

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



**OBJECIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA
LOS DERECHOS POSITIVO Y NATURAL EN GUATEMALA**

SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2018

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

**OBJECIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA
LOS DERECHOS POSITIVO Y NATURAL EN GUATEMALA**



TESIS

Presentada al Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2018

**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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÒ
EL EXAMEN TÈCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta: Licda. Ileana Noemi Villatoro Fernández

Vocal: Lic. Jorge Eduardo Ajù Icu

Secretario: Lic. Víctor Enrique Noj Vásquez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Gerardo Prado

Vocal: Lic. Norman Estuardo Rosales

Secretario: Lic. Ignacio Blanco Ardòn

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



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 07 de agosto de 2017.

Atentamente pase al (a) Profesional, MYNOR PENSAMIENTO

_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante

SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ, con carné 201211025,

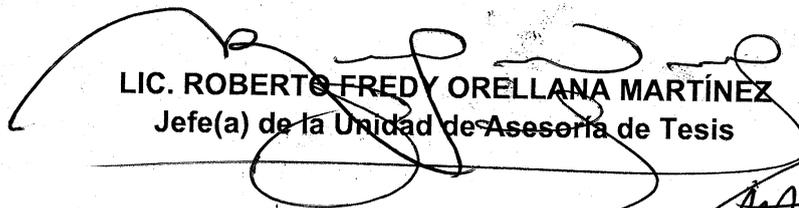
intitulado OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA LOS DERECHOS

POSITIVO Y NATURAL EN GUATEMALA.

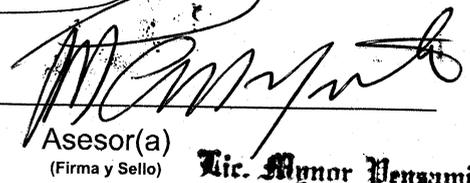
Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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.

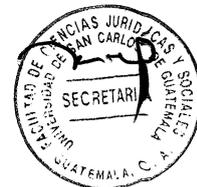

LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 05 / 09 / 2017 f)


 Asesor(a)
 (Firma y Sello)

Lic. Mynor Pensamiento
 ABOGADO Y NOTARIO



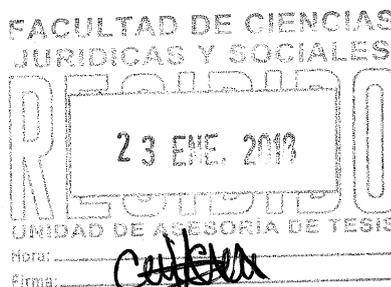


Licenciado Mynor Pensamiento
Abogado y Notario
Colegiado: No. 6042
6ª. Av. 0-60 zona 4, 3er. Nivel
Torre Profesional I, Oficina 311 y -312 de esta ciudad.
Teléfono No.: 23799828. Cel.: 58110102
Correo electrónico: mypensamiento@hotmail.com

Guatemala, 30 de noviembre de 2017

Licenciado:

Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



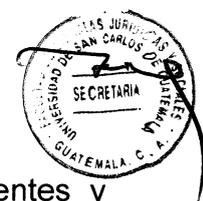
Distinguido Licenciado Orellana:

Atentamente me dirijo a usted para darle cumplimiento a la providencia de fecha siete de agosto de dos mil diecisiete, por medio de la cual fui nombrado ASESOR de Tesis del bachiller SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ, titulada: "OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA LOS DERECHOS POSITIVO Y NATURAL EN GUATEMALA".

En cumplimiento de esta designación, he brindado la orientación requerida y se ha asesorado el tema con la debida acuciosidad, dando como resultado que: el desarrollo del trabajo de tesis, denota una investigación y estudios completos, su contenido científico y técnico de tesis, cumple con los requisitos del método científico de las ciencias sociales; a través de éste, se hacen observaciones y se pone al descubierto la objeción de conciencia en el área del altiplano guatemalteco; en cuanto a las técnicas empleadas, éstas tienen como objetivo exponer propuestas que se realizaron para llegar a resolver el problema a través de los pasos establecidos previamente, utilizando la recolección de datos, tales como: libros, diccionarios, la exposición de doctrina en páginas Web y ejerciendo el cronograma de actividades planteado en el plan de investigación.

La metodología y las técnicas de investigación que se han utilizado, se desarrollaron a través de un análisis crítico y descriptivo del contenido de la presente tesis y la realización de síntesis y deducciones para generar la conclusión discursiva; de manera que se utilizó el análisis de diversas leyes, doctrinas y la información de páginas de internet, que se relacionan con el tema investigado; todo ello, con el fin de llegar a la conclusión de que se debe erradicar los lugares en los cuales predomina la objeción de conciencia en Guatemala.

La redacción utilizada por el estudiante, es la correcta, apegándose a los requisitos de las normas mínimas establecidas en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público.

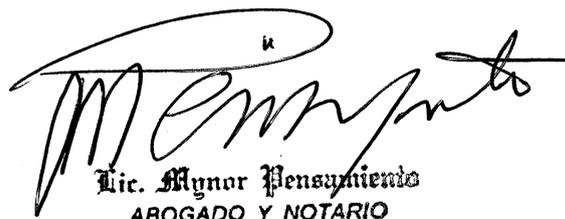


La contribución científica de las ciencias sociales, son las normas, principios, fuentes y doctrinas; en donde el bachiller hace sus propias aportaciones, para comprobar y llegar a cumplir con los objetivos planteados. La conclusión discursiva, resume los resultados obtenidos y sugerencias para evitar que las leyes de Guatemala estén en pugna con la objeción de conciencia; en la cual se da la importancia del estudio sobre algo tan valioso como lo es la solución; dándole la consideración que amerita al ser estudiada, haciendo notar la necesidad de que se concientice que en Guatemala conviven diversidad de culturas. La bibliografía consultada se extrajo de fuentes de autores nacionales e internacionales, así como páginas del internet.

En síntesis, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a las exigencias científicas y técnicas que se deben cumplir, de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, la conclusión discursiva, bibliografía utilizada son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación.

Indico que, no me une parentesco alguno con el bachiller SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ. En tal virtud emito DICTAMEN FAVORABLE al bachiller SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ, en su trabajo de tesis titulado: "OBJECIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA LOS DERECHOS POSITIVO Y NATURAL EN GUATEMALA", a efecto de que continúe con el trámite respectivo, ya que el trabajo desarrollado cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis y de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,



Lic. Mynor Pensamiento
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Mynor Pensamiento
Colegiado No. 6042.



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 05 de febrero de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante SMILE ELIU CARIAS GONZALEZ, titulado OBJECIÓN DE CONCIENCIA: UNA DESOBEDIENCIA QUE PONE EN PUGNA LOS DERECHOS POSITIVO Y NATURAL 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.

RFOM/cpchp.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser la luz y fortaleza a lo largo de mi camino; brindándome la sabiduría, paciencia, fuerza y confianza en que podría salir adelante, en que los retos se podían superar y que lograría graduarme de la universidad, gracias Dios por permitirme alcanzar la meta.

A MIS ABUELOS:

María Magdalena Sets de Gonzalez (QEPD) y Esteban Gonzalez (QEPD) por ser pilares fundamentales en mi vida siempre los tengo en mis pensamientos.

A MI MADRE:

Graciela Gonzalez Sets, por ser siempre mi apoyo, este logro no hubiese sido posible sin su ayuda; madre, este es el resultado de sus oraciones y luchas; por ello hoy estoy donde estoy, mi agradecimiento se resume en un par de líneas, pero mi gratitud será eterna, gracias mamá le amo.

A MI HERMANA:

Carmen Lucia Carias Gonzalez, por el cariño tan especial y apoyo que me has brindado en todo momento en el cumplimiento de mis metas, por que cuando ya no tenía fuerzas para seguir ahí estabas, gracias hermana.

A MIS FAMILIARES:

En general, pero de una manera muy especial a mi tía Marta Judith Cabrera de González (QEPD) por el cariño sincero mostrado en todo momento.



A MIS AMIGOS:

Andrea Ochaita, Alex Rodríguez, Aldo Saquilmer, Jonatan Ortiz, Laura Peralta, Marco Guzmán; gracias por todo su apoyo y por contribuir a que esto sea posible; en especial a Juany Mayen, porque en la recta final de esta carrera apareciste para ser luz en mi vida, muchas gracias por ser tan especial y ayudarme a cruzar la meta, saben que cuentan conmigo.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

Del Juzgado Octavo de Paz Penal por todo el apoyo brindado y recordarme de manera constante que alcanzaría la meta de ser abogado y notario, muchas gracias.

A LA FACULTAD:

De Ciencias Jurídicas y Sociales, por el conocimiento que me permitió adquirir durante los cinco años de carrera; años en los cuales me forjo para ser un profesional con valores y para actuar de manera ética y sin faltar a la moral.

A LA TRICENTENARIA:

Universidad San Carlos de Guatemala, grande entre las grandes; por ser mi segundo hogar y cumplir el sueño de ser egresado de esta casa de estudio, al darme la oportunidad de ingresar a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales poder dejar mi nombre inscrito en el libro de oro de la casa de estudios más grande de Guatemala.



PRESENTACIÓN

La objeción de conciencia es la negativa a acatar órdenes o leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos. Desde una ética racional que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción de conciencia se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales. De alguna manera, entronca con otras figuras de desobediencia al derecho, especialmente con la desobediencia civil y, de manera aún más alta, con el denominado derecho de resistencia a la opresión, proclamado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al inicio de la Revolución francesa (1789).

Este estudio corresponde a la rama del derecho penal combinada con lo sociológico, ya que incorpora elementos jurídicos y sociales, como lo es la convivencia en sociedad. El período en que se desarrolla la investigación es de enero de 2010 a diciembre de 2015. Es de tipo cuantitativo, debido a que se han dado varios casos de pugna de normas con la objeción de conciencia. El sujeto de estudio son los habitantes del occidente de Guatemala; y el objeto, la ideología de algunos habitantes de la región occidental de Guatemala que contrasta con la ley.

Concluyendo con el aporte científico que se materializa al proponer que se debe hacer un estudio de lugares del país en los cuales existe con más frecuencia la obediencia que dicta la conciencia y que se da la objeción de acatar la ley positiva; para poder dar soluciones en las cuales se legisle tomando en cuenta esta ideología.



HIPÓTESIS

En regiones del occidente de Guatemala las resoluciones sancionatorias entran en pugna con lo ordenado por la ley, derivado de los principios religiosos, ancestrales o morales (objeción de conciencia). El contraste de lo normado induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a desobedecer por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana. Ello ha generado situaciones de incumplimiento de alguna disposición estatal por parte de individuos o grupos de estas comunidades.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

En la realización de esta investigación se comprobó la premisa hipotética establecida, previamente, que en las regiones del occidente de Guatemala las resoluciones sancionatorias entran en pugna con lo ordenado por la ley, derivado de los principios religiosos, ancestrales o morales (objeción de conciencia). El contraste con lo normado induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a desobedecer por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana. Ello ha generado situaciones de incumplimiento de alguna disposición estatal por parte de individuos o grupos de estas comunidades.

Entre los métodos que se emplearon para la validación de la hipótesis formulada, están: el analítico, el deductivo e inductivo y el dialéctico para la elaboración de razonamientos que sustentaron los aspectos científicos y jurídicos. Con lo que se pudo ampliar el conocimiento y perspectiva de lo que se pretende comprobar.



ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos.....	1
1.1 Algunas definiciones de derechos humanos.....	2
1.2 Los derechos humanos en la historia.....	3
1.3 Origen cultural de los derechos humanos.....	4
1.4 Los derechos humanos y su evolución.....	7
1.5 Auge de los derechos humanos.....	8
1.5.1 La Carta Magna, magna carta liberatum de 1215.....	9
1.6 Los derechos humanos en la sociedad grecorromana.....	9
1.7 Los derechos humanos y el cristianismo.....	11
1.8 Surgimiento de la definición de derechos humanos.....	13
1.9 Los derechos humanos y la revolución.....	16
1.10 Internacionalización de los derechos humanos.....	18
1.11 Los derechos humanos y la búsqueda de un fundamento	20
1.12 Los derechos humanos y la doctrina del Iusnaturalismo.....	20
1.13 Los derechos humanos y la doctrina del Iuspositivismo.....	24



1.14 Los derechos humanos y las tesis realistas.....	26
1.15 Los derechos humanos y su clasificación generacional.....	27
1.15.1 Derechos de Primera Generación.....	29
1.15.2 Derechos de Segunda Generación.....	29
1.15.3 Derechos de Tercera Generación.....	30
1.16 Derechos humanos: pactos y convenciones.....	30
1.17 Derechos Humanos del Siglo XXI: la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes.....	31

CAPÍTULO II

2. Derecho consuetudinario.....	33
2.1 Nombres con que se le conoce al derecho consuetudinario.....	33
2.2. Características del derecho consuetudinario.....	33
2.3 Costumbre.....	34
2.3.1 Elementos de la costumbre.....	34
2.3.2 Clases de costumbre.....	35
2.4 Pueblos indígenas.....	39
2.4.1 Derecho de libre determinación.....	41
2.4.2 Administración de justicia.....	41
2.4.3 Los pueblos indígenas y la Organización de las Naciones Unidas...42	



CAPÍTULO III

3. Objeción de conciencia: una desobediencia que pone en pugna los derechos positivo y natural en Guatemala.....	51
3.1 Objeción de conciencia.....	52
3.1.1 La objeción de conciencia en la historia.....	53
3.1.2 Objeción de conciencia y sus características.....	55
3.1.3 La objeción de conciencia como desobediencia civil.....	57
3.1.4 Objeción de conciencia y sus requisitos.....	58
3.1.5 Tipos de objeción de conciencia.....	58
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	69



INTRODUCCIÓN

La objeción de conciencia es la negativa a acatar órdenes o leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos. Desde una ética racional que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción de conciencia se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales.

De alguna manera, se relaciona con otras figuras de desobediencia al derecho, especialmente con la desobediencia civil y, de manera aún más alta, con el denominado derecho de resistencia a la opresión, proclamado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al inicio de la Revolución francesa en 1789.

Se debe hacer un estudio de lugares del país en los cuales existe con más frecuencia la obediencia que dicta la conciencia y que se da la objeción de acatar la ley positiva; para poder dar soluciones.

Entre los objetivos trazados para este trabajo están: como general: Erradicar en las regiones de Quiché y Totonicapán la objeción de conciencia; y, como objetivos específicos: a. Resaltar las consecuencias de la existencia de la objeción de conciencia en Quiché y Totonicapán. b. Demostrar que, la objeción de conciencia mantiene en pugna la ley positiva con las costumbres de Quiché y Totonicapán. c. Establecer la necesidad de



que la legislación guatemalteca contemple una normativa en la que se tome en cuenta la diversidad cultural y la objeción de conciencia. d. Proponer una normativa que no enfrente a la ley positiva con la objeción de conciencia.

Cabe indicar que, los métodos utilizados en la elaboración de esta tesis fueron: analítico, con el cual se estableció que en Guatemala se da objeción de conciencia, específicamente en el área del altiplano; el sintético, determinó las consecuencias de la objeción de conciencia; el inductivo señaló que la objeción de conciencia se encuentra en pugna con lo legal; el deductivo sirvió para analizar el problema y hacer notar la necesidad de que se tomen medidas para que la objeción de conciencia sea tomada en cuenta y no se vea como una contrariedad a las leyes. Las técnicas utilizadas fueron: la documental y las fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó información suficiente y de actualidad.

Esta tesis está integrada por tres capítulos, los cuales se detallan a continuación: en el primero se trata lo relacionado a los derechos humanos; el segundo se refiere al derecho consuetudinario; y, el tercero, contiene objeción de conciencia, una desobediencia que pone en pugna al derecho positivo y el derecho natural en Guatemala.

Se espera sea de utilidad esta tesis para futuras generaciones y para que se tomen las sugerencias acá indicadas.



CAPÍTULO I

1 Los derechos humanos

“Los derechos humanos son aquellas condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización”.¹En consecuencia subsume aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Los derechos humanos fueron recopilados en las leyes -positivación- a raíz de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII: la Revolución inglesa, la Revolución Americana y la Revolución francesa; esta última promovió la aprobación, en la Asamblea Nacional de 26 de agosto de 1789, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La ONU aprobó, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos.

¹Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo II . Pág. 570.



Para autores naturalistas los derechos humanos son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente, por lo que son considerados fuente del derecho; sin embargo desde el positivismo jurídico la realidad es que solamente los países que suscriben los Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y sus Protocolos -Carta Internacional de Derechos Humanos- están obligados jurídicamente a su cumplimiento. Así, por ejemplo, en relación con la pena de muerte, contraria a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte no ha sido firmado por países como China, Irán, Estados Unidos, Vietnam, Japón, India o Guatemala.

Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los demás.

1.1. Algunas definiciones de derechos humanos

Se definen como facultades inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es



universal (para todos los seres humanos) e igualitario, así como incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados. Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

La doctrina teórica de tales derechos ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los derechos humanos. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. Los derechos negativos, como el derecho a la intimidad o a no sufrir tortura, se definen exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia; los derechos positivos, por el contrario, imponen a otros agentes, tradicionalmente -aunque ya no de manera exclusiva- el Estado, la realización de determinadas actividades positivas.¹⁰ Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produjo o produce su reivindicación.

1.2 Los derechos humanos en la historia

Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente. Legalmente, se reconocen en el derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales. Para muchos, además, la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico



contemporáneo. “La Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en una referencia clave en el debate ético-político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades”.² Sin embargo, existe un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas sobre la naturaleza, fundamentación, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos; y también claros problemas en cuanto a su eficacia, ya que existe una gran desproporción entre lo violado y lo garantizado estatalmente.

De acuerdo con De Souza Santos, hoy es innegable la hegemonía de los derechos humanos como lenguaje de la dignidad humana. Sin embargo, esta hegemonía debe convivir en una realidad alarmante. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos humanos, sino el objeto de los discursos de derechos humanos.

1.3 Origen cultural de los derechos humanos

Generalmente se considera que tienen su raíz en la cultura occidental moderna, pero existen al menos dos posturas principales más. Algunos afirman que todas las culturas poseen visiones de dignidad que se plasman en forma de derechos humanos, y hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Mandén, de 1222, declaración fundacional del Imperio de Malí.

2. www.un.org/es/universal-declaration-human-rights (Consulta 15 de octubre de 2017)



No obstante, ni en japonés ni en sánscrito clásico, por ejemplo, existió el término *derecho* hasta que se produjeron contactos con la cultura occidental, ya que estas culturas han puesto tradicionalmente el acento en los deberes. Existen también quienes consideran que Occidente no ha creado la idea ni el concepto de derechos humanos, aunque sí una manera concreta de sistematizarlos, una discusión progresiva y el proyecto de una filosofía de los derechos humanos.

De acuerdo con lo dispuesto en la Declaración adoptada por consenso de los 171 Estados reunidos en Viena en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993: todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Entonces, la universalidad, indivisibilidad e interdependencia son los pilares conceptuales en que trata de sustentarse el reconocimiento y protección internacional de los derechos humanos.

La universalidad es inherente a los derechos fundamentales del hombre porque estos son expresiones de la dignidad de todo individuo y por lo tanto deberían ser aceptados, respetados y garantizados por los Estados no importando el sistema político-ideológico, económico y socio-cultural que expresen. Cuestión que viene a ser un tanto ambigua y complicada debido a las distintas cosmovisiones regionales y localistas.



Las teorías que defienden la universalidad de los derechos humanos se suelen contraponer al relativismo cultural, que afirma la validez de todos los sistemas culturales y la imposibilidad de cualquier valoración absoluta desde un marco externo, que en este caso serían los derechos humanos universales. Entre estas dos posturas extremas se sitúa una gama de posiciones intermedias.

Muchas declaraciones de derechos humanos emitidas por organizaciones internacionales regionales ponen un acento mayor o menor en el aspecto cultural y dan más importancia a determinados derechos de acuerdo con su trayectoria histórica. “La Organización para la Unidad Africana proclamó en 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que recogía principios de la Declaración Universal de 1948”³ y añadía otros que tradicionalmente se habían negado en África, como el derecho de libre determinación o el deber de los Estados de eliminar todas las formas de explotación económica extranjera.

Más tarde, los Estados africanos que acordaron la Declaración de Túnez, el 6 de noviembre de 1993, afirmaron que no puede prescribirse un modelo determinado a nivel universal, ya que no pueden desatenderse las realidades históricas y culturales de cada nación y las tradiciones, normas y valores de cada pueblo.

3. *Ibidem*. (Consulta 15 de octubre de 2017)

En una línea similar se pronuncian la Declaración de Bangkok, emitida por países asiáticos el 22 de abril de 1993, y la declaración de El Cairo, firmada por la Organización de la Conferencia Islámica el 5 de agosto de 1990.

1.4 Los derechos humanos y su evolución

“Muchos filósofos e historiadores del derecho consideran que no puede hablarse de derechos humanos hasta la modernidad en Occidente”.⁴ Hasta entonces, las normas de la comunidad, concebidas en relación con el orden cósmico, no dejaban espacio para el ser humano como sujeto singular, concibiéndose el derecho primariamente como el orden objetivo de la sociedad. La sociedad estamental tenía su centro en grupos como la familia, el linaje o las corporaciones profesionales o laborales, lo que implica que no se concebían facultades propias del ser humano en cuanto que tal, facultades de exigir o reclamar algo. Por el contrario, todo poder atribuido al individuo derivaba de un doble *Estatus*: el del sujeto en el seno de la familia y el de esta en la sociedad. Fuera del *Estatus* no había derechos.

La existencia de los derechos subjetivos, tal y como se piensan en la actualidad, fue objeto de debate durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Habitualmente se dice que los derechos humanos son producto de la afirmación progresiva de la individualidad y, de acuerdo con ello, que la idea de derechos del hombre apareció por primera vez durante la lucha burguesa contra el sistema del Antiguo Régimen.

4. *Ibidem.* (15 de octubre de 2017)



Siendo esta la consideración más extendida, otros autores consideran que los derechos humanos son una constante en la Historia y hunden sus raíces en el mundo clásico.

1.5 Auge de los derechos humanos

“Del Cilindro de Ciro se ha dicho que es la primera declaración de derechos humanos. Uno de los documentos más antiguos que se han vinculado con los derechos humanos es el Cilindro de Ciro, que contiene una declaración del rey persa Ciro el Grande tras su conquista de Babilonia en 539 a. C”.⁵ Fue descubierto en 1879 y la ONU lo tradujo en 1971 a todos sus idiomas oficiales. Puede enmarcarse en una tradición mesopotámica centrada en la figura del rey justo, cuyo primer ejemplo conocido es el rey Urukagina, de Lagash, que reinó durante el siglo XXIV a. C., y donde cabe destacar también Hammurabi de Babilonia y su famoso Código, que data del siglo XVIII a. C.

No obstante, el Cilindro de Ciro presenta características novedosas, especialmente en lo relativo a la religión. Ha sido valorado positivamente por su sentido humanista e incluso se lo ha descrito como la primera declaración de derechos humanos. Numerosos historiadores, sin embargo, consideran que el término es ajeno a ese contexto histórico.

5. Alcalá-Zamora y Castillo, Luis. **La protección procesal internacional de los derechos humanos**. Pág. 285.



1.5.1 La Carta Magna, *Magna Carta Libertatum* de 1215

Documentos medievales y modernos, como la Carta Magna inglesa, de 1215, y la Carta de Mandénmandinga, de 1222, se han asociado también a los derechos humanos. En contra de esta idea, José Ramón Narváez Hernández afirma que la Carta Magna no puede considerarse una declaración de derechos humanos, ya que en esta época existen derechos pero solo entre iguales, y no con carácter universal: no se predica la igualdad formal de todos los seres humanos. Lo mismo sucedía en el Imperio de Malí, cuya constitución oral, la Kouroukan Fouga, refleja cómo la población se estructuraba según su tribu de origen. Estas consideraciones son extrapolables a documentos como la *Bula de Oro* de Andrés II en Hungría en 1222; la *Confirmatio fororum et libertatum* de 1283 y el *Privilegio de la Unión* de 1287, de Aragón ambos; o la *Joyeuse Entrée* de Brabant de 1356.

En todos estos casos, los derechos y libertades reconocidos pertenecen al ámbito de los pactos entre el monarca y los estamentos del reino: no se trata, en suma, de derechos humanos; sino de derechos corporativos o privilegios.

1.6 Los derechos humanos en la sociedad grecorromana

En la Grecia antigua en ningún momento se llegó a construir una noción de dignidad humana frente a la comunidad que se pudiera articular en forma de derechos, sino que se entendió que las personas pertenecían a la sociedad como partes de un todo y eran los fines de esta los que prevalecían. La única oposición a la tiranía se sustentaba en la



apelación a la Ley divina como opuesta a la norma, como se muestra en el mito de Antígona, plasmado por Sófocles en la obra trágica del mismo nombre.

La sociedad griega se dividía en tres grupos principales: los ciudadanos, los extranjeros y los esclavos. La esclavitud se consideraba natural, lo que se refleja en la afirmación de Aristóteles, para quien es evidente que los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos; y que para estos últimos es la esclavitud tan útil como justa. La organización política se estructuraba en polis o ciudades-estado: para los griegos, la sociedad era una consecuencia necesaria de la naturaleza humana. En este contexto, las teorías políticas de Platón y Aristóteles hicieron un gran hincapié en el concepto de bien común. Para Platón, agrupados los hombres en sociedad, esta se configura en la *polis*, cuyo bien común se sobrepone al bien particular de los individuos que lo componen. La justicia, a su vez, es la salvaguarda del bien común, y se expresa a través de las leyes, que son los instrumentos que permiten la consecución del bien colectivo e individual. No obstante, en su afán por alcanzar una sociedad perfecta, Platón llegó a recomendar dar muerte a los recién nacidos deformes o enclenques, y matar o desterrar a los insociables.

Aristóteles también consideraba que el hombre era un ser social y que no podía realizarse fuera de la familia y la sociedad, por lo que también subordinaba el bien individual al bien común. Además, al definir la ciudad como una comunidad de ciudadanos libres, redujo el bien común al bien de un grupo social determinado que

excluye a las mujeres, los extranjeros, los obreros y los esclavos. Sobre esta visión se sustenta la idea aristotélica de la justicia que afirma que es tan justa la igualdad entre iguales como la desigualdad entre desiguales.

Ya en la decadencia de la cultura griega, conquistada la Hélade por Roma, se extendieron filosofías que ponían el acento en la búsqueda de la felicidad individual: entre ellos, el epicureismo y el estoicismo. El estoicismo consideraba la razón humana como parte de un logos divino, lo que contribuyó a concebir al hombre como miembro de una familia universal más allá de la polis. Séneca, Epicteto, Marco Aurelio o Cicerón fueron algunos de los que extendieron la filosofía estoica por el mundo latino.

1.7 Los derechos humanos y el cristianismo

La filosofía estoica, difundida en la sociedad grecorromana, concibió la idea de cosmopolitismo, a la que el cristianismo dio un sentido más espiritual para afirmar la igualdad de los hombres y las mujeres en tanto que ciudadanos del Reino de Dios y su dignidad; no obstante, según Luis de Sebastián, para los teólogos cristianos medievales la igualdad teológica era compatible con la desigualdad social: las personas nacían con un estatus social que, de acuerdo con los designios divinos, era el más adecuado para su salvación.

El cristianismo, derivado de la religión judía, heredó de ella, entre otras, la tradición del *mišpat*, un concepto jurídico de rica amplitud semántica. Indica las decisiones judiciales y el juicio legal justo; en relación con el derecho, aquel que se manifiesta en la defensa de los pobres y oprimidos y que se vincula a su vez con los bienes mesiánicos que se esperan. Dado que, hasta la modernidad, el término derecho se atribuía principalmente a lo justo como orden objetivo, en el pensamiento cristiano antiguo o medieval no existió una referencia explícita a los derechos humanos; pero sí un reconocimiento de exigencias de justicia que descendían de esta tradición judía. Por ejemplo, el Nuevo Testamento contiene enseñanzas contra la injusticia, el homicidio, el robo, la calumnia o el egoísmo en el uso de los bienes. En la Epístola de Santiago, el apóstol denunció a los empleadores que no pagan a sus empleados sus justos salarios. El cristianismo fue gradualmente derramando su doctrina en el derecho romano, mejorando la situación de los esclavos, de los hijos y de las mujeres, cuyo estatus en la filosofía cristiana era mucho más alto que en la grecorromana. En el plano económico, condenó la usura y la explotación, estableciendo las bases de la doctrina del justo precio.

Tales ideas fueron desarrolladas por los Padres de la Iglesia, proclamando un sentido social y limitado de la propiedad y de la ley. Pero fue Tomás de Aquino quien asentó las bases del orden jurídico medieval, retomando ideas de Aristóteles y Agustín de Hipona y afirmando que existe, además del derecho positivo determinado y establecido por los

hombres, un derecho natural, propio de la criatura racional, que ningún hombre ni ningún gobierno puede desconocer.

La doctrina cristiana postulaba la existencia de dos reinos, el temporal y el espiritual, siguiendo la distinción hecha por Jesús de Nazaret («*Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios*»). Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, Tomás de Aquino afirmó en su obra *Summa Theologiae* que si existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material, debía prevalecer el bien común. Pero, por el contrario, si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación, en ese caso prevalecería el bien del hombre frente al de la sociedad. En este ámbito, de existir un conflicto patente entre el derecho positivo y el derecho natural, del pensamiento tomista se desprende la existencia de un derecho de resistencia contra el arbitrio de los gobernantes.

1.8 Surgimiento de la definición de derechos humanos

La idea del derecho subjetivo, básica para concebir los derechos humanos, fue anticipada en la baja Edad Media por Guillermo de Ockham, que introdujo el concepto de *ius fori* o potestad humana de reivindicar una cosa como propia en juicio. La escolástica española insistió en esta visión subjetiva del derecho durante los siglos XVI y XVII: Luis de Molina, Domingo de Soto o Francisco Suárez, miembros de la Escuela de Salamanca, definieron el derecho como un poder moral sobre lo propio. Aunque



mantuvieron al mismo tiempo la idea de derecho como un orden objetivo, enunciaron que existen ciertos derechos naturales, mencionando tanto derechos relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, a la dignidad). El jurista Vázquez de Menchaca, partiendo de una filosofía individualista, fue decisivo en la difusión del término *iura naturalia*. Este pensamiento iusnaturalista se vio auspiciado por el contacto con las civilizaciones americanas y el debate producido en Castilla sobre los justos títulos de la conquista y, en particular, la naturaleza de los indígenas. En la colonización castellana de América, se suele afirmar, se aplicaron medidas en las que están presentes los gérmenes de la idea de derechos humanos, debatidos en la conocida Controversia de Valladolid que tuvo lugar en 1550 y 1551. No obstante, algunos critican que, en la práctica, estas medidas fueron formuladas para lograr objetivos de colonización. El pensamiento de la Escuela de Salamanca, especialmente mediante Francisco Suárez y Gabriel Vázquez, contribuyó también al impulso del iusnaturalismo europeo a través de Hugo Grocio.

Durante la Revolución inglesa, la burguesía consiguió satisfacer sus exigencias de tener alguna clase de seguridad contra los abusos de la corona y limitó el poder de los reyes sobre sus súbditos. Habiendo proclamado la Ley de *Hábeas corpus* en 1679, en 1689 el Parlamento impuso a Guillermo III de Inglaterra en la *Bill of Rights* una serie de principios sobre los cuales los monarcas no podían legislar o decidir. Se cerró así el paso a la restauración de la monarquía absoluta, que se basaba en la pretensión de la corona inglesa de que su derecho era de designio divino. Según Antonio Fernández-Galiano y Benito de Castro Cid, la *Bill of Rights* puede considerarse una declaración de



derechos, pero no de derechos humanos, puesto que los mismos se reconocen con alcance nacional y no se consideran propios todo hombre.

“Durante los siglos XVII y XVIII, diversos filósofos europeos desarrollaron el concepto de derechos naturales”⁶. De entre ellos cabe destacar a John Locke y Voltaire, cuyas ideas fueron muy importantes para el desarrollo de la noción moderna de derechos. Los derechos naturales, para Locke, no dependían de la ciudadanía ni las leyes de un Estado, ni estaban necesariamente limitadas a un grupo étnico, cultural o religioso en particular. La teoría del contrato social, de acuerdo con sus tres principales formuladores, el ya citado Locke, Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau, se basa en que los derechos del individuo son naturales y que, en el estado de naturaleza, todos los hombres son titulares de todos los derechos.

La causa directa del nacimiento de los Derechos Humanos, desde una perspectiva sociológica, ha sido también un importante objeto de debate. Por una parte, Georg Jellinek ha defendido que los derechos humanos estaban directamente dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad religiosa; por otra, Karl Marx afirmó que se devenía la pretensión de la burguesía de garantizar el derecho de propiedad. Max Weber, en su obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, afirma que existiría una conexión entre la ética individualista en que se basaron los derechos humanos y el surgimiento del capitalismo moderno.

6. https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos. (Consulta el 10 de octubre de 2017).



1.9 Los derechos humanos y las revoluciones

- *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* Asamblea Nacional francesa. 26 de agosto de 1789

Las distintas culminaciones de la Revolución estadounidense y la Revolución francesa, hitos fundamentales del efectivo paso a la Edad Contemporánea, representan el fin o el principio, según se quiera ver, del complejo proceso de reconocimiento o creación de los derechos humanos. Si las revoluciones son el revulsivo que da lugar a la gestación de los derechos humanos, las diversas actas de nacimiento lo constituyen las declaraciones de derechos de las colonias estadounidenses.

La primera declaración de derechos del hombre de la época moderna es la Declaración de Derechos de Virginia, escrita por George Mason y proclamada por la Convención de Virginia el 12 de junio de 1776. En gran medida influyó a Thomas Jefferson para la declaración de derechos humanos que se contiene en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776. Ambos textos influyen en la francesa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Estas declaraciones, fundamentadas en el iusnaturalismo racionalista, suponen la conversión del derecho subjetivo en centro del orden jurídico, y a aquel se supedita el derecho como orden social.



Fruto de este influjo iusnaturalista, los derechos reconocidos tienen vocación de traspasar las fronteras nacionales y se consideran "derechos de los hombres". Aunque el primer uso constatado de la expresión "derechos del hombre" (*iura hominum*) se produjo ya en 1537, en un texto de Volmerus titulado *Historia diplomática rerum ataviarum*, la denominación no se popularizó entre la doctrina hasta finales del siglo XVIII, con la obra de Thomas Paine *The Rights of Man* (1791-1792).

Según se plasmó en las Declaraciones, tanto los revolucionarios franceses como los estadounidenses consideraban que estos derechos eran inalienables e inherentes a la naturaleza humana, incluso verdades evidentes según la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Pese a ello, decidieron recogerlos en declaraciones públicas, lo que se justifica por motivos jurídicos y políticos. En lo primero, debe tenerse en cuenta que para el iluminismo revolucionario la Constitución es la que garantiza los derechos y libertades, lo que explica la formulación positiva de los mismos. En lo segundo, se pretendía facilitar la salvaguarda del libre desarrollo del individuo en la sociedad frente a la arbitrariedad del poder: ya el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmó expresamente que "*la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos*".



1.10 Internacionalización de los derechos humanos

La noción de derechos humanos recogida en las Declaraciones, basada en la ideología burguesa del individualismo filosófico y el liberalismo económico, no experimentó grandes cambios a lo largo del siglo siguiente hasta que, ante las pésimas condiciones de vida de las masas obreras, surgieron movimientos sindicales y luchas obreras que articularon sus demandas en forma de nuevos derechos que pretendían dar solución a ciertos problemas sociales a través de la intervención del Estado, como la garantía del derecho de huelga, unas condiciones mínimas de trabajo o la prohibición o regulación del trabajo infantil. Desde la primera mitad del siglo XIX se había desarrollado una nueva filosofía social que se manifestó en el socialismo utópico, el reformismo de la Escuela Católica Social, la socialdemocracia, el anarquismo o el socialismo científico. En esta nueva fase fueron muy importantes la Revolución rusa o la Revolución mexicana.

Además de las luchas obreras, a lo largo de la edad contemporánea los movimientos por el sufragio femenino consiguieron para muchas mujeres el derecho de voto; los movimientos de liberación nacional consiguieron librarse del dominio de las potencias coloniales; y triunfaron diversas reivindicaciones de minorías raciales o religiosas oprimidas, movimientos por los derechos civiles o movimientos de políticas de identidad que defienden la autodeterminación cultural de colectivos humanos.

El siglo XX se caracterizó también por la incorporación de los derechos humanos al derecho internacional. Si a principios del siglo se afirmaba que esta rama del derecho solo regulaba las relaciones entre Estados y excluía a los particulares, el cambio fue rápido y tras la Segunda Guerra Mundial, según Juan Antonio Carrillo Salcedo, los derechos humanos podían considerarse un principio constitucional del derecho internacional contemporáneo.

Es especialmente desde el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, cuando el concepto de derechos humanos se ha universalizado y alcanzado la gran importancia que tiene en la cultura jurídica internacional. El 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como intento de sentar las bases del nuevo orden internacional que surgía tras el armisticio.

Posteriormente, se han aprobado numerosos tratados internacionales sobre la materia, entre los que destacan la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que crean diversos dispositivos para su promoción y garantía.

1.11 Los derechos humanos y la búsqueda de un fundamento

Norberto Bobbio afirma la imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos y alega para ello cuatro razones. Primera, la ausencia de un concepto inequívoco y claro de los mismos; segunda, su variabilidad en el tiempo; tercera, su heterogeneidad; y, cuarta, las antinomias y conflictos que existen entre distintos derechos, como entre los civiles y políticos, por un lado, y los sociales y culturales, por otro. En el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía celebrado en L'Aquila en 1964, Bobbio propuso sustituir la búsqueda de un imposible fundamento absoluto por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles que las ciencias sociales avalaban. Y, en cualquier caso, para el jurista italiano, el problema básico relativo a los derechos humanos no es su fundamentación, sino su puesta en práctica y protección. Pero son muchos los juristas y filósofos que no comparten esta creencia sino que, por el contrario, la fundamentación de los derechos humanos ha sido y es objeto de gran interés a lo largo del tiempo, y la mayoría considera que es una labor teórica con gran incidencia en la práctica.

1.12 Los derechos humanos y la doctrina del iusnaturalismo

Son tesis iusnaturalistas las que afirman la existencia del derecho natural. Aunque en cada época se ha entendido este concepto de manera diferente, todas estas doctrinas coinciden en afirmar la existencia de una juricidad previa y fundamentadora del derecho positivo: la positivación, por lo tanto, se limitaría a declarar derechos ya existentes. En

las declaraciones de derechos del siglo XVIII se refleja esta concepción, y el Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos, lo que es considerado por juristas como Hans Kelsen una clara manifestación de la doctrina del iusnaturalismo.

Algunas teorías iusnaturalistas afirman que los derechos humanos se basan en aspectos biológicos, tales como la conveniencia para la supervivencia de la especie, en el contexto de la selección natural, de una conducta basada en la empatía y el altruismo. Otras los sustentan en el orden moral natural tal y como se deriva de determinados preceptos religiosos. Consideran que la conducta moral es un conjunto de prescripciones objetivamente válidas y apelan a textos como la Biblia o el Corán. Frente a estas, desde el siglo XVII, con Hugo Grocio, ha cobrado fuerza el iusnaturalismo racionalista, de la mano de autores que se desvinculan progresivamente de la idea de Dios, basándose únicamente en la razón pura, aunque si bien existen en la actualidad diversas fundamentaciones iusnaturalistas de carácter o inspiración religiosa. Entre ellas se encuentra la Doctrina Social de la Iglesia, que retoma las ideas de los Padres de la Iglesia y Tomás de Aquino. Llegar a lo realmente humano es una de las críticas principales de las ponencias de Pablo VI en su encíclica "*Humanae vitae*". La vida es un sentir desde una divinidad al bien común expreso en la realidad cristiana, desde la moralidad del bienestar.



Según la Doctrina Social de la Iglesia, el fundamento sólido o inmediato de los derechos se encuentra en la ley natural, la norma -de derecho natural- que es fuente equilibrada de derechos y deberes de cada uno; a su vez, su fundamento último es Dios mismo: el orden con que Dios gobierna el universo recibe el nombre de ley eterna, del que la ley natural es una participación o derivación. Los derechos humanos son objetivos en tanto que no dependen de la subjetividad de quien es su titular o está obligado por ellos. Por tanto, no quedan sujetos a los estados de ánimo, las opiniones o la voluntad de nadie; tampoco el consenso, ni siquiera de la mayoría. Para la Iglesia Católica, además, otra característica de los derechos humanos es su sociabilidad: siendo el hombre naturalmente social, existen derechos naturales de la persona en cuanto individuo, pero también en tanto miembro de diversos grupos sociales naturales; es decir, derechos naturales de la familia, de las asociaciones o de las naciones. Por la misma razón, los derechos se ordenan al bien común y están constitutivamente limitados. Concretando más en cuanto su precisión y limitación, los derechos humanos remiten a lo justo concreto, por lo que no significan el reconocimiento de una libertad para realizar cualquier cosa, en cualquier momento o de cualquier manera.

Uno de los teóricos de derechos humanos más relevantes e influyentes fue John Locke, que elevó la defensa de los derechos naturales a la categoría de principio fundamental de legitimación del gobierno y fin básico de la sociedad civil. Locke basó sus ideas en el concepto de propiedad, que utilizó en un sentido amplio y en un sentido restringido. En sentido amplio, se refiere a un amplio conjunto de intereses y aspiraciones humanas; más restrictivamente, alude a los bienes materiales. Locke afirmó que la propiedad es



un derecho natural y que se deriva del trabajo. Además, dijo que la propiedad precede al Estado y que éste no puede disponer de la propiedad de los sujetos arbitrariamente. De acuerdo con Locke, negar el derecho de propiedad es negar los derechos humanos. El filósofo británico tuvo una gran influencia en el Reino Unido y fue decisivo en la filosofía en que se basó la fundación de Estados Unidos.

Algunos filósofos han considerado que los derechos humanos se derivan de un derecho o valor fundamental determinado. Para muchos autores, entre los que se encuentra Samuel Pufendorf, el sistema de derechos naturales del hombre se deriva de su dignidad; otros, como Hegel o Kant, afirmaron que la libertad es fundamento de los derechos humanos y, al mismo tiempo, el principal de éstos. Kant representó la culminación de un proceso encaminado a depurar las teorías iusnaturalistas de elementos históricos o empíricos, al fundamentar su teoría del derecho natural en principios *a priori*, entendidos como exigencias de la razón práctica.

En la segunda mitad del siglo XX, y tras su decadencia en favor de las ideas iuspositivistas, el derecho natural resurgió con fuerza con multitud de teorías muy diversas. De ellas, algunas mantienen una fundamentación objetivista de los derechos humanos, en tanto que afirman la existencia de un orden de valores o principios con validez objetiva y universal, independiente de los individuos. Otras, las subjetivistas, sitúan a la autonomía humana como fuente de todos los valores; basan los derechos humanos en la autoconciencia racional de la dignidad, libertad e igualdad humanas.



Finalmente, las llamadas tesis ínter subjetivistas, que surgen de un intento de síntesis entre las dos tendencias anteriores, consideran los derechos humanos como valores radicados en necesidades comunes y por lo tanto intrínsecamente comunicables.

1.13 Los derechos humanos y la doctrina del iuspositivismo

Las tesis positivistas se oponen frontalmente a las iusnaturalistas, ya que consideran que el único conjunto de normas que tiene carácter jurídico es el derecho positivo. Afirman, por tanto, que la positivización tiene carácter constitutivo, al negar la juridicidad del derecho natural o incluso su existencia. John Austin consideró que los derechos humanos forman parte de las normas sociales que influyen en el derecho, pero no son derecho: para muchos positivistas, los derechos humanos son ideas morales, pero sin valor jurídico por sí mismas. Para que tengan dicho valor, deben incorporarse al ordenamiento jurídico: las leyes son la formulación jurídica de la voluntad soberana del pueblo y obligan a su cumplimiento. No es necesario ni procedente acudir a otro sustento que el legal.

La creciente aceptación del iuspositivismo a lo largo del siglo XIX produjo un arrinconamiento del derecho natural y motivó la plasmación de los derechos humanos, como derechos fundamentales, en las Constituciones de los países occidentales. El proceso se apoyó en la categoría de los *derechos públicos subjetivos*, que surgió como



alternativa a la de *derechos naturales*, que los iuspositivistas consideraban de carácter ideológica. La teoría de los derechos públicos objetivos reconocía la personalidad jurídica del Estado, que adquiriría así la titularidad de derechos y deberes. Tras el ascenso de regímenes totalitarios en los años 1920 y 1930 y la Segunda Guerra Mundial se produjo un resurgimiento del iusnaturalismo que hizo que autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart y Norberto Bobbio reaccionaran clarificando los conceptos fundamentales de las teorías positivistas. Ello provocó una diversificación del iuspositivismo que produjo tesis a veces incompatibles entre sí.

Algunas de estas tesis recientes dan cabida a la defensa de los derechos humanos. Una de ellas es la teoría dualista de los derechos, formulada por Gregorio Peces-Barba y muy similar a la articulada por Eusebio Fernández, que incorpora algunos elementos propios del iusnaturalismo, en tanto que solo los derechos con un fundamento moral son fundamentales; pero al mismo tiempo considera que la positivación es requisito necesario para que un derecho humano lo sea. Por lo tanto, concibe los derechos como la encrucijada entre lo jurídico y lo ético; y como traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, al tiempo que legitimadores de los poderes públicos.

La Teoría del Garantismo jurídico, defendida por Luigi Ferrajoli, afirma que el Estado de derecho posee una legitimación formal y otra material. La legitimación formal hace referencia al imperio de la ley; la material, a la vinculación de todos los poderes del Estado a la satisfacción de los derechos fundamentales, de los cuales, según el jurista italiano, los derechos humanos son una subclase.



Ambas teorías superan un iuspositivismo puramente formal y, ciñéndose a los mecanismos internos del ordenamiento jurídico, aportan criterios materiales para garantizar la estabilización del orden jurídico y la garantía de los derechos fundamentales. María de Lourdes Souza considera que es importante considerar su contexto: el garantismo, que se basa en el estado de derecho, surge en un contexto socio-jurídico democrático que, aunque presenta tendencias regresivas, es más o menos igualitario y justo. De la misma manera, el dualismo jurídico se inserta dentro de un marco jurídico-político determinado, el del Estado social y democrático de derecho.

1.14 Los derechos humanos y las tesis realistas

Las tesis realistas pueden definirse como aquellas para las que la positivación es un requisito más, junto con otros, que influye en la efectividad de los derechos humanos. Engloba un conjunto de posiciones doctrinales muy diverso y heterogéneo, que afirman que es la práctica de las personas los que dotan de significación a los derechos humanos. Critican la concepción ideal que de estos tiene el iusnaturalismo, así como la puramente formal del iuspositivismo, afirmando que ambas corrientes son excesivamente abstractas y no tienen en cuenta las condiciones económicas y sociales de las que depende el efectivo disfrute de los derechos. Con carácter general, las tesis realistas insisten en alguno de los siguientes ámbitos: en el plano político, en las

condiciones de democracia política y económica necesarias para el disfrute real de los derechos humanos; en el jurídico, en los mecanismos de garantía y protección; y en el sociológico, en la conciencia colectiva sobre derechos humanos.

La postura realista se relaciona, en gran medida, con el socialismo. Ya en *La cuestión judía*, una de sus primeras obras, Karl Marx criticó la noción burguesa de derechos humanos, que describió como derechos del individuo egoísta y basado en una concepción abstracta de libertad y emancipación. Para el filósofo alemán, los derechos humanos burgueses eran un conjunto de protecciones legales para la defensa de la clase propietaria de los medios de producción. Marx afirmó que son las condiciones materiales las que determinan el alcance real de los derechos humanos, y que para su realización efectiva es necesaria una auténtica emancipación política.

1.15 Los derechos humanos y su clasificación generacional

“Aunque la mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen varias generaciones de derechos humanos, existen múltiples y diferentes clasificaciones”.⁷ Todas suelen coincidir al describir la primera generación, pero posteriormente se ramifican y se vuelven más complejas. Además, existen al menos dos concepciones de esta visión generacional.

7. *Ibíd*em (Consultado 11 de octubre de 2017)



Para una de ellas, son expresión de una racionalidad que se realiza progresivamente en el tiempo; para otras, cada generación de derechos humanos es expresión de una racionalidad diferente y puede entrar en conflicto con las demás. Por otra parte, existen posiciones que evitan pronunciarse acerca de las categorías de derechos humanos y más bien tienden a enfocarlos como un sistema unitario.

Cada nueva generación, que se clasifica cronológicamente en relación con las anteriores, ha sido objeto de críticas. Si ya los derechos de la primera generación fueron criticados, también sucedió con los derechos de la segunda durante el siglo XX, si bien en la actualidad la casi totalidad de los juristas los aceptan.

Hoy en día es objeto de debate la existencia de una tercera generación de derechos humanos ya que, tanto desde el punto de vista jurídico como político, se critica la indeterminación de esta categoría y su difícil garantía. No obstante estas objeciones, existen teorías que hablan de cuatro e incluso cinco generaciones de derechos humanos.

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



1.15.1 Derechos de Primera Generación

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

1.15.2 Derechos de Segunda Generación

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



1.15.3 Derechos de Tercera Generación

Surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, aunque diferentes juristas asocian estos derechos a otras generaciones: por ejemplo, mientras que para Vallespín Pérez la protección contra la manipulación genética sería un derecho de cuarta generación, para Roberto González Álvarez es una manifestación, ante nuevas amenazas, de derechos de primera generación como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física.

1.16 Derechos humanos: Pactos y convenciones

Los siguientes pactos y convenciones han sido asimilados por numerosas organizaciones, entre ellas la Organización de las Naciones Unidas. Algunos países han firmado y ratificado los pactos, otros solo los han firmado y otros no los han firmado ni ratificado.



1.17 Derechos Humanos del Siglo XXI: la Declaración Universal de Derechos

Humanos Emergentes

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) surge de un proceso de diálogo de diversos componentes de la sociedad civil, organizado por el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña en el marco del Foro Universal de las Culturas Barcelona 2004, titulado *Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos*”.⁸ El 2 de noviembre de 2007, en el marco del Forum de Monterrey (México) es aprobada la DUDHE. Estos derechos suponen una nueva concepción de la participación de la sociedad civil, dando voz a organizaciones y agrupaciones nacionales e internacionales que tradicionalmente han tenido poco o ningún peso en la configuración de las normas jurídicas, como las ONG, los movimientos sociales y las ciudades, frente a los retos sociales, políticos y tecnológicos que plantea la globalización y la sociedad global. La DUDHE no pretende sustituir ni quitar vigencia a la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, ni a los instrumentos nacionales o internacionales de protección de los derechos humanos; pretende actualizar, complementar, responder a los retos de la sociedad global y actuar como complemento de la ciudadanía participativa.

8. www.un.org/es/universal-declaration-human-rights (Consulta 15 de octubre de 2017)



CAPÍTULO II



2. Derecho consuetudinario

“Es aquél que aplica justicia con base en las costumbres de una comunidad las cuales adquieren valor jurídico y cuyos legisladores y sancionadores son los miembros de la propia comunidad o colectividad donde se dan los casos”.⁹

2.1 Nombres con que se le conoce al derecho consuetudinario

- Derecho comunal
- Derecho alternativo
- Derecho paralelo
- Costumbre jurídica comunal

2.2 Características del derecho consuetudinario

- Ser eminentemente conciliador
- Es un derecho oral.

9. Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo II . Pág. 180.



2.3 Costumbre

Es la norma de conducta nacida de la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad, su núcleo originario es un uso de práctica social.

2.3.1 Elementos de la costumbre

Objetivo y,

Subjetivo

- Objetivo (Inverata consuetudo)

Consiste en la práctica constante de determinada conducta por parte de la comunidad.

- Subjetivo (Opino iuris)

También denominado psíquico; es la creencia que la costumbre es obligatoria, como norma.



2.3.2 Clases de costumbre

Delegante,

Delegada y,

Derogatoria

- Delegante

Cuando ésta autoriza a determinada autoridad para crear derecho escrito, es decir que la norma es superior a la ley.

-Delegada

Cuando la norma jurídica nos remite a la aplicación de la costumbre.

- Derogatoria

Cuando la costumbre tiene tal imperio que abroga a la ley.

Hasta hace algunos años, la conceptualización del derecho indígena se limitaba a términos como “usos y costumbres” o “costumbre jurídica”, lo cual conllevaba a una subordinación de este sistema jurídico al derecho nacional que pretendía unificar y homogenizar la diversidad cultural. Estas concepciones son claramente reduccionistas



y discriminatorias, pues pretenden que todo el sistema normativo de un pueblo ancestral, sea considerado simplemente como un montón de normas dispersas, de costumbres aisladas que buscan un reconocimiento dentro del ordenamiento positivo nacional. Es por esta razón, que la doctrina actual, se refiere ya no a un conjunto de costumbres, sino que a un sistema normativo completo o parcial, que ha regido y regulado a todo un pueblo desde tiempos inmemoriales y que busca el justo reconocimiento de su existencia y validez dentro de los ordenamientos jurídicos dominantes de cada región, es decir, un pluralismo jurídico.

El término derecho propio (*ius proprium*) se utilizó originariamente en el ámbito de la doctrina jurídica para aludir al derecho que emanaba de los estados nacionales nacientes frente al derecho común europeo. Por lo tanto, la expresión derecho propio constituye una visión mucho más amplia que derecho consuetudinario, pues está concebido como una extensión de soberanía del Estado que incluye el derecho consuetudinario, las formas deliberadas de creación de derecho y las diversas formas de jurisdicción.

En los últimos años, América Latina ha experimentado una revitalización de los Pueblos Indígenas lo cual se ha traducido en el fortalecimiento de sus organizaciones y una importante transformación en la forma de relacionarse con los gobiernos actuales y con la sociedad, pudiendo de esta forma manifestar sus demandas bajo estrategias políticamente organizadas. Utilizan instrumentos legales para demandar sus derechos, acuden a las Cortes Internacionales con el objeto de ser escuchados.

Sus demandas ya no son “un resurgimiento de antiguas ideas sojuzgas y sometidas por la modernidad”¹⁰, sino reivindicaciones que buscan el reconocimiento de sus derechos colectivos, de su condición de pueblo, de su derecho a la libre determinación, etc. todos los cuales conforman el llamado derecho propio.

“El derecho propio indígena es el producto de relaciones históricas y de la inserción jurídica de las comunidades indígenas en la sociedad nacional y regional”.¹⁰ El derecho indígena no puede ser visto únicamente como la continuación de tradiciones y costumbres originales, sino en su interrelación, confrontación y procesos constitutivos mutuos con el derecho nacional, procesos inmersos, a su vez, en relaciones de poder y de cambio. Más que normas jurídicas autónomas lo que encontramos son imbricaciones y sincretismos en donde el derecho indígena ha incorporado prácticas del derecho colonial y nacional. Lo que se expresa acá es que el derecho propio indígena no puede ser considerado simplemente como un conjunto de tradiciones y costumbres ancestrales, sino que constituye un ordenamiento legal que contiene elementos tanto del mundo indígena como de la sociedad nacional. Es un conjunto de normas dinámico, no estático, que ha ido reformulándose de acuerdo a las necesidades de los pueblos indígenas y al contacto y la relación que a lo largo de la historia ha tenido con otros sectores de la sociedad en la cual se encuentran actualmente inmersos.

10. Iturralde, Diego. **Lucha Indígena y reforma neoliberal**. Pág. 160



El antropólogo Diego Iturralde en su artículo Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas señala que el reconocimiento del derecho propio indígena es un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía. Agrega que este derecho forma parte de una amplia gama de demandas que incluyen “el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía.

“La interrogante planteada en un comienzo, de porque no hablar de derecho consuetudinario, sino de derecho propio, y la respuesta es, que las reivindicaciones que demandan los pueblos indígenas, ya no tienen que ver con reconocer ciertas costumbres o usos ancestrales, sino un conjunto de normas, de instituciones y de realidades que permitan la convivencia pacífica y en un plano de igualdad y de respeto de sus derechos en la sociedad actual”.¹¹ Sin este reconocimiento, los Pueblos indígenas seguirán viviendo bajo normas ajenas, dictadas por organismos donde no existe su participación, y que sólo han provocado desigualdades y violaciones sistemáticas de sus derechos.

11. Sierra, María Teresa. **Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas.** Pág. 76

Por lo tanto, podríamos distinguir los siguientes elementos dentro del derecho propio fundamentales para su reconocimiento:

2.4 Pueblos indígenas

Aunque no existe una definición universal sobre quienes son indígenas, el concepto de pueblo más utilizado sigue siendo el formulado por el Relator Especial de Naciones Unidas, José Martínez Cobo en su “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”: “las comunidades, la gente y las naciones indígenas son las que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades pre-coloniales se han desarrollado en sus territorios, considerándose a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en partes de ellos. “Forman actualmente sectores no dominantes de sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras esos territorios ancestrales y su identidad étnica, como la base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legislativos”.¹²

Existen diversos factores que nos permiten saber si hay continuidad histórica y que nos ayudan a identificar a los pueblos indígenas. El primero de ellos es que exista una ocupación de tierras ancestrales, o de parte de ellas; el segundo, una ascendencia común con los habitantes originales de tales tierras; una lengua común; entre otros.

12. <http://www.flacso.org.ec/docs/i9_iturralde.pdf > (Consulta: 20 octubre de 2017)



Otra forma de saber quiénes son indígenas es la propia auto identificación como indígena. Ser indígena es identificarse con el pueblo al que se pertenece, tener sentido de grupo y ser reconocido y aceptado como uno de sus miembros.

Ligado a este concepto tenemos el de identidad étnica. El cual ha sido definido por la antropología como “el sistema cultural de referencia de una comunidad humana a partir de la cual define su identidad o personalidad grupal. Se trata del conjunto de indicadores culturales que otorgan a una comunidad su identidad en el contexto social”¹³. Esta identidad étnica contempla el derecho a la diferencia, a la propia cultura, a la propia existencia y el derecho a la autodefinición.

Lo que plantea la demanda indígena, más que un derecho a la autodefinición, es el reconocimiento constitucional por parte de los Estados de su existencia como pueblos.

De su capacidad de generar normas, de mantener instituciones vigentes y de reconocimiento de sus formas de propiedad colectiva de la tierra y de los recursos naturales. No se busca formar nuevos Estados, ni pretender ideas separatistas, se persigue un trato igualitario dentro de una sociedad que le teme a lo diferente y que reacciona tratando de ocultar esas diferencias con un concepto de Estado Unitario, que impide el reconocimiento de los pueblos indígenas.

13. Martínez Cobo, José. **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.** Pág. 56



2.4.1 Derecho de libre determinación

Es una de las condiciones básicas para el desarrollo de los pueblos indígenas. “Se puede definir como la capacidad que tiene todo pueblo para dirigirse a sí mismo y tomar decisiones en asuntos trascendentales de acuerdo a su cultura, que persigan la utilidad y el bien de la comunidad”.¹⁴ Como ya lo mencioné antes, esto no significa intenciones separatistas, sino simplemente se demanda el reconocimiento de sus derechos históricos y el ejercicio de éstos dentro de la nación que habitan, el respeto y reconocimiento de sus autoridades políticas y administrativas y la facultad de administrar según sus propias normas, sus territorios y los recursos naturales que los rodean.

2.4.2 Administración de justicia

Para un completo reconocimiento de los derechos indígenas, es fundamental otorgar validez a los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, de manera que, al interior de sus comunidades puedan imponer sus propias normas y regular la convivencia entre sus pares. Es aquí además, donde nace el concepto de derecho propio, pues en un comienzo, se circunscribía el reconocimiento de éste, a reconocer la vigencia de los usos y costumbres de los pueblos indígenas dentro de su territorio; pero, como hemos ido analizando, es acá donde encontramos el derecho consuetudinario, el cual puede definirse como reglas de comportamiento que existen al interior de cada pueblo y que

14. Zamudio, Teodora. **Derecho de los pueblos indígenas**. Pág. 72



contribuyen al mantenimiento de su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir. “Esas normas generalmente son elaboradas y transmitidas oralmente u cambian de acuerdo con la evolución de las creencias y valores imperantes en cada comunidad indígena. Por lo tanto son normas que se modifican con el tiempo”.¹⁵

Podemos concluir que un reconocimiento del derecho propio indígena, debe abarcar no sólo un reconocimiento de la normativa indígena, sino un conjunto de elementos que permitan un verdadero desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, siendo la base esencial para este reconocimiento, la existencia de un pluralismo jurídico que permita la convivencia en un plano de igualdad del ordenamiento jurídico positivo junto al derecho indígena.

2.4.3 Los pueblos indígenas y la Organización de las Naciones Unidas

La protección de los derechos de los pueblos indígenas es una cuestión relativamente nueva dentro de la actividad de las Naciones Unidas. Gracias a las gestiones realizadas por los representantes de los indígenas durante los últimos treinta años, los derechos de estos pueblos son objeto de mayor atención y preocupación en las Naciones Unidas y en el conjunto de la comunidad internacional.

15. Declaración de Quito, Primer encuentro continental de pueblos indios, Ecuador, 1990.

“Una de las primeras acciones efectuadas por este organismo internacional con el fin de enfrentar el tema indígena, se llevó a cabo en el año 1971”.¹⁶ La Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías, organismo dependiente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, formada por 26 expertos independientes, designó en calidad de Relator Especial a uno de sus miembros, el señor José Martínez Cobo, con el objeto de que éste realizara un detallado estudio de la discriminación que sufren las poblaciones indígenas y que recomendara la adopción de medidas nacionales e internacionales para eliminarlas.

El Foro Permanente es un órgano asesor del Consejo Económico y Social que tiene como labor ocuparse de las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. Entre sus funciones está la de prestar asesoramiento especializado y formular recomendaciones sobre los asuntos indígenas al Consejo y a los diferentes organismos de la ONU, dar a conocer e impulsar la integración y coordinación de las actividades relacionadas con los pueblos indígenas, entre otras. “De estos dos organismos, el Grupo de Trabajo dio paso a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, mientras que el Foro es un órgano internacional que opera regularmente”.¹⁷

16. <http://www.indigenas.bioetica.org/bases.htm> (consulta: 29 octubre 2017)

17 Aravena, Andrea. Derecho Consuetudinario y Costumbre Indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal: Informe pericial. En: Actas del XII Congreso Internacional de Derecho Consuetudinario y Pluralismo Lega. Arica, Chile. 2000. Pág. 149.



A. Pronunciamientos respecto a las poblaciones indígenas

A.1 Carta de Naciones Unidas. (1945)

En esta carta hay varios artículos que podrían invocar las poblaciones indígenas para el reconocimiento de sus derechos, pues su contenido se refiere a todos los seres humanos sin distinción.

El Artículo 1 inciso 3 refiriéndose a los propósitos y principios de las Naciones Unidas señala: “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.”

Mientras tanto, el capítulo XI de la Carta se refiere a la situación de los territorios no autónomos, donde consagra algunos principios fundamentales que fueron la base en los procesos de descolonización, del cual fueron excluidos los pueblos indígenas. Estos principios abordan la necesidad del respeto y del reconocimiento de las poblaciones no autónomas. Establece el Artículo 73 de este capítulo que: “Los miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible,



dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan: a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso; a desarrollar el gobierno propio, tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto.

A.2 Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948)

Esta declaración pese a no hacer referencia a los derechos de los pueblos indígenas, es una exposición de gran alcance de los derechos de todos los seres humanos, reconociendo además a los particulares un lugar en el derecho internacional que jamás habían tenido. En su Artículo 2 declara que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Mientras que su Artículo 7 consagra la igualdad ante la ley señalando: “Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración”.



Entre los derechos que consagra esta declaración y que, por lo tanto, protegen estos artículos, están el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, la prohibición de la tortura y de los tratos degradantes, el derecho a la igualdad ante la ley, a un juicio justo, a la vida privada, la libertad de creencia y religión, entre otros. “Si bien no señalan precisamente un reconocimiento del derecho propio indígena, los principios fundamentales que consagra esta Declaración han sido aplicados en la protección y reconocimiento de derechos indígenas, como por ejemplo en la Resolución N° 12/85, Yanomami versus Brasil, dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de marzo de 1985. “En este caso, se recurrió ante la CIDH a favor de la Comunidad Indígena de Yanomami contra el Gobierno de Brasil, por violaciones a los derechos humanos de este pueblo, donde la Comisión resolvió en base a estos principios fundamentales que consagra la Declaración, como el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad personal, entre otros”.¹⁸

A.3 Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

(1948)

Se entiende por genocidio, según lo dispone el Artículo 2, “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del

18. COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución N° 12/85, Caso N° 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984



grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear destrucción física total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo”.

Este artículo sólo podrá ser aplicado a las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas, si existe un sometimiento intencional a las condiciones que puedan causar la extinción de los pueblos, es decir, debe existir dolo para poder tipificar estas violaciones como delito de genocidio cultural en contra de los pueblos indígenas.

A.4 Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. (1965)

Esta Convención en su Artículo 1º define el término discriminación racial como: “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Consagra el mismo artículo en su numerando 4º el principio de discriminación positiva permitiendo la adopción de medidas especiales con el fin de asegurar el progreso de ciertos grupos en condición de desigualdad legal respecto de resto de la población.



A.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966)

El Artículo 1º de este Pacto consagra el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, lo que comprende el derecho a establecer la condición política propia y a proveer a su desarrollo económico, social y cultural. Esta disposición reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos, por lo que según esto, los pueblos indígenas deberían ser reconocidos como tales y poder hacer valer ante los Estados su derecho propio. Pero en la práctica esto no es así, pues los Estados no les reconocen su calidad de pueblos y es por eso que prefieren llamarlos poblaciones indígenas y omitir toda pronunciación respecto a ellos como pueblo con el fin de no reconocer su derecho a la autodeterminación.

A.6 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966)

El Artículo 1 de este Pacto es idéntico al del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. Ambos instrumentos reflejan los derechos estipulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero incluyen esta norma que no está contenida en la Declaración y que se refiere a la libre determinación de los pueblos”¹⁹.

19. Ibidem.

Con respecto a este tema, que abordan ambos pactos, debemos hacer un alcance debido a la controversia que se ha generado a lo largo de la historia en la comunidad internacional, respecto al término pueblos y a la negativa existente entre los Estados de aceptar la calidad de pueblos de las poblaciones indígenas como una forma de no reconocer la aplicación de este artículo sobre la libre determinación a la realidad indígena, lo cual significaría un reconocimiento de su derecho propio y de sus libertades fundamentales.

Como una forma de aclarar este punto, en el año 1974, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y de Protección a las Minorías, decidió en su resolución (XXVII) nombrar un Relator Especial para que realizara un estudio sobre “El derecho a la autodeterminación, desarrollo histórico y actual sobre la base de los instrumentos de las Naciones Unidas. En su informe, el Relator Especial establece que la aplicación del principio de libre determinación “no puede interpretarse como estímulo a los movimientos de secesión o irredentistas, o como justificación de las actividades encaminadas a modificar el sistema de gobierno de un país”.²⁰ Define el término “pueblo” como una entidad social que posee una identidad evidente y tiene características propias; implica una relación con un territorio incluso si el pueblo de que se trata ha sido injustamente expulsado de él y reemplazado artificialmente por otra población; agrega, finalmente, descartando el reconocimiento de los indígenas como pueblo, que: El pueblo no se confunde con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

20. <http://www.flacso.org.ec/docs/i9_iturralde.pdf > (Consulta: 20 octubre de 2017)





CAPÍTULO III

3. Objeción de conciencia: una desobediencia que pone en pugna los derechos positivo y natural en Guatemala

“La objeción de conciencia es la negativa a acatar órdenes o leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos.”²¹

Desde una ética racional que considera que el individuo debe responder en primer lugar al tribunal de la propia conciencia, la objeción de conciencia se define como un derecho subjetivo a resistir los mandatos de la autoridad cuando contradicen los propios principios morales.

Se puede considerar a la objeción de conciencia como una forma de resistencia hacia una norma, siempre que dicha reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales o religiosas de la persona y el cumplimiento de un precepto legal.

Se trata, por lo tanto, de un enfrentamiento entre un deber moral y un deber legal.

²¹. González, José. **Objeción de conciencia en Centroamérica**. KEM-MOC, Response to CONCODOC enquiry, November 1997. Jóvenes por la Paz. Guatemala. Bilbao, España: Casa E Bosch, 1996. Pág. 241.

El contraste de ambas normas induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas, a decantarse por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana.

“La objeción de conciencia consiste en el incumplimiento de una obligación de naturaleza legal, cuya realización produciría en el individuo una grave lesión en la propia conciencia”.²² Para poder diferenciarla de figuras afines, es importante tener en cuenta que lo que el objetor persigue -su intención-, no es obstruir u obstaculizar la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.

De alguna manera, se relaciona con otras figuras de desobediencia al derecho, especialmente con la desobediencia civil y, de manera aún más alta, con el denominado derecho de resistencia a la opresión, proclamado en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano al inicio de la Revolución francesa(1789).

3.1 Objeción de conciencia

En principio, puede plantearse ante cualquier tipo de mandato que se derive del Ordenamiento jurídico, como normas médicas u obligaciones tributarios. El supuesto más destacado, no obstante, es la objeción de conciencia al servicio militar.

22. García-Huidobro, Joaquín. **Razón práctica y derecho natural, Valparaíso.** Pág. 243.



La objeción por tanto, entra en juego cuando se da un choque a veces dramático, entre la norma legal que obliga un hacer y la norma ética o mora que se opone a esa actuación. En ese caso, el objetor de conciencia, se decanta por el no a la ley, atendiendo a lo que considera un deber de conciencia.

La objeción de conciencia es un derecho fundamental derivado de la libertad de conciencia, de cultos, del pluralismo ideológico propio de los estados liberales y democráticos que permite a toda persona natural, oponerse, por razones religiosas, filosóficas, morales o políticas, al cumplimiento de un deber jurídico de origen constitucional, legislativo o reglamentario, cuando este resulte incompatible con convicciones íntimas, fijas, profundas y sinceras acordes con fines constitucionalmente admisibles.

3.1.1 La objeción de conciencia en la historia

A lo largo de la historia, han sido relativamente frecuentes las tensiones entre los preceptos legales y los dictados de la conciencia. Ello ha generado situaciones de incumplimiento de alguna disposición estatal por parte de individuos o grupos de una determinada sociedad.

Así, por ejemplo, en el Antiguo Testamento se pueden encontrar varios ejemplos próximos a lo que hoy se considera objeción de conciencia. Uno de ellos tiene relación con los profesionales de la salud. Se trata del pasaje que relata cómo el Faraón de



Egipto ordenó a las comadronas, que asistían en el parto a las mujeres hebreas, que dieran muerte a los hijos varones. Las comadronas, que temían a Dios, no obedecieron al rey de Egipto y dejaron con vida a los niños.

En la evolución histórica de la objeción de conciencia, se pueden observar dos etapas diferenciadas:

- En la primera, la libertad de conciencia vendrá apoyada en argumentos exclusivamente religiosos.
- En la segunda, cualquier fundamento ético se considera suficiente para avalar la libertad de conciencia.

Por ello, en las últimas décadas se aprecia en la legislación de los diversos países una clara tendencia a vincular la objeción de conciencia con la libertad ideológica y de conciencia en general, sin exigir la adhesión a un cierto credo religioso o ideológico.

En el nuevo planteamiento de la objeción de conciencia también hay que destacar su transformación, desde una situación de carácter estrictamente privado (un "drama personal"), hasta el reconocimiento de una dimensión pública. En un principio, los objetores acataban cualquier pena (hasta la de muerte), sin pretender el reconocimiento del derecho.



Sin embargo, en la actualidad se apela a un derecho a la objeción de conciencia, incluso a no ser discriminado, ni sancionado, por mantener una actitud objetora. La objeción de conciencia recibe, actualmente, una mayor atención por parte del Derecho. La razón de ello puede ser la mayor preocupación existente por encontrar un equilibrio entre mayorías y minorías, así como el intento de integración de éstas.

Por el contrario, en las sociedades antiguas, unidas, por grado o por la fuerza, alrededor de creencias determinadas no había, en general, espacio para lo diverso. “En realidad, en dichas estructuras sociales se sojuzgaba o eliminaba al discrepante”.²³ De este modo quedaba erradicado de raíz cualquier posible planteamiento sobre la objeción de conciencia.

3.1.2 Objeción de conciencia y sus características

“La objeción de conciencia se caracteriza por”:²⁴

a) Presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido. Por ello, el objetor puede manifestar su oposición a tal precepto legal incompatible con sus convicciones morales, pero solo en la medida en que esa norma se traduzca en deberes dirigidos directamente a él.

23. Agustín Squella, **¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?**, en Revista Chilena de Derecho, vol. 22 N° 1, 1995, Pág. 80.

24. Suárez-Rodríguez, José. **La determinatio en el proceso de adjudicación. Una visión prudencial del razonamiento jurídico**, en *Dikaion*, Vol. 19 n. 2, 2010. Pág. 378.



b) Implica un comportamiento omisivo. Al estar referido a exigencias consideradas menores, no encuentra, en general, obstáculo a la obtención de la exención. Por ello, el Derecho no suele activar mecanismos represivos contra él. No obstante, también puede existir la amenaza de una sanción.

c) Se apoya en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Este es el núcleo de la cuestión teniendo un carácter secundario el hecho de que se incumpla la norma.

d) Se considera que la objeción de conciencia es un derecho fundamental subjetivo, por lo que solo puede ser limitada constitucionalmente por razones de orden público, seguridad jurídica e igualdad. Se requiere, en cada caso, una labor de ponderación de los distintos valores en juego. La objeción de conciencia puede ser legal o ilegal, según el ordenamiento jurídico la reconozca como derecho o no lo haga. En aquellos casos en los que el incumplimiento de un deber general por motivos de conciencia esté permitido, la objeción de conciencia deja de consistir en una desobediencia a la ley y pasa a convertirse en el legítimo ejercicio de un derecho.

e) La objeción de conciencia puede estar reconocida condicional o incondicionalmente por el Estado. Se produce un reconocimiento incondicionado cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la simple declaración objetora, con independencia de las razones en que se funde, y en base, exclusivamente, a la convicción individual expresada en la manifestación externa de la objeción. Por su parte, el reconocimiento será condicionado

cuando legalmente se articule un proceso para comprobar la admisibilidad y sinceridad de las razones alegadas por el objetor.

f) Con la objeción de conciencia no se aspira, en principio, a modificar ninguna norma. No se pretende obligar a la mayoría a revisar su decisión, obtener publicidad ni anular una norma. Por lo tanto, hay una ausencia de fin político. Sin embargo es posible que, en un determinado momento, la actitud de un objetor trascienda a la opinión pública. El reconocimiento social de esta postura no cambia la naturaleza de la objeción, al tratarse de un hecho no buscado por el sujeto, ni dependiente de su voluntad.

g) La objeción de conciencia es un mecanismo que permite resolver, por vía de excepción, los conflictos entre mayorías y minorías existentes en toda sociedad contemporánea.

3.1.3 La objeción de conciencia como desobediencia civil

Objeción es personal; sólo pretende abstenerse de cumplir -o incumplir-, un mandato legal por imperativos de la propia conciencia.

“Podríamos decir que es la negativa a cumplir un deber jurídico procedente de una norma o un contrato, por razones de conciencia”.²⁵ La figura típica con la que suele confundirse es la desobediencia civil.

- **Desobediencia civil:** suele ser masiva, pretende cambiar la ley, y su motivación puede ser muy variada.

3.1.4 Objeción de conciencia y sus requisitos

Para que se presente una objeción de conciencia han de reunirse tres elementos. El primero es la existencia de un deber cuyo cumplimiento exige una norma del Estado. El segundo, la negativa del sujeto obligado a realizar la conducta prescrita, El tercero, la naturaleza religiosa o ética de esa negativa.

3.1.5 Tipos de objeción de conciencia

Existen dieciocho tipos de objeción de conciencia: la objeción profesional, la objeción médica u objeción sanitaria, la objeción psiquiátrica, la objeción farmacéutica, la objeción veterinaria, la objeción a donar sangre, la objeción a la vacunoterapia, la objeción judicial, la objeción fiscal, la objeción educativa, la objeción matrimonial, la

25. Falcón y Tella, María José, **Equidad, derecho y justicia**, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005, Pág. 263.

objeción al juramento, la objeción al trabajo sabático, la objeción al culto cívico, la objeción al sufragio, la objeción al servicio militar, la objeción al mandato superior y la objeción presencial.

- **La objeción profesional**

Es la de quien rehúsa intervenir en la fabricación o el comercio de armas de guerra, o tomar parte en cualquier investigación científica sobre instrumentos, máquinas o sustancias a los cuales pueda llegar a darse un uso bélico.

- **La objeción médica u objeción sanitaria**

Es la de quien rehúsa intervenir en actos relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo, en actos que impliquen manipulación de genes humanos, en actos de clonación, o en actos dirigidos a suprimir de manera deliberada la vida de un enfermo.

-**La objeción psiquiátrica**

Tiene lugar cuando alguien rehúsa someter a un paciente mental a tratamientos que resulten crueles, inhumanos o degradantes.



-La objeción farmacéutica

Es la de quien rehúsa expender medicamentos que puedan emplearse para lograr la contracepción postcoital (vgr. la llamada píldora del día siguiente) o perpetrar el suicidio asistido.

-La objeción veterinaria

Es la de quien rehúsa someter un animal a vivisección o a experimentos dolorosos.

-La objeción a donar sangre

Es la de quien rehúsa someterse a la extracción sanguínea forzosa que se ha decretado por causa no relacionada con un proceso penal, con un proceso civil sobre definición de la paternidad o con un reglamento policivo para prevenir las enfermedades venéreas. (Esta objeción se dio en Francia cuando la Ley de 14 de abril de 1955 impuso donaciones obligatorias de sangre a los varones que no habían cumplido el servicio militar entre 1944 y 1946).

-La objeción a la vacunoterapia

Es la de quien rehúsa la inoculación obligatoria en tiempo distinto al de epidemia.



-La objeción judicial

Es la de quien rehúsa, en su carácter de juez, conocer de un proceso en el que se le demanda dictar un fallo para ordenar la comisión de un acto lesivo (vgr. la práctica del aborto o la aplicación de una pena corporal).

-La objeción fiscal

Es la de quien rehúsa el pago de un impuesto destinado a financiar gastos militares, y solicita que la suma exigida por tal concepto se aplique al financiamiento del gasto público social.

- La objeción educativa

Es la quien rehúsa, en su propio nombre o en el de los menores de edad que legalmente representa, la asistencia a una asignatura obligatoria con cuyos contenidos éticos se halla en desacuerdo.

-La objeción matrimonial

Es la de quien rehúsa presenciar como agente del Estado el casamiento entre personas del mismo sexo.



-La objeción al juramento

Se da cuando alguien rehúsa, en el marco de actuaciones judiciales o administrativas, poner a Dios por testigo de lo que afirma o niega, o por garante de lo que promete.

- La objeción al trabajo sabático

Es la de quien rehúsa ocuparse de actividades prohibidas por las normas que regulan su día religioso de descanso.

-La objeción al culto cívico

Es la de quien rehúsa participar en ceremonias públicas cuya finalidad sea honrar al Estado y rendir homenaje a sus emblemas.

-La objeción al sufragio

Es la de quien rehúsa emitir su voto obligatorio en elecciones y en cualquier forma de consulta popular (referendo, plebiscito, etc).

-La objeción al servicio militar

Es la de quien rehúsa, según el caso, cumplir la conscripción, intervenir en cualquier contienda armada, luchar en determinado conflicto bélico, valerse de cierto medio o método de guerra, o emplear armas durante el tiempo de su incorporación a la milicia.



-La objeción al mandato superior

Es la de quien rehúsa cumplir una orden impartida por el funcionario al cual está subordinado. Cuando esta negativa se da en persona que pertenece a las fuerzas armadas, bien puede considerarse como una de las modalidades de la objeción de conciencia al servicio militar.

Con lo indicado anteriormente, se puede notar que, entre las objeciones de conciencia no figura la negativa a recibir sangre por vía intravenosa. Quien rehúsa una transfusión no objeta el cumplimiento de un deber. Lo que hace es renunciar parcialmente al derecho a ser medicado.

No todos los tipos de objeción de conciencia de los ya expuestos, gozan de protección legal. Históricamente los poderes públicos se han mostrados reacios a garantizar las formas de la discrepancia y las manifestaciones del **derecho a desobedecer**.

“La Corte Constitucional de Colombia tardó ocho años en reconocer el derecho a objetar en conciencia la prestación del servicio militar”.²⁶

26. *Ibidem*



Según lo advierte el jurista español Juan Oliver, pueden aparecer tantas clases de objeción de conciencia como conciencias puedan sentirse violentadas por los deberes que impone el ordenamiento jurídico.

- **Contra legem:** Es la negativa a cumplir la ley por motivos de conciencia, exponiéndose a sufrir las consecuencias legales de su incumplimiento.
- **Secundum legem:** Cuando ha sido admitida por la ley. En realidad se trata de una opción legal: frente a lo dispuesto con carácter general se prevé que por motivos de conciencia se pueda actuar diversamente. Todo lo más, habrá que cumplir, en lugar de la actividad objetada, una prestación social sustitutoria (PSS),

En Guatemala predomina el problema de objeción de conciencia regularmente en áreas del Altiplano, en departamento como Quiché y Totonicapán, en los cuales se deben crear Comités de Conciencia, cuyos integrantes sean considerados servidores públicos, con el deber de estudiar y decidir en un término máximo de 30 días las objeciones formuladas y gestionar para que la decisión adoptada sea válida, lo cual será reglamentada en un término de seis meses a partir de la promulgación de la norma, tiempo durante el cual los personeros municipales hagan de autoridad de conciencia transitoria; por lo que es necesario que se cree la figura e Objeto de Conciencia, a partir de los principios de pro homine, igualdad y no discriminación; asimismo, sea un procedimiento breve que sólo exija solicitud escrita bajo juramento, indicación del deber jurídico del que pretende exonerarse y del imperativo religioso, moral, filosófico o



político que resulta incompatible con éste. Con apoyo en los principios como la solidaridad e igualdad, se exija el cumplimiento de una obligación alternativa o sustitutiva de la obligación objetada, la cual puede consistir en actividades en centros de enseñanza, hospitales y centros de salud, instituciones de beneficencia, acción social, o de protección ambiental y de emergencia, organizaciones comunitarias locales y establecimientos públicos del orden nacional, las cuales tampoco pueden contrariar las razones expuestas para la objeción del deber principal.

Se propone que se aplique a cambio de la obligación objetada, tomando en cuenta el Artículo 25. Criterio de oportunidad. Del Código Procesal Penal, que indica: “Cuando el Ministerio Público considere que el interés público o la seguridad ciudadana no están gravemente afectados o amenazados, previo consentimiento del agraviado y autorización judicial, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en los casos siguientes:

- 1) Si se tratare de delitos no sancionados con pena de prisión;
- 2) Si se tratare de delitos perseguibles por instancia particular;
- 3) En los delitos de acción pública, cuya pena máxima de prisión no fuere superior a cinco años con excepción de los delitos tipificados en la Ley contra la Narcoactividad.
- 4) Que la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima;

- 5) Que el inculpado haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de un delito culposo y la pena resulte inapropiada;
- 6) El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro. Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente”. Con la diferencia que acá no la aplicarán los jueces sino los Comités de Objeción, por medio del Objeto de conciencia.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La objeción de conciencia es la negativa a acatar órdenes o leyes o a realizar actos o servicios invocando motivos éticos o religiosos. En Guatemala predomina este problema en áreas del Quiché y Totonicapán, en donde la Procuraduría de los Derechos Humanos debe crear Comités de Conciencia, cuyos integrantes sean considerados servidores públicos, con el deber de estudiar y decidir en un término máximo de 30 días las objeciones formuladas y gestionar para que la decisión adoptada sea válida, lo cual será reglamentada en un término de seis meses, tiempo durante el cual el Consejo Comunitario de Desarrollo -COCODE- tome la decisión junto con el Comité de Conciencia, integrado por vecinos de la localidad; por lo que es necesario que se cree la figura de Objeto de Conciencia; asimismo, sea un procedimiento breve el que se aplique al objeto, que sólo exija solicitud escrita bajo juramento, indicación del deber jurídico del que pretende exonerarse e indicar la justificación religiosa, moral, filosófica o cosmogónica que resulta incompatible con el desacato. Se debe tomar en cuenta la solidaridad e igualdad y se determine el cumplimiento de una obligación objetada con una sanción alternativa o sustitutiva; la cual puede consistir en actividades en centros de enseñanza, hospitales y centros de salud, instituciones de beneficencia, acción social o de protección ambiental y de emergencia, organizaciones comunitarias locales y establecimientos públicos del orden nacional. A cambio de la obligación objetada, se debe analizar, con el método comparativo, el Artículo 25. Criterio de oportunidad del Código Procesal Penal; con la diferencia que acá no la aplicarán los jueces sino los Comités de Objeción, se notificará la resolución por medio del Objeto de conciencia; similar a los jueces legos en materia laboral.





BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN, Squella. **¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?** Revista chilena de derecho, Vol. 22 N° 1, 1995.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Luis. **La protección procesal internacional de los derechos humanos.** Madrid, España: Ed. Olmos, 1985. Pág. 285.
- ARAVENA, Andrea. **Derecho consuetudinario y costumbre indígena, la consideración de la costumbre como atenuante o eximente de responsabilidad penal.** Santiago de Chile. 2009.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Tomo II .14ª Ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1979. Pág. 570.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. **Los derechos del hombre**, 3.ª ed. Madrid, España: Ed. Olivar, 1985. Pág. 360.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Resolución N° 12/85**, Caso N° 7615 (Brasil), 5 de marzo de 1985, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984
- Declaración de Quito, **Primer encuentro continental de pueblos indios**, Ecuador, 1990.
- ESPASA-CALPE. **Diccionario jurídico electrónico LEX.** (16/04/2017)
- FALCÓN Y TELLA, María José, **Equidad, derecho y justicia**, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. **Razón práctica y derecho natural.** Valparaíso, Chile, 2012.
- GONZÁLEZ, José. **Objeción de conciencia en Centroamérica.** KEM-MOC, Response to CONCODOC enquiry, November 1997. Jóvenes por la Paz. Guatemala. Bilbao, España: Casa Ed. Bosch, 1996. Pág. 241.



<http://www.indigenas.bioetica.org/bases.htm>> (consulta: 29 octubre 2017)

https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_humanos. (Consulta 10 de octubre de 2017).

MARTÍNEZ COBO, José. **Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.** (s.l.i), (s.E.), (s.e.), (s.f.).

MINUGUA, **Sexto informe del Director de la División de las Naciones Unidas y de Verificación de los Derechos humanos y del Cumplimiento de los Compromisos del Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos.** Guatemala, (s.e.), (s.E.) 1997.

Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala. **Memoria, verdad y esperanza. Versión popular del informe REMHI.** Guatemala. Guatemala, (s.e.), (s.E.), 2000.

PECES-BARBA, Gerardo. **Derechos fundamentales.** Madrid, España: Ed. Overo, (s.e.), 1986.

REYES PRADO, Antonia. **El incumplimiento de los Acuerdos de Paz en Guatemala.** Revista Pueblos, Ed. Cholsamag, domingo 4 de diciembre de 2005.

SIERRA, María Teresa. **Esencialismo y autonomía: paradojas de las reivindicaciones indígenas.** (s.l.i.), (s.e.), (s.E.), (s.f.).

SUÁREZ-RODRÍGUEZ, José. **La determinatio en el proceso de adjudicación. Una visión prudencial del razonamiento jurídico,** en *Dikaion*, Vol. 19. 2010.

TRUYOL y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos.** Madrid, España: Ed. Oikos, 1968. Pág.222. 121



www.un.org/es/universal-declaration-human-rights (Consulta 15 de octubre de 2017).

ZAMUDIO, Teodora. **Derecho de los pueblos indígenas.** (s.l.i.), (s.e.), (s.E.), (s.f).

Legislación:

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

Acuerdos de Paz. Dirección General de Investigaciones de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998. Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 1994.

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral Estocolmo, Suecia, 7 de diciembre de 1996.