas; o aquellas que, en aras de la llamada unidad nacional, advierten en este campo el peligro de balcanización o desintegración de los Estados.

Particular atención se dedica a desentrañar la naturaleza del derecho indígena, en especial el concepto de derechos colectivos y el de su titularidad. Espero mostrar que hay un campo propio para el Derecho Indígena que se concretará en la medida que se avance en la reforma del Estado y el orden jurídico que lo organiza.



Hoy en día se encuentran diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una cada vez más creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzar la ratificación del Convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias. En este inventario destaca el esfuerzo por alcanzar un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que si bien con el carácter de una Declaración se constituya en el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación.

En la perspectiva no sólo se requiere avanzar en el proceso reglamentario de las normas constitucionales vigentes, sino transformar la política de los Estados, para que su política nacional, su política económica, excluya medidas que afecten a los pueblos indígenas.

Si uno de los problemas que expresa la crisis del derecho es un distanciamiento con la realidad social y su apego a la letra de la norma, en el caso indígena dicha crisis es doble ante la ausencia de normas. La ficción jurídica de una sociedad homogénea no se puede sostener más.

Ahora corresponde al Estado asumir una propuesta de reconstitución para dar cabida a nuevos sujetos de derecho, que han mantenido su legitimidad y han carecido de legalidad.



También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expresamente prohibido ejercerlas. Justamente ése es el meollo del asunto. Las funciones, cada vez han disminuidas, ejercidas por los pueblos indígenas, son de naturaleza pública no simples actos privados, de particulares.

Por ello su reconocimiento requiere modificaciones de fondo en el orden jurídico. Lo interesante para esta investigación es tomar nota de que el espacio jurídico ocupado por los pueblos indígenas ha carecido de validez. Precisamente en pro del reconocimiento a su derecho legítimo es que se ha desatado el proceso de juridicidad de la última década.

Las poblaciones indígenas están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaban el presente territorio de un país total o parcialmente, en el momento en que llegaron a él personas de otra cultura u origen étnico provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y los redujeron, por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial, que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos, predominantes, de la población.

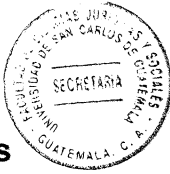


Se podría sustentar la preeminencia del derecho de los pueblos indígenas pero ello no superaría el peligro de una confrontación civil. La autonomía que reclaman los pueblos indígenas se sustenta en el derecho a la libre determinación establecido en los Pactos Internacionales de Derechos Políticos y en el de Derechos Económicos y Sociales de la ONU.

Pretendo analizar las implicaciones del principio de pluralidad jurídica, a fin de ofrecer algunas reflexiones sobre su relación con la jurisdicción indígena y con los problemas para su ejercicio y su reconocimiento, en el complejo proceso hacia un nuevo orden jurídico que exprese la pluriculturalidad. Resulta necesario precisar en qué consistiría este principio y cuál sería su relación con la jurisdicción indígena.

El asunto no es trivial, debemos abordarlo o en todo caso intentar su precisión toda vez que puede tocar extremos. Si lo asumimos como el reconocimiento a tantos órdenes jurídicos como pueblos indígenas existen, estamos presuponiendo que la relación de los pueblos indígenas con el orden jurídico nacional es en todos los casos impuesta y que su ideal es vivir en sus dinámicas internas con escaso o nulo contacto con el orden jurídico nacional.

Por otra parte, con esta posición, estaremos suscribiendo la tesis de que debe existir una normatividad para indígenas y el resto para los que no lo son, con lo cual pierde sentido la argumentación sobre la necesidad de promover la modificación de la naturaleza misma del orden jurídico y la reforma del Estado.



Es necesario enfatizar que tratándose del orden jurídico de la pluriculturalidad, estamos frente a un proceso político que expresa al movimiento de los pueblos indígenas y a sus reivindicaciones en materia de reconocimiento de derechos anteriores a la creación misma del Estado.

Al mismo tiempo, se encuentra ante el desafío de cuestionar los principios del orden jurídico excluyente de la diversidad que cada vez más crecientemente demanda de nuevas categorías y conceptos, también, dicho sea de paso, demanda de todos, del conjunto de la sociedad una profunda transformación ética e ideológica que permita combatir las múltiples caras de la discriminación hacia los pueblos indígenas e incluso de racismo, del cual hemos sido partícipes.

En este proceso, y en el interés de dar cuenta de situaciones que no se han visto reflejadas en el orden jurídico, se ha recurrido a conceptos que en última instancia continúan subordinando al derecho indígena.

En contraste, el concepto de pluralismo legal se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional. Incluso, se le ha relacionado con experiencias no indígenas de resolución alternativa de conflictos, como una respuesta a la ineficacia de los sistemas nacionales de administración de justicia. La tesis implícita de esta posición es que ante la crisis del Estado, se requiere menos Estado y más sociedad, en lugar de plantear la necesidad de su profunda reforma.



Así, de manera mecánica, se observa que se ha puesto atención al sistema normativo de resolución de conflictos en el medio indígena, suponiendo que se trata de una simple jurisdicción, en el sentido que la entiende el derecho tradicional y olvidando que en el medio indígena se resuelven conflictos como uno más de los múltiples factores que integran a una cultura y una identidad y que el indígena que acepta los veredictos de la jurisdicción indígena lo hace por la previa e histórica voluntad de mantenerla.

De esta concepción proviene la confusión entre pluralismo jurídico y jurisdicción indígena, donde pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

Se debe regular el ejercicio del poder jurisdiccional comunitario para prevenir y sancionar los casos de violación a los derechos individuales, que no han sido históricamente consustanciales a los pueblos indígenas y que cuando se han presentado ha sido resultado de la crisis de sus mecanismos de cohesión y control social en un marco creciente de escasez de recursos. Los ha generado el propio vacío constitucional y la ausencia de reconocimiento como pueblos.

Opción de jurisdicción en asuntos individuales o privados: si se trata de conflictos que afecten intereses individuales de las partes, sean o no indígenas y sobre hechos que tuvieron lugar en la comunidad, se entenderá que optan por la instancia indígena al solicitar su intervención y que se obligan a acatar la resolución correspondiente.



Las autoridades decidirán en todo caso si aceptan la intervención en este tipo de conflictos o si lo remiten a la autoridad externa.

De la amplia gama de asuntos polémicos en torno al derecho indígena, me interesa abordar su naturaleza colectiva pues constituye a mi juicio la piedra de toque para fundamentar la demanda de su incorporación plena al orden constitucional vigente. Así, se parte de la idea de que el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un status de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, y de naturaleza difusa porque su titularidad no puede ser individualizada.

Estos derechos tienen como fuente el principio de legalidad en la medida en que son formalizados en el orden jurídico y no entrañan violación al principio de igualdad pues este implica que a cada quien en igualdad de circunstancias reguladas por la ley, se aplique la misma norma. Así el principio de igualdad y el de legalidad pueden muy bien expresar el derecho a la diferencia.

La diferencia entre los derechos de estas colectividades y los derechos colectivos de los pueblos indígenas se muestra cuando se observa que en el primer caso, si bien sus titulares genéricos tienen un interés común, la titularidad concreta se actualiza cuando inician acciones para exigir su cumplimiento y los resultados de dicha acción se aplican a quienes la impulsaron y no al total de los integrantes de dichas colectividades abstractas.



En el caso de los pueblos indígenas, en tanto titulares de los derechos colectivos, cuando ejercitan una acción ya sea interna o frente al estado para ejercer un derecho propio o exigir su respeto. Los efectos de su acción impactan al conjunto de sus integrantes, independientemente de su relación con los hechos concretos que motivaron la acción.

Por otra parte, en el primer caso, un grupo de personas pueden reunirse circunstancialmente para demandar el respeto a un derecho difuso y su asociación termina en el momento en que concluye el proceso iniciado independientemente de sus resultados, en el segundo, los integrantes de un pueblo indígena tienen una relación histórica, permanente y continua al compartir una cultura común que no se agota en el momento en que ejercen acciones para ejercer o exigir sus derechos.

Así, se tiene que un grupo de ciudadanos puede agruparse para demandar a una empresa que está contaminando el agua de un río y lo hace en virtud de que se está afectando un derecho de carácter difuso como es el del derecho a un medio ambiente sano cuya violación se actualiza ante los hechos concretos sin que necesariamente tengan ellos su vivienda o un interés o derecho privado particularmente afectado.

4.2. Causas de incompatibilidad desde el punto de vista jurídico

La discriminación socialmente, es un prejuicio que está enraizada en la práctica diaria del guatemalteco, de tal forma que el discriminador no tiene conciencia de ello, y el



discriminado lo acepta de una manera natural y que repercute en todos los ámbitos de la vida, es decir, en lo político, económico, social, jurídico, cultural y en el orden militar.

Por citar algunos ejemplos de la práctica más vulgar del racismo. Que si es indio, porque habla en dialecto. Es doctor, pero lástima que es indio. Indio tenías que ser para portarte tan tonto. Escucha como habla, parece indio. Este burro no entiende, parece indio. Ven María. Este no entiende el español, seguramente es un indio, etc. Todas esas expresiones constituyen la discriminación de hecho e interpersonal hacia los pueblos indígenas.

El objetivo de realizar el presente trabajo de investigación es de llenar un vacío en la legislación del país referente a los pueblos indígenas de descendencia maya, ya que busca contribuir a resolver un impase vigente en la sociedad, cual es la validez y el alcance de las consultas a la población indígena sobre decisiones y medidas adoptadas por el Estado que pudieran perjudicar sus intereses y su integridad étnica, cultural, económica y social. En la actualidad existe una iniciativa de ley y fue elaborada como un borrador fue distribuido para consulta y retroalimentación sobre el contenido.

Hay que tomar en cuenta que las leyes actuales parten del eje fundamental sobre el cual se ejerce, la libertad, que prácticamente se proponen de acuerdo a la influencia occidental, en donde por ser copia de otras sociedades con una cultura diferente a las de Guatemala, trae implícita una discriminación sugerida, puesto que no somos un país homogéneo, sino heterogéneo desde el punto de vista de la cultura, de los idiomas, de las etnias, etc.



No se toma el pluralismo jurídico, como opina Alberto Binder: “que debe considerarse paralelamente el derecho de los pueblos indígenas (como el caso de Guatemala) a los derechos humanos, ya que son universales y en consecuencia nunca deben violarse; deben ser regulados dentro de todo el sistema, como derechos inherentes.”¹⁶

En Guatemala, como en gran parte de los países latinoamericanos con población indígena, los rasgos del derecho indígena actual están condicionados por la historia de los pueblos indígenas y su interacción desventajosa con el sistema dominante. No obstante ello, gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión.

Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas están en una situación política subordinada y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo. Marco socio-demográfico. Los estudios etno-demográficos coinciden en señalar que la mayoría de la población guatemalteca es indígena, conformando alrededor del 60% de la población total. “Sin embargo, el Censo Nacional de 1994 da una cifra menor para el total nacional, un 43%; aunque indica que en varios departamentos del país la población indígena está entre el 60 y más del 90% de la población (INE: 1996)”.

¹⁶ Binder, Alberto M. *Derechos mayas*. Pág. 23.



También hay población afro-americana, los garífunas, básicamente ubicados en el nor-
oriente del país. Y hay un conglomerado poblacional étnicamente mestizo que se suele
autodefinir como ladino. En términos lingüísticos, en Guatemala se habla el castellano,
así como 21 idiomas mayas (por lo menos), el garífuna y muy limitadamente, el xinca.

El derecho maya tiene validez dentro de la teoría general del derecho contemporáneo,
como un sistema, con una construcción conceptual propia, con un sustento ético-moral,
el cual también está estrechamente ligado con otras ramas de las ciencias sociales,
porque la teoría jurídica rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la
teoría pura del derecho, la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras
ramas de la vida social.

Como todos los extremos llevan en si mismo las semillas de su propia destrucción, es
evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser y no será la última palabra
de la ciencia del derecho. Las instituciones jurídicas indígenas no tienen necesidad de
ser interpretadas a través de lentes positivistas, para ser reconocidas como verdaderas
y legítimos estatutos jurídicos.

El reconocimiento del derecho indígena corresponde a un momento de gran
desprestigio del derecho oficial y las instituciones del Estado. Estos últimos, con toda su
elaboración y su razonamiento convencional positivista, han demostrado su ineficacia
para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente
latinoamericano.



El derecho maya como un sistema diferente con características propias, pareciera que no cabe en el campo jurídico, debido a que el sistema jurídico del estado está construido y basado en la teoría pura del derecho propagada por Hans Kelsen y bajo cuyo lente se estudia en las facultades de derecho. Esta teoría propone como única finalidad, asegurarse un conocimiento preciso del derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de derecho, por lo que aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños entre estos la moral.

En este contexto, es necesario reconocer que el predominio de las concepciones positivistas dificulta la comprensión de la existencia o coexistencia del derecho maya. Una de las ideas directrices de la teoría positivista es la separación entre derecho y moral.

La clara diferencia entre las normas morales y jurídicas hace sostener la inexistencia de relaciones necesarias entre aquellas disciplinas, lo cual facilita el alejamiento de los valores y hasta de los principios, incluso contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, ya que éstos aproximan ideas morales al ordenamiento jurídico.

Es obvio, que no puede dejar de considerarse, como consecuencia del predominio del positivismo que, en buena medida, el derecho no llega a ser asimilado por el ciudadano actual, a formar parte de su carácter, a correr en los glóbulos en su sangre, no se siente el dolor de las injusticias y pasan inadvertidos los mayores atentados jurídicos.



El derecho maya no solo se basa en lo ético-moral sino también está tejido en la comunidad. No existe una sistematización ni una clasificación de las normas jurídicas, como sí ocurren en el sistema jurídico oficial; ni se hacen distinciones radicales entre los ámbitos religiosos, jurídicos, morales y sociales.

El propósito de lo antes expuesto, es hacer ver que el derecho maya tiene validez dentro de la teoría general del derecho contemporáneo, como un sistema, con una construcción conceptual propia, con un sustento ético-moral, el cual también está estrechamente ligado con otras ramas de las ciencias sociales, porque la teoría jurídica rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la teoría pura del derecho la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social. Como todos los extremos llevan en si mismo las semillas de su propia destrucción, es evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser y no será la última palabra de la ciencia del derecho.

A pesar de la existencia milenaria del pueblo indígena y del origen de sus tierras, el tema de los pueblos indígenas es reciente en el contexto del Estado guatemalteco. En Guatemala coexisten cuatro pueblos, siendo ellos, el pueblo maya con una población aproximada, según datos obtenidos del Plan Nacional de Desarrollo del Pueblo Maya de Guatemala (Menmagua 1999) de un 60.58%, el pueblo garífuna con 0.07% el pueblo xinka con 0.03% y el pueblo ladino o no indígena con una estimación de 39.35% de población. En el aspecto legal es poco o casi nulo el reconocimiento de dichos pueblos.



La Constitución Política de la República de Guatemala (1985) en su Título II, Capítulo II, Sección Tercera, regula la denominación de comunidades indígenas, pero no dimensiona el carácter de pueblos y culturas existentes en Guatemala.

El Estado, históricamente ha sido monocultural y etnocentrista, es por ello, que el movimiento indígena en las décadas pasadas, se ha encauzado además, hacia la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Es irreversible la modernización del Estado, su importancia es generadora de la construcción de una nación sustentada en un Estado de carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico, la cual debe ser abordada en forma participativa y representativa.

El proceso democrático iniciado a partir de 1985 ha propiciado espacios de participación de los distintos sectores sociales organizados, incluidos los pueblos indígenas, promoviendo asimismo en los últimos acontecimientos suscitados; los pueblos maya, garífuna y xinka han protagonizado un papel histórico, tomando auge desde la conmemoración de los 500 años, convirtiéndose ésta en un espacio de manifestación para las demandas y reivindicación de los derechos de los pueblos originarios de América.

El proceso de paz desarrollado por el Gobierno de la República y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, con la participación de la sociedad civil y la anuencia de la Comunidad Internacional, se constituyó en un espacio político y beligerante para abordar entre otros, el tema de los pueblos indígenas. Producto de



ello, el 31 de marzo de 1995 se suscribe el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por otra parte, la lucha por el reconocimiento legal de los derechos de dichos pueblos, finaliza una etapa con la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el 5 de junio de 1996. En esa fecha Guatemala se convierte en país signatario de dicho instrumento internacional que en la actualidad forma parte del sistema jurídico nacional.

Es importante recalcar que dicho convenio ha sido ratificado por varios países, y que el mismo es aplicable a países donde habitan pueblos indígenas, por tanto, se puede decir que no resuelve problemas específicos de Guatemala, en virtud de ello existe incompatibilidad con el sistema jurídico estatal, puesto que aún se debate su aplicación siendo ésta débil en donde debiera conocerse, precisamente en aquellas comunidades olvidadas en donde ni siquiera se habla el idioma oficial.

A juicio de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, la participación de las comunidades indígenas de descendencia maya en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.



En conclusión, estos dos sistemas son compatibles siempre y cuando los indígenas reiteren su derecho de resolver sus conflictos de la manera en que les beneficie como pueblo en cuanto sean aplicables a los diferentes ámbitos en que se desenvuelve el mismo. Por supuesto que no debe adoptarse una posición separatista entre sistemas sino más bien lograr la tan anhelada integración.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El acceso a la justicia, la imparcialidad en su aplicación, la independencia judicial, la autoridad ética, y la probidad del sistema en su conjunto y su modernización, se da muchas veces cuando el pueblo indígena de descendencia maya después de mucho tiempo continúa sintiéndose marginado o discriminado. Actualmente no existe un órgano jurisdiccional específico que se encargue de administrar justicia indígena, basados en la diversidad de su cultura y costumbres. Por lo tanto, una de las formas más sabias de evitar lo anterior, sería en definir estos derechos en cuanto a que ellos decidan si determinados asuntos los someten a la jurisdicción estatal o los resuelven de conformidad con su derecho consuetudinario.

Lo que se recomienda es llenar el vacío en la legislación del país referente a los pueblos indígenas de descendencia maya, ya que busca contribuir a resolver de manera eficaz los conflictos que se viven diariamente. Para que exista una plena validez y alcance de las consultas a la población indígena sobre decisiones y medidas adoptadas por el Estado sin perjudicar sus intereses y su integridad étnica, cultural, económica y social.





BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto M. **Derechos mayas**. México. Ed. México. Ed. Oxford, 1999.
- CLARA OLMEDO, Jorge. **Tratado de derecho procesal penal**. México. Ed. Durango. 1992.
- COPREDEH. Unión Europea. Recopilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. 1999.
- ESTRADA, Zarina. **Lenguas autóctonas**. Madrid, España. Ed. Pirámide. 1976.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. **El Estado y las etnias nacionales en México**. Universidad Nacional Autónoma de México. Ed. Mexicana. 1995.
- HERNÁNDEZ SIFONTES, Julio. **Realidad jurídica del indígena guatemalteco**. Guatemala. Ed. Universitaria. 1965.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. **Derecho administrativo**. Ed. Bosch, España. 1934.
- MARROQUÍN MENDOZA, Selvin Mauricio. **Enciclopedia universal**. Madrid, España. Ed. Espasa. 1999.
- MOERLEY, Sylvanus G. **La civilización de los mayas**. España. Ed. Fortuna. 2000.
- PAIZ XULÁ, Carlos Ronaldo. **Derechos de los pueblos indígenas**. Guatemala. Ed. Editoriales. 2006.
- PALACIOS MACIAS, Héctor Eduardo. **Jerarquía de los Tratados Internacionales en Guatemala**. Guatemala: Ed. Maite. 2001.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2008.
- RODRÍGUEZ, Cesar. **La igualdad**. Ed. Revista de derecho Privado. Argentina. 1969.



THOMPON, J. Eric S. Grandeza y decadencia de los mayas. Guatemala. Ed. Vile. (s.f.).

VONFACK, G. La civilización de los mayas. México, D.F.: Ed. Guadalajara. 2000.

Legislación:

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

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Asamblea General, de Naciones Unidas, 1969.

Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Gaceta. Número. OC-2/82 de fecha 24-9-1982, evacuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala.