

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



**CRISIS DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA**

**VICTOR ALEJANDRO CRUZ LEÓN**

**GUATEMALA, MARZO DE 2021**

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

**CRISIS DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA**



**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**VICTOR ALEJANDRO CRUZ LEÓN**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, marzo de 2021

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

**DECANO:** Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez  
VOCAL I en sustitución del Decano

**VOCAL II:** Lic. Henry Manuel Arriaga Lemus Contreras

**VOCAL III:** Lic. Juan José Bolaños Mejía

**VOCAL IV:** Br. Denis Ernesto Velásquez González

**VOCAL V:** Br. Abidán Carías Palencia

**SECRETARIA:** Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Wilvi Garibaldi Herrera Clara  
Vocal: Licda. Sandra Celeste Guevara Franco  
Secretario: Lic. Jorge Eduardo Ajú Icó

**Segunda:**

Presidente: Licda. Gloria Isabel Lima  
Vocal: Lic. Otto Rene Vicente Revolorio  
Secretario: Lic. Elios Uriel Samayoa López

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



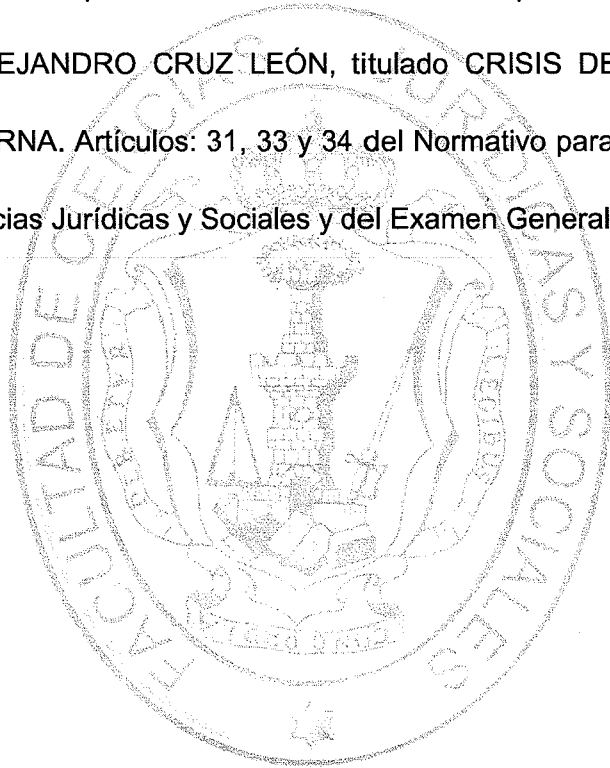
**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala





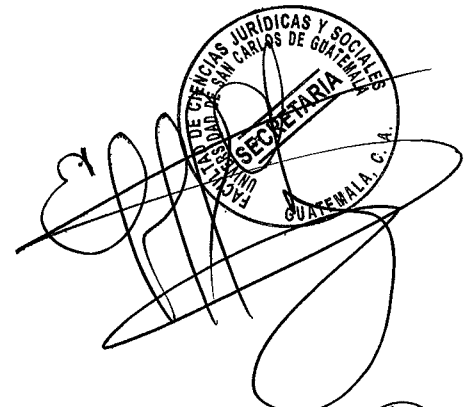

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, tres de marzo de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante VICTOR ALEJANDRO CRUZ LEÓN, titulado CRISIS DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

AJLR/JP.

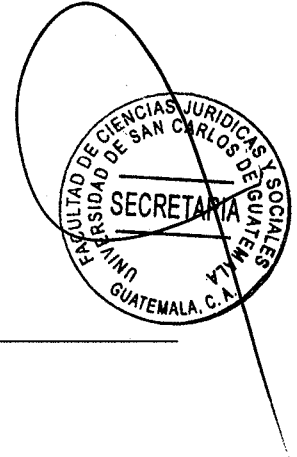




**ELEO ALEXANDER BLANCO CHINCHILLA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
7<sup>a</sup>. Avenida 14-46 zona I  
Tel. 35250193



Guatemala, 15 de octubre de 2019

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



Lic. Orellana Martínez:

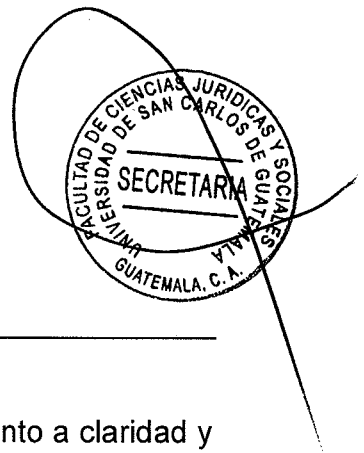
De conformidad con el nombramiento emitido con fecha ocho de octubre del año dos mil diecinueve, en el que se dispone nombrar al suscrito como asesor de Tesis del bachiller Victor Alejandro Cruz León, he procedido a asesorar la tesis intitulada: "**CRISIS DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA**".

Habiendo asesorado el trabajo emito el siguiente dictamen:

- a. El ponente realizó un trabajo diligente durante la investigación y elaboración del trabajo, aceptó las sugerencias durante el desarrollo de la investigación y consultó bibliografía relacionada con el tema y con la problemática planteada.
- b. El contenido del trabajo de tesis llena los requisitos científicos y técnicos propios de una investigación de esta índole.
- c. La técnica utilizada fue la investigación documental, además recurrió a los métodos: inductivo, deductivo sintético y analítico, desarrollando adecuadamente cada uno de los capítulos y comprobando la hipótesis.
- d. En la conclusión discursiva el bachiller manifiesta que la crisis del derecho en una sociedad posmoderna se debe a que el ordenamiento jurídico no responde a las necesidades de todos los sectores del país por lo que plantea la necesidad de evolucionar a través del diálogo, resolviendo la hipótesis planteada.

**ELEO ALEXANDER BLANCO CHINCHILLA**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
7<sup>a</sup>. Avenida 14-46 zona 1  
Tel. 35250193

---



- e. La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión de tal manera que es comprensible al lector.
- f. Declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley con el bachiller Víctor Alejandro Cruz León.

Por lo anterior y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller Víctor Alejandro Cruz León, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

**ELEO ALEXANDER BLANCO CHINCHILLA**  
Asesor de Tesis  
Colegiado No. 11574

*Lic. Eleo Alexander Blanco Chinchilla*  
*Abogado y Notario*



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
 08 de octubre de 2019.

Atentamente pase al (a) Profesional, ELEO ALEXANDER BLANCO CHINCHILLA  
 \_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
VICTOR ALEJANDRO CRUZ LEÓN, con carné 201212040,  
 titulado CRISIS DEL DERECHO EN UNA SOCIEDAD POSMODERNA.

Trabajo 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.



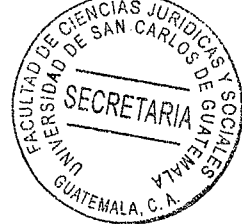
LIC. ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ  
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 08 / 10 / 2019. f) \_\_\_\_\_

Asesor(a)  
 (Firma y Sello)

*Lic. Elio Alexander Blanco Chinchilla*  
 Abogado y Notario





## DEDICATORIA

- A DIOS:** Padre amoroso que me ha otorgado sabiduría y sus bendiciones siempre me han acompañado.
- A MIS ABUELOS:** Victor Enrique León Lau (†) y María Austreberta Lemus Paniagua de León (†) que desde siempre me cuidaron y ahora desde el cielo lo siguen haciendo.
- A MI MADRE:** Mirtala Maritza León Lemus por ser comprensiva, solidaria y sobre todo mi amiga. Tu esfuerzo y sacrificio hicieron posible alcanzar esta meta.
- A MI ESPOSA:** Yoselin Maygred Aranzasu López Flores por todo el amor y apoyo que siempre me brindas. Gracias por compartir conmigo la vida. Te amo.
- A MIS HERMANOS:** Byron y Carlos por ser parte importante en mi vida y ayudarme a forjar mi carácter.
- A MI FAMILIA:** Por ser ese pilar de fortaleza en los momentos difíciles.
- A MIS COMPAÑEROS:** Daniel, Odi, Alex y Luis por todos los momentos compartidos a lo largo de los años de estudio. Las historias y anécdotas las recordaré con mucho cariño.
- A:** La gloriosa tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.





## **PRESENTACIÓN**

El trabajo de tesis se realizó utilizando una metodología cualitativa analizando la necesidad de evolución del derecho para adaptarse de una mejor manera a la realidad cambiante de la sociedad.

La investigación realizada pertenece a la rama cognitiva de la filosofía del derecho y fue desarrollada durante los meses de junio a diciembre del año 2017 en la facultad de derecho de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

El objeto de estudio de esta investigación es el derecho guatemalteco y su necesidad de evolucionar, a fin evitar el relativismo jurídico. En tanto al sujeto lo constituye la sociedad guatemalteca en el contexto de la posmodernidad.

El aporte académico radica en demostrar la falta de capacidad del Estado para la observancia del derecho en todo el territorio nacional, una crisis que afronta actualmente el derecho guatemalteco. Demostrar la necesidad de inclusión de otros sistemas jurídicos en igualdad de condiciones al sistema positivo vigente y generar doctrina que promueva la inclusión de un sistema que se adapta a las necesidades de todos los sectores de la sociedad respetando su propia cultura y sus valores, conservados durante generaciones a través de la costumbre.

## HIPÓTESIS



El derecho debe responder a los cambios sociales para evitar un relativismo jurídico que provoque un sistemático irrespeto a la ley y a sus autoridades. La posmodernidad en la sociedad guatemalteca es determinante para la crisis que afronta el derecho en la actualidad.

## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Para la comprobación de la hipótesis en la investigación se han utilizado los métodos: inductivo, deductivo, sintético y analítico; a través del método inductivo se analizaron elementos particulares que surgieron durante la investigación así como sus efectos y consecuencias. El método deductivo brindó una visión de la generalidad del problema y como afecta a comunidades específicas; con el método analítico se estudiaron y comprobaron problemáticas partiendo de las causas y por último el método sintético se utilizó para extraer los aspectos más relevantes de la investigación realizada.

La técnica de investigación utilizada fue la investigación documental, la cual permitió recolectar datos a través de la consulta de diversas fuentes bibliográficas disponibles de los trabajos de especialistas en la materia que han dejado antecedentes de los elementos analizados. Proporcionó conocimiento de investigaciones ya existentes: teorías, doctrinas, principios, instrumentos y resultados acerca del tema investigado.

La hipótesis fue comprobada estableciendo que el derecho al no ser respetado por la totalidad de la sociedad entra en una crisis, es necesario plantear una solución más incluyente que se adapte a las necesidades y los valores de la sociedad, en su totalidad. A lo largo de los años el derecho ha evolucionado y en la actualidad el reto es evolucionar una vez más, esta vez para legislar el comportamiento de las personas con diferentes ideales y culturas, con diferentes paradigmas que deben convivir dentro del mismo territorio. Si el derecho no evoluciona deberá enfrentar el relativismo jurídico que mantendrá un sistema de leyes vigentes mas no positivas que terminarán por debilitar el ordenamiento jurídico del Estado.



## ÍNDICE

**Pág.**

Introducción .....	i
--------------------	---

### CAPÍTULO I

1. El derecho .....	1
1.1. Fines del derecho .....	5
1.2. Evolución del derecho a través de la historia .....	7
1.3. Pluralismo jurídico .....	11

### CAPÍTULO II

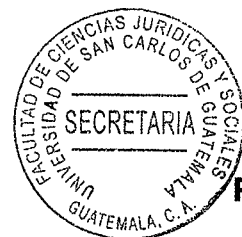
2. El derecho consuetudinario .....	19
2.1. El derecho consuetudinario en legislaciones extranjeras .....	22
2.2. El derecho consuetudinario guatemalteco .....	26
2.3. Características del derecho consuetudinario guatemalteco .....	29

### CAPÍTULO III

3. La posmodernidad .....	35
3.1. Características de la posmodernidad .....	39
3.2. El relativismo .....	41
3.3. La sociedad en la posmodernidad .....	44

### CAPÍTULO IV

4. La crisis del derecho en una sociedad posmoderna .....	47
---	----



**Pág.**

4.1. La crisis del Estado .....	47
4.2. La inclusión como respuesta ante la discriminación .....	50
4.3. El relativismo jurídico .....	52
4.4. La necesidad de evolucionar a través del diálogo .....	55
4.5. Consideraciones finales .....	65
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA .....</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>69</b>



## INTRODUCCIÓN

Es preciso que el derecho guatemalteco evolucione y sea más inclusivo. El derecho debe complementarse con la cultura, identidad, costumbres y tradiciones propias de cada pueblo que forma parte de la sociedad, a fin de que responda a las exigencias de la realidad y no termine por ser un derecho vigente mas no positivo.

El objetivo general del trabajo de tesis fue demostrar que la crisis del derecho en una sociedad posmoderna resulta por la falta de capacidad del Estado para la observancia del derecho en todo el territorio nacional y provocará un relativismo jurídico, a través de un estudio jurídico filosófico, a fin de plantear la necesidad de la evolución del derecho para responder a las necesidades propias de la sociedad guatemalteca.

En el capítulo primero se desarrollan definiciones de derecho de juristas destacados, así como los fines que persigue, además esboza la evolución del derecho a través de la historia y de cómo se desarrolla a través del pluralismo jurídico; en el capítulo segundo, se brinda un acercamiento a definiciones y características del derecho consuetudinario, tanto en Guatemala como en algunos países de Latinoamérica; en el capítulo tercero, se plantean definiciones de algunos filósofos acerca de la posmodernidad y sus elementos, así como conceptos indispensables para sustentar la necesidad de la evolución del derecho; en el último capítulo, se plantea un análisis sobre la crisis del derecho en una sociedad posmoderna y el relativismo jurídico, así como las consecuencias del estancamiento del derecho.



Los métodos de investigación utilizados son: inductivo, deductivo, analítico y sintético.

La técnica de investigación utilizada para recabar datos fue la investigación documental.

Al realizar esta investigación se considera la importancia de establecer un diálogo que procure un sistema jurídico que responda a las necesidades cambiantes de la sociedad, con el fin de crear un derecho que sea inclusivo y que respete en igualdad de condiciones a los diferentes sistemas jurídicos existentes en Guatemala.



## CAPÍTULO I

### 1. El derecho

El derecho es el conjunto de principios, doctrinas, instituciones, teorías y normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas en la sociedad. En Guatemala la sociedad se compone por diferentes pueblos, cada uno con su propia cultura y por ende sus propias costumbres. Ante esta diversidad el derecho guatemalteco tiene un gran reto, pues no puede aspirar a hacer valer un único modelo jurídico estático y pretender que estas regulaciones, que son aceptables para un determinado grupo, sean impuestas a todos los integrantes de la sociedad.

En el Estado de Guatemala se pueden encontrar diferentes pueblos con sus propias costumbres. El sistema de derecho guatemalteco está basado en un sistema latino, cuya fuente se encuentra en los sistemas jurídicos europeos, que no siempre refleja las diversas realidades que se viven en todo el territorio nacional. En algunas comunidades del país concurren diferentes situaciones que son resueltas de acuerdo al derecho consuetudinario y no basándose en el derecho positivo vigente.

En este sentido el Estado se encuentra ante una problemática, hacer valer el derecho en todo el territorio nacional, pero sin violentar los derechos de los pueblos que componen el Estado. La falta de capacidad del Estado para la observancia del derecho





en todo el territorio nacional genera un relativismo jurídico en el que el derecho **no se** aplica a todos los sectores del país.

El derecho debe adaptarse para responder a las necesidades: sociales, económicas, políticas, culturales, etc. de la realidad en continuo cambio. En la actualidad, haciendo un recorrido en retrospectiva por la historia, cambios sociales y avances tecnológicos se puede decir que el derecho ha evolucionado adaptándose cada vez a las necesidades y a los avances sociales. En la actualidad se evidencia que el derecho guatemalteco debe evolucionar nuevamente y adaptarse al contexto actual en Guatemala.

El derecho, de acuerdo a lo definido con anterioridad, es el conjunto de principios, doctrinas, instituciones, teorías y normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas. En un sentido amplio se puede afirmar que el derecho regula las relaciones sociales. Sin embargo, definir con exactitud derecho es una tarea difícil debido a la amplitud que el término engloba y los distintos usos que pueden darse a la palabra derecho dependiendo del contexto en que sea usada. "Definir qué es derecho, es sin duda alguna una tarea esencial de la filosofía jurídica. Sin embargo, hasta la fecha los juristas han sido incapaces de dar una definición final y única del derecho"<sup>1</sup>.

Virgilio Ruiz en su obra *Filosofía de derecho*, sostiene que pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por

---

<sup>1</sup> Flores Mendoza, Imer. *La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R16896.pdf> (Consultado: 22 de mayo de 2018)



pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas, como la pregunta ¿qué es el derecho?

Esta incertidumbre al momento de definir derecho se debe a que el derecho es tan complejo y tan amplio que es sumamente difícil sintetizar una definición aceptada por todos y que tenga validez general en todos los contextos. El autor sostiene además que en la ciencia jurídica moderna el sentido dominante de lo que es derecho es un sentido normativista. El derecho es visto como norma. Sin embargo, esta definición no engloba la totalidad del ser del derecho, pues el derecho no es únicamente un conjunto de normas, no es solo legislación.

"El derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía el derecho limita el poder de los individuos particulares y por otro lado para evitar el despotismo frena el poder del gobierno"<sup>2</sup>.

Esta afirmación sugiere que el derecho es una ciencia en continuo cambio, pues debe mediar las relaciones de poder entre las personas y entre estas y los gobiernos. El cambio es una característica inherente del derecho desde sus orígenes e implica un continuo proceso de adaptación para responder a las necesidades coyunturales.

---

<sup>2</sup> Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág.14



Según los autores Julián Pérez y María Merino la palabra derecho proviene del término latino *directum*, que significa lo que está conforme a la regla. Para ellos "El derecho se inspira en postulados de justicia y constituye el orden normativo e institucional que regula la conducta humana en sociedad"<sup>3</sup>. Esta definición sostiene que el fin del derecho es regular la conducta humana en la sociedad, pero que pasa si la sociedad cambia y permite comportamientos que antes no aceptaba.

En este sentido se puede afirmar que el derecho en su esencia es evolutivo. El derecho debe evolucionar a la par de la sociedad. La base del derecho son las relaciones sociales, las cuales determinan su contenido y carácter. Dicho de otra forma, el derecho es un conjunto de normas que permiten resolver y prevenir los conflictos en el seno de una sociedad.

Parafraseando la obra de José Vera, Hans Kelsen una visión moderna de la teoría pura del derecho, se puede afirmar que el derecho es un orden, una forma de estructurar la conducta humana. Un orden entendido como un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice una norma. Es un conjunto de normas que tiene el tipo de unidad a que se refiere cuando se habla de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si se limita la atención a una sola norma aislada, ya que toda norma debe considerarse en conjunto con las otras normas que componen el ordenamiento jurídico, deben ser contempladas como una sola estructura.

---

<sup>3</sup> Pérez Porto, Julián; Merino, María. **Definición de derecho**. <https://definicion.de/derecho> (Consultado: 15 febrero de 2018)



## 1.1. Fines del derecho

Desde la antigüedad se ha cuestionado cuál es el fin del derecho y ha sido una discusión que debido a su amplitud sigue aún sin poderse dar una sola respuesta y pretender que todo está dicho sobre el tema.

Para Platón "La ley es simplemente un juicio sobre la maldad o bondad de las acciones elevado a dogma público de la ciudad. Consecuentemente las leyes tienen una función eminentemente educativa, directiva y formativa, sin embargo, el derecho persigue un fin principal: alcanzar la virtud suprema y total de los hombres"<sup>4</sup>.

El derecho auténtico es aquel que se basa en las leyes que tienden al bien común de toda la república, pues aquellas que benefician únicamente a unos cuantos, son propias de facciones y no de gobiernos. En este sentido se puede afirmar que el derecho persigue consolidar, a veces utilizando el recurso coercitivo, la práctica de los valores que permitan el desarrollo de la sociedad y que se convierten en costumbres aceptadas por todos.

Es necesario agregar que la finalidad del derecho es dirigir, con reglas claras el comportamiento de todos los individuos en la sociedad, no puede pretenderse establecer leyes fijas, pues la realidad es cambiante, por tal razón para poder cumplir su finalidad el derecho debe adecuarse a las condiciones de la sociedad que pretende

---

<sup>4</sup> Universidad de Murcia. **Funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista.** Pag. 306



legislar. Por tal razón se puede afirmar que una de las características del derecho es la adaptación del mismo a los valores y prácticas sociales que se suscitan en la realidad social que regula.

García Máynez citado por Silvia Lugo, en su obra Origen y evolución del derecho, sostiene que el derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.

Como orden debe entenderse la necesidad de establecer los parámetros de una sana convivencia social sin la cual no podría darse el desarrollo actual. Es necesario para el cumplimiento de los fines del derecho que se establezcan con claridad las regulaciones sociales a las que cada individuo debe apegarse y obedecer, caso contrario se debe contar con las instituciones de carácter coercitivo y punitivo que mantengan y restablezcan el orden social.

Ante esta afirmación, se deduce que el fin del derecho es mantener las conductas de los particulares reguladas dentro de los límites aceptados por el Estado, límites que surgen a través del contrato social que se establece entre los particulares y el Estado.

El derecho tiene como fin permitir al hombre refrenar sus propios fines y buscar valores que favorezcan a la comunidad. De hecho, la sociedad es posible, como se



mencionó anteriormente, debido al contrato social de respetar las leyes. Estas leyes son las que favorecen la convivencia pacífica y consolidan las estructuras sociales que han hecho posible que la civilización se desarrolle. El fin del derecho desde las comunidades primitivas ha sido garantizar las relaciones sociales entre las personas. En la antigüedad se pretendía conservar la paz entre los miembros de las familias y entre estas y los diferentes clanes.

"La esencia del derecho radica en la necesidad de proteger la propiedad privada, el Estado y las clases sociales, asegurar la continuidad del grupo social en cuanto beneficia los intereses de la clase dominante y rectora, es un derecho obligatorio y coercitivo: las relaciones jurídicas son relaciones de subordinación de una clase social sobre otra y el establecimiento del derecho garantiza el respeto a estas jerarquías"<sup>5</sup>. Sin embargo, en la actualidad el fin del derecho es evitar la anarquía en la que el fuerte vence al débil, es establecer los parámetros igualitarios para todos los miembros de la sociedad y mantener la paz.

## **1.2. Evolución del derecho a través de la historia**

"La teoría del desarrollo histórico del derecho, concibe al derecho como un fenómeno social supra estructural, ligado a la propiedad privada, al Estado, a la división de la sociedad en clases y a la lucha de éstas. El derecho es parte de la supra estructura

---

<sup>5</sup> Rivera Clavería, Carlos Enrique. **Introducción al desarrollo histórico del derecho en Guatemala.** Pág. 89



ideológica de la sociedad, se encuentra en correspondencia a la estructura económica y es producto e instrumento de la clase dominante"<sup>6</sup>.

En este sentido se puede afirmar que el derecho comienza como una serie de normas de observancia obligatoria, no escrita, que se transmite de generación a generación, en un primer momento, de forma oral y se oficializa por la costumbre. "La teoría del desarrollo histórico del derecho, estudia las leyes del origen, evolución, revolución, desarrollo y funcionamiento del derecho como un proceso histórico-social progresivo que evolucionó de lo inferior a lo superior o de lo simple a lo complejo"<sup>7</sup>.

El derecho ha tenido diferentes etapas, en las que junto a las sociedades primitivas ha cambiado, con el fin de adaptarse mejor a las necesidades que le plantea la realidad, sin embargo, el derecho es producto e instrumento de la clase dominante, clase que ostenta el poder político en la sociedad y crea el derecho con el propósito de servirse de él, mediante la fuerza que engendra y desarrolla, para mantener el *status quo*. La naturaleza del derecho es corresponder a la estructura económica y a los intereses de la clase dominante.

El derecho comienza como se mencionó con anterioridad con la costumbre aceptada por el grupo y que se convertía en normativa de cumplimiento obligatorio, comenzando por la familia o núcleo familiar, que luego tendría impacto en la comunidad entera. Posteriormente las normas consuetudinarias comunitarias beneficiaban a un grupo de

---

<sup>6</sup> *Ibíd.* Pág. 20

<sup>7</sup> *Ibíd.* Pág. 83



familias que se unían para sobrevivir mejor a los retos constantes que le planteaba el contexto en que habitaban.

Luego de las normas consuetudinarias de las comunidades primitivas compuestas por clanes sobrevino el derecho consuetudinario esclavista que posteriormente pasó de la oralidad a la escritura. "La evidencia de las normas escritas puede encontrarse en los diez mandamientos, normas jurídicas que además de tener un fundamento divino, tenían un fundamento social"<sup>8</sup>.

Al terminar el periodo esclavista y comenzar el feudalismo en Europa, se comenzó con el registro de las normas jurídicas que creaba el legislador feudal. Los señores feudales garantizaban su permanencia en el poder a través del cumplimiento de normas jurídicas que favorecían sus posiciones y que legitimaban su rol de líderes dentro de las comunidades de la edad media.

Las normas jurídicas creadas en el feudalismo fueron cuestionadas con el auge del capitalismo, movimiento que fue ganando poder a través del tiempo y que luego sería el parámetro para crear un nuevo modelo de legislación en el que se protegía la propiedad privada como un bien fundamental del ser humano. Esta corriente de pensamiento se encuentra presente en la mayoría de legislaciones actuales.

---

<sup>8</sup> *Ibid.* Pág. 85





A medida que se va desarrollando la sociedad, el derecho como instrumento normativo regulador, va quedando en cierta forma desactualizado. "El desarrollo social es permanente y a raíz del mismo van surgiendo nuevas situaciones o relaciones jurídicas. Estos cambios requieren nuevas formas de regulación y de solución de conflictos que el derecho como supuestos normativos no tuvo previsión inicialmente"<sup>9</sup>. La realidad rebasa el derecho por lo que éste debe permanecer en continua evolución.

La evolución constante que debe tener el derecho se puede decir que es parte fundamental de su esencia. A lo largo de la historia se puede apreciar cómo ha evolucionado, pasando por la regulación de comportamientos en las sociedades primitivas, hasta la época dorada del derecho romano; el derecho ejercido en las sociedades medievales hasta el derecho moderno. En la actualidad el derecho afronta un nuevo desafío, el desafío de la posmodernidad.

"Todos los sistemas jurídicos evolucionan, cambian y se desarrollan como cualquier ser. El término evolución se emplea para describir el proceso de perfeccionamiento del orden jurídico, social y económico, lo cual tampoco sucede necesariamente de forma ininterrumpida, pues existen avances y retrocesos según los factores benéficos o nefastos que actúen en la comunidad"<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Rosas Torres, Damián. **Derecho y sociedad: Dimensión valorativa.** <http://www.ilustrados.com/tema/9507/Derecho-Sociedad-Dimension-valorativa.html> (Consultado: 20 de febrero de 2018)

<sup>10</sup> Sajbochol Gómez, Santos. **El pluralismo jurídico en Guatemala.** Pág. 5



Los elementos tradicionales que perduran a lo largo de los años, sin evolucionar, como instituciones pétreas que resisten el embate de la historia, terminan por caer en el desuso y protegiendo sistemas que dejan de responder a las necesidades para las que fueron creadas.

El derecho debe evolucionar y esta evolución muchas veces puede significar volver la mirada a las discusiones primigenias sobre lo que realmente es más conveniente para el pueblo en general.

### **1.3. Pluralismo jurídico**

El pluralismo jurídico como concepto se originó hacia la década de 1930. Su principal y original cuestionamiento se dirigió contra el exclusivismo estatal en la producción jurídica, así como contra la centralidad estatal en la ordenación normativa de la vida social. No es una teoría o corriente homogénea, sino que está conformada por un conjunto de propuestas teóricas de alcances y contenidos diversos. "El núcleo común que todas ellas comparten es el cuestionamiento de la centralidad y el monopolio estatal en la formación socio-jurídica moderna"<sup>11</sup>.

En este sentido el pluralismo como concepto nace con la finalidad de cuestionar al Estado como único ente capaz de producir leyes, pues en la realidad cada comunidad

---

<sup>11</sup> López López, E. Liliana. **El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho.** Pág 37.



tiene sus propias normas, que si bien es cierto no están codificadas, ni cuidan la forma jurídica, son tan aplicables, incluso más, que la normativa positiva vigente.

El paradigma del pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que guía las investigaciones jurídicas bajo la denuncia central de la falsedad del monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del Estado, y que, sin tomar a ninguna sociedad en particular como modelo general busca captar en su análisis el amplio espectro del fenómeno jurídico en sus múltiples expresiones contemporáneas.

“El pluralismo jurídico guatemalteco se compone por dos sistemas jurídicos totalmente distintos”<sup>12</sup>. Por un lado, el sistema jurídico positivo y el sistema consuetudinario, Por tal motivo es necesario comenzar el diálogo entre los dos sistemas a fin de promover la integralidad del sistema jurídico guatemalteco. Esta integralidad debe darse sin suponer una jerarquía, ni subordinación, sino una cohesión entre ambos sistemas la cual suscitará la inclusión de todos los sectores de la sociedad. En este sentido debe tomarse en cuenta las características elementales de cada uno de los sistemas a fin de que exista el respeto recíproco entre ellos.

Lilia Mendoza Cruz citada en la obra, El pluralismo jurídico en Guatemala, de Santos Sajbochol Gómez sostiene que el derecho indígena es una fuerza cohesiva importante en los pueblos y comunidades indígenas; representa uno de los elementos centrales de la identidad étnica y un vector crucial para la reproducción de los intereses

---

<sup>12</sup> Sajbochol, S. **Op. Cit.** Pág. 14



colectivos. Así como el derecho positivo nacional organiza al Estado dentro del concepto de soberanía, el derecho indígena se articula para garantizar la existencia y reproducción del pueblo indígena, y su sentido de conjunto es la cohesión y reproducción colectiva.

Los sistemas legales informales en Latinoamérica se han desarrollado y han persistido dentro del vacío de protección legal y el dominio de la ley del Estado. "En América Latina han existido por siglos segmentos de la geografía y sociedad latinoamericana fuera del alcance de la ley, y solamente se ha hecho un esfuerzo por atender este problema con recursos adecuados recientemente. Los sistemas legales informales están quizá entre las instituciones sociales más necesarias y constructivas en la región, dada la extrema debilidad de las instituciones formales del Estado a las cuales reemplazan o complementan"<sup>13</sup>.

Los sistemas jurídicos de carácter consuetudinario muchas veces suplen las carencias que el derecho estatal a menudo no regula eficientemente ya que éste toma en cuenta todos los elementos constitutivos propios de las comunidades, además son normas de observancia obligatoria que se han practicado de generación en generación desde antes de la creación de los Estados latinoamericanos modernos.

"En áreas o regiones remotas donde el control del Estado es débil, los pueblos indígenas tienen un margen más amplio para la autorregulación; mientras en áreas

---

<sup>13</sup> Van Cott, Donna. **Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en américa latina**. Pág. 209



más cercanas a los centros de control, los casos serios tienden a ser remitidos más frecuentemente a jueces y autoridades estatales. Las autoridades indígenas han aprendido a limitar sus funciones con el propósito de evitar la represión de autoridades estatales"<sup>14</sup>.

En este sentido se puede afirmar que los sistemas legales indígenas han sobrevivido principalmente por dos razones: La primera es porque ayudan a perpetuar y defender la autonomía de las culturas indígenas frente a las incursiones de la sociedad no indígena y la segunda porque los sistemas legales del Estado o no son eficientes, o no son accesibles, o no son apropiados para su cultura.

En otras palabras, el pluralismo jurídico se da por la misma necesidad de las comunidades de mantener el orden local, sus orígenes y su resistencia al intervencionismo del Estado, así como por la facilidad de solucionar sus propios conflictos de manera más eficiente y adecuada respecto a sus propios valores culturales.

En la realidad coexisten diferentes sistemas jurídicos que regulan las relaciones de las comunidades. Estos sistemas particulares han sobrevivido a la sombra del sistema jurídico estatal debido a que regula las situaciones particulares que muchas veces están fuera del sistema jurídico vigente porque este nace a la vida jurídica con la

---

<sup>14</sup> **Ibíd.** Pág. 211



intención de regular los comportamientos de una población en general y se perdería en un universo de particularidades que en la realidad se suscitan.

En Guatemala, aunque no se reconozca el derecho consuetudinario en igualdad de condiciones que el derecho vigente, se practica en algunas de las comunidades alejadas de los centros de poder, sobre todo comunidades indígenas, constituidas desde tiempos anteriores a la colonización, incluso desde antes de la creación del Estado moderno. El reconocimiento del derecho consuetudinario, por parte del Estado, en igualdad de condiciones al derecho vigente, le daría legitimidad al sistema jurídico pues, lejos de debilitarse, favorecería la inclusión de sectores olvidados e históricamente acallados.

En el Acuerdo 1-98, Creación de Juzgados Comunitarios, de la Corte Suprema de Justicia crea en Guatemala los juzgados de paz comunitarios indígenas instituidos con el fin de brindar a la población órganos jurisdiccionales con competencia en donde no hubiere juzgados de paz.

Las personas prefieren muchas veces recurrir a los sistemas jurídicos de carácter consuetudinario ya que este resuelve más eficazmente las situaciones presentadas en la comunidad pues toma en cuenta todos los elementos constitutivos propios de las comunidades, además son normas de observancia obligatoria que se han practicado de generación en generación desde antes de la creación de los Estados latinoamericanos modernos.



El licenciado Josué Baquix manifiesta que los Juzgados de Paz Comunitarios se implementaron en 5 municipios en donde no existían juzgados de paz, su competencia territorial se limitó al municipio, y después de un proceso de selección, la comisión designada por la Corte Suprema de Justicia eligió a los municipios en los que se implementarían, siendo éstos San Andrés Semetabaj, Sololá; San Luis, Petén; Santa María Chiquimula, Totonicapán; San Miguel Ixtahuacán, San Marcos; y San Rafael Petzal, Huehuetenango.

De conformidad con el Código Procesal Penal, los Juzgados se integran por 3 personas que al ser nombradas por la Corte Suprema de Justicia previa consulta con las autoridades representativas de la comunidad, adquieren la calidad y prerrogativas de un Juez de Paz.

Josué Baquix sostiene en su obra, Los Juzgados de Paz Comunitarios y su incidencia en el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, que las resoluciones se deben tomar previa deliberación por mayoría, tomando como base los usos y costumbres de la comunidad, la equidad y los principios generales del derecho, siempre y cuando sea posible y no se vulnere la Constitución Política de la República de Guatemala, ni las leyes del país, sujetándose a los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción.

Legalmente la creación de los Juzgados de Paz Comunitarios, guarda relación con la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que ambos cuerpos



legales tienen un fundamento filosófico que parte del monolingüismo jurídico desde una perspectiva de asimilación.

El derecho indígena si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos del derecho. Las estructuras y el procedimiento en que se fincan los sistemas de derecho indígena, se sustentan como una normalización *ad hoc* a la racionalidad indígena por cuanto que es eficaz en su aplicación al ajustarse a los patrones culturales de cada etnia.

Las nuevas definiciones del derecho positivo deberán advertir la necesidad del reconocimiento de los derechos indígenas, así como de sus órganos aplicadores de dichos sistemas de derechos.

El pluralismo jurídico en Guatemala es evidente y ha sido una realidad desde hace muchos años. Existen comunidades que resuelven sus disputas sociales a través de sistemas consuetudinarios que se vienen practicando desde hace muchas generaciones. La Constitución Política de la República defiende y protege este pluralismo, sin embargo, en la práctica la dificultad para hacer coexistir ambos sistemas, el consuetudinario y el positivo, no ha permitido la integración de ambos para el beneficio e integración de toda la sociedad guatemalteca.







## CAPÍTULO II

### 2. El derecho consuetudinario

Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales define el derecho consuetudinario como aquel que surge y persiste por obra de la costumbre con trascendencia jurídica. Es importante destacar la riqueza de la afirmación **persiste por obra de la costumbre con trascendencia jurídica**, en este sentido el jurista reconoce la existencia del derecho consuetudinario junto al derecho positivo. No se puede apartar el derecho a la cotidianidad que se practica en las diferentes comunidades, cada día está regido por las costumbres que se vienen repitiendo desde hace muchos años.

"El derecho consuetudinario es el ordenamiento jurídico que nace espontáneamente en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por tener un grado de eficacia mayor que el del derecho positivo"<sup>15</sup>. Se trata pues de un derecho social por excelencia. Por consiguiente, se puede definir el derecho consuetudinario indígena como el conjunto de normas que regulan las relaciones sociales en las comunidades indígenas basadas en las costumbres jurídicas.

El derecho consuetudinario indígena es el conjunto de normas jurídicas que se caracterizan por su carácter oral, cuyos orígenes se acuerdan por la mayoría de los

---

<sup>15</sup> Pérez García, Carlos Enrique. **El derecho consuetudinario indígena en el área Ch'orti', del municipio de Jocotán, del departamento de Chiquimula.** Pág. 25.



integrantes de la comunidad que se han impuesto en la historia por el uso popular y que regulan la conducta de las personas en las comunidades indígenas. Estas normas son aceptadas, respetadas, practicadas y cumplidas por todos sus miembros.

"No existe un acuerdo en cuanto a la definición de derecho consuetudinario, de si se trata o no de un derecho autónomo, distinto del derecho nacional; constituye o no un derecho compacto, coherente de normas, derechos y obligaciones y formas de sancionar, puede considerarse o no como sistema jurídico"<sup>16</sup>.

La validación del sistema jurídico consuetudinario se encuentra inmersa en la legislación guatemalteca específicamente en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 66: Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

En este sentido el Estado contempla dentro de sus mismos fundamentos la importancia de respetar las costumbres de los pueblos indígenas, que en la actualidad no se toman en cuenta dentro del sistema jurídico guatemalteco. Es de vital importancia para el Estado y para el sistema jurídico, incluir al derecho consuetudinario como parte del derecho positivo.

---

<sup>16</sup> Sierra, María Teresa. **Usos y desusos del derecho consuetudinario indígena**. Pág. 17.



El derecho consuetudinario debe entenderse como "Un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado"<sup>17</sup>. Esta definición puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, en diversos países europeos, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal.

Subyacente a esta concepción se encuentra un sesgo evolucionista: el derecho consuetudinario se transforma en derecho positivo o bien es absorbido por el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho. Sin embargo, en algunos Estados conquistados no se toma en cuenta el derecho consuetudinario, pues se percibe como una falta de legitimidad del derecho impuesto ya que algunas veces las costumbres, propias de los pueblos conquistados, no se acoplan al sistema jurídico impuesto por los conquistadores.

Rachel Sieder, citada por Donna Van Cott en la obra Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina, considera que el derecho consuetudinario es una serie de conceptos, creencias y normas no codificados, dentro de una comunidad dada, que definen acciones prejudiciales o crímenes; la selección de autoridades y los procesos por los cuales éstas deben ser resultas y las sanciones o resoluciones decididas y aplicadas por la comunidad, para beneficio de la propia comunidad.

---

<sup>17</sup> Stavenhagen, Rodolfo. **Derecho consuetudinario indígena en América Latina**. Grandes temas de la antropología jurídica. Pág. 16.



## **2.1. El derecho consuetudinario en legislaciones extranjeras**

Existen diferentes razones por las que es necesario e importante el estudio del derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario es considerado generalmente como "Una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para el mejor conocimiento de las culturas indígenas del continente"<sup>18</sup>.

En este sentido el autor expresa la unión inseparable entre la costumbre entendida como la normativa que rige y mantiene la estructura social y la cultura de los pueblos. Además, el derecho consuetudinario junto con el lenguaje, constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad, tomando en cuenta que los pueblos, muchas veces, se distinguen unos de otros por sus costumbres.

Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. En América Latina, los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio, es decir, que ha logrado mantenerse vigente en la legislación del Estado.

Por otro lado, la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición de ellos en el conjunto

---

<sup>18</sup> **Ibíd.** Pág. 15



de la sociedad nacional. En este sentido el derecho consuetudinario juega un papel fundamental en la inclusión de los pueblos indígenas en el Estado, pues repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o, por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos, incluyendo los llamados derechos étnicos o culturales.

Los Estados nacionales prevén la aplicación de las leyes nacionales (en algunos casos, leyes específicas de corte indigenista) a las comunidades. Sin embargo, en algunos textos legales se hace referencia a las costumbres y los valores de los pueblos indígenas, que deben ser promovidos o protegidos por los gobiernos. Estas vagas referencias pueden interpretarse de distintas maneras, pero generalmente no son consideradas como un reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario.

La Constitución de Nicaragua de 1986 regula en el Artículo 11 que: El español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley. En este sentido se reconoce el uso de su propio lenguaje a las comunidades indígenas que habitan la costa atlántica, aunque con las limitaciones que la misma ley regula.

El mismo cuerpo legal en el Artículo 89 regula que: Las comunidades de la Costa Atlántica (que se entiende son indígenas miskito, sumo y rama) tienen el derecho de [...] dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones [...]. El Estado reconoce las organizaciones



comunitarias que puedan salir de los pueblos indígenas, otorgándoles la autoridad de resolver sus asuntos de acuerdo a sus tradiciones, es decir, de acuerdo al derecho consuetudinario.

El Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua en el Artículo 11 reitera que: Los habitantes de las comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a desarrollar libremente sus organizaciones sociales y productivas conforme a sus propios valores. La importancia de esta legislación radica en que se legitima a un nivel jurídico superior las organizaciones sociales que surgen de las propias comunidades indígenas, dotándolas de reconocimiento tanto social, como jurídico.

En materia de derecho penal, numerosas legislaciones dan tratamiento especial a los indígenas, pero sólo algunas se refieren concretamente al derecho consuetudinario. El Estatuto de Comunidades Indígenas de Paraguay contempla en el Artículo 5: Las comunidades indígenas podrán aplicar para regular su convivencia, sus normas consuetudinarias en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público.

Cuando se compara al derecho positivo con el derecho consuetudinario, se tiene por una parte que la ciencia jurídica acepta que la costumbre es una fuente del derecho. Por otra parte, lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una comunidad. La diferencia fundamental entre ambos sistemas jurídicos es que el derecho positivo,



emana de una autoridad política constituida y su aplicación está en manos de esta autoridad, mientras que el derecho consuetudinario emana de la misma sociedad y son sus miembros quienes lo regulan y aplican.

El derecho positivo está vinculado necesariamente al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que, muchas veces, operan sin referencia al Estado como puede observarse en muchos países de Latinoamérica.

A mediados del Siglo XX algunos Estados reconocieron aspectos de la autorregulación indígena usualmente llamados usos y costumbres o derecho consuetudinario para ciertos propósitos definidos, siempre que no entraran en conflicto con la ley estatal vigente. Por ejemplo, “El Estado peruano permitió cierta administración comunitaria de conflictos de tierras durante la reforma agraria de los 60s”<sup>19</sup>. Además, continúa afirmando que La Ley de Comunas de 1937 en Ecuador tuvo la intención de regular a las comunidades campesinas y sus derechos y responsabilidades legales, proveídas por el ejercicio de la resolución de disputas internas.

Van Cott basándose en la obra *The Constitutional Recognition of indigenous law in Andean Countries* de Raquel Yrigoyen concluye que las autoridades de la Comuna, siguieron realizando funciones derivadas de las tradiciones culturales indígenas, como también aquellas asignadas por el Estado ecuatoriano. En algunas áreas serranas de Latinoamérica, comenzando en la década de los años 60, los sistemas de autoridad

---

<sup>19</sup> Van Cott, **Op. Cit.** Pág. 210.





indígena fueron remplazados por o subordinados a uniones campesinas. Sin embargo, en la actualidad, muchos sistemas de autoridad indígena han sido revividos.

La aceptación del derecho consuetudinario es una realidad y un deber de los Estados para integrar y salvaguardar los derechos y las costumbres de los pueblos indígenas, que lejos de ser un riesgo para el orden jurídico, son una fuente de conocimiento que puede aportar una serie de elementos al ordenamiento jurídico que provienen de la realidad misma que viven los ciudadanos cotidianamente, una realidad que está en continuo cambio y movimiento.

## **2.2. El derecho consuetudinario guatemalteco**

"La costumbre inveterada o jurídica es la práctica largamente repetida que es jurídicamente vinculante, o sea que se convierte en precepto o regla no escrita de observancia y aplicación coercitiva"<sup>20</sup>. En la realidad la costumbre es un aspecto relevante que se deriva de la cultura y que afecta profundamente el ser y que hacer de los individuos, en este sentido, no puede separarse la costumbre de la cotidianidad de los pueblos, de sus preceptos y reglas que se convierten, para la comunidad, de observancia obligatoria y aplicación coercitiva.

---

<sup>20</sup> Fuentes Destarac, Mario. **Derecho consuetudinario. La costumbre debe ser probada.** <https://elperiodico.com.gt/opinion/2017/02/27/derecho-consuetudinario/> (Consultado: 22 de julio de 2018).



En Guatemala se puede observar que la costumbre puede emplearse para el juzgamiento o para la resolución de conflictos en las comunidades indígenas, dándosele en algunas ocasiones preeminencia a esta, sobre la aplicación del derecho positivo, pues se le considera más eficaz, eficiente y económica.

El derecho positivo y el derecho consuetudinario de hecho coexisten y son aplicados en Guatemala, sin embargo, esta coexistencia puede terminar en dos realidades: la primera una adaptación mutua que se entiende sería incluyente y la segunda un conflicto entre sistemas legales que escalará hasta que uno de los dos se imponga sobre el otro. Este último presupuesto es lo que está ocurriendo en la actualidad.

En la medida en que existe una relación asimétrica de poder entre la sociedad colonizadora y la sociedad colonizada, en el contexto de pueblos originarios y colonizadores, puede también hablarse de un pluralismo legal, de un derecho dominante y un derecho subordinado. Esta situación, tan característica de la época colonial, ha perdurado hasta la etapa poscolonial y es típica de muchos países independientes multiétnicos como Guatemala.

No cabe duda que la relación de poder entre ambos sistemas jurídicos provoca una nueva realidad en la que se condiciona la relación entre el derecho dominante y el subordinado, que en este caso es el consuetudinario. Este último se encuentra en constante transformación, a diferencia del primero, precisamente porque no está codificado.

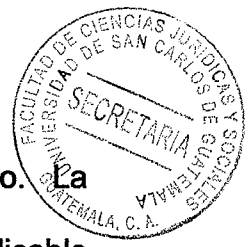


Con frecuencia, la costumbre jurídica se elabora y modifica en función de su relación con el derecho dominante y puede ser vista como un intento de las sociedades subordinadas por adaptar y reinterpretar las normas positivas estatales de acuerdo a sus propias estructuras, valores, intereses y necesidades. En este sentido la sociedad indígena trata de proponer un proceso incluyente que le permita conservar sus costumbres al nivel de leyes vigentes fomentando así un pluralismo jurídico necesario para la coyuntura actual.

Santos Sajbochol al citar a Víctor Ferrigno en su obra El pluralismo jurídico en Guatemala, indica que tomando en cuenta el carácter sociológico del derecho indígena, su eficacia es inminente y evidente; por ello la eficacia del derecho indígena radica en varias cosas; primero, en la legitimidad, y segundo, en la estabilidad de la decisión.

La anterior afirmación se fundamenta en que el juez natural de la comunidad vive allí, radica puerta con puerta con el infractor y la víctima, cualquier decisión que no se funde en el consenso se va a derrumbar. La eficacia del derecho indígena radica en que tiene que nacer de una profunda legitimación, mediante el diálogo y el debate, de otra manera no hay posibilidad de sostenerlo pues no hay elementos de coerción, como la fuerza policial.

En Guatemala se reconoce la costumbre, pero solo si esta no es contraria a la moral o al orden público, además debe ser probada. En la Ley del Organismo Judicial, en el



Artículo 2, se establece: La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley. Siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Se reconoce al derecho consuetudinario como parte de la legislación guatemalteca, sin embargo, este reconocimiento no se da en igualdad con el sistema positivo, sino bajo una serie de condicionantes, es decir, en calidad de subordinación.

### **2.3. Características del derecho consuetudinario guatemalteco**

Parafraseando la obra Introducción al desarrollo histórico del derecho en Guatemala de Carlos Rivera, se puede afirmar que el derecho guatemalteco tiene una larga tradición histórica. Este derecho tiene dos elementos que se pueden considerar su origen: el primero lo formó lo Aborigen y el segundo lo formó lo Hispano. Ambos elementos se fundieron en un proceso que tuvo su inicio con el descubrimiento del Nuevo Mundo en 1492 y, la conquista político-militar a los pueblos Quiché-Cakchiqueles en 1524.

Estos fenómenos que extinguieron el derecho aborigen e implantaron un derecho nuevo y desconocido: el derecho del descubridor y, posteriormente del conquistador. Este último sistema jurídico llegó a su fin con las Leyes Nuevas de 1542, con las que se impuso el derecho de la corona española y perduró casi todo el feudalismo guatemalteco.



El derecho indígena constituye "Un verdadero sistema jurídico, científico y verificable al estar conformado por procedimientos, metodologías, normatividad e instituciones propias de los pueblos indígenas"<sup>21</sup>. En ese marco de ideas el derecho indígena es un sistema jurídico propio de las comunidades prehispánicas aplicado en la vida cotidiana como una forma de impartir justicia dentro de la sociedad en su conjunto y tiene como fin la armonía y la paz social. En contra posición el sistema jurídico oficial no dimensiona la importancia del derecho consuetudinario, pues como se evidencia en la Ley del Organismo Judicial, se limita a una forma alternativa de resolución de conflictos, siempre y cuando existan condiciones específicas de aplicación.

El derecho consuetudinario va más allá de una simple decisión, pues se debe pasar por todo un proceso de estudio y análisis del caso para luego emitir una resolución final. El derecho indígena es un sistema jurídico complejo porque está constituido por la existencia de un sistema de normas, autoridades y procedimientos, que históricamente han vivido en organización y en colectividad, que han sobrevivido a pesar de diversos factores y acontecimientos históricos posteriores que han modificado la forma de vida de la comunidad.

No obstante, en la actualidad aún persiste la existencia y práctica de muchas de esas formas organizativas propias de los pueblos indígenas. Un ejemplo claro es la forma de resolver sus propios conflictos a través de las denominadas alcaldías indígenas, alcaldías auxiliares o autoridades indígenas. El derecho maya no es un sistema

---

<sup>21</sup> Sajbochol, S. **Op. Cit.** Pág. 8.



extraño o exótico, sino es "Una forma dinámica y moderna de organización social en las comunidades indígenas, producto de la exclusión de parte del Estado, pero también de la particularidad cultural propia de los pueblos indígenas, es decir, de las personas que hacen uso del sistema"<sup>22</sup>.

Es importante destacar que el derecho consuetudinario, "No es un derecho estructurado con la concepción punitiva del derecho positivo actual, sino su concepción principal es restaurar el tejido social. Su instrumento principal no es la cárcel ni la segregación del individuo, sino la reparación del daño y la reincorporación del infractor a la vida comunitaria. Por esto mismo, incluye también una dimensión de lo que en la sociedad hegemónica se denomina readaptación social"<sup>23</sup>.

En este sentido se puede decir que los sistemas de justicia indígena enfatizan la resolución del conflicto y el restablecimiento de la armonía social, a diferencia del carácter punitivo del derecho estatal, lo cual refuerza el sistema comunitario de ayuda recíproca y responsabilidad mutua. También es importante destacar que el derecho consuetudinario utiliza el idioma propio de la comunidad y por tal razón es más cercano, social, cultural y geográficamente.

---

<sup>22</sup> Esquit, Edgar y García, Iván. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz**. Pág. 14.

<sup>23</sup> Sajbochol, S. **Op. Cit.** Pág. 14.



El derecho consuetudinario se caracteriza por ser “Más rápido y menos costoso que el sistema estatal, ya que no requieren de abogados”<sup>24</sup>, es decir, son los mismos interesados quienes resuelven con la ayuda de las autoridades y usualmente no existen costos para la aplicación de la justicia.

El derecho consuetudinario tiene fuerte legitimidad en las comunidades indígenas porque refleja los valores y metas comunitarias. Los pueblos indígenas típicamente rechazan, o al menos se resisten a recurrir la ley estatal en primera instancia, porque es vista como onerosa y distante, demasiado lenta, excesivamente formal, favorecedora de la élite, necesitada de intermediarios y porque se basa en valores distintos a aquellos mantenidos por su cultura.

"La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas"<sup>25</sup>.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse, se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían

---

<sup>24</sup> Van Cott, *Op. Cit.* Pág. 212.

<sup>25</sup> Iturralde, Diego. **Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena a la modernización.** Grandes Temas de la Antropología Jurídica. Pág. 242.



considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal.

En Guatemala algunas comunidades recurren a sus costumbres jurídicas, es decir a su derecho consuetudinario, como una forma de evitar la intervención del Estado sobre algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva o porque consideran que quedan mejor protegidos resolviendo al margen del derecho positivo.

Entre estas situaciones se pueden mencionar arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, disposición de los recursos por debajo o al margen de los mínimos permitidos por legislaciones agrarias, concertaciones de prestación ocasional de mano de obra y arreglo de disputas originadas en este tipo de relaciones, son deliberadamente o no ocultadas de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aún en aquellos casos en que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en la circular No. 7-2012 afirma que Guatemala está organizada como Estado constitucional de derecho y como tal sus habitantes y autoridades, están sujetas al ordenamiento jurídico que regula las conductas y establece las formas de solución de conflictos, por lo que los jueces están obligados a aplicar el derecho en los casos sometidos a su conocimiento con responsabilidad, independencia e imparcialidad. Continúa citando el documento que





los pueblos indígenas tienen derecho a la no discriminación y al reconocimiento de su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su idioma y sus costumbres.

La Cámara Penal insta a los jueces y magistrados a que deben aplicar los tratados, convenciones y declaraciones internacionales ratificadas por Guatemala incluso por encima del derecho interno. Deben además aplicar esta normativa en los casos concretos en los que intervienen personas indígenas, para garantizar el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, así como promover la complementariedad y armonización del ordenamiento jurídico nacional integrado por el sistema jurídico oficial e indígena.

En este sentido se reafirma el reconocimiento del derecho indígena por parte de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, al regular la aplicación de leyes específicas del derecho consuetudinario en casos concretos en los que intervengan personas indígenas, aplicándose así de manera conjunta ambos sistemas jurídicos.

Es posible que ambos sistemas puedan coexistir y aplicarse en la realidad guatemalteca, sin embargo, es necesario establecer un esfuerzo conjunto y un diálogo intersectorial para lograr la inclusión de sectores sociales que antes simplemente eran apartados de la discusión. El derecho consuetudinario guatemalteco debe ser tomado en cuenta como un sistema jurídico efectivo y que de hecho tiene vigencia reconocida por la Cámara Penal en algunas comunidades indígenas.



## CAPÍTULO III

### 3. La posmodernidad

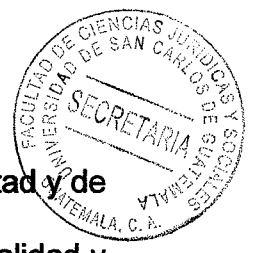
La Real Academia Española define posmodernidad como movimiento artístico y cultural de fines del Siglo XX, caracterizado por su oposición al racionalismo y por su culto predominante de las formas, el individualismo y la falta de compromiso social. En la posmodernidad suele primar el individualismo sobre la comunidad, de ahí también la falta del compromiso social. En este sentido se pierde el sentir comunitario, la preocupación del individuo en mejorar el entorno social común a los demás, cede paso al individualismo.

"Al inicio de la década de 1960, el término posmodernidad se emplea para hacer referencia a una amplia gama de fenómenos culturales, que se alejan de la formalidad intelectual de la modernidad y se aproximan a formas más eclécticas y populistas de la diversidad y de la creatividad en general"<sup>26</sup>. Es decir, la posmodernidad en sus inicios surge como un alejamiento a las estructuras de pensamiento que se tenían en la época y tiende a traer al campo de a discusión filosófica la diversidad, el interés por las minorías y la falta de legitimación del pensamiento moderno.

En efecto la modernidad se caracteriza por el absolutismo, cree en las soluciones que tienen su base en los metarrelatos, la tendencia a pensar que la historia es una línea recta y continua que conduce necesariamente al progreso basado en la racionalidad,

---

<sup>26</sup> Estrada Pérez, Ruth Margarita. *El concepto de posmodernidad en Gianni Vattimo*. Pág. 1.



guiados por los intelectuales y que buscaba la concreción de las metas de libertad y de igualdad. El Siglo XX en sus inicios estará movido por la obtención de la racionalidad y de los avances tecnológicos.

Frente a la modernidad surge la posmodernidad que propone ideas que desafiaban lo considerado como verdad. Es precisamente la desconfianza ante las soluciones totalitarias que pretenden legitimarse a sí mismas, la que hacer pensar nuevamente en la necesidad de valorar lo diverso, las formas débiles e inestables y a replantearse la inmutabilidad sostenida por el sistema moderno.

La posmodernidad rechaza la idea de la historia como garantía de progreso y evolución del ser humano, valora el cambio de la unidad por la multiplicidad y trae al campo de la discusión la necesidad de incluir a todos los sectores, incluso aquellos que han sido acallados en el pasado por la voz de la razón. Todas estas premisas terminarán planteando una ética plural y tolerante, más congruente y apegada a la realidad de una sociedad compleja y cambiante. Mientras la corriente moderna esperaba crear una moral unificadora que se extendiera a todas las disciplinas del conocimiento, la posmodernidad se inclinaba al pluralismo ya presente a principios del Siglo XX.

Chris Baldick citado en la obra El concepto de posmodernidad en Gianni Vattimo de Ruth Estrada, define a la posmodernidad como una condición cultural, asociada a la condición propia de las sociedades capitalistas: Se aplica a la condición cultural



prevalente en las sociedades capitalistas avanzadas, desde los años setenta, que se caracterizan por una superabundancia de imágenes inconexas y estilos que incluyeron en la televisión, la publicidad, el diseño comercial y el video pop.

"La posmodernidad es la cultura de sensaciones fragmentadas, nostalgia moderada, simulacros desechables y superficialidad promiscua, en la que los valores tradicionales de profundidad, coherencia, significado, originalidad y autenticidad se desvanecen o disuelven entre el torbellino aleatorio de señales vacías"<sup>27</sup>. Surge como una alternativa a la corriente de pensamiento tradicional, que se basaba en sistemas totalitarios que delimitaban y dividían lo correcto de lo incorrecto, lo verdadero de lo falso, el bien y el mal. Un sistema en el que esta dualidad inventada se fundía en un solo pensamiento, lo diverso.

"La condición posmodernista se puede entender como la premisa: El pueblo está en debate consigo mismo acerca de lo que es justo e injusto de la misma manera que la comunidad de ilustrados sobre lo que es verdadero y falso"<sup>28</sup>. Esto pone de manifiesto la dualidad que se pretende discutir en la posmodernidad, en la que no se puede pretender una sola fuente de conocimiento, sino que deben tomarse en cuenta todas las voces de la sociedad para que se puedan crear relaciones sociales que favorezcan al fortalecimiento de la estructura estatal.

---

<sup>27</sup> **Ibid.** Pág. 2.

<sup>28</sup> Lyotard, Jean. **La condición postmoderna; informe sobre el saber.** Pág. 26.



La historia narrada sólo desde el punto de vista de los vencedores, hace parecer el proceso histórico como un “curso unitario dotado de coherencia y racionalidad; los vencidos no pueden verlo así, sobre todo porque sus vicisitudes y sus luchas quedan violentamente suprimidas de la memoria colectiva; los que gestan la historia son los vencedores que sólo conservan aquello que conviene a la imagen que se forjan de la historia para legitimar su propio poder”<sup>29</sup>.

La posmodernidad es un desenmascaramiento de esta visión de historia sesgada en la que solo se toma en cuenta un punto de vista, la de los sectores dominantes, y resulta un intento de inclusión de aquellas otras historias dejadas en el olvido y que han sido suprimidas simplemente por no encajar o contrariar la versión oficial de la historia impuesta a los vencidos.

La posmodernidad es un concepto sin una definición precisa, cuya aproximación se refiere a las diferencias respecto al concepto de moderno, sin embargo, posee un denominador común en sus líneas generales: la inclusión, la tolerancia y el respeto entre todos y cada uno de los individuos que componen la sociedad. Ya no será únicamente la razón la fuente del conocimiento y de las normas que regirán las relaciones sociales, sino se incluyen nuevos factores que afectan la realidad social y que no pueden obviarse.

---

<sup>29</sup> Vattimo, Gianni. *El fin de la modernidad*. Pág. 16.



### **3.1. Características de la posmodernidad**

Desde un punto de vista muy general y amplio, la posmodernidad alcanza a toda la sociedad occidental contemporánea y se argumenta que, en una sociedad dominada por la tecnología, símbolo de esta sociedad y los medios de comunicación de masas, la cultura se vuelve inevitablemente tanto superficial como autorreferencial. En este sentido se propone la idea de un pensamiento no fuerte, sino más bien débil, que tome en cuenta el carácter problemático de todo conocimiento y la imposibilidad de explicaciones unitarias de la realidad.

En otras palabras, la posmodernidad es una tendencia de pensamiento que se caracteriza por la falta de fundamentos sólidos e inmutables, o por lo menos el intento de no tenerlos, en los que se pueda basar la verdad. No hay verdad, sino verdades. Pareciera que esta afirmación no dice mucho, sin embargo, cuando se continúa por la línea lógica del pensamiento y se llega a las últimas consecuencias de tal afirmación se puede descubrir que se ataca toda seguridad pretendida por la razón. Si no hay verdad, no hay principios, o al menos no principios aceptados por todos, por lo que se da paso a la consideración de una nueva realidad, en la que todas las opiniones pueden considerarse en cierto punto verdades.

La posmodernidad considera que no necesariamente lo certero, es lo verdadero, es decir, la incertidumbre no necesariamente supone falsedad. El triunfo de la argumentación posmoderna, consiste en la comprensión de que lo incierto es también



válido. Cabe destacar que, tanto la teoría de la relatividad, como el principio de incertidumbre y la teoría de la probabilidad, forman parte del pensamiento científico contemporáneo y se han convertido en pilares de la ciencia en la actualidad.

"Al reparar en estos tres fundamentos del conocimiento científico contemporáneo, se entiende claramente que no se puede pensar, y por lo tanto no se puede partir o dar por sentado, que existe una única y absoluta verdad. Existen verdades. Así como puntos por considerar y que, si no se toman en cuenta, las conclusiones serán parciales o equivocadas y no contendrán conocimientos fidedignos que permitan llegar a puntos de vista o conclusiones confiables"<sup>30</sup>. A través de la ciencia, el ser humano vislumbra claramente cómo con cada descubrimiento científico, se ponen las bases para fundamentar nuevas corrientes del pensamiento humano.

"El término posmoderno tiene un sentido y dicho sentido está ligado al hecho de que la sociedad en que vivimos es una sociedad de la comunicación generalizada, la sociedad de los medios de comunicación *mass media*"<sup>31</sup>. Una sociedad marcada por la opinión antes que la verdad, en la que la globalización de la información hace evidente las diversas versiones y discursos que existen ante a realidad y las diferentes formas de interpretar un mismo hecho a partir de las historias particulares de cada uno.

En la posmodernidad los medios de comunicación masivos han permitido que los seres humanos conozcan diferentes maneras de pensar, que cada una de ellas es

---

<sup>30</sup> Estrada, R. **Op. Cit.** Pág. 6.

<sup>31</sup> Vattimo, Gianni. **Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?** Pág. 1.



válida, no mejor, tampoco inferior. Todas estas formas de pensar están colocadas en un mismo horizonte.

Es a través de estos medios de comunicación que se han descubierto las riquezas de las culturas escondidas durante siglos y que han demostrado que tan válidos son los valores culturales de las clases dominantes como el de las minorías que no han tenido una participación tan activa dentro de la sociedad.

“El ser no coincide necesariamente con lo que es estable, fijo, permanente, que tiene algo que ver más bien con el acontecimiento, el consenso, el diálogo, la interpretación, se esfuerzan por hacernos capaces de captar esta experiencia de oscilación del mundo posmoderno como oportunidad de un nuevo modo de ser (quizás: por fin) humanos”<sup>32</sup>.

### 3.2. El relativismo

“El relativismo es la posición filosófica en la que todos los puntos de vista son igualmente válidos, y que toda la verdad es relativa al individuo”<sup>33</sup>. Con esta afirmación se establece que no hay conocimientos sólidos ni verdades absolutas, solo opiniones, lo que significa que todas las posiciones morales, todos los sistemas religiosos, todas las formas de arte, todos los movimientos políticos, etc., son verdades que son

---

<sup>32</sup> Vattimo, G. *Op. Cit.* Pág. 8.

<sup>33</sup> Slick, Matt. ¿Qué es el relativismo? <http://www.miapic.com/qu%C3%A9-es-el-relativismo>. Consultado: 18 de noviembre de 2018.





relativas a los individuos. En el relativismo no caben las posturas totalitarias pues lo objetivo debe ceder su lugar a la subjetividad. Es la posición filosófica del **depende**, es decir, no hay verdad sin el contexto que la determine.

“Al aparecer con Protágoras el pensamiento: El hombre es la medida de todas las cosas, aparece también la idea de que el derecho como el orden de la comunidad, es una creación del hombre”<sup>34</sup>. Esto da paso a sostener que al cambiar el hombre y sus pensamientos, valores y costumbres, el derecho también cambia, pues con el cambio de la realidad cambian también las sociedades que se deben legislar.

Se puede observar una característica de la posmodernidad que supone el relativismo: “No hay un fundamento que se pueda considerar único, último, que pueda emitir juicios categóricos capaces de normar a todos los seres humanos sin excepciones”<sup>35</sup>. Si se deslegitima a los fundamentos totalitarios que han consolidado las formas de pensamiento, pierden vigencia todas aquellas expresiones que suponen equivocadas a lo diverso. Se debe aceptar que lo diverso es y existe lo cual le concede el grado de legitimidad ante la realidad innegable.

El relativismo, según William Darós en su obra *Problemática sobre los valores en torno a la persona humana*, debe entenderse como la aceptación de que las cosas, el hombre, la sociedad, son con relación a quien las observa, o aprecia. No tienen una

---

<sup>34</sup> Zambrano Torres, Alex. **El derecho en la mente de Platón**. <https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-platon/> (Consultado: 1 de Julio de 2018).

<sup>35</sup> Estrada, R. **Op. Cit.** Pág. 40.



definición última que cosifique su esencia, depende más bien de quien la contemple con todo su bagaje cultural, historia, valores, etc. No existe para el relativismo una verdad total, únicamente puntos de vista que tienen validez todos por igual.

En la diversidad de los hombres se fundan los diversos modos de pensar, y por eso una convicción general y uniforme es imposible. Esta premisa trae a discusión la importancia de la diversidad. La diversidad tanto de pensamiento como de valores es indudable en la realidad pues como se dice comúnmente cada cabeza es un mundo.

El relativismo lleva implícita la aceptación de que no existe un pensamiento unívoco universal y totalitario del que se desprende la verdad, sino muchos pensamientos que juntos forman la colectividad de verdades que componen la sociedad.

Esta corriente de pensamiento conlleva una problemática intrínseca en sus fundamentos. El problema que plantea el relativismo, según Edgardo Rodríguez en su obra *La idea del derecho en la filosofía jurídica de Gustav Radbruch*, parte de la refutación de la tesis de la existencia de una idea clara, reconocible y comprobable del derecho justo, debido a que los valores, al ser preceptos del deber ser, no son susceptibles de conocimiento o fundamentación científica. Por ello, ni la ciencia, ni finalmente la filosofía pueden llegar a establecer qué valor debe prevalecer sobre otro. En otras palabras, no se puede definir teóricamente ningún valor, ni se puede supeditar uno sobre otro, se debe recurrir a la experiencia, a la vivencia de la realidad para determinar que actos que hacen posible la vivencia de los valores.



### 3.3. La sociedad en la posmodernidad

La Real Academia Española define sociedad como conjunto de personas, pueblos o naciones que conviven bajo normas comunes. Desde este punto de vista se puede decir que en Guatemala hay una sociedad, sin embargo, en la práctica pareciera que hay varias sociedades.

En la teoría se puede afirmar que todos los guatemaltecos están sujetos al mismo régimen jurídico, es decir, las leyes son de cumplimiento obligatorio y todos los ciudadanos deben mantener la observancia de las normas jurídicas, sin embargo, analizando el contexto real de la sociedad se pueden observar comunidades que aún mantienen prácticas de derecho propio, basado en sus costumbres, que en muchas ocasiones no necesariamente se apegan a la legislación vigente.

La posmodernidad suele llamársele al movimiento cultural, artístico y filosófico que ha surgido a finales del Siglo XX. Surge como un desencanto de la modernidad ya que "La única **certeza** que se ha heredado de la modernidad es la capacidad de reconocer los propios límites, la falta de fundamentos, y el fuerte sesgo ideológico de los resultados con pretensiones de ultimidad en los argumentos y maneras de encuadrar el mundo, la sociedad, el hombre, la religión, la filosofía"<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Blanco Gálvez, Juan Alfredo. **La "Ética de la Interpretación", de Gianni Vattimo, en el contexto de la posmodernidad.** <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/galvez54.pdf> (Consultado: 14 de octubre de 2017).

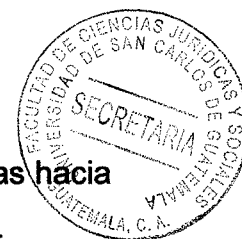


En el Estado posmoderno sus características permanecen precisamente y, como tal, marcadas por la incertidumbre, la complejidad, la indeterminación, y estos elementos deben ser considerados elementos estructurales, constitutivos del Estado contemporáneo. Es precisamente en este momento en el que el derecho encuentra de nuevo un desafío, sufre una crisis que debe moverlo a niveles profundos que provoquen los cambios necesarios que le permitan legitimarse ante el relativismo.

Una de las más claras características de la sociedad posmoderna es que ya no se concibe la verdad como verdad absoluta, esto debido a los medios de comunicación masivos: escritos, radio, televisión, internet, redes sociales y todos los que existen actualmente. Estos medios han sido un factor determinante para terminar con las verdades únicas, los puntos de vista desde una sola perspectiva, unívocos y supremos, característicos de la modernidad. En este sentido lo que antes se tenía por cierto en la actualidad recibe de parte de la sociedad la crítica y la opinión de uno es tan válida como la de otro.

Los medios de masivos de comunicación, han permitido que los seres humanos conozcan diferentes maneras de pensar, que cada una de ellas es válida, no mejor, tampoco inferior. Todas estas formas de pensar están colocadas en un mismo horizonte.

La sociedad posmoderna tiene una forma de conducirse diferente, en la que la razón social no está dominada por una racionalidad fuerte y calculadora, una razón social



que se compromete en una esfera ética y política, que encamina a las personas **hacia** la emancipación y las acerca a la felicidad, entendida como una buena vida, sin pasar por la violencia de las revoluciones. La sociedad posmoderna surge como una crítica ante los valores totalitarios del modernismo, en la que se contempla el origen del desencanto de la modernidad y pone en el plano de la discusión los orígenes del conocimiento y los parámetros con los que se ha construido la realidad actual.

"... En la escuela aprendimos muchas fechas de batallas, tratados de paz, incluso revoluciones; pero nunca nos contaron las transformaciones en el modo de alimentarse, en el modo de vivir la sensualidad o cosas por el estilo. Y así, las cosas de que habla la historia son las vicisitudes de la gente que cuenta, de los nobles, de los soberanos y de la burguesía cuando llega a ser clase poderosa; en cambio, los pobres e incluso los aspectos de la vida que se consideraban **bajos** no hacen historia..."<sup>37</sup>.

Se ha tomado en cuenta para la construcción de la historia y los modelos sociales las versiones históricas transmitidas en libros, sin embargo, es hasta la posmodernidad en la que se sacuden los fundamentos de los orígenes históricos y se plantea la necesidad de incluir a todos los sectores, incluso aquellos que anteriormente se les consideraba no relevantes.

---

<sup>37</sup> Vattimo, G. **Op. Cit.** Pág. 2.



## **CAPÍTULO IV**

### **4. La crisis del derecho en una sociedad posmoderna**

La crisis del derecho en una sociedad posmoderna surge de la no adecuación del ordenamiento jurídico con la realidad del grupo social que se legisla. Esto provoca una falta de capacidad del Estado para hacer valer la observancia de la ley en todo el territorio nacional y representa una crisis del derecho guatemalteco actual que debe ser analizada con el fin de proponer mejoras que beneficien a la población.

#### **4.1. La crisis del Estado**

La crisis del Estado guatemalteco radica en que la sociedad actual, es decir la sociedad posmoderna, no acepta un solo concepto como verdad. La sociedad en la actualidad reconoce que son diversas las fuentes de donde puede provenir la verdad. Por ejemplo, la verdad puede venir tanto de la legislación formal jurídica como del derecho consuetudinario que se ha practicado durante muchísimos años en las diferentes comunidades.

El derecho sufre la crisis pues ya no se puede legislar de la misma manera a todos los guatemaltecos cuando las condiciones de vida y las costumbres de los ciudadanos no son las mismas, pero tampoco puede ajustarse a las necesidades de cada sector de la sociedad. Cuando no son los mismos valores que rigen las conductas de los pueblos no se puede mantener un solo derecho, pues estaríamos nuevamente ante un marco



jurídico no inclusivo, leyes hechas por y para un tipo de ciudadanos, que no necesariamente son la mayoría.

La Real Academia Española define crisis como cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados. De tal manera que la crisis implica una adaptación a niveles profundos de diversas situaciones.

En la actualidad el sistema jurídico no alcanza a todas las realidades que se viven en la cotidianidad de la sociedad, el contexto que cambia día con día da lugar a fenómenos sociales a veces no tan positivos como: linchamientos, conflictos, desconfianza de la ciudadanía en las leyes y en las autoridades que se encargan de hacerlas valer. Esta falta de confianza en el sistema positivo, el reproche a la criminalidad, impunidad y corrupción da lugar a fenómenos conductuales, porque en esencia se convierte en cambios sociales a niveles de desborde del control social.

La vocación monopólica del Estado sobre la producción jurídica, tras la consolidación del Estado constitucional, pasó de ser una aspiración a un hecho confirmado, en parte importante por la realidad social, sobre todo, por la mayoría de los estudios jurídicos que se heredaron de sistemas jurídicos anteriores. Así, el ente estatal reservó para sí, la calificación de derecho, y redujo a las otras expresiones normativas bajo las categorías de subderecho, cuasi derecho, costumbres, usos y otras formas relativas.



El derecho positivo se asemeja a la modernidad. Tal y como ocurrió con la modernidad y con sus múltiples afirmaciones, por mucho tiempo indiscutidas, el paradigma jurídico dominante construido a su amparo, está desde hace algún tiempo en crisis. Esta crisis se expresa cuando el sistema jurídico debe reformularse a sí mismo para dar respuestas a las **anomalías**, entendidas como fenómenos y transformaciones de la realidad, que no se previeron y que le impiden cumplir con su objetivo.

Cuando un paradigma se encuentra en crisis comienza el surgimiento, la búsqueda de alternativas teóricas que compensen las ausencias de significado, de abordaje y solución de los fenómenos que el anterior deja. En múltiples ocasiones esa búsqueda regresa la mirada hacia el pasado teórico, a esas formulaciones teóricas que entonces fueron marginales. De ahí se retrotraen respuestas y modelos teóricos que en su momento hicieron críticas al paradigma que devino dominante.

La discusión sobre la inclusión de un pluralismo jurídico en Guatemala puede ser una alternativa a la falta de capacidad del Estado para hacer valer y cumplir las leyes en todo el territorio nacional, porque si bien es cierto la intencionalidad detrás de la generalidad es promover un sistema jurídico en el que se trate con igualdad a todos los ciudadanos, no se toma en cuenta que estos no son iguales, ni tienen las mismas problemáticas, ni las mismas formas culturales de solucionar sus conflictos.

Los límites del derecho moderno, maximalista, abarcador de todas las hipótesis sociales, coherente, unitario, del eterno presente, se expresan en el cambio constante





de los ordenamientos jurídicos estatales, donde su obsolescencia crece, donde su unidad y solidez se erosionan por su cambio constante y por su determinación radicada en múltiples sitios más allá del Estado. La realidad jurídica contemporánea se complejizó mucho más de lo que previeron las teorías jurídicas y políticas liberales.

#### **4.2. La inclusión como respuesta ante la discriminación**

La Real Academia Española define incluir como poner algo o a alguien dentro de una cosa o de un conjunto, o dentro de sus límites. Por otro lado, define discriminación como dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc. Ambos términos se contraponen en el sentido que si no se incluye se discrimina.

En la posmodernidad se caen las verdades absolutas y las versiones únicas de la historia, se da la oportunidad de que sectores que no tenían voz para manifestarse respecto a las posturas dominantes puedan dar a conocer su visión y forma de percibir la realidad.

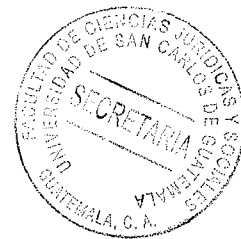
En el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, se manifiesta claramente que estamos ante el reto de incluir a los sectores antes olvidados en la participación ciudadana que constituye la realidad cotidiana. Específicamente en el Artículo 2 sostiene que: Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y



sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su Integridad. En el Artículo 8 numeral primero se afirma que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

El abordaje del derecho indígena debe ser coherente con la pluralidad o diversidad cultural del país, que en la actualidad y de acuerdo a los avances alcanzados ha sido un aspecto que se ha superado, principalmente en lo que se refiere al reconocimiento de la multiculturalidad del país, reconocido política y jurídicamente por variados instrumentos legales tanto de carácter nacional como internacional, principalmente entre los que cabe mencionar, la Constitución Política de la República de Guatemala, la ratificación del Convenio 169, los Acuerdos de Paz y más recientemente la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En la práctica existe este modelo de organización que ha funcionado a nivel de comunidades y tiene un reconocimiento como tal por las mismas. De ahí deriva la importancia del rol que desempeñan en la sociedad, comprometiendo también a su vez a las comunidades porque son quienes eligen a sus autoridades. Es decir que, a pesar de la imposición monocultural, dirigida a la desaparición de estas prácticas, que sin duda ha tenido repercusiones nefastas para los pueblos indígenas, siguen manifestándose en la cotidianidad.



### **4.3. El relativismo jurídico**

Los fines y valores supremos del derecho no sólo varían con arreglo a las sociedades de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo.

Se coloca al individuo como un ente fiscalizador del derecho y que debe promover el cambio del mismo para adaptarse a las realidades sociales. De esta cuenta es de vital importancia determinar por qué es necesario que el derecho evolucione para que responda a las necesidades de la sociedad actual.

Parafraseando a Jürgen Habermas en su obra Más allá del Estado nacional, se puede establecer una comparación entre el derecho positivo y el derecho que se practica a lo interno de las comunidades, se hace distinción entre derechos del hombre fundados moralmente y derechos del hombre de carácter jurídico que han cobrado validez positiva, es decir, que se han vuelto vigentes a través de las constituciones, de esta manera, han sido provistos de la garantía de ser impuestos por medio del poder de sanción estatal dentro del orden jurídico vigente en cada caso.

En Guatemala se puede observar la coexistencia del derecho positivo por una parte y por la otra la del derecho consuetudinario, es decir, la forma en que las diferentes



comunidades resuelven a lo interno las diversas situaciones que tienen injerencia en el ámbito jurídico.

Las costumbres son tan válidas en la realidad como el derecho positivo, incluso más, pues surgen de la misma comunidad y evolucionan junto a ella, a diferencia del derecho positivo que es un sistema estático y general que no alcanza a todas las situaciones particulares de la cotidianidad.

El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho. El derecho puede ser injusto, *summun ius – summa iniuria*, pero es derecho en tanto su sentido es ser justo.

En Guatemala hay dos sistemas jurídicos como se ha afirmado; dos sistemas jurídicos divorciados entre sí, sin ningún punto de encuentro. Por eso es tan importante aspirar y promover un pluralismo jurídico guatemalteco, en donde el derecho positivo escrito y el derecho consuetudinario formen un solo sistema jurídico integrado.

Jean Lyotard citado por Ruth Estrada en su obra El concepto de posmodernidad en Gianni Vattimo, llama **decididores**, a quienes intentan adecuar los sucesos sociales a estándares medibles, dentro de una lógica que implica la certidumbre de todos los elementos y la determinabilidad del todo. Lo cual encamina a un incremento de poder



que encuentra su legitimación, tanto desde un punto de partida de justicia social, como de verdad científica; y es en la eficacia de este sistema donde se ostenta el poder.

Esta justicia social mencionada es un concepto falso ya que los sucesos sociales no son permanentes e inmutables, no se pueden medir a través de un parámetro aplicable en todas las situaciones. En tal caso se puede afirmar que la legitimación pretendida, por el sistema de derecho positivo, es meramente abstracta y debe replantearse constantemente para adaptarse a la realidad.

Si se pretende legislar la realidad actual con leyes que fueron escritas para otro contexto, la realidad sobrepasará la legislación y el relativismo jurídico, en donde coexisten el derecho positivo y el derecho consuetudinario, puede llevar a consecuencias sociales en las que el Estado, a fin de preservar la estabilidad de acuerdo al derecho positivo, se verá enfrentado a la sociedad.

La pragmática social no tiene la simplicidad de las ciencias, en la que algo se considera verdadero o falso, correcto o incorrecto, legal o ilegal, es más bien un organismo formado por redes de enunciados, de todas clases: denotativos, descriptivos, formativos, evaluativos, etc. Y no se pueden esperar acuerdos como en el campo de las ciencias. Más bien, no es posible ponerse de acuerdo en cuanto a las reglas válidas para todos los juegos del lenguaje. Estos son heteromorfos y se generan de reglas pragmáticas que son heterogéneas.



Es importante destacar que la naturaleza de las cosas es decisiva cuando se manifiesta para hacer posible la concreción en la realidad de determinadas ideas jurídicas. Ello, porque viene a constituirse en una resistencia que lo contingente opone al ideal jurídico y a lo cual tiene que acomodarse para su concreción.

Además, no se presenta sólo como un obstáculo, sino que se manifiesta en el momento de nacer la idea, considerando que todo pensamiento jurídico lleva necesariamente en sí las huellas del **clima histórico** en que nace, y permanece circunscrito dentro de los límites de lo históricamente posible.

El sistema jurídico no puede pensarse fuera del contexto de la realidad, pues su esencia es mantener la estructura reguladora del comportamiento de las personas que viven en esa realidad. A veces lo contingente sobrepasa al sistema jurídico de tal suerte que siguen y seguirán existiendo vacíos legales que inevitablemente sugieren la necesidad de evolución del sistema jurídico en sí.

#### **4.4. La necesidad de evolucionar a través del diálogo**

Guatemala está viviendo una época de cambios en la cultura jurídica y política generados por la participación y ejercicio de las autoridades indígenas.

Se ha profundizado la aplicación del derecho indígena, proceso que sistemáticamente ha sido una parte integral del sistema jurídico y político, con autonomía en su



funcionamiento, basado en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Convenio 169 de la OIT, que al ser avalado por la Corte de Constitucionalidad (CC) en su opinión consultiva, afirma que no contradice la Constitución Política de la República de Guatemala; al contrario, la complementa en el ámbito de las garantías de los derechos fundamentales; se invoca este Convenio tomando en cuenta que es el instrumento internacional que le da sustento y soporte al derecho indígena.

Existe entonces una falta de interés político de promover una sana discusión sobre la necesidad de respetar la práctica del derecho indígena a un nivel de derecho positivo y vigente para los sectores indígenas.

El derecho indígena es una forma de vida de un pueblo, es la esencia misma de organización social y sobre todo la filosofía de vida. Entonces no existe ni debe existir incongruencia en cuanto a su fundamentación constitucional. Cabe mencionar puede existir alguna discusión sobre ciertos aspectos, sin embargo, en cuanto a su asidero constitucional es determinante y evidente que no está en contradicción con la Constitución.

Es necesario que el sistema jurídico evolucione para responder de mejor manera a las necesidades de la población en general, específicamente a los sectores indígenas que cada vez más tienen más presencia en el ámbito político del país.



Hay que tomar en cuenta que todas las exploraciones analíticas sobre el derecho consuetudinario o la costumbre jurídica pueden ser válidas a condición de que se inscriban en el contexto de las luchas actuales de los pueblos indígenas; que se comprendan éstas como una forma de la contradicción que las define dialécticamente y que atraviesa todos los procesos sociales; y siempre que vayan más allá del mero reflejo de la conciencia espontánea de estos pueblos, expresada en la retórica de sus dirigentes y en las declaraciones programáticas de las organizaciones, para avanzar al establecimiento de las condiciones objetivas que las explican y en virtud de las cuales pueden o deben desarrollarse con un sentido estratégico.

Finalmente, vale la pena recordar que las reivindicaciones avanzan y se transforman en sus usos cotidianos. La quiebra del derecho como medio de dominación y su reemplazo por prácticas nuevas, más justas se da en un sinnúmero de arenas de confrontación. Una de ellas opone, bajo la forma de costumbre jurídica indígena, el interés de los pueblos contra el interés organizado en el Estado y expresado en la Ley. Otra se configura en los tribunales y por los procedimientos judiciales, donde los intereses se enfrentan en términos de la capacidad de manipulación de las normas y de ejercicio de la presión social. También en la práctica de la política y en el debate ideológico el enfrentamiento es necesario, como meta y como camino.

El derecho es el conjunto de principios, doctrinas, teorías, instituciones y normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas. Guatemala es un país multicultural, compuesto por pueblos indígenas, garífunas, xincas y población no





indígena. En este contexto socio cultural es necesario que se reconozcan las costumbres de los pueblos y la forma en que se relacionan entre sí como leyes válidas que regulan su comportamiento.

El proceso para llegar a la aplicación de estos sistemas con plena vigencia es largo, sin embargo, es necesario comenzar a dialogar para encontrar una forma de unir a todos los sectores en una sola nación en justicia y equidad.

El desarrollo social implica cambios y debido esto van surgiendo diferentes realidades que deben ser reguladas por el derecho. Históricamente se puede comprobar cómo el derecho ha evolucionado desde sus orígenes, por ejemplo: hace muchos siglos era legal comprar esclavos y venderlos, sin embargo, diversos fenómenos culturales, políticos y económicos provocaron cambios en las sociedades y luego de algunos siglos se prohibió el esclavismo.

Posteriormente a la época del esclavismo se les otorgó a algunas personas, denominadas señores feudales, el poder de gobernar y legislar sobre sociedades completas. Esta época tuvo su auge y decadencia, siglos más tarde se puede observar que el gobierno de los Estados es democrático y ya no se permiten dictaduras en las que una persona rige el destino de todos.

En la actualidad ante la corriente posmodernista el derecho se encuentra en la necesidad de evolucionar para responder a las necesidades de todos y no únicamente



de algunos sectores. En Guatemala el derecho debe dar el salto hacia la inclusión paritaria de todos los sectores que viven las realidades que debe legislar. Es importante que el derecho se convierta en una estructura de principios, instituciones y normas que se apeguen a la voluntad social de los guatemaltecos.

El derecho es la manifestación de la voluntad social que ha evolucionado junto a a la sociedad y que ha regulado el comportamiento del hombre. El derecho debe ser de observancia obligatoria de todos los miembros de la comunidad, según el Artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí. Cuando el derecho se aparta de la realidad crea descontento social que termina por fragmentar los lazos sociales de la convivencia pacífica.

En una sociedad homogénea en la que todos los miembros tienen la misma cultura y tradiciones, se acepta la ley común para todos y están dispuestos a obedecerla; se acepta la fuerza de las autoridades para mantener el bien común. Cuando un miembro de la sociedad se revela a la ley y la transgrede el resto de la sociedad exige a las autoridades el restablecimiento del orden. Pero que ocurre cuando es la misma sociedad la que se opone al cumplimiento de la ley, cuando dicha ley debe ser aplicada a diversos grupos que no comparten necesariamente los mismos valores sociales y culturales. Es ante esta realidad que el derecho guatemalteco debe implementar el diálogo para mantener el bien común.



En una sociedad posmoderna en la que no se aceptan modelos absolutos, en la que sectores minoritarios de la sociedad pueden y tienen el derecho de poseer sus propios valores sociales y culturales el papel del derecho debe ser de carácter inclusivo.

En algunas poblaciones, especialmente indígenas, el poder estatal es incapaz de mantener el respeto de la ley y se cede a tradiciones propias del lugar, contrariando muchas veces, las garantías constitucionales actuales. Ante esta situación se va fortaleciendo el relativismo jurídico en la que se aplica la ley irregularmente para unos y no para otros.

El relativismo jurídico surge cuando las personas obedecen solo las leyes que le favorecen, sin pensar en el beneficio común y sin tomar en cuenta la obligatoriedad de las mismas. Un sistema de derecho vigente mas no positivo no puede legitimarse.

De acuerdo a lo establecido por la Ley del Organismo Judicial en el Artículo 3: Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario, sin embargo, en la realidad muchas comunidades no observan lo establecido por el derecho, sino por sus propias costumbres. El reto que se presenta a todo Estado es cómo mantener un sistema jurídico para tantas realidades, costumbres y prácticas presentes en el país.

Un país como Guatemala que está compuesto por diferentes pueblos: xincas, garífunas, mayas y no mayas, cada uno con sus propias costumbres, valores y

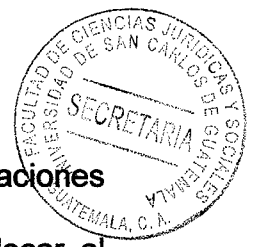


cosmovisiones. Cómo conseguir leyes que respondan a la realidad en todo el territorio nacional. En la posmodernidad estas voces antes desatendidas cobran nueva fuerza.

De acuerdo a la historia en el Siglo XX en Guatemala, las voces de las minorías que pretendían ser escuchadas se aplacaban utilizando la fuerza, a veces política, otras veces militar. En la actualidad cada vez más se escuchan estas otras fuentes de historia, pueblos que reclaman un lugar en el pensamiento de todos, que se manifiestan con toda su riqueza cultural, con sus costumbres y que se hace imposible no prestarles atención

El relativismo jurídico ante los valores de la sociedad actual llevará a una convivencia social insostenible por lo que es necesario y de vital importancia para todos los sectores de la sociedad guatemalteca dialogar sobre cómo incluir al derecho consuetudinario en el sistema jurídico vigente en una relación de paridad y no de subordinación. Es inadmisibles negar la existencia del derecho consuetudinario, es necesario plantear la manera en que los dos sistemas puedan convivir complementariamente, ocultar la problemática o ignorarla seguirá promoviendo la falta de capacidad del Estado para hacer respetar el sistema jurídico que sostiene su organización.

El derecho consuetudinario ha coexistido junto al derecho positivo vigente desde la época de la colonización. Persiste por obra de la costumbre y trasciende el sistema jurídico por estar arraigado en lo más profundo de la cultura de los pueblos indígenas.



Es un sistema ordenado en el que se toman en cuenta necesidades y situaciones reales que muchas veces no son contempladas por el sistema estatal. Colocar al derecho consuetudinario al mismo nivel que el derecho vigente lejos de debilitar las instituciones de derecho fortalecería el sistema jurídico pues se trata de un sistema jurídico social por excelencia.

El derecho vigente que el Estado ha producido no es capaz de alcanzar todas las realidades que se dan en la coyuntura actual, especialmente en las comunidades indígenas, es ahí donde encuentra el espacio de aplicación la costumbre, pues regula comportamientos específicos de los grupos sociales que sería imposible regular desde el derecho vigente, son costumbres que si bien es cierto carecen de formalidad jurídica escrita, son aplicadas en la vida de las personas que conforman los pueblos indígenas.

Las nuevas posturas del derecho positivo deberán advertir la necesidad del reconocimiento de los derechos indígenas, como estructuras de derecho válidas, así como la legitimidad de sus órganos aplicadores de justicia, de lo contrario se corre el riesgo de quedarse varados en el desuso y en el entredicho de tener un derecho vigente mas no positivo o en el peor de los casos acrecentar la inconsistencia existente entre el derecho y la realidad.

El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos del derecho. Las estructuras y el procedimiento en que se fincan los sistemas de derecho



indígena, se sustentan como una normalización *ad hoc* a la racionalidad indígena por cuanto que es eficaz en su aplicación al ajustarse a los patrones culturales de cada pueblo.

El Estado debe encontrar a través del diálogo la manera de respetar las costumbres de los pueblos originarios de Guatemala y hacer valer el derecho que rige las relaciones sociales entre todos los guatemaltecos.

El Estado debe hacer valer el derecho en todo el territorio nacional, pero a la vez debe respetar el derecho de las personas de regirse de acuerdo a sus costumbres, de lo contrario la situación generará un relativismo jurídico que producirá una deslegitimación del derecho vigente, el derecho debe evolucionar una vez más y encontrar el balance que mejor favorezca a todos. El Estado es el primer garante de los derechos, por tal razón debe encontrar la forma de respetar los derechos y costumbres de todos los habitantes.

La posmodernidad es un movimiento cultural que abre las puertas a que nuevos sectores de la sociedad encuentren formas de expresión propias. Uno de los principales valores de la posmodernidad es la tolerancia por lo diverso. La sociedad está cambiando y el derecho debe adecuarse a esos cambios.

La falta de capacidad para la observancia del derecho en todo el territorio nacional en la posmodernidad por parte del Estado llevará a la sociedad a un relativismo jurídico,



irrespeto de la ley y de las autoridades, lo que si no se resuelve a tiempo tendrá como consecuencias conflictos sociales que terminarán desestabilizando al Estado en sus bases.

Es necesario que se comience con mesas de diálogo en el que participen todos los sectores, instituciones, organizaciones y representantes de las comunidades para profundizar en la forma en la que puede incluirse al derecho consuetudinario en la legislación guatemalteca de una manera más activa.

Es a través del diálogo como las autoridades estatales se pueden, acercar a las necesidades de los ciudadanos con el fin de que estos puedan presentar propuestas, a fin de defender sus costumbres y derechos.

Guatemala es un país que se compone por muchos pueblos y es necesario replantear por medio del diálogo nuevas estrategias para una búsqueda del bien común. Es deber de todos los guatemaltecos, pero especialmente de los juristas promover acciones que resulten en la evolución del derecho para una mejor convivencia social en Guatemala.

El fin del derecho es regular y ordenar las relaciones entre las personas, sin embargo, las personas no son entes aislados e inmutables, son entes en un continuo devenir que se adaptan a cambios climáticos, sociales, económicos y políticos. En sistema de



derecho que pretenda legislar sin evolucionar está destinado al fracaso, a caer en el desuso y a ser normas escritas que, aunque estén vigentes no se cumplirán.

#### **4.5. Consideraciones finales**

En la investigación se realizó un análisis de como la crisis del derecho en una sociedad posmoderna deviene de la poca inclusión que se ha dado a todos los sectores que componen la sociedad guatemalteca.

Es necesario que se convoquen mesas de diálogo para discutir la forma de que el sistema jurídico estatal evolucione y se convierta en un sistema representativo de todos los sectores sociales que conforman el Estado de Guatemala.

Se estableció que la no inclusión de todos los sectores, terminará por la no aplicabilidad del derecho en todo el territorio y que en el contexto de la posmodernidad cada comunidad tiene el derecho de ser escuchada y respetada en sus costumbres y tradiciones.

Se realizó un análisis de la posmodernidad y de la sociedad posmoderna, la cual tiene características propias como la globalización y los medios masivos de comunicación que presentan una enorme cantidad de información y plantean el reto de no aceptar verdades absolutas, ni un único punto de vista.





Se considera importante que se comience con las mesas de diálogo que es un primer paso para la consolidación de un sistema jurídico más inclusivo, que respete y promueva los valiosos aportes del derecho consuetudinario a la aplicabilidad del derecho en todo el territorio nacional.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El derecho debe responder a los cambios sociales para evitar un relativismo jurídico que provoque un sistemático irrespeto a la ley y a sus autoridades. La crisis del derecho en una sociedad posmoderna radica en que la legislación actual no responde a las necesidades que atraviesan algunas comunidades del país al no tomar en cuenta las costumbres y tradiciones de los pueblos, por lo que encuentra cierta resistencia para su aplicación, pues las personas confían más en el derecho consuetudinario que en el derecho vigente.

Esta crisis radica en que la sociedad que se pretende legislar está atravesando por cambios profundos derivados de las corrientes de pensamiento mundial. Una cultura de tolerancia ante los diferentes fenómenos sociales que antes se acallaban con el poder del Estado; una sociedad en la que todos parecen tener su propia verdad y en la que la hermenéutica cada vez parece tener más campo. Cómo puede el derecho responder a tantas verdades, más aún cómo puede el derecho legitimarse cuando ya no se acepta como sinónimo del bien común.

Ante la amenaza del relativismo jurídico, se hace necesario comenzar el diálogo entre las autoridades y los representantes de los pueblos indígenas a fin de analizar los elementos que provocan la crisis del Estado en la posmodernidad y conseguir la evolución del derecho actual a un sistema jurídico más inclusivo y representativo de todos los sectores de la sociedad guatemalteca.





## BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GÁLVEZ, Juan Alfredo. **La "Ética de la Interpretación", de Gianni Vattimo, en el contexto de la posmodernidad.** <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/galvez54.pdf> (Consultado: 14 de octubre de 2017)
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** Guatemala: Editorial Estudiantil Fenix, 2016.
- ESQUIT, Edgar; Iván García. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz.** Guatemala: FLACSO. 1998.
- ESTRADA PÉREZ, Ruth Margarita. **El concepto de posmodernidad en Gianni Vattimo.** (Tesis para optar al grado de licenciatura). Guatemala: USAC. 2014.
- FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. **La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica.** <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R16896.pdf> (Consultado: 22 de mayo de 2018).
- FUENTES DESTARAC, Mario. **Derecho consuetudinario. La costumbre debe ser probada.** <https://elperiodico.com.gt/opinion/2017/02/27/derecho-consuetudinario> (Consultado: 22 de julio de 2018).
- ITURRALDE, Diego. **Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena a la modernización.** Grandes Temas de la Antropología Jurídica (págs. 237-248). Morelos, México: RELAJU. (octubre de 2006).
- LÓPEZ LÓPEZ, E. Liliana. **El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho.** Umbral: Revista de derecho constitucional, I (4), 272. (junio-diciembre de 2014).
- LYOTARD, Jean. **La Condición postmoderna; informe sobre el saber.** Madrid: Ediciones Cátedra S.A. 1987.
- PÉREZ GARCÍA, Carlos Enrique. **El derecho consuetudinario indígena en el área Ch'orti', del municipio de Jocotán, del departamento de Chiquimula.** (Tesis para optar al grado de licenciatura). 2007.



PÉREZ PORTO, Julián; María Merino. **Definición de derecho.**  
<https://definicion.de/derecho/> (Consultado: 15 de enero de 2018).

RIVERA CLAVERIA, Carlos Enrique. **Introducción al desarrollo histórico del derecho en Guatemala.** (Tesis para optar al grado de licenciatura). Guatemala: Universidad San Carlos de Guatemala. 1993.

ROSAS TORRES, Damián. **Derecho y sociedad: Dimensión valorativa.**  
<http://www.ilustrados.com/tema/9507/Derecho-Sociedad-Dimension-valorativa.html> (Consultado: 20 de febrero de 2018)

SAJBOCHOL GÓMEZ, Santos. **El pluralismo jurídico en Guatemala.** (R. Barreno, Ed.) Reporte Político (14), 89. (enero-junio de 2016).

SIERRA, María Teresa. **Usos y desusos del derecho consuetudinario indígena.**  
<http://www.redalyc.org/pdf/159/15904403.pdf>. 1993. (Consultado: 04 de agosto de 2018).

SLICK, Matt. **¿Qué es el relativismo?** <http://www.miapic.com/qu%C3%A9-es-el-relativismo>. (Consultado: 18 de noviembre de 2018).

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Derecho consuetudinario indígena en América Latina.** Grandes temas de la antropología jurídica. Morelos, México: RELAJU. (octubre de 2006).

UNIVERSIDAD DE MURCIA. **funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista.** Murcia, España: Secretariado de publicaciones, 1992.

VAN COTT, Donna. **Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina.** Grandes temas de la antropología jurídica (págs. 207-233). Morelos, México: RELAJU. (octubre de 2006).

VATTIMO, Gianni. **El fin de la modernidad.** (A. Bixio, Trad.) Barcelona: Editorial Gedisa S.A. 1987.

VATTIMO, Gianni. **Posmodernidad: ¿una sociedad transparente?**  
<http://www.fadu.edu.uy/estetica-diseno-i/files/2016/08/vattimo-gianni-posmodernidad-una-sociedad-transparente.pdf> (Consultado: 14 de Julio de 2018).



ZAMBRANO TORRES, Alex R. **El derecho en la mente de Platón.**  
<https://alexzambrano.webnode.es/products/el-derecho-en-la-mente-de-platon>  
(Consultado: 01 de Julio de 2018).

**Legislación:**

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

**Ley del Organismo Judicial.** Congreso de la República de Guatemala, 1989.

**Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,** 1996.

**Creación de juzgados comunitarios.** Corte Suprema de Justicia. Acuerdo 1-98, 15 de enero de 1998.

**Observancia del sistema jurídico indígena en coordinación con el sistema jurídico oficial.** Corte Suprema de Justicia. Circular Cámara Penal 7-2012, 23 de abril de 2012.

**Constitución Política de la República de Nicaragua.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Estatuto de autonomía de las regiones de la costa caribe de Nicaragua.** Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, 2016.

**Estatuto de las comunidades indígenas.** Ley 904/81. Congreso de la Nación Paraguaya, 1981.