

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff, surrounded by various symbols including a crown, a lion, and architectural elements. The Latin text "ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CÆTERAS VRBIS CONSPICUA CAROLINA" is inscribed around the perimeter of the seal.

**INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN
LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO
INDEBIDO DEL TIPO PENAL**

JOSÉ LUIS PUAC QUEL

GUATEMALA, MAYO DE 2022

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

**INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN
LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO
INDEBIDO DEL TIPO PENAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ LUIS PUAC QUEL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2022

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIA:	Licda.	Evelyn Johanna Chevez Juárez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic.	Samuel Antonio Arriola Bejar
Vocal:	Lic.	Erick Giovanni Ramazzini Santos
Secretaria:	Licda.	Edna Karina Amaya Santos

Segunda fase:

Presidente:	Lic.	Edson Waldemar Bautista Bravo
Vocal:	Licda.	Heidi Johana Argueta Pérez
Secretario:	Lic.	Nelson René Rivas Ruíz

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



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
PRIMER NIVEL EDIFICIO S-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de datos
FECHA DE REPOSICIÓN: 10/02/2021

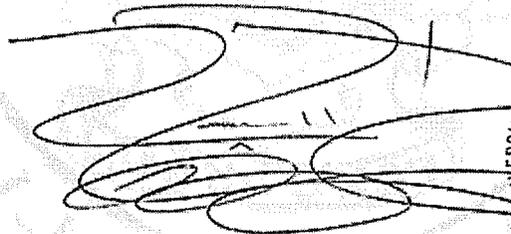


Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 25 de octubre del año 2019

Atentamente pase al (a) profesional **JUAN GEREMIAS CASTRO SIMON**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **José Luis Puac Quel**, con carné **201402045** intitulado **INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO INDEBIDO DEL TIPO PENAL**. Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

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

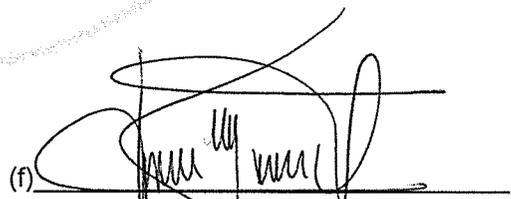
Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
GUATEMALA, C. A.

Lic. Gustavo Bonilla
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción: 10 / 02 / 2021

(f) 

Asesor(a)

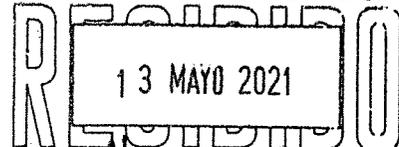
(Firma y Sello)

Juan Geremias Castro Simón
Abogado y Notario



Guatemala abril de 2021

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS:

Hora: _____

Firma: _____

Jefatura de Unidad de Asesoría de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Jefatura de Unidad de Asesoría de tesis

Respetuosamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que he cumplido con la función de asesor de tesis del bachiller JOSE LUIS PUAC QUEL, intitulado **INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO INDEBIDO DEL TIPO PENAL**, en virtud de lo analizado me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- En relación con el tema investigado considero que contiene elementos técnicos-científicos, debido a que el tema abordado evidencia una serie de conflictos agrarios y ambientales en comunidades mayas indígenas, específicamente en el parque Nacional Laguna Lachúa Cobán Alta Verapaz.
- La metodología cumple con los pasos necesarios en la educación, como técnicas principales de investigación se utilizaron: la bibliográfica y la observación; así como los métodos de investigación deductivo e inductivo, por medio de los cuales se estableció que existe una vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y un evidente uso indebido del tipo penal.
- La relación de este trabajo es adecuada y jurídicamente correcta; asimismo, se cumplió el objeto principal consistente en evidenciar una serie de conflictos históricos que varias comunidades mayas indígenas atraviesan como consecuencia de la vulneración de principios constitucionales y la interpretación errónea del tipo penal de usurpación en áreas protegidas.
- Con la investigación se comprobó la hipótesis, debido a que se estableció una serie de elementos que efectivamente evidencia la vulneración de derechos humanos garantados de los pueblos indígenas, esto como consecuencia de la vulneración de principios constitucionales y la aplicación indebida del tipo penal de usurpación en áreas protegidas, en casos determinados.
- La redacción de este trabajo es adecuada y jurídicamente correcta.
- La contribución científica de la tesis se centra en garantizar el reconocimiento de los pueblos mayas indígenas como ente susceptible de obtener derechos con relación a las tierras que históricamente poseen, así como el vínculo espiritual que mantienen con los bienes naturales. Ello haciendo la interpretación debida de principios constitucionales.
- La conclusión discursiva es congruente con el contenido del trabajo tesis, así mismo, genera aporte al conocimiento del estudio del derecho.



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

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

Juan Geremias Castro Simon.
Abogado y Notario
Asesor de Tesis
Colegiado: 13374

Juan Geremias Castro Simón
Abogado y Notario

Reposición por: CORRECCIÓN DE DATOS
Fecha emitida: noviembre 2021

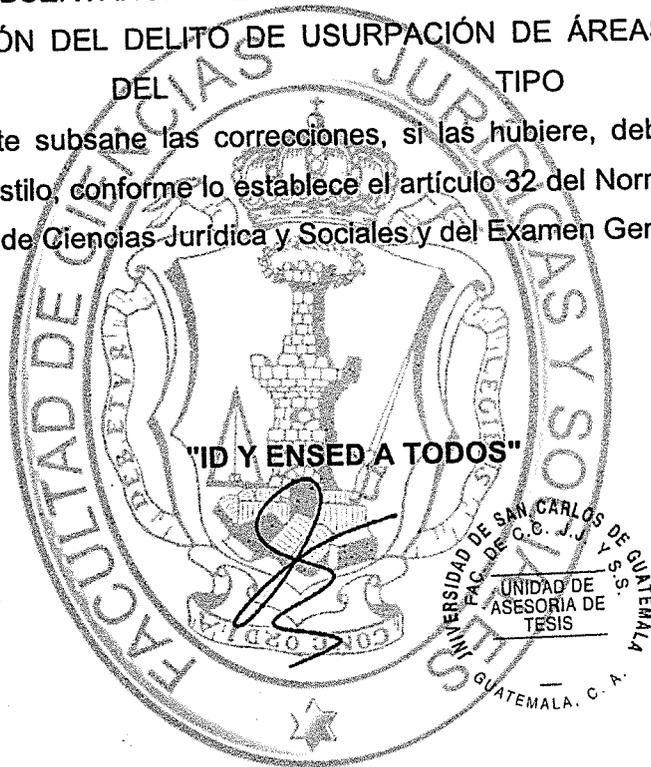


USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
13 de mayo de 2021.

Atentamente pase a Consejero de Comisión de Estilo, CONSUELO VELÁSQUEZ REYES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante JOSÉ LUIS PUAC QUEL, con carné número 201402045, intitulado INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO INDEBIDO DEL TIPO PENAL. Luego de que el estudiante subsane las correcciones, si las hubiere, deberá emitirse el dictamen favorable de comisión de Estilo, conforme lo establece el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de la Licenciatura de Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público.



Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



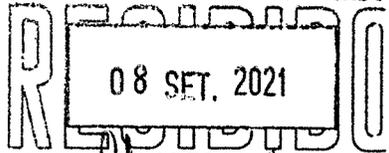


Guatemala, 8 de septiembre de 2021

Doctor Carlos Hebertito Herrera

JEFE DE UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

Hora:

Firma:

Estimado Dr. Herrera:

Por este medio me permito expedir DICTAMEN EN FORMA FAVORABLE respecto de la tesis de JOSÉ LUIS PUAC QUEL, cuyo título es "INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO INDEBIDO DEL TIPO PENAL".

La estudiante realizó todos los cambios sugeridos, por lo que a mi criterio, la misma cumple con todos los requisitos establecidos en el Normativo respectivo para que le otorgue la orden de impresión correspondiente.

Atentamente,

ID Y ENSEÑAD A TODOS

Licda. Consuelo Delacruz Reyes

Consejera de Comisión de Estilo

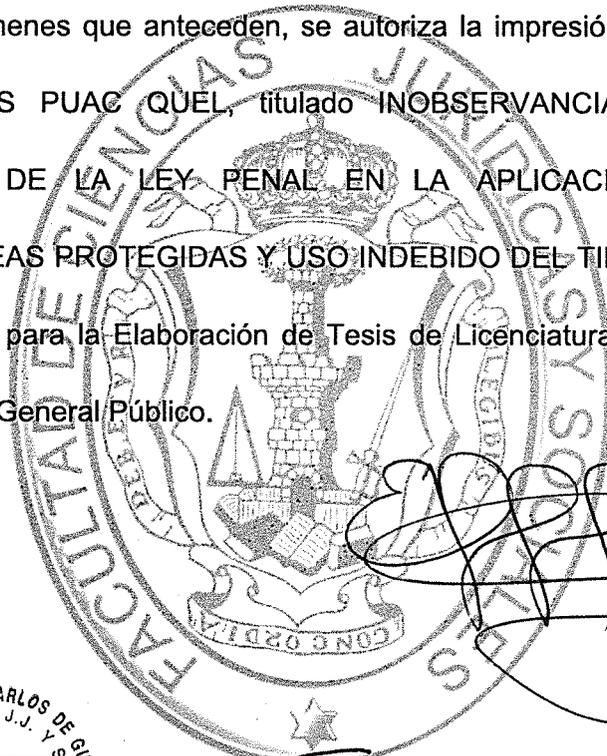


USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

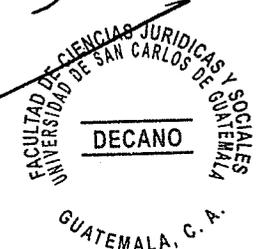


Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Ciudad de Guatemala, veintidos de noviembre de dos mil veintiuno.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ LUIS PUAC QUEL, titulado INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE USURPACIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y USO INDEBIDO DEL TIPO PENAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.



CEHR/IPTR.





DEDICATORIA

A DIOS:

Fuente de mi inspiración, que con su bendición hoy me permite dar un paso más hacia mi sueño.

A MIS PADRES:

Santos Quel Tícun, Gustavo Adolfo Puac Soc, a quienes debo mis logros, pues con su ayuda incondicional, continúo avanzando hacia mi gran sueño.

A MIS HERMANOS:

Elva, Sergio, Edgar, Irma, Hugo y Paola Puac Quel por ser mi ejemplo, a quienes les debo la felicidad de la vida e inspiración a seguir luchando.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por ser el centro de estudios donde me he formado como profesional; por permitirme ser parte de la Tricentenaria.

A:

La facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, mi eterno agradecimiento por ser pilar fundamental de mi formación profesional.



PRESENTACIÓN

La presente tesis que planteo, busca evidenciar la errónea interpretación de principios constitucionales, para solucionar problemas históricos desatendidos por el Estado guatemalteco, por lo que tiene un enfoque Constitucional. Conflicto que ha generado una serie de violación sistemática de Derechos Humanos a Pueblos Indígenas y en este caso a Mayas Q'eqchi's. Como consecuencia de la naturaleza del problema planteado, en la misma fue necesario realizar la investigación de forma cuantitativa y cualitativa, tal como se observará en el transcurso de su lectura. El contexto diacrónico se basa en la comunidad indígena mayas Q'eqchi' Xyaalkobe' del municipio de Cobán, Alta Verapaz; en cuanto al contexto sincrónico se centra del año 2014-2018.

El objeto principal del estudio es evidenciar que en Guatemala se legislan leyes ordinarias, sin reconocer con sujetos de derechos a las Comunidades Indígenas. Dicho planteamiento se concreta en la ley de áreas protegidas, en la que las autoridades competentes realizan una serie de interpretaciones que violentan principios constitucionales, como el de irretroactividad de la ley penal, en el delito de usurpación. Con ello se pretende aportar argumentos académicamente a estudiantes y profesionales de las Ciencias Jurídicas, en la correcta interpretación y análisis de principios Constitucionales, para así obtener la certeza del Estado de derecho.



HIPÓTESIS

El derecho penal ha sido utilizado como instrumento del Estado guatemalteco para la solución de conflictos agrarios y ambientales en territorios indígenas declarados áreas protegidas. Pues distintas instituciones competentes como lo son CONAP, Ministerio Público y órganos jurisdiccionales, han encuadrando en el delito de usurpación en áreas protegidas la posesión historia de la comunidad indígena Q'eqchi' xyaalkobe', quienes han vivido históricamente en el parque Nacional Laguna la Chúa, incluso dichas instituciones accionan de tal manera inobservando principios constitucionales como lo es la irretroactividad de la ley. Esta situación ha generado en la comunidad indígena xyaalkobe' desconfianza a las instituciones competentes que protegen el medio ambiente y en quienes aplican justicia, pues han criminalizado las formas tradicionales de vida de esta comunidad, contrario sensu en los últimos años se están concediendo licencias a empresas de proyectos extractivos para aprovecharse de los recursos naturales. Esto evidencia la exclusión que sufren las comunidades indígenas y la violación de sus derechos humanos.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La investigación comprueba la hipótesis formulada, con base a los resultados obtenidos al utilizar los métodos analítico, inductivo y deductivo. Siendo evidente la comprobación de la hipótesis formulada la cual señala la actual inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y uso indebido del tipo penal, efectivamente se ha establecido una serie de violación o agravios a Derechos Humanos hacia los pueblos indígenas. Dichos agravios se concretan al hacer uso erróneo de legislación guatemalteca, incluso inobservando principios constitucionales; por ende, es necesario que la institucionalidad guatemalteca que tiene como competencia abordar conflictos en donde están implicados los pueblos indígenas; debe tomar en consideración el contexto histórico, cultural, social y político y no únicamente aplicar el derecho penal como solución.

En virtud de ello, en la investigación se utilizaron los métodos: analítico, sintético, deductivo e inductivo; además que para establecer las condiciones en que actualmente viven los comunitarios de Xyaalkobe' fue necesario realizar una visita de campo. Posteriormente a la documentación e investigación y en base a los métodos indicados, se pudo establecer que efectivamente la hipótesis planteada al inicio fue comprobada, toda vez que se pudo determinar que la comunidad ha sido excluida y criminalizada por la institucionalidad Estatal; por lo tanto, se les han violentado una serie de Derechos Humanos.



ÍNDICE

Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional, derecho penal y el delito de usurpación.....	1
1.1. Derecho Constitucional.....	1
1.1.1. Historia Constitucional.....	4
1.1.2. Antecedentes de la Constitución guatemalteca.....	6
1.1.3. Concepto.....	9
1.1.4. Definición.....	9
1.1.5. Principios.....	10
1.2. Derecho penal.....	15
1.2.1. Concepto.....	16
1.2.2. Finalidades.....	17
1.2.3. Principios.....	17
1.2.4. Características.....	20
1.3. Delito de usurpación.....	21
1.3.1. Antecedentes.....	22
1.3.2. Definición.....	24
1.3.3. Elementos.....	27

CAPÍTULO II

2. Posesión histórica de la comunidad Indígena Q'eqchi' Santa María Xyaalkobe', en territorio Lachúa; y la criminalización en el uso indebido del derecho penal y en el tipo de Usurpación en Áreas Protegidas.....	29
2.1. Antecedentes Antropológicos.....	29
2.1.1. Comunidad Indígena Q'eqchi' Xyaalkobe'.....	32

2.1.2. Valor cosmogónico de la tierra, como hijos de la madre tierra	34
2.1.3. Formas propias de organización	36
2.2. Criminalización.....	39
2.2.1. Características	41
2.2.2. Elementos	42
2.2.3. Fines de criminalización	43
2.2.4. El uso del derecho penal como mecanismo para la solución de conflictos agrarios y ambientales	43
2.2.5. Uso indebido del derecho penal y el tipo penal de usurpación	46

CAPÍTULO III

3. Aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en el delito de usurpación en áreas protegidas; derecho ambiental y de posesión	51
3.1. Principio constitucional de irretroactividad de la ley penal.....	51
3.1.1. Carácter irretroactivo del delito de usurpación	55
3.1.2. La debida exegesis.....	59
3.2. Derecho ambiental.....	61
3.2.1. Relación espiritual de los pueblos indígenas con los recursos naturales..	63
3.2.2. Análisis de las leyes ambientales de México y Perú, con enfoque en pueblos indígenas.	65
3.2.3. Progresividad legislativa en las legislaciones de Mexico y Perú	67
3.3. Derecho de posesión histórica de las comunidades indígenas	69
3.3.1. Antecedentes y definición.....	72



CAPÍTULO IV

Pág.

4. Inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y uso indebido del tipo penal	75
4.1. Conflictividad agraria y ambiental	75
4.1.1. Análisis de la Ley de Áreas Protegidas Decreto número 4-89.....	78
4.1.2. Parque Nacional Laguna Lachúa	81
4.1.3. Análisis de la exclusión del sujeto histórico de derecho en el Decreto número 4-89	82
4.2. Evidente violación al principio de irretroactividad de ley penal y el uso indebido del tipo penal de usurpación de áreas protegidas.....	85
4.3. Análisis de inconstitucionalidad de ley en el tipo penal de usurpación en áreas protegidas, por violentarse el principio de irretroactividad de la ley penal, reconocido en la Constitución.....	85
CONCLUSIÓN DISCURSIVA	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de una serie de conflictos históricos, relacionados a la exclusión, estigmatización y discriminación hacia los pueblos indígenas en los avances legislativos, es que nace el planteamiento de la presente investigación. Su importancia se basa en evidenciar un problema agrario y ambiental no atendido correctamente por el Estado de Guatemala, pues el único mecanismo de solución que utiliza es el uso indebido del derecho penal e inobservando principios constitucionales. Esto con el fin de aportar argumentos teóricos, doctrinarios y jurídicos a estudiantes y profesionales al momento de analizar casos prácticos en las que se persiguen penalmente a comunidades indígenas bajo el delito de usurpación en áreas protegidas.

La hipótesis planteada fue comprobada y se validó que para solucionar la inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y uso indebido del tipo penal es necesario acudir a órganos jurisdiccionales cuya competencia radica en atender conflictos de esta naturaleza quienes pueden emitir fallos de constitucionalidad en caso concreto y así generar doctrina legal.

El objetivo general que busca la presente investigación es determinar las consecuencias negativas que genera la inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y uso indebido del tipo penal. Dichos argumentos se centrarán principalmente en la comunidad Q'eqchi' Xyaalkobe', pero también busca centrar un precedente para los pueblos mayas de Guatemala.

El contenido capitular que desarrolla la investigación se estructura con los siguientes capítulos: en el primero, se estudia el derecho constitucional, derecho penal y el delito de usurpación; en el segundo, se centra en la posesión histórica del territorio de los Indígena



Q'eqchi' de Xyaalkobe'; así como la criminalización que genera el mal uso del derecho penal y el tipo penal de usurpación; en el tercero se estudia y se analiza la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en el delito de usurpación en áreas protegidas, derecho ambiental y de posesión y para finalizar con el capítulo cuarto, sobre el análisis de la conflictividad agraria y ambiental en territorios de comunidades indígenas declaradas protegidas y propuestas sobre la posible solución al problema.

Los métodos utilizados fueron: el analítico, el sintético, el inductivo y el deductivo. La técnica utilizada fue la bibliográfica. Mismo que fueron fundamentales para desarrollar cada una de los argumentos.

Es importante que los argumentos vertidos en la investigación sean analizados, discutidos y debatidos por los estudiantes de las facultades de ciencias jurídicas del país, así mismo por los profesionales en las ciencias jurídicas. Esto con el propósito de fomentar la academia en dichos profesionales. Con ello se lograría sentar precedentes importantes en el país con relación a dichos conflictos, esto con el fin de instar a los órganos jurisdiccionales competentes que, al momento de aplicar la justicia, se haga dentro de un marco de legalidad. Igualmente, instar al Congreso de la República de Guatemala para que, al momento de legislar, reconozca una serie de elementos culturales, políticos, sociales relacionados a los pueblos indígenas.

Insto a los estudiosos de las ciencias jurídicas que dicho planteamiento sea leído, analizado y debatido, pues la investigación contiene argumentos novedosos y fundamentados, que pueden ir superándose a medida que se cuestionen.



CAPÍTULO I

1. Derecho constitucional, derecho penal y el delito de usurpación

El desarrollo de este capítulo se enfocará en analizar y aportar conceptos fundamentales sobre el derecho constitucional, como norma que se encuentra en el péndulo del sistema jurídico guatemalteco y del derecho penal como ordinaria que yace de la constitución. La importancia de ello, radica en que previo a desarrollar el problema planteado, es necesario que se tenga claro las teorías, principios y garantías que reconocen estas normas jurídicas. Así mismo, se abordan los antecedentes históricos de cada una de las instituciones, esto con el objetivo de comprender el desarrollo de los avances que el Derecho ha obtenido, hasta consolidarse como un Estado de Derecho, con su fin supremo que es el bien común.

1.1. Derecho Constitucional

El derecho Constitucional guatemalteco es la norma suprema del ordenamiento jurídico del Estado, tiene por objeto fundamental el estudio de la Constitución Política de la República de Guatemala y de la legislación ordinaria que de él se derive, la regulación y reconocimiento de derechos humanos fundamentales inherentes a las personas, así mismo el estudio de las garantías constitucionales. La Constitución Política de la República se enmarca en la estrecha división entre las ciencias Jurídicas y Política, por



lo que el análisis e interpretación que debiera hacerse de ella, deben considerarse ciertos principios políticos y la implicación que estas tienen en la sociedad.

“El Derecho Constitucional estudia las instituciones y categorías jurídico-políticas relativas a la organización del Estado, el ejercicio, competencias, relaciones y controles del poder público adscrito a un territorio y población determinados; así como los derechos, obligaciones y garantías de las personas vinculadas con dicho cuerpo político.”¹ Considerando que es imposible agotar la totalidad de las definiciones del derecho constitucional, pues hay diferentes puntos de vista e ideologías, así mismo la realidad social está en constante movimiento y el contexto jurídico y político va cambiando contrastantemente. No obstante, es importante resaltar algunas particularidades infaltables para definir esta área del derecho.

Entre las principales particularidades podemos afirmar que es conjunto de normas jurídicas, teorías, doctrinas y principios constitucionales que se encuentran en la cúspide de un ordenamiento jurídico, es decir que resulta siendo la fuente de donde nacen las normas de menor jerarquía (normas ordinarias), pues al confrontarse una norma ordinaria con la constitución, está siempre prevalece. También podemos mencionar con certeza que es conocida como el conjunto de normas que regula la organización y estructuración jurídica y política de un Estado de derecho, constituida para que las personas que vivan

¹ García Toma, Víctor. **Teoría del Estado y derecho Constitucional**. Pág. 203.



en una sociedad armonicen sus relaciones sociales y así obtener la paz social y la añorada justicia.

Así mismo el autor Luis Carlos Sáchina acertadamente afirma que esta rama del derecho tiene implicaciones políticas y se encuentra en la cúspide del ordenamiento, “Como parte de la ciencia jurídica, el derecho constitucional se ocupa de fijar la naturaleza de unas normas que no derivan de otras normas y, por lo mismo, son pura decisión política. Las normas constitucionales son normas de normas, las normas según las cuales se producen las demás normas del orden jurídico. Se trata de las reglas que señalan la competencia de las competencias y, con ello, son normas de organización del orden jurídico y del Estado que las pone en acto.”²

La Constitución Política de la República de Guatemala está estructurada en tres partes entre ellas están: la dogmática, orgánica y la procesal o pragmática. En la primera parte están reconocidos los derechos y garantías fundamentales individuales y sociales que el Estado de Guatemala está en la obligación de proporcionar a los habitantes; aunque en Guatemala estas garantías son violentadas constantemente, entre ellos podemos mencionar el derecho vida digna, justicia, salud, educación, la igualdad, entre ellas está el acceso la tierra una garantía fundamental. La parte orgánica regula todo lo referente a la organización y estructuración política del Estado. Para concluir está la parte pragmática la cual establece las garantías constitucionales y los principios procesales.

² Sáchina Luis Carlos. **Constitucionalismo y derecho Constitucional**. Pág. 6.



Importante concluir que todo el sistema jurídico guatemalteco se deriva de la Constitución Política de la República de Guatemala y que entre estas debe existir armonía y concordancia, de resultar contradictorias, las normas de mejor jerarquía carecen de certeza jurídica. Al respecto Juan Francisco Flores Juárez establece que: "...las normas que desarmonizan con la Constitución, al ser denunciadas, serán sometidas a procesos y, una vez establecida su disconformidad, en el fallo que se profiera, se declarara su nulidad. Al hablar de enjuiciamiento, necesariamente se alude al proceso jurisdiccional cuya finalidad es solucionar conflictos de interés mediante una sentencia."³ Por lo tanto, si en determinado momento se llegare a violentar las garantías constitucionales reconocidas, es necesario para mantener la paz social, acudir a la justicia constitucional y reivindicar su superioridad.

1.1.1. Historia Constitucional

Las diversas constituciones han sido normativas que han existido desde tiempos muy antiguos, pues las sociedades siempre están en la búsqueda de organizarse política, jurídica y socialmente. "Data de tiempos muy remotos, surge tardíamente en la civilización, más existieron figuras incipientes como estructuras jurídicas de poder como sucedió en China, Egipto, Roma y en ciudades griegas."⁴ La necesidad de regirse bajo normas constitucionales ha hecho que con el paso de tiempo se vayan plasmando por

³ Flores Juárez Juan Francisco. **Constitución y justicia Constitucional**. Pág. 83

⁴ <https://es.scribd.com/111382978/Historia-y-Evolución-del-Derecho-Constitucional-a-nivel-Universal>. (Consultado: 1 de septiembre de 2019)



escrito. Posteriormente en el año 1215 fue impulsada la Carta Magna por Juan sin tierra (rey de Inglaterra 1199-1216), los obispos y los barones sublevados de Inglaterra con el objetivo de construir la paz por las arbitrariedades impuestas por la corona.

La Carta Magna es considerada como uno de los primeros avances hacia el constitucionalismo, está reconociendo principalmente derechos eclesiásticos, pero lo más importante a resaltar es el papel que jugó en cuanto a las limitaciones que le imponía a la Corona, como una forma de protección a los sublevados. Posteriormente surgieron nuevas Cartas Inglesas y cada vez más reconociéndose nuevos derechos. En la época de las monarquías, el aporte y lo que significó lo escrito por Nicolás Maquiavelo, Jean Bodino y Tomás Hobbes, posteriormente con la segunda oleada de pensadores como John Locke y Kant, fueron avances significativos para la época. Luego se da el surgimiento de las tendencias del Estado Liberal. "el tránsito hacia el estado liberal fue largo y su advenimiento fue producto de una complicada maraña de formaciones sociales."⁵ Cada constitución fue adaptando diferentes tendencias en determinadas épocas históricas, basándose en las ideologías aportadas por distintos pensadores.

En el continente americano también surgieron grandes aportes al constitucionalismo, pues en el año 1787 en Filadelfia surge la primera Constitución Moderna. Esta pretendía establecer una nación independiente de la Corona Inglesa, y fundarse como una nación constitucionalista libre e independiente; interesantemente esta constitución aun sigue en vigencia. "Uno de los aspectos más importantes de su contenido y sobre todo de su

⁵ Flores Juárez Juan Francisco. **Op. Cit.** Pág.55

sentido es quizá que la Declaración resume una filosofía política que será la que oriente hacia el futuro el entendimiento de los derechos fundamentales en Estados Unidos, conformando de esa manera el influyente “modelo americano de derechos”, que hoy en día es quizá el que mayor interés pueda tener desde la óptica del derecho constitucional comparado”⁶

Otro de los acontecimientos constitucionales importante en América, se fraguó en el país vecino, en Querétaro México (entre 1916-917). Este instrumento jurídico supremo trabajó en fortalecer un sistema jurídico que reconociera derechos para los campesinos y trabajadores, uno de sus grandes aportes es que impulsó, fue la manera de prever un sistema de propiedad comunal de la tierra a las comunidades indígenas cuyo medio de subsistencia se basaba en la agricultura. La promulgación de esta constitución impuso un avance significativo para América Latina principalmente para Guatemala pues en contexto social y cultural de las comunidades indígenas son similares.

1.1.2. Antecedentes de la Constitución guatemalteca

El origen del derecho constitucional, según el Doctor García Laguardia, deriva de la Constitución de Bayona, sin embargo, se sabe según la historia constitucional que la misma no tuvo una positividad, y que fue una imposición de la corona española, ya que buscaba la organización del Estado sobre ideales donde el rey ostentaba el poder absoluto. En las asambleas de discusión de creación de este instrumento Don Francisco

⁶ Carbonell, Miguel. **Historia Constitucional y derecho comparado.** Pág. 42



Antonio Cea fue el representante del reino de Guatemala. Así mismo en el año mil 1812, desde España se lanza una convocatoria sustentada con el Decreto 22 de enero de 1809, con el fin de conformar Cortes para la discusión de la nueva constitución de la Monarquía Española, para sustituir a la anterior.

Otro acontecimiento de trascendencia fue en la etapa independiente, inicios de 1821 hasta 1825. Entre estos períodos se promulgaron dos constituciones una con carácter federal, la cual regía a todos los países que conformaron la Unión Centroamericana. Posteriormente el 11 de octubre de 1825 se promulgó la Constitución Política de la República de Guatemala, hay que enfatizar que en esta se reconoció la división de poderes. Al disolverse la federación Centroamericana en el 1838 la historia constitucional guatemalteca se basó de tendencias conservadoras en la cual la división de poderes se vio afectada pues se buscaba centralizar nuevamente el poder.

Con el inicio de la Reforma Liberal en el año 1871, trajo al país nuevas ideas de reformas Constitucionales, por lo que un año posterior en 1872 se convoca a una Asamblea Constituyente, sin embargo, el contexto social era conflictivo, pues había diferentes confrontaciones de intereses e ideologías. Fue hasta en el año 1878 que Justo Rufino Barrios convocó nuevamente a Asamblea Constituyente dando así origen a la ley Constitutiva de la República de Guatemala, esta estuvo vigente hasta la revolución del año 1944.



En la época de la Revolución 1944-1954, se promulgó una nueva Constitución, este acontecimiento resultó aceptado de cierta manera para las clases desposeídas, la población veía como una solución a tantas arbitrariedades de los gobiernos anteriores. Juan Francisco Flores expone algo interesante a resaltar: “posibilitó la inserción de Guatemala en el marco del Constitucionalismo Social, tendencia que pretendía a la ampliación de funciones estatales aplicándolas en diversos campos de la actividad societaria. Esta posición sustenta que el ente Estatal no debe limitarse a garantizar la libertad e igualdad de los individuos, sino que debe concretar cierto control en la vida económica del país, a fin de evitar la marginalidad de los grupos ajenos al poder económico.”⁷

Después de una pletórica y enriquecedora historia del constitucionalismo guatemalteco, la cual concluye con la actual constitución que entró en vigencia en el año 1895, la que varios autores han expuesto que es una de más desarrolladas y tutelares de Latinoamérica. Este vino a derogar la del año 1965 que como aporte fundamental para mantener el orden constitucional dio origen el primer tribunal de control Constitucionalidad. A lo largo de 55 años dicho tribunal y posteriormente la Corte ha jugado un papel fundamental hasta en nuestra actualidad, pues con sendas sentencias ha defendido el orden constitucional.

⁷ Juan Francisco Flores. **Op. Cit.** Pág. 64.



1.1.3. Concepto

A lo largo de la Historia el Concepto Constitución hacía referencia a una norma suprema que va aunado a la ciencia política. En el caso de la antigua Grecia, según Enrique Álvarez Conde expone: “Normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernado, esta norma suprema se identifica con la ley divina”⁸. En el caso del Imperio Romano, Romeo Sánchez Ferris menciona que la ciudad romana tiene en su origen características muy similares a las de la *poli griega*, con la diferencia que Roma había conciencia de la *res pública* que es del pueblo, esta hacía énfasis en la distinción del derecho público y privado.

1.1.4. Definición

“La ley de mayor jerarquía dentro del Estado, inspirada en principios liberales o sociales, o en ambas categorías de principios. En ella se establece, en primer lugar, el fin para el que se organiza el mismo; se reconocen los derechos y garantías de los habitantes (derechos humanos); se instaura la estructura y forma de funcionamiento de sus organismos y diversas instituciones; y se instituyen las garantías y mecanismos para hacer valer los derechos establecidos, en armonía con el interés social, y los medios de defensa del orden constitucional”.⁹ Los elementos que resalta dicho autor, se ven

⁸ Jefferson, Thomas. **Op. Cit.** Pág. 302

⁹ Pereira Orozco, Alberto. **Derecho constitucional.** Pág. 130.



reflejados en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que dicha definición resulta siendo muy completa.

“Es una rama del derecho público; un conjunto de normas jurídicas que organiza el Estado, una disciplina científica integrante de la ciencia política, cuyo objeto es la organización de los poderes del Estado, la declaración de los derechos individuales y colectivos, y las instituciones que los garantizan, el estudio y sistematización de las manifestaciones y el ordenamiento de las relaciones de poder. Se dedica al estudio de la organización política y el funcionamiento del Estado, la esfera de competencia de las autoridades del Estado y las instituciones políticas que constituyen el soporte de la vida estatal.”¹⁰ Entre las diversas definiciones que podríamos citar, estas comúnmente concluyen que esta área del derecho se concentra en analizar y controlar las garantías fundamentales de cada ciudadano, así como la forma de gobierno y la regulación de poderes.

1.1.5. Principios

En la ciencia del derecho un principio es un considerada una proposición tan clara que se admite sin demostración, sobre las cuales se construyen las teorías jurídicas. En el caso del derecho constitucional, los principios que construyen sus distintas instituciones son trascendentales para su interpretación. Es necesario hacer la diferencia con las garantías constitucionales ya que estas instituciones son procedimentales para la

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 7



protección a favor de individuos. A continuación, los principales principios constitucionales:

a. Principio de supremacía Constitucional:

Consiste en la preeminencia normativa de la constitución sobre cualquier ley o tratado. Es decir, este principio es fundamental para un Estado de Derecho como el guatemalteco, su aplicación es necesaria, pues para mantener el orden social es necesario que se respete su contenido, por lo que los tribunales, jueces y autoridades deben de aplicar de preferencia sobre cualesquiera otras normas, así mismo las particulares tienen el deber de acatar y cumplir las disposiciones constitucionales.

En la Constitución Política de la República en sus Artículos 44 y 175 claramente establece que la constitución está en la cima del ordenamiento jurídico guatemalteco y que ninguna norma inferior puede disminuir, restringir o tergiversar los derechos Constitucionales. También en el Artículo 135 numeral b regula que es un deber de los guatemaltecos velar el cumplimiento de la Constitución de la República. Así mismo el Artículo 204 Constitucional hace referencia a que los tribunales de justicia juegan un papel fundamental para mantener el control Constitucional, razón por la cual, por mandato Constitucional se obliga a que toda resolución o sentencia que emitan, obligadamente observarán el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.



b. Principio de control:

La relación que tiene este principio con la de supremacía es amplia. Pues no es suficiente afirmar la superioridad de la constitución y que la misma reconoce derechos humanos fundamentales; si no hay mecanismo que garanticen la efectividad de su cumplimiento, frente a cualquier particular o ente gubernamental que la violentare. Los mecanismos y procedimientos de control constitucional para someter los actos gubernamentales arbitrarios son los siguientes:

- Control político

Este control no es precisamente jurídico pues su interpretación no se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional, sino hace referencia a la división de poderes y funciones entre los tres organismos. Ejemplo de ello, es la interpelación que ejercen los diputados al congreso o el derecho a vetar que tiene el presidente Constitucional de la República, etc.

- Control jurídico

Este control está dirigido directamente a los tribunales de justicia pues al emitir resoluciones o sentencias deberán observar obligatoriamente la supremacía constitucional. Así mismo en este tipo de control es en donde se hacen valer las garantías constitucionales como el amparo, la inconstitucionalidad de leyes y la exhibición personal.



c. Principio de limitación

Es importante destacar la función de este principio, pues si bien la Constitución Política de la República es destacada como una de las más desarrolladas en latinoamericano, es necesario que la misma regule las formas de limitar todas aquellas acciones de los particulares o funcionarios que violentaron los derechos constitucionales. La limitación se puede observar de las siguientes maneras: Limitación al poder público, para que no restrinja o vulnere los derechos subjetivos de los particulares y la limitación a los derechos particulares para que estos no se extralimitan en sus acciones, así mismo en las situaciones en que se haga necesario limitarlos por los conflictos social, como lo es el caso de los estados de calamidad entre otros.

d. Principio de funcionalidad

Para entender de mejor manera este principio es importante citar el Artículo 141 constitucional que regula: "Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos, es prohibida". Por lo que la función de este principio es destacable porque establece las condiciones de la estructura y funcionamiento del Estado, es por ello que se encarga de hacer valer el respeto a la división de poderes, con el objeto de impedir la concentración de poderes sin que ello limite la cooperación funcional entre ellos.



e. Principio de irretroactividad de la ley:

Este principio busca que se garantice la certeza jurídica y la legalidad del sistema jurídico guatemalteco en la aplicación de justicia de los distintos órganos jurisdiccionales, en Guatemala se aplica principalmente en derecho Penal. Este principio es reconocido en la mayoría de legislaciones en el mundo, cuyo contenido establece que las leyes al momento de nacer a la vida jurídica se aplican a acciones futuras, en otras palabras, no pueden interpretarse en sentido retroactivo, es decir en el momento en que entre en vigencia una norma, esta no puede aplicarse en comportamientos anteriores a su vigencia.

Claus Roxin hace una interpretación interesante de este principio, la cual establece: “La prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídico por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente escandalosos”.¹¹ La debida observancia de este principio por parte de los órganos jurisdiccionales competentes resulta ser como una exigencia y una necesidad para los guatemaltecos, pues con ello se lograría tener certeza jurídica a las leyes positivas, de no ser así se estaría violentando la legalidad del sistema jurídico.

¹¹ Roxin, Claus. **Derecho penal general. España, civitas.** Pág. 161



Este principio es de suma importancia, incluso está consagrada en la Constitución Política de la República en su Artículo 15. "Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en material penal cuando favorezca al reo", así mismo en el Artículo 17. Establece que "No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones y omisiones que no estén calificados como delito o falta y penados por ley anterior a su perpetración." Incluso en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 11 numeral 2 establece que: "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional."

1.2. Derecho penal

El control que ejerce derecho penal en la sociedad ha sido una medida útil en determinados casos para mantener el orden y la paz social, aunque este no es el único medio efectivo para la solución de conflictos sociales. Por naturaleza un sistema jurídico debería tener como objetivo fundamental la tranquilidad social, y el derecho penal resulta ser la última instancia para la solución de conflictos que atenten contra la paz y armonía social. Históricamente han existido otros medios para obtener la tranquilidad social como lo son la iglesia, la familia e incluso el sistema educativo. Jurídicamente esta área del derecho es esencialmente positiva, por lo que tiende a desarrollar y delimitar los elementos que lo constituyen entre ellos los principales como el *ius poenale* y el *ius puniendi*.



1.2.1. Concepto

El concepto penal deriva del latín *Poena* que significa “castigo”. Sin duda hay una infinidad de definiciones, por lo que abarcar la totalidad de ellas es imposible, sin embargo, hay autores que desarrollan su contenido de manera más técnica y pletórica. Por ejemplo, para Francisco Pavón Vasconcelos establece: “Es el conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social.”¹²

“El conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley. De la noción anterior se colige que el derecho penal pretende preservar un equilibrio que dé seguridad a los miembros de la sociedad.”¹³ Las anteriores definiciones abarcan los elementos necesarios para comprender el objeto de estudio del derecho penal. Sin embargo, esta ciencia del derecho es muy amplia y está en constante cambio, por lo que adentrarse al estudio de ella, se desarrollarían distintas teorías. Pero lo que es innegable es que esta ciencia se desarrolla dentro del área pública y quien tiene el monopolio de su aplicación es el Estado, es decir este tiene la obligación de respetar las garantías constitucionales en los procesos en donde se dilucida la posible culpabilidad de las personas que corrompen la tranquilidad social.

¹² Pavón Vasconcelos, Francisco. **Manual de derecho penal mexicano**. Pág.17

¹³ Amuchategui Requena, Griselda. **Derecho penal**. Pág. 13.



1.2.2. Finalidades

Se tiene como fin del derecho penal la protección de los bienes jurídicos tutelados. Así mismo se entiende como bienes jurídicos a los valores protegidos por el Estado, y el contenido de estos bienes son: la vida, seguridad, igualdad, alimentación etc. la cual está obligado a reconocerles a sus habitantes. Para la protección de estos bienes, se han creado distintos instrumentos jurídicos, entre ellos precisamente el derecho penal.

1.2.3. Principios

La clasificación de los principios que rigen como pilares del derecho penal es muy amplia, por lo que su estudio debe ser muy minucioso. algunos autores los dividen en tres grandes grupos como lo son: principio de intervención, legalidad y culpabilidad, estas con sus respectivas su sub-clasificación. También es necesario resaltar que hay clasificaciones específicas para el delito, la pena y el proceso penal. La que desarrolla el autor Rubén Urizar Razo es una de las más acertadas para poder identificarlas y aplicarlas a la justicia penal:

a) Principio de legalidad

Este principio surgió como una demanda desde las revoluciones liberales, con el fin de limitar el poder del Estado en su aplicación del *Ius Puniendi*. Este ha tenido un gran desarrollo a lo largo de la historia en las distintas legislaciones latinoamericanas, hasta llegar a ser reconocido como derecho humano por la Corte Interamericana de Derechos



Humanos y sobre todo ha sido ampliamente desarrollada la jurisprudencia de dicha Corte. Esta está regulada en el Artículo 9 de la Convención Americana. En la legislación guatemalteca la importación que tiene en el proceso penal es de suma importancia, pues su debida observancia es trascendental para la aplicación de la justicia.

La Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 17 establece: "No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración." Igualmente, el código penal guatemalteco reconoce este principio desde su artículo primero, esto por lo fundamental que debe ser su observancia, la cual establece: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley." Como consecuencia de ello, su aplicación en el proceso penal es necesaria e importante.

b) Principio de prohibición de retroactividad de la ley penal en perjuicio del reo

También conocida como principio de irretroactividad de la ley penal, esta se encuentra reconocida en la Constitución Política de la República de Guatemala. En su Artículo 15 establece: "Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo", este se encuentra íntimamente relacionada a los principios legalidad y de certeza jurídica, pues garantiza que respeten las normas o tipos



penales previamente existentes. De no respetarse esta garantía, ningún ciudadano tendría la plena confianza del sistema jurídico guatemalteco.

Este principio estipula sobre la prohibición de aplicar una ley desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de un tipo penal, también se debe resaltar la importancia de que los jueces y tribunales competentes deben de observar los procedimientos previamente existentes. Cabe destacar que pretende garantizar la aplicación de tipos penales a acciones u omisiones a hechos ocurridos durante el imperio o vigencia de un tipo penal, es decir nunca se aplica en sentido retroactivo. Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido: “el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible,”¹⁴ Esta interpretación ha sido importante para el sistema interamericano de justicia pues la misma Corte ha citado dicho principio en varias sentencias entre las más importantes es la del caso de Liakat Ali Alibus vs. Surinam.

c) Principio de subsidiariedad

“El derecho penal protege solo aquellos bienes jurídicos más importantes y estrictamente indispensable para el mantenimiento del orden social, por ellos, se dice que el derecho penal es de última ratio (última razón), o sea, subsidiario de otras ramas del Derecho, cuando éstas no logren la protección correspondiente. Es fragmentario porque selecciona

¹⁴ Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo reparaciones y costas. Pág. 175



los bienes jurídicos más relevantes a proteger penalmente.”¹⁵ Actualmente en Guatemala se hace uso indebido del derecho penal, pues habiendo otras formas para mantener el orden social, comúnmente se acude directamente a la vía penal, sin agotar procedimientos previos que bien podría solucionar el problema.

La aplicación de este principio en el derecho penal, es indispensable, pues su importancia radica en determinar que, ante conflictos sociales, existen otros mecanismos para dilucidar una solución a un problema social, antes de hacer uso de la forma violenta del Estado, como lo es el caso de Proceso penal. Este también es denominado con el término última *ratio* proviene del latín, y se traduce como la última razón, la más alejada, o la más remota, y se debe entender como el último recurso, para lograr un determinado objetivo. Según Luzón Peña, Binder afirma que, en función de este principio: “si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto”

1.2.4. Características

- a. **Es un área del derecho público:** El Estado es quien crea los tipos penales para la protección del bien común, así mismo es quien hace uso del *Ius Puniendi* si se llegare a corromper la paz social.

¹⁵ **Ibíd.** Pág. 59

- b. **Es sancionador:** Este principio indica que el derecho penal se relaciona con los delitos, penas y las medidas de seguridad.

- c. **Es aplicador:** Esto indica que el derecho penal se aplica a toda persona que cometiera una acción u omisión la cual está constituida como delito.

- d. **Preventivo:** Este principio es fundamental para el derecho penal, pues previo a imponer penas y medidas de seguridad, el Estado debe buscar mecanismos funcionales para prevenir el uso del *ius puniendi*, Este se relaciona con el principio de subsidiariedad, pues el derecho penal se debe usar en última instancia es decir en última *Ratio*.

- e. **Rehabilitador:** Esta característica del derecho penal establece que se deben buscar mecanismos para rehabilitar a todo sujeto condenado por algún delito, con el fin de que este no vuelva a delinquir.

1.3. Delito de usurpación

La importancia de este delito, se basa en el conocimiento de la propiedad privada, como principio fundamental reconocido en la Constitución Política de la República. Pues el bien jurídico protegido es "el patrimonio", circunstancia que garantiza a todo cuidado el resguardo de sus bienes, penando a quienes de forma ilegítima, violentamente o controvertida, busquen desapoderar un derecho real. Bajo este presupuesto es que se



debe analizar los alcances de este tipo y partiendo de ellas surgen diversas teorías. En el caso en donde el elemento pasivo es el Estado y el sujeto activo comunidades indígenas, el análisis debe tener un enfoque distinto, el cual se desarrollará en este apartado.

1.3.1. Antecedentes

La historia del concepto usurpación se desarrolla juntamente con el nacimiento del concepto propiedad. En el caso en particular sobre bienes inmuebles, según José Miguel Jiménez París en su tesis doctoral, expone que sus antecedentes más remotos se sitúan en la antigua Grecia y Roma, en los pueblos de estos imperios, fundamentados en la religión, se le dio a la propiedad territorial características primitivas, como la individualidad, inalienabilidad, a la inviolabilidad al dominio. El doctor De Mata Vela y Aníbal de León establecen que el antecedente más antiguo de la tipificación del delito de usurpación se encuentra en la legislación de España, se encontraba regulada en el Fuero Juzgo, en la ley segunda. En cuanto al ordenamiento jurídico guatemalteco, fue hasta el año 1936 que se tipificó como delito, estaba contenida en el decreto No. 2164 de la Asamblea legislativa.

Los vigentes tipos penales referentes a la usurpación, surgen en el marco de los Acuerdos de Paz. En el caso de tipos regulados en el código penal nacen en el año 1996 con las reformas impulsadas por el Decreto 33-96, en el mismo año, la Ley de Áreas Protegidas sufrió reformas y en la misma surge el delito de usurpación en áreas



protegidas. Este acontecimiento resultó siendo un mecanismo de represión ante la conflictividad agraria, pues el país atravesaba el largo conflicto armado interno, generada como consecuencia de la falta de certeza y reconocimiento de tierras comunales y ancestrales de los pueblos indígenas, es decir el origen del conflicto fue la falta de legislación agraria idónea.

Interesante mencionar que dichas reformas fueron impulsadas por ciertos sectores económicamente poderosos del país. Esto como un mecanismo de protección a la propiedad privada, ante la supuesta invasión a la propiedad que realizaban comunidades indígenas desposeídas de tierras; este argumento ha sido ampliamente cuestionado. Así mismo es interesante que dichas reformas se hayan concretado en el marco de los acuerdos de paz, cuando ya se había aprobado el acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria. Este hecho pudo darse por los intereses que protegían quienes gobernaban en la época. El contexto de despojo sistemático de tierras de pueblos indígenas ha sido causa de desplazamientos constante de muchas comunidades y la colonización de territorios como sucedió en el Petén.

En dicho contexto es que nacen a la vida jurídica los vigentes tipos penales de usurpaciones, como un mecanismo para la protección de la propiedad privada. Pues ello favoreció únicamente a los sectores de la población que acaparan grandes extensiones de tierra, evidenciando que aún persiste una conflictividad agraria fuerte en Guatemala, en donde las comunidades indígenas son las más afectadas. Es por ello la necesidad de



legislar normas ordinarias en la cual se desarrolle el Artículo 67 constitucional, en donde se reconocen las formas especiales y colectivas de tenencia de la tierra.

1.3.2. Definición

En Guatemala la propiedad privada está reconocida en la Constitución Política de la República en el Artículo 39, esta preceptúa que: "Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana" sin embargo esta no delimita los alcances del término propiedad privada, pues la propiedad comunal y la posesión ancestral de las tierras de las comunidades indígenas, podría ser una forma especial de propiedad. En base a esta garantía constitucional, el Decreto Número 17-73 del Congreso de la República Código Penal vigente, en su libro segundo, título sexto y capítulo tercero contiene una serie de tipos penales cuyo bien jurídico tutelado es el patrimonio. En este capítulo están contenidos los delitos de: usurpación, usurpación agravada, alteración de linderos, perturbación de la posesión y usurpación de aguas.

En el Artículo 256 establece: "Comete delito de usurpación quien, con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícitos, despojarse o pretendieron despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo, o quien, ilícitamente, con cualquier propósito, invada u ocupe un bien inmueble." El principal presupuesto de dicho tipo penal es la propiedad que se tiene sobre un inmueble o derecho real, pues al ser ocupada o despojada por una persona que no tuviere este derecho, encuadraría en dicha acción. Sin embargo, los presupuestos jurídicos son de



amplia interpretación, por ejemplo, cuando se menciona posesión o tenencia se entiende que hace referencia a territorios aún no titulados en el Registro de la Propiedad, como es el caso de las comunidades indígenas que históricamente han posesionado sus territorios sin realizar las inscripciones correspondientes.

En Guatemala también existen otras leyes ordinarias donde está tipificado este delito. El Decreto Número 4-89 del Congreso de la República, Ley de áreas Protegidas, desde el año 1996 tiene regulado este tipo penal, este delito busca ser un mecanismo de protección al patrimonio natural de la nación. De hecho, esta ley es la primera norma ordinaria que regula específicamente en áreas protegidas, previo a ella no exista una norma específica, pues regían otros instrumentos que regulaban algo relacionado, como ejemplo de ello está la reserva de la Biosfera Maya que desde los años 70 se declaró como reserva protegida por medio del decreto 1286, ley del FYDEP. Así mismo, dicha ley nace como resultado de tratados internacionales referentes al resguardo del medio ambiente como la de Estocolmo y la Rio de Janeiro.

En ese contexto nace a la vida jurídica este delito regulado en el Artículo 82. Bis. La cual establece: "Usurpación a Áreas Protegidas. Comete delito de usurpación a áreas protegidas quien, con fines de apoderamiento, aprovechamiento o enriquecimiento ilícito, promoviere, facilitare o invadiere tierras ubicadas dentro de áreas protegidas debidamente declaradas. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cuatro a ocho años y multa de tres mil a seis mil quetzales." Importante mencionar que



Guatemala ha entrado en conflicto con comunidades indígenas que posesionan en dichos territorios, como lo es el caso de Santa María *Xyaalkobe'*.

Varios de los asentamientos de comunidades indígenas en la Franja Transversal del Norte y en el Departamento de Petén, se dieron por políticas agrarias que empezaron a regir desde los años de 1970. En el caso de Petén fue el Decreto 1286 que impulso el Empresa de Fomento y Desarrollo del Petén -FYDEP- y en la Franja Transversal de Norte fue el Instituto Nacional de Transformación Agraria -INTA- y posteriormente en la Dirección General de Asuntos Agrarios -DGAA-, quienes se tenían como mandato la regularización de tierras y la colonización de dichas regiones. Muchas comunidades desplazadas en el conflicto armado interno, aprovecharon dichas políticas para sentarse e intentaron regularizar tierras. Interesantemente estas regiones son las que actualmente sufren mas persecución penal bajo los delitos de usurpación de fincas.

Al respecto Liza Grandia en su trabajo titulado *Tz'aptz'ooqeb'* establece que: "El gobierno contrarrevolucionario de Guatemala lanzó dos ambiciosos planes de colonización a finales de los años '50s, los cuales coincidieron con las mismas regiones a las que había migrado los *q'qchi's*. el primero, el INTA (Instituto Nacional de Transformación Agraria) se enfocaría en colonizar la Costa Sur y una Franja que atravesaba el país de este a oeste, justo al sur de Petén. El segundo. El Fomento y Desarrollo del Petén -FYDEP-, debía enfocarse exclusivamente en Petén. Aunque separados por la burocracia (el FYDEP rendía cuentas a la presidencia y el Ministerio de la Defensa, mientras que el INTA era parte del Ministerio de Agricultura)."



1.3.3. Elementos

Importante resaltar que, al momento de encuadrar un hecho delictivo, se deben determinar los elementos básicos del tipo, las cuales son: los sujetos, bien jurídico y la acción. En el caso del delito de usurpación en áreas protegidas tenemos las siguiente: los sujetos que intervienen podemos establecer al activo que podría ser cualquier particular que realiza la acción y el pasivo sería el Estado quien es el titular del bien jurídico. En el caso del elemento objetivo, serían los territorios o tierras inscritos a nombre de Estado, con gran riqueza de flora y fauna. Así mismo, la acción del tipo está compuesta de los verbos rectores que sería promover, facilitar o invadiera, y en base a ello determinar la finalidad y el ánimo del actuar del sujeto.

Analizado el contexto en el que surgen los tipos penales de usurpación, el bien jurídico tutelado, los elementos y sujetos que intervienen en la acción, habría que cuestionar si la posesión y la tenencia histórica de la tierra que ejercen las comunidades indígenas, encuadraría en delitos de usurpación. Al hacer un análisis amplio y crítico de lo que implica la posesión y tenencia histórica de tierra de las comunidades indígenas, efectivamente habría diversos elementos y argumentos que discutirse sobre la correcta tipificación de dichos delitos en los pueblos originarios ejercen sus propias formas colectivas de tenencia de la tierra.

Igualmente, al analizar la aplicación del tipo penal en áreas protegidas se debe considerar, al sujeto histórico como lo son los pueblos indígenas, y su relación con los recursos naturales, pues se ha comprobado que estos han preservado y protegido dichas



áreas. Al respecto la Comisión Mundial de Áreas Protegidas (CMAP) ha establecido: "(...)"
ahí donde los pueblos indígenas están interesados en la conservación y utilización en formas tradicionales de sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos, y sus derechos humanos fundamentales les son reconocidos, no debería surgir ningún conflicto entre los derechos e intereses de dichos pueblos indígenas y los objetivos de las áreas protegidas. Más aún, las áreas protegidas formalmente establecidas pueden proporcionar un medio para reconocer y garantizar los esfuerzos de muchas comunidades de pueblos indígenas y de otros pueblos tradicionales que, a través de su cultura, han protegido durante largo tiempo áreas tales como grutas y montañas sagradas."

El presente capítulo tiene por objeto resaltar que se han abordado los puntos necesarios, para poder introducir los siguientes temas. El objetivo de la misma es resaltar que vivimos en un Estados de derecho que es resultado una larga y épica historia, con el fin de lograr el bienestar social sin exclusión alguna. Sin embargo, la misma aún sigue siendo un reto para el Estado de Guatemala, pues hay varios sectores de la población que no cuentan con las garantías mínimas que reconoce la Constitución, tal es el caso de la comunidad indígena; si bien existen normas ordinarias que tratan de desarrollar las garantías mininas, hay que ser enfático en que no atienden el problema de fondo. Por lo tanto, la proyección para lograr un pleno Estado de derecho, sigue latente.



CAPÍTULO II

2. Posesión histórica de la comunidad Indígena Q'eqchi' Santa María Xyaalkobe', en territorio Lachúa; y la criminalización en el uso indebido del derecho penal y en el tipo de usurpación en áreas protegidas

La comunidad étnica Q'eqchi' en Guatemala es parte de un conjunto de pueblos de ascendencia maya, quienes llevan dentro de sí una herencia cultural milenaria, La mayor parte de los hablantes del idioma Q'eqchi' vive al norte del país, concentrándose en el departamento de Alta Verapaz y extendiéndose desde el departamento de Quiché, en el Occidente, hasta el departamento de Izabal, departamento de Baja Verapaz el departamento de Petén.

2.1. Antecedentes antropológicos

Los asentamientos de los actuales pueblos mayas-indígenas, ejercían sus dinámicas de territorialización históricamente desde la época conocida como Mesoamérica. A pesar de los constantes movimientos migratorios y despojos violentos, estos pueblos han preservado a lo largo de su historia las prácticas comunitarias, sus relaciones políticas, económica y culturales entre comunidades, así mismo a pesar de las constantes asimilaciones culturales que han sufrido, estos han sabido mantener su cultura y conocimiento de sus ancestros especialmente la espiritualidad y el profundo respeto que le guardan a los bosques y la tierra.



En el caso de los pueblos mayas *q'eqchi'* Álvaro Caballeros al respecto menciona que: “Para el caso *q'eqchi'* diversos autores coinciden en identificar su asentamiento en la zona norte del país, en una zona privilegiada rodeada de cerros, selva y ríos que facilitaron la exploración y expansión territorial hacia otros territorios, especialmente durante el siglo XVI (Sapper, 1998; Arnauld, 1995). De igual forma, el Río Chixoy, Polochic y Cahabón facilitaron su expansión territorial hacia las tierras bajas de El Petén y Alta Verapaz” (sic).¹⁶ Actualmente el pueblo indígena maya *q'eqchi'*, habitan en los territorios que hoy conforma parte de los Departamentos de Alta Verapaz, Baja Verapaz, Izabal y Parte del Quiché y Petén.

“Lingüísticamente, el idioma *q'eqchi'* está emparentado más de cerca con otros idiomas mayas del altiplano cercano, como el *K'iche'*, el *kaqchikel* y el *mam*, antes de la conquista española, se cree que los antiguos *q'eqchi'*s vivieron en su mayoría a unos 1500 metros de altura en los alargados valles donde hoy en día se encuentran Tactic y San Cristobal, y entre Cobán y San Pedro Carchá.... Se sabe poco más sobre la organización política de los antiguos *q'eqchi'*s, salvo que una de las razones por las que a los españoles les resultó difícil conquistarlos pudo ser que su organización era menos jerárquica que de las ciudades-Estado más poderosas, como las que gobernaban los *K'iche'*s y otros grupos del altiplano.”¹⁷ Esta investigación realizada por la doctora Grandía, es un aporte fundamental para determinar las relaciones históricas de este grupo maya indígena.

¹⁶ Caballeros Álvaro. **Despojo territorial y movilidad Q'eqchi': perspectiva histórica y dinámica actuales.** Pág. 206

¹⁷ Grandía, Liza. **Tzàp`ptz`ooqeb' El despojo recurrente al pueblo q'eqchi'.** Avancso. Pág 3



Dicho territorio en donde aún permanece el aguerrido pueblo maya *q'eqchi'* sufrió una fuerte desestabilización en sus formas de organización social, política y culturalmente con la llegada de la invasión española. La tarea de colonización y administración de este territorio fue delegada a la orden dominicana. “La reducción de las poblaciones *q'eqchi'* se concentró en tres pueblos principales de Cobán, Carchá y Chamelco. Los tres se encuentran a distancias cercanas y forman una especie de triángulo en la región central *q'eqchi'*. Para su creación se llevaron poblaciones de todas las regiones de la Verapaz conforme eran reducidas, principalmente *q'eqchi'* y *ch'ol*.”¹⁸

El pueblo maya *q'eqchi'* históricamente es quien más espacio territorial han posesionado en Guatemala, quizá por sus dinámicas migratorias, sin embargo, las reducciones de pueblos de indios bajo sistema español afectaron de manera negativa el concepto de territorialización. Estos se vieron en la obligación de abandonar la tierra donde producían el sustento familiar y la relación espiritual con los cerros y montañas. Otro gran momento en que el pueblo *q'eqchi'* se vio en la obligación de huir de sus tierras y cerros, fue con el nacimiento del Registro General de la Propiedad en el marco de la Reforma Liberal, con estas políticas lo que se pretendía era convertirlos en mozos al servicio de los finqueros.

En el caso del Departamento de Alta Verapaz, su población está conformada en su mayoría por mayas *q'eqchi'*s, aunque es evidente su permanencia histórica en el territorio, es una región del país con fuertes conflictos agrarios. “Aunque las verapaces

¹⁸ Vásquez Monterroso Diego. **La construcción de un AMAQ' moderno: los copones, Ixcán Quiche.** Pág.38



estuvieron a cargo de los dominicos durante el período colonial, de todos modos, los *q`eqchi`s* se vieron obligados a pagar tributos a la Corona española. El desarrollo de fincas cafetaleras y bananeras en tierras *q`eqchi`s* luego de la independencia hizo efectivamente extensivos estos “tributos” a otras nacionalidades como las casas exportadoras alemanas”¹⁹

2.1.1. Comunidad Indígena Q`eqchi` Xyaalkobe`

En el caso de esta comunidad *q`eqchi`*, se puede determinar que ha posesionado históricamente en las tierras bajas que corren al poniente del municipio de Cobán, Departamento de Alta Verapaz. En los años 70 el INTA en el territorio hace una primera declaratoria del Parque Nacional Laguna Lachúa y se le califica como una reserva natural del Estado, en este momento *Xyaalkobe`* y otras comunidades quedaron como colindantes de la reserva del lado Norte. Cuando nace a la vida jurídica el Decreto 2-89, esta reserva se amplió y en el 2001 CONAP hace la inscripción correspondiente, y en la misma quedan sumergidas varias comunidades.

Según trabajo de campo, se pudo constatar que actualmente viven alrededor de cincuenta y dos familias todas mayas *q`eqchi`*, entre ellas noventa y tres son personas adultas, no tienen datos exactos de cuántos niños y niñas habitan en la comunidad pues no ha sido censados por la institucionalidad competente. Así mismo *Xyaalkobe`* colinda con otras comunidades *q`eqchi`* entre ellas la que mayor relevancia tiene por relaciones

¹⁹ *Ibíd.* Pág.42



de comerciales es Salacuim quienes a finales del año setenta, fueron reconocidos como comunidad y logran legalizar sus tierras en el Instituto Nacional de Transformación Agraria (INTA).

En trabajo de campo realizado en noviembre del año 2019, las personas mas ancianas hacían mención que sus abuelos hicieron los trámites respectivos para buscar el reconocimiento de la comunidad y la legalización de sus tierras ante las autoridades competentes. Así mismo exponían que en determinado momento el Instituto Nacional de Transformación Agraria reconoció y legalizó treinta y siete caballerías de tierra a la comunidad. Sin embargo, todos los documentos con lo cual acreditaban la propiedad fueron desapareciendo y quemados por el ejército en el marco del conflicto armado interno, cuando violentamente fueron despojados y desalojados de sus tierras y sus pertenencias, estas acciones las realizaron los miembros del ejército.

En cuanto a la permanencia y posesión histórica de la comunidad el antropólogo Diego Vásquez Monterroso menciona: "La región de Lachuá, así como todo el territorio de «tierra caliente» al poniente y noroccidente de Cobán se fue repoblando progresivamente desde mediados del siglo XVIII, aunque nunca de una forma masiva. Los movimientos masivos de población se dieron durante el siglo XX, y dentro de estos están aquellos que se asentaron dentro y en las márgenes de lo que ahora es el área protegida de Lachuá. Las comunidades de *Xyaalkobe'*, *Sajobche* y *Secokpur* son también parte de una misma trayectoria *q'eqchi'* que - tal y como dominico de la Chica mencionaba en 1819 -



consideraban toda esa porción de territorio como «de Cobán», al igual que las famosas salinas cerca de la actual Playa Grande (antes conocida como Cantabal) (sip.)”²⁰

Así mismo continúa manifestando que “En el área inmediata de Lachuá no existe una memoria oral tan antigua, pero, al igual que Los Copones, una serie de referencias documentales entre 1780 y 1910 permiten validar la idea de que la región ha estado poblada por gente *q’eqchi’* desde al menos el siglo XVIII, y anteriormente por habitantes Ch’ol, familiares de los primeros.” Y como conclusión establece que: “Las comunidades asentadas en las cercanías – *Xyaalkobe’*, *Sajobche* y *Secokpur*, entre otras - pueden tener una temporalidad variable, pero forman parte de un mismo territorio *q’eqchi’* desde hace, al menos, dos siglos y medio.”²¹

2.1.2. Valor cosmogónico de la tierra, como hijos de la madre tierra

En trabajo de campo realizado en noviembre del año 2019 en la comunidad de Santa Maria *Xyaalkobe’*, en conjunto con los líderes comunitarios y las personas ancianas se discutió sobre la relación espiritual que se tiene con la tierra y los cerros. Como primer antecedente se estableció que estos han heredado la tierra de sus abuelos quienes les han enseñado a convivir en armonía con ella, pues las prácticas de agricultura que realizan son compatibles con los recursos naturales, comúnmente siembran el maíz, frijol, árboles frutales como el plátano, manías, aguacate, papaya, achiote, chile y la piña, todo

²⁰ Vásquez Monterroso Diego. **Historia cultural de los Q’eqchi’ en Lachuá, Cobán, Alta Verapaz (siglos XV-XX), peritaje histórico-antropológico.** Pág. 24

²¹ *Ibid.* Págs. 25, 27



esto es para el sustento diario para las familias, igualmente siembran cardamomo, para comercializar.

Así mismo expusieron que cuentan con un cementerio antiguo en donde entierran a sus abuelos. Juan Adilio Chen expuso: “somos una comunidad antigua, estamos antes de que naciera el CONAP, contamos con un cementerio antiguo en donde están nuestros abuelos, quienes nos heredaron la tierra en donde vivimos.” Una de las principales preguntas planteadas en el trabajo de campo fue la siguiente: ¿desde cuando poseionan el territorio y que significado tiene la tierra para los *q'eqchi'*?, cada participante expuso sus conocimientos, pero al final se llegó a una conclusión, la cual fue validado por todos.

A la interrogante respondieron: “La tierra que poseionamos ha sido heredada por nuestros abuelos quienes han cuidado la tierra y los bosques, así mismo vivimos en armonía con los recursos naturales de los cuales buscamos proteger, porque somos hijos de ella. El significado de la tierra para un indígena *q'eqchi'* significa la vida, pues sin la tierra para sembrar no se podría vivir; nuestros abuelos nos han enseñado a sobrevivir en armonía con los árboles, con los animales y con las plantas, por lo que antes de sembrar tenemos que cuidarlos. Nuestros abuelos antes de sembrar le pedían permiso a los cerros y a las montañas.”

En virtud de lo anteriormente expuesto, podría ser la principal razón del porque esta comunidad y otras que colindan con el Parque Nacional Laguna Lachúa, no realizaron las inscripciones de dominio de sus tierras ante el RGP. Pues la espiritualidad y la relación



de armonía que ejercen con la tierra y los cerros no necesita de registro, como lo expusieron constantemente. Para la comunidad sembrar y cosechar los frutos era suficiente con pedirle permiso a los cerros y a sus ancestros, por lo tanto, la fundación del Registro de la General de la Propiedad en la reforma liberal, no fue un hecho significativo para el reconocimiento del territorio. La legislación guatemalteca está estructurada bajo el principio de propiedad privada, y únicamente se puede acreditar con un título legal, para ser oponible ante terceros. Sin embargo, la mayoría de la comunidad *q'eqchi'* no cuenta con un título legal, pues desde su cosmovisión la inscripción no tiene mayor relevancia.

2.1.3. Formas propias de organización

Gracias a los aportes del antropólogo Diego Vásquez Monterroso se ha podido establecer que la comunidad ha mantenido una relación histórica con la tierra que poseen. Así mismo en trabajo de campo realizado en noviembre del 2019, se logró observar ciertas formas propias de organización social de la comunidad en el lugar donde han desarrollado toda una vida comunal, basado en el profundo respeto a los ancestros de quienes han aprendido amar los bosques, los ríos, a los animales y a la sagrada agricultura (así lo afirman), pues de ella han obtenido el sustento para permanecer en lugar.

Dentro de esas formas, la convivencia comunal, buscan que las relaciones entre familias y vecinos se tenga como pilar principal la tranquilidad y paz social. Para ello se regulan



normas que constan en actas, que son respetadas en la comunidad, estas son legitimadas y discutidas en asambleas comunitarias en donde se delibera y se asumen las decisiones, así mismo se eligen a los representantes que ejecutan dichas normas, comúnmente son personas con cierta presencia y solvencia.

Las formas de gobierno no se centran en una sola persona pues estructurada por distintas juntas directivas y cuenta con líder comunitario legitimado en asamblea a quien se le ha delegado la representación, estos son electos cada año, cuya función principal es resguardar la paz y tranquilidad comunitaria. Entre estas distintas juntas directivas están: el de protección de la tierra, protección del medio ambiente, así mismo han conformado una junta cuya función es mediar en las mesas de diálogo con la institucionalidad Estatal, para poder legalizar la tierra que poseen y evitar nuevos desalojos.

En cuanto a la forma de protección del medio ambiente y de la tierra para sembrar en la comunidad, la ingeniera Anne Bordatto que ha realizado estudios en la comunidad ha resaltado: "Cada familia selecciona su semilla y así no necesitan comprar. No utilizan agroquímicos ni roza, sólo el machete para sembrar. Dicen que la tierra es rica por eso no se necesita fertilizantes ni nada. Realizan dos siembras al año...Para construir una casa, hay que pedir permiso a la Junta Directiva para poder cortar un árbol. Por cada árbol que se aprovecha, se tiene que sembrar otros cinco y se tiene que utilizar todo el árbol, que no se desperdicie nada...Cuando alguien no cumple con las reglas de la comunidad, se realiza una asamblea para definir la sanción que se aplicará a la persona culpable. Desde hace dos meses, bajo iniciativa de la comunidad, han implementado dos



viveros de árboles, con un total de 1,000 bolsas. Recogieron las semillas en el bosque para producir los árboles que utilizarán para reforestar en los terrenos de cada familia (quieren sembrar 100 árboles por familia) y en las áreas comunales también, como el campo de fútbol.”²²

La organización social, comunitaria, cultural, política y espiritual con la tierra de los pueblos indígenas, están debidamente legitimadas y reconocidas en el sistema jurídico guatemalteco. Pues así lo reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala. Así mismo, es importante hacer mención que, con fundamento al bloque de constitucionalidad, hay una diversidad de normativas y principios internacionales en materia de derechos humanos que complementa y enriquece los artículos constitucionales en materia de pueblos indígenas, antes mencionados. Entre ellas tenemos el Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos.

La Constitución Política de la República de Guatemala en la sección tercera de la parte dogmática, regula lo referente a las comunidades indígenas. Considerando que la Constitución se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico, esta debe prevalecer sobre las normas ordinarias y de menor jerarquía del sistema jurídico, por lo tanto, las normas, leyes o disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan,

²² Anne Bordatto. **Las amenazas ambientales en el Parque Nacional Laguna Lachúa.** Pág. 52



restrinjan o tergiversen a la Constitución se considerarán nulas o *ipso jure*. En los Artículos 66, 67 y 68 Constitucionales son de amplia y profunda interpretación, pues acá se reconocen las formas propias de organización social de las comunidades indígenas así mismo reconoce las formas de tenencia comunal o colectiva de la tierra.

El Artículo 66 establece: “Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialecto.” Así mismo el Artículo 67, habla sobre la “Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas. Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.”

2.2. Criminalización

“Un proceso de criminalización es el conjunto de actos sociales, políticos y jurídicos, que llevan a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita, mediante la creación de una norma y la aplicación de una política criminal específica.”²³ Así Rodríguez Mourullo ha señalado que se da la criminalización: “cuando sobrepasan el principio de ultima ratio,

²³ Silvana C. Tapia. **Ausencia de reflexión criminológico en Ecuador: la persecución de Alfaro Vive carajo.** Pág. 1.



producen una hipertrofia del Derecho Penal, que, utilizada abusivamente con fines políticos, desencadena el llamado “terror penal”. En estos casos se actúa imponiendo como valores, no las necesidades sociales, sino intereses particulares de grupos determinados, por eso el bien jurídico protegido aparece desdibujado e incierto.”²⁴ Este fenómeno se ha estado observando constantemente en comunidades indígenas de Guatemala.

En el caso específico de la comunidad indígena *q’eqchi’* Santa María *Xyaalkobe’*, el uso indebido que se está haciendo del derecho penal y del tipo de usurpación en áreas protegidas es alarmante y preocupante. El conflicto se genera con la posesión y tenencia histórica de la tierra que han ejercido en áreas declaradas como protegidas, pues las consecuencias de ello es la persecución penal que sufren a manos de la institucionalidad competente como el Consejo Nacional de Áreas Protegidas -CONAP-, Ministerio Público -MP-, Fondo de Tierras -FONTIERRA-, Secretaría de Asuntos Ambientales -SAA- que, haciendo uso de la fuerza desmedida, criminalizan y estigmatizan a la comunidad. Según información obtenida en el Ministerio Público, hay 122 personas denunciadas con el delito de usurpación en áreas protegidas, con los expedientes MP-3255-2016 y MP-255-2016. Así mismo se han solicitado en constantes ocasiones órdenes de desalojos.

Importante resaltar que esta comunidad ha mantenido una relación histórica con la tierra y con los recursos naturales por lo que calificarlos como criminales y usurpadores, es un argumento falaz que las instituciones competentes utiliza. La gravedad de estas acciones

²⁴ Rodríguez Mourullo Gonzalo. **Derecho penal. Parque General, Madrid, Civitas.** 1977. Pág. 20.



legales es alarmante, pues es evidencia que el Estado es incompetente para atender las necesidades de la población indígena y con el uso del derecho penal solo genera crisis humanitaria como en la comunidad de *Xyaalkobe*'. Así mismo es necesario mencionar que el tipo penal del cual están siendo acusados los comunitarios, le están dando una calificación jurídica errónea, pues se está interpretando en sentido retroactivo, cuando constitucionalmente está prohibido.

Al respecto, según ha indicado el relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, según informe de la Comisión de Derechos Humanos: "Una de las deficiencias más graves en la protección de los derechos humanos de los últimos años es la tendencia a la utilización de las leyes y de la administración de justicia para castigar y criminalizar las actividades de protesta social y las reivindicaciones legítimas de las organizaciones y movimientos de indígenas en defensa de sus derechos." En ese orden de ideas al considerarse el acceso a la tierra como un derecho humano inherente al hombre, es necesario que el Estado busque mecanismo para proveer de tierra a los pueblos indígenas y no utilizar las leyes para castigar y criminalizar la posesión histórica.

2.2.1. Características

La Comisión Internacional de Derechos Humanos ha identificado que: "En la mayoría de los casos la criminalización consiste en la formulación y aplicación de tipos penales a acciones y personas, convirtiéndolas respectivamente en delitos y delincuentes, que directa o indirectamente criminalizan o hacen ilegal la labor de defensa de los derechos



humanos.” con esta acción se refleja la aplicación desigual y estigmatización de la justicia para los pueblos indígenas. Es preocupante que este mecanismo se vuelva cada vez más constante para los pueblos, en la solución de conflictos agrarios y ambientales, pues se está utilizando el sistema penal para deslegitimar y desacreditar el derecho humano del acceso a la tierra.

Los alcances de la definición y las características de la criminalización son amplios, sin embargo, hay ciertos patrones que se van evidenciando constantemente. Entre ellos: la contraposición al principio de legalidad, tipificaciones poco claras del delito, no suele especificarse el dolo o la intencionalidad de delinquir, entre otros. Precisamente estos son los patrones que se observan en el caso de la comunidad de *Xyaalkobe'*, y las consecuencias que estas acciones generan son graves, pues repercute psicológicamente en la comunidad y sobre todo en los niños y mujeres. Así mismo es preocupante la estigmatización hacia la comunidad pues las consecuencias de la criminalización han generado la falta de desarrollo económico, cultural, política y social de la comunidad.

2.2.2. Elementos

En Guatemala es común y constante observar casos de criminalización de líderes indígenas, como consecuencia de ello se ha logrado determinar los siguiente patrones:

1. se ha convertido en un mecanismo de solución de conflictos, aplicando la ley penal no importando si es legal o ilegal,
2. No se están protegiendo bienes jurídicos, contrario sensu, se genera una serie de conflictos que corrompe la tranquilidad social de los sujetos



a quienes se les señala como delincuentes, 3. Se criminaliza a los más débiles, esta práctica se ha observado con más frecuencia en los últimos años, pues los sectores desposeídos y sin recursos son lo que sufren este fenómeno tal caso de la comunidad indígena de *Xyaalkobe'*, 4. Se persiguen a los individuos selectivamente y no las conductas que bien podrían ser armónicas en la sociedad.

2.2.3. Fines de criminalización

La finalidad que se ha observado es la amedrentación de la lucha indígenas y campesina por la defensa del territorio, así mismo es una forma de represión que busca inmovilizar las denuncias populares en búsqueda de la justicia. En el caso de la comunidad Santa María *Xyaalkobe'*, se han visto mermados en la lucha histórica que han emprendido para que el Estado les reconozca la tierra que poseionan, sin embargo, en muchas ocasiones para defender sus derechos se atienden a tales consecuencias. En conclusión, podemos establecer que la finalidad es la judicialización, estigmatización y hostigamiento de los líderes comunitarios y el debilitamiento de la lucha legítima de los campesinos.

2.2.4. El uso del derecho penal como mecanismo para la solución de conflictos agrarios y ambientales

En Guatemala se ha generado un conflicto agrario y ambiental en cuanto al reconocimiento de comunidades indígenas que habitan en áreas declaradas protegidas por CONAP. El Decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala Ley de Áreas



Protegidas en el Artículo 22 claramente reconoce que las personas individuales o jurídicas que se encuentren asentadas, deberán adecuar su permanencia, así mismo en el Artículo 24 del reglamento de la ley establece: “Si en la actualidad existen asentamiento en dichas áreas se buscarán mecanismos para lograr hacerlos compatibles con el manejo del área.” sin embargo en las políticas estatales se ha comprobado que los pueblos indígenas no son compatibles con las áreas protegidas, pues son desalojadas y perseguido penalmente, como en caso de *xyaalkobe*²⁵.

El Departamento de Alta Verapaz cuenta con una gran cantidad de riqueza natural, cuidada y posesionada a lo largo de la historia por mayas *q’eqchi’*. De las tierras que han sido legítimos dueños, han sufrido constantes y sistemáticos despojos, “La serie de acontecimientos devenidos de la conquista trajo consigo la puesta en escena de factores determinantes para el despojo de los territorios que ancestralmente pertenecen a los pueblos indígenas.”²⁵ Es decir que desde la invasión española con la reducción de pueblos de indios, fueron obligados a abandonar sus formas de cultivar, cazar, la gobernanza cultural y política, principalmente fueron obligados abandonar los cerros y montañas en donde practicaban la espiritualidad.

En el año 1823 a 1837 la política agraria se concentró en la privatización de la tierra baldía, buscando la manera de registrar las tierras comunales o ejidales. Dicha política se fue fraguado bajo la tendencia de los primeros liberales, posteriormente con el

²⁵ González Muñoz Jenny. **La territorialidad de los pueblos originarios: una historia de despojos y violaciones en el abya yala.** Pág.15.



surgimiento de la Reforma Liberal y la creación del Registro de la Propiedad de bienes inmuebles, nacen las fincas reorganizadas principalmente en cafetaleras. Este sistema finquero se asentó en territorios de los *q'eqchi'* en Alta Verapaz, con ello las comunidades pasaron a ser mozos explotados, hasta el año 2020 este sistema permanece. A pesar de constantes intentos políticos de buscar una distribución más equitativa de la tierra y naturaleza, estas han sido ineficaces e ineficientes pues las secuelas del sistema finquero bajo el sistema de terrenos baldíos, sigue excluyendo a los pueblos *q'eqchi'*.

Aunado al despojo de tierras, los recursos naturales de los territorios *q'eqchi'* han sido destruidos y saqueados por determinados sectores económicos. “Los intereses, las formas y los marcos jurídico-institucionales para la apropiación y el uso de la ‘naturaleza’ se transforman socialmente a lo largo del tiempo. Es una cuestión de poder y procesos políticos y, por tanto, la naturaleza apropiada se politiza en las transformaciones socio-históricas.”²⁶ Como aliado a dicho saqueo han surgido promulgación de legislaciones ambientales excluyentes de la participación de los pueblos indígenas, esto se materializa con la Ley de Áreas Protegidas, que criminaliza la posesión de las comunidades indígenas, pero por otro lado es más flexible y permisivo a empresas extractivas destructoras de los recursos naturales.

En conclusión, es importante preguntarse ante tal conflictividad, ¿Qué mecanismos de solución utiliza el Estado guatemalteco para atender la problemática agraria y ambiental

²⁶ Harald Waxenecker M.A. **Relaciones sociales de poder y apropiación de recursos naturales y de tierra en el Estor, Izabal, dictamen de peritaje hisotorico-político.** Pág.2.



que ha generado con las políticas excluyentes de los pueblos indígenas? Lamentablemente en la práctica se observa que el Estado frecuentemente hace uso del derecho penal, para solucionar conflictos, aunque en ocasiones ha aperturado mesas de diálogo, pero difícilmente éstas concluyen en buenos términos. Un ejemplo de ello son los descabellados datos de criminalización en las comunidades que poseionan en la Laguna Lachua, en el caso de *Xyaalkobe'* según información obtenida en el Ministerio Público, hay 122 personas denunciadas con el delito de usurpación en áreas protegidas, con los expedientes MP-3255-2016 y MP-255-2016. Así mismo se han solicitado en constantes ocasiones órdenes de desalojos.

2.2.5. Uso indebido del derecho penal y el tipo penal de usurpación

Uno de los principios fundamentales del derecho penal es el de ultima ratio, pues esta se operativiza cuando han fracasado las otras áreas del derecho en la solución de la Litis, entonces es cuando se pone en movimiento la potestad punitiva del Estado. “El principio de intervención mínima es un límite al iuspuniendiestatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, religiosas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto (...)”²⁷

²⁷ Ángel Augusto Monroy Rodríguez. **derecho y realidad, Principio de mínima intervención ¿retorica o realidad?** Pág. 28



Como se ha mencionado constantemente en la doctrina, el derecho penal persigue como fin general la protección de los bienes jurídicos tutelados y la prevención a delinquir, para así mantener la tranquilidad y el orden social. Así mismo se ha establecido por distintos autores que el fin de la pena es la prevención de las acciones delictivas. Sin embargo, en Guatemala constantemente el derecho penal se ha utilizado como el único medio para solucionar conflictos, sin considerar que podrían discutirse por otras vías idóneas en donde no se violente la tranquilidad y orden social, esta situación se ha observado principalmente en las comunidades indígenas.

En Guatemala se ha observado constantemente que se ha hecho mal uso del derecho penal principalmente al solucionar conflictos en comunidades indígenas. Como ejemplos podemos mencionar los casos más relevantes, entre ellos lo sucedido en el Departamento en Petén, en la comunidad la Mestiza asentada en el Parque Nacional Laguna del Tigre, **quienes fueron desalojados violentamente**, los miembros de esta comunidad son provenientes de Quiché, Santa Rosa, Gualán, Gustatoya, quienes debido a las condiciones precarias en la que vivían y en el marco del conflicto armado interno se vieron en la necesidad de abandonar sus comunidades y buscar tierras para trabajar en Petén pues la legislación de época lo permitía.

En este caso la institucionalidad guatemalteca competente, ha utilizado como único medio para solucionar la problemática el uso del derecho penal, entre ellos promover desalojos, y denuncias a líderes comunitarios. En marzo del 2017 fue detenido Jover Tovar, exalcalde auxiliar y líder de la comunidad, señalado de usurpar tierras.



Evidentemente esta forma de atender la problemática no es la más idónea pues la Constitución de la República de Guatemala en su artículo 68 establece que: “mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a comunidades indígenas que la necesiten para su desarrollo.” Por lo tanto, lo que debió proceder en este caso era la adjudicación de tierras nacionales a la comunidad, proceso que debería de atender el Fondo de Tierras quien tiene el mandato legal y la facultad para hacerlo, por lo que hacer uso del derecho penal para denunciar a los líderes y promover desalojos no es la vía idónea para mantener la tranquilidad y la paz social.

En el caso de las comunidades asentadas en los alrededores del Parque Nacional Laguna Lachúa, han sido perseguidos penalmente bajo el delito de usurpación en áreas protegidas por ejercer su derecho de posesión, la cantidad de personas denuncias es alarmante, pues en las comunidades Sajboche, *Secokpur* y Santa Maria *Xyaalkobe'* casi el setenta por ciento de los comunitarios tiene orden de captura. Evidenciando el mal uso del Derecho Penal, ya que es utilizado como instrumento para criminalizar a las comunidades.

El tipo penal de usurpación en áreas protegidas regulado en el Artículo 82 bis de la Ley de Áreas Protegidas, Decreto 4-89, ha sido una discusión constante y necesaria en su interpretación y aplicación en comunidades indígenas que históricamente ha posesionado su territorio. Si bien el espíritu del tipo penal es trascendental e importante para la protección del ambiente como interés de la nación y que merece una efectiva tutela, este no ha sido interpretado correctamente en comunidades que han posesionado



antes de que naciera a la vida jurídica el tipo. En este orden de ideas es importante que al momento de encuadrar el delito en comunidades indígenas, se realicen análisis de estudios antropológicos e históricos previos, pues si las comunidades que están asentadas antes de la creación del tipo, no encuadran en dicho hecho delictivo.

En el caso de *Xyaalkobe'*, es una comunidad que ha mantenido una relación espiritual e histórica con la tierra que han posesionado. sin embargo, han sido denunciados por el CONAP como usurpadores de áreas protegidas, igualmente los califican como invasores, sin considerar que estos ya posesionaron el territorio antes de la declaratoria. Según el antropólogo Diego Vásquez Monterroso las comunidades asentadas en las cercanías de la Laguna Lachúa como *Sajboche*, *Secokpur* y *Xyaalkobe'* tienen una temporalidad variable, pero estas forman parte de un mismo territorio *q'eqchi'* desde hace, al menos, dos siglos y medio. Al mismo tiempo un estudio fotogramétrico denominado "Casos comunidades *Michbil rix pu*, *Xy'aalko'be*, *Sè Quispur*," realizado por la Secretaria de Asuntos Agrarios de fecha 6 de marzo del año 2009 se ha concluido *xyaalkobe'* presenta indicios de escombros desde el año 1962, es decir que desde ese año hay pruebas de que la comunidad ya posesionaba el área.

En ese orden de ideas se puede concluir que se está haciendo un mal uso del tipo penal de usurpación de áreas protegidas. Este delito nació a la vida jurídica hasta en el año de 1986 con una reforma a la Ley de Áreas Protegidas, por lo que, en el estricto cumplimiento al principio de legalidad, la aplicación del tipo debería de aplicarse desde su nacimiento hacia adelante, pero no hacia atrás, en otras palabras, la ley no se aplica en sentido



retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo. En consecuencia, con el uso indebido del tipo, también se están violentando los principio y fines que persigue la ciencia del derecho penal, pues no se está previniendo la comisión de delito y tampoco se está logrando la tranquilidad y la paz social, contrario sensu, la comunidad vive en constante miedo por la persecución penal.



CAPÍTULO III

3. Aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en el delito de usurpación en áreas protegidas; derecho ambiental y de posesión

La irretroactividad es un principio jurídico que se refiere a la imposibilidad de aplicar una norma a hechos anteriores a la promulgación de la misma. Es decir, se trata de impedir que las normas tengan efectos hacia atrás en el tiempo, así como asegura que tales efectos comiencen en el momento de su entrada en vigor, con la finalidad de dotar al ordenamiento jurídico de seguridad.

3.1. Principio constitucional de irretroactividad de la ley penal

Como antecedente más antiguo, se establece que: "Dicho principio ganó terreno en la legislación a partir de la ilustración y su momento de mayor trascendencia fue quizá su asiento en los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que, en su Artículo 8 señaló que nadie podría ser juzgado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito."²⁸ Este principio ha sido de trascendental importancia a lo largo de la historia ya que la misma fue reconocida como un derecho humano fundamental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Artículo 11 numeral 2. En el caso

²⁸ <http://www.juridica.unam.mx/pública.librev/rev/derhum/22/pr/pr19.pdf>. (Consultado: 3 de septiembre de 2019)



de Guatemala fue hasta en la Constitución Política de la República de Guatemala del 1945 que se reconoció en la norma suprema, regulada en el Artículo 49.

La trascendencia de este principio para el derecho penal ha sido fundamental para un Estado democrático y garante de derechos humanos. “El principio de irretroactividad de la ley es uno de los más clásicos de todos los ordenamientos jurídicos modernos. Refleja una aspiración típica de la seguridad jurídica: el hecho de que sepamos a qué leyes atenemos sin que en el futuro un cambio de las mismas pueda afectar a los actos que ya hemos realizado. En ese sentido, la irretroactividad busca preservar el carácter previsible del ordenamiento y fijar temporalmente las “reglas del juego”, de forma que un cambio en las mismas no pueda aplicarse hacia el pasado”²⁹

“Se ha sostenido por algunos que la propia naturaleza de las normas obliga, necesariamente, a reconocer como principio la irretroactividad de la ley penal, toda vez que una norma –así suele decirse– siempre debe ir dirigida hacia el futuro. Sin embargo, no nos parece que ésta pueda ser la razón que explique la irretroactividad de las leyes penales, porque el propio legislador prevé la posibilidad de dictar leyes penales con efecto retroactivo, cuando sean éstas favorables.”³⁰ Los presupuestos jurídicos que establece este principio son claros y taxativos, su debida observancia contribuye a que el Estado de derecho prevalezca sobre el sistema jurídico.

²⁹ Carbonell, Miguel y Mac- Gregori, Eduardo. **Irretroactividad de la ley**. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. Pág.14

³⁰ Oliver Calderón, Guillermo. **Fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal**. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Pág. 95



Así mismo Guillermo Cabanellas de Torres define la irretroactividad como: “Principio legislativo y jurídico, según el cual, las leyes no tienen efecto en cuanto a los hechos anteriores a su promulgación, salvo expresa disposición de lo contrario. En el derecho penal, la irretroactividad a favor del reo constituye el principio, a no determinarse lo contrario.” El estricto cumplimiento de este principio genera como consecuencia la aplicación del principio de legalidad o de intervención legalizada, respondiendo con ello a razones de seguridad jurídica de los ciudadanos guatemaltecos frente al monopolio del poder punitivo del Estado.

La Constitución Política de la República de Guatemala del año 1985, actualmente vigente, tiene reconocido dicho principio en el Artículo 15 el cual estipula: “Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.” La profundidad de este artículo es amplia y por su trascendencia en la aplicación de justicia ha sido reconocido en la mayoría de legislaciones del mundo. En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que está vigente desde el año 1917, estipula en su Artículo 14. “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

En el caso de la Constitución de República de El Salvador, país vecino, en donde el contexto social, económico, seguridad y violencia son similares, también tiene



consagrado en la norma suprema este principio. En el Artículo 21 regula: “Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público, y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente”. No obstante, lo anteriormente expuesto, es importante resaltar la relevancia que tiene en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, pues tanto en la Declaración Universal como en la Convención Interamericana de Derechos Humanos este principio está reconocido. Por lo tanto, es de suma importancia la debida observancia de esta garantía constitucional.

El principio de irretroactividad de la ley penal busca garantizar la certeza y seguridad jurídica en el proceso penal, así mismo está estrechamente vinculado al principio de legalidad. Una de las principales manifestaciones de legalidad en el derecho penal es respetar la prohibición de interpretar las leyes con efectos retroactivos desfavorables para quienes están siendo procesados, con ello se lograría generar certeza, confianza, y seguridad al sistema jurídico. El principio de irretroactividad y de legalidad en el Derecho Penal debe ser analizado e interpretado como una exigencia necesaria para el Estado de Derecho. Por lo tanto, se vuelve necesaria la estricta aplicación de los principios antes mencionados, para que la estructura del sistema jurídico no se vea debilitada.

La irretroactividad de las leyes penales y el principio de vigencia temporal deben operar como dos reglas necesarias de coordinación en los procesos penales. Lo que reconocen ambos principios es que la ley no puede regularse y menos aplicarse a hechos cometidos bajo un periodo en donde la norma no está vigente, en otros términos, la ley solo se aplica



a hechos cometidos bajo el período de vigencia o imperio de la ley. En conclusión, la interpretación de la irretroactividad de la ley es fundamental para mantener un Estado de derecho respetuoso de las garantías fundamentales para las personas.

3.1.1. Carácter irretroactivo del delito de usurpación

El delito de usurpación en áreas protegidas se encuentra tipificado en el Decreto 4-89 del Congreso de la República de Guatemala, promulgada en el año 1989. En el año 1996 el Código Penal fue reformado por el Decreto 33-96 y en la misma se incluyeron todos los delitos contenidos en el capítulo iii, título iv del libro segundo, referente a la usurpación, en el mismo año, la ley de áreas protegidas sufrió reformas y en la misma nace el delito de usurpación en áreas protegidas. El contexto en que se dan estas reformas, es en el marco de la reciente promulgación de la actual Constitución Política de la República de Guatemala, la que en su Artículo 39 privilegia la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de los guatemaltecos.

En el Artículo 82 bis del Decreto 4-89, Ley de áreas protegidas está tipificado dicho delito la cual establece: "Usurpación a Áreas Protegidas. Comete delito de usurpación a áreas protegidas quien, con fines de apoderamiento, aprovechamiento o enriquecimiento ilícito, promoviere, facilitare o invadiere tierras ubicadas dentro de áreas protegidas debidamente declaradas. El responsable de este delito será sancionado con prisión de cuatro a ocho años y multa de tres mil a seis mil quetzales." El espíritu del tipo penal es



de trascendental importancia pues la protección del medio ambiente y los recursos naturales como bien jurídico tutelado es una necesidad para la protección del medio ambiente y el equilibrio ecológico, tal como lo reconoce la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 96.

No obstante, a necesidad de la protección de un medio ambiente sano y un equilibrio ecológico, también es importante realizar un análisis sobre la necesidad de la correcta interpretación y aplicación del tipo penal. Para ello hay que determinar los elementos del tipo de usurpación, según De Mata Vela y De León Velasco, el objeto material del delito debe ser un inmueble, o un derecho real sobre el mismo, la conducta o acción delictiva debe consistir en el despojo o pretensión de despojar. Al concurrir dichos elementos, efectivamente se estaría encuadrado en la acción delictiva. Además de determinar los elementos del tipo, en la misma se deben observar una serie de garantías fundamentales, entre ellas la irretroactividad de la ley, para establecer la participación de una persona en un hecho delictivo.

En el estricto cumplimiento al principio de legalidad y al principio de irretroactividad de la ley penal, se debe entender que la usurpación en áreas protegidas se debe aplicar a las conductas delictivas que encuadren a partir del año 1996. Los verbos rectores son promover, facilitar o invadir tierras ubicadas en áreas protegidas, entonces toda persona o comunidad que a partir del año 1996 llegare a invadir en áreas declaradas protegidas, efectivamente encuadraría en el tipo, pero las personas y comunidades que estén previamente asentados en áreas declaradas posteriormente no encuadraría en el tipo.



Por lo tanto, al hacer la correcta interpretación al principio de irretroactividad y legalidad, se puede establecer que las comunidades que han permanecido antes de la sanción del tipo penal no podrían encuadrar en el delito, pues la ley no se aplica en sentido retroactivo.

En el caso de comunidades indígenas que han mantenido una relación histórica con territorios hoy declarados como protegidos, de ninguna manera se les debe calificar como usurpadores. A lo largo de la historia los pueblos originarios han demostrado que viven en armonía con el medio ambiente, los animales, cerros y las montañas, pues es parte de su entorno por lo que la conservación y protección de ello ha sido de su importancia.

No obstante lo expuesto, con la sanción del tipo penal de usurpación en áreas protegidas, muchas de las comunidades indígenas de Guatemala están siendo perseguidos penalmente y desalojados constantemente, por la institucionalidad competente (CONAP, INAB, MP), bajo el argumento de que no son compatibles con estas áreas. Lamentablemente el Estado no comprende las prácticas comunitarias y criminaliza a los pueblos originarios por el simple hecho de poseer en territorios con gran riqueza natural.

En ese orden de ideas, las comunidades indígenas son criminalizadas por poseer áreas protegidas, esto se realiza haciendo mal uso del derecho penal, violentando garantías constitucionales. Al respecto la CIDH ha establecido: "Los procesos de criminalización por lo general inician mediante la interposición de denuncias infundadas o denuncias basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad, o en



tipos penales que no cumplen con los estándares interamericanos atendiendo a las conductas que castigan.”³¹ Es evidente que promover denuncias bajo el delito de usurpación en áreas protegidas a las comunidades indígenas se están violentando principios constitucionales como el de legalidad e irretroactividad de la ley, pues para los pueblos que estaban antes del nacimiento del tipo, esto no aplicaría.

Importante mencionar que el derecho de posesionar en áreas protegidas está reconocido en el mismo reglamento de la ley de áreas protegidas, en la norma suprema y en instrumentos internacionales. El Artículo 24 del reglamento del Decreto 4-89 estipula lo referente a los asentamientos, “Si en la actualidad existen asentamientos en dichas áreas se buscarán los mecanismos para lograr hacerlos compatibles con el manejo del área.” así mismo la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 67 reconoce que “las comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria gozarán de protección especial de Estado.”, y en base al bloque de constitucionalidad podemos resaltar que este derecho está reconocido en los instrumentos como el Convenio 169, Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.

En el caso Santa María *Xyaalkobe'* es una comunidad que ha demostrado su permanencia históricamente en el territorio, incluso antes de que naciera a la vida jurídica

³¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Criminalización de la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos.** Pág. 43



el delito de usurpación en áreas protegidas. Por lo que las órdenes de capturas y los intentos constantes de desalojos que se han promovido hasta el momento, solo demuestra lo ineficaz que es el Estado guatemalteco para atender el problema de fondo. La comunidad *q'eqchi'* demanda el reconocimiento de las tierras que poseen y la espiritualidad con sus cerros y montañas. Por lo tanto, el Estado debe de respetar, promover y reconocer que las comunidades indígenas mantienen una relación armónica y un equilibrio ecológico con los recursos naturales y no recurrir al Derecho Penal para la solución del conflicto.

El respeto a las garantías constitucionales y el uso debido e idóneo del derecho penal, es una necesidad para el Estado y las comunidades indígenas para convivir en armonía. Es por ello la necesidad que la institucionalidad competente en atender estos problemas comprenda que perseguir penalmente a comunidades completas como es el caso de *Xyaalkobé*, sólo agudiza el problema y es más grave aún cuando lo hace violentando garantías constitucionales como el de legalidad e irretroactividad de la ley. Por lo tanto, para que se construya una sociedad en donde prevalezca la paz social es fundamental el debido respeto al Estado de Derecho.

3.1.2. La debida exegesis

El principio de irretroactividad de la ley aplicado al derecho penal debe ser entendido como una de las exigencias necesaria propia del Estado de derecho. La Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal y el Código Procesal Penal son



claros y taxativos al prohibir la aplicación en sentido retroactivo de la ley, de allí la necesidad aplicar este principio en el delito tipificado en el Artículo 82 bis de el Decreto número 4-89 del Congreso de la República de Guatemala. La pugna de interpretación de este tipo se ha reflejado en las comunidades indígenas, que, según el Estado, son depredadores y destructores de las áreas protegidas, entre ellas se encuentra el caso particular de la comunidad indígena *q'eqchi Xyaalkobe'* quienes son perseguidos penalmente.

“Una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables, como de aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, de igual forma, en sentido perjudicial para el afectado.”³² Ambos presupuestos planteados por autor son de vital importancia al momento de interpretar el tipo penal antes mencionado, pues bajo esas premisas se logra determinar que los comunitarios de *Xyaalkobe'* no son usurpadores pues antes de que naciera a la vida jurídica el delito, estos ya vivían en armonía en el territorio. En todo caso, si un particular o una nueva comunidad llegara a constituirse en áreas protegidas después del 1996, dicha conducta sí encuadraría en un hecho delictivo.

La comunidad *Xyaalkobe'*, ha demostrado la posesión que ha ejercido y esta se funda en buena fe, de manera continua, pública y pacífica y por el tiempo señalado por la ley. En cuanto al justo título que requiere la ley para producir el dominio, es permitido que se

³² Ruiz Antón Dr. Luis Felipe. **Principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia.** Pág. 149



realice con declaración jurada en escritura pública, y para fraccionar dicha escritura hay argumentos válidos para demostrar la posesión. Aunado a los requisitos de ley también es necesario hacer constar que existen estudios históricos-antropológicos, ambientales y fotogramétrico que evidencian la permanencia histórica en el territorio. Estando bien fundamentado la tenencia de la tierra y el derecho de posesión de los comunitarios, entonces se podría concluir que no hay ánimo de despojo, apoderamiento, aprovechamiento, enriquecimiento, como lo estipula el tipo que como se ha mencionado nació a la vida jurídica hasta en el año 1996.

Una vez determinado el uso indebido del tipo penal, habría que cuestionarse cuál es el problema de fondo y qué mecanismos podrían emplear el Estado para contrarrestar la problemática. El abogado defensor de la comunidad Juan Geremias Castro Simón ha expresado que “la conflictividad se ha generado en virtud que el Estado no toma en consideración el conocimiento ancestral de las comunidades quienes han cuidado los cerros y montañas a lo largo de la historia así mismo es evidente que el Estado ha desatendido los conflictos agraria y no hay legislación adecuada que lo regule, por lo tanto, el problema de fondo es agrario y ambiental”. En conclusión, es necesario que en sistema jurídico guatemalteco al momento de legislar e interpretar la ley se considere como sujeto de derecho a las comunidades originarias.

3.2. Derecho ambiental

En los últimos años esta área del derecho ha ido tomando importancia en las legislaciones del mundo, pues la preocupación por conservar el ambiente y sus recursos



se ha vuelto cada vez más necesario para las sociedades. Lamentablemente durante varios siglos se ha observado la explotación de los recursos naturales como un aliciente económico, con esto se ha generado la autodestrucción de la naturaleza, pues el hombre con el fin de obtener riquezas ha destruido gran parte de la biodiversidad. En el caso de Guatemala la autodestrucción se agrava más, pues la valorización de la naturaleza se ha enfocado en la producción capitalista, favoreciendo comúnmente a los sectores más poderosos.

Contrario a lo antes expuesto, está el conocimiento ancestral de los pueblos originarios, que mantienen un profundo respeto con la madre tierra y una relación de espiritualidad con los recursos naturales y el medio ambiente, que a lo largo de su historia misma han protegido y conservado. Sin embargo, este conocimiento ha sido desvalorizado, deslegitimado y menospreciado por el Estado guatemalteco. Si bien ha generado políticas ambientalistas buscando cumplir con los compromisos internacionales ratificados, estos son excluyentes y discriminatorios para los pueblos originarios, pues no son considerados como sujetos de derechos; es más se considera que no son compatibles con los recursos naturales, en ocasiones se les señala de depredadores. Por otro lado, estas políticas son más flexibles con proyectos extractivistas y saqueadores de recursos que provocan grandes daños irreparables al medio ambiente.

Ante tal conflicto mundial, la conciencia para la protección del medio ambiente se hace más necesaria. Como consecuencia de ello, desde los años 70 se han venido impulsando una serie de instrumentos internacionales, cuyo objeto es la tutela del medio ambiente,



así mismo diversas organizaciones ambientalistas y tratadistas a nivel mundial se suman a la causa, pues es considerado un problema de interés mundial. Igualmente es importante mencionar que ha habido sentencias de distintas cortes que han fallado en protección del medio ambiente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones al respecto para fortalecer la tutela ambiental.

La Constitución Política de la República de Guatemala ha previsto la importancia del cuidado y protección del medio ambiente, y en los Artículos 64, 97 se regula sobre el patrimonio natural y el medio ambiente y equilibrio ecológico. Así mismo hay una serie de legislación ordinaria, entre ellos los Decretos 68-86, 4-89, 90-97, 58-88, etc. cuyo objeto es buscar mecanismos para implementar políticas que buscan protección al medio ambientales, no obstante, hay que mencionar que esta función no está centralizada en un solo ente o institución, pues está dispersa en distintos entre ellos podemos mencionar a la municipalidad, ministerios e instituciones ejecutivas (CONAP, CONAMA, INAB, etc. Pero la mayor crítica que se le puede hacer a las políticas ambientales es la exclusión de los pueblos indígenas.

3.2.1. Relación espiritual de los pueblos indígenas con los recursos naturales

Raul Ico Pacham líder de la comunidad *q'eqchi' Chab'il'choc'* del municipio de Livingston, en asamblea celebrada el tres de noviembre del año 2018 en el salón comunitario expresó, "los cerros y las montañas son herencia de nuestros padres y abuelos quienes nos han enseñado a cuidarlo y protegerlo porque son parte de nuestra vida, antes de



sembrar o cortar un árbol le pedimos permiso a los cerros sagrados”. Esta preocupación latente de los pueblos indígenas para la protección del ambiente, se logra observar en las comunidades indígenas del occidente y oriente, si bien las formas propias de organización social comunitaria tienen ciertas variaciones, es innegable que los pueblos originarios a lo largo de su historia han buscado proteger los recursos naturales.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en el Artículo 66 sobre la: “Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social”, así mismo el Código municipal establece en el Artículo 21 establece: “Relaciones de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí. Se respetan y reconocen las formas propias de relación u organización de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí, de acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen.”

Guatemala ha ratificado convenios y declaraciones internacionales en materia de derecho humanos que reconocen la espiritualidad y lo sagrado que son los recursos naturales para los pueblos indígenas. Por su parte la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en el Artículo 19. 1 reconoce: “El Derecho a la protección del medio ambiente sano. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al



bienestar colectivo.” Igualmente, el Convenio 169 de la OIT, en su Artículo 15 establece lo siguiente: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

Importante resaltar que los pueblos indígenas han conservado y protegido históricamente los recursos naturales, incluso antes de que nacieran a la vida jurídica instrumentos nacionales e internacionales cuyo fin es la protección del medio ambiente. En ese orden de ideas la posesión histórica de la comunidad indígena San María *Xyaalkobe* en el Parque Nacional Laguna Lachúa, es legítima y armónica con la diversidad de los recursos naturales, pues es parte de su entorno y cosmovisión. Razón por la cual el Estado debe establecer mecanismos políticos y jurídicos en la que se reconozca la certeza jurídica de la tierra de las comunidades indígenas en áreas declaradas como protegidas.

3.2.2. Análisis de las leyes ambientales de México y Perú, con enfoque en pueblos indígenas

En América latina en el año 2003 un estudio realizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), calculaba que la superficie de áreas protegidas, representa el 10.7% del territorio, con un total de 212 millones de hectáreas. América Latina siguió el modelo estadounidense sobre el cuidado de los ecosistemas de alto valor sobre la diversidad biológica convirtiéndolos en áreas



protegidas, estas políticas giraban bajo dos ejes principales entre ellas, se prohibía comerciar con los recursos de las áreas, así mismo no permitía la presencia humana ni en los alrededores de las áreas.

El modelo estadounidense no resultó eficaz para América Latina, pues estos territorios están conformados por población indígena que tienen un vínculo espiritual con los recursos naturales. Especialistas han establecido que: "Un análisis justo tal vez concluiría que las áreas protegidas han hecho más daño que bien a las comunidades indígenas y tradicionales."³³ El problema se refleja en distintos países latinos, en el año 1989, la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA) abrieron espacios para discutir el papel fundamental que juegan los indígenas en Áreas Protegidas, el objetivo era "hacer entender que la conservación y protección de los sistemas naturales amazónicos están íntimamente interconectados con el reconocimiento, la supervivencia y la protección de los pueblos indígenas amazónicos y sus territorios".

"El 13 de septiembre del 2007 acontece un hecho trascendental ya que después de más de 20 años de negociación, se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este instrumento internacional se convertirá seguramente, en la base que orientará las relaciones entre los pueblos indígenas y los Estados a nivel mundial y nacional, por lo tanto, tendrá una gran incidencia en las políticas

³³ Oviedo, G. **Áreas protegidas y pueblos indígenas. lineamientos y herramientas para un manejo creativo de las áreas protegidas.** Pág. 57



sobre áreas protegidas concernientes a pueblos y territorios indígenas.”³⁴ En el caso de Guatemala, el contexto histórico, jurídico y político sobre las Áreas Protegidas es similar a los países latinos con población indígena, por lo que la aplicación de instrumentos internacionales y aportes de estratégicos de otros países es una alternativa idónea para atender dicho conflicto.

3.2.3. Progresividad legislativa en las legislaciones de México y Perú

La importancia de analizar las leyes y decretos con tendencias ambientales de los países de Perú y México, e incorporar los principios y avances al sistema jurídico guatemalteco, resulta beneficioso y enriquecedor, pues el contexto histórico, social y cultural de los pueblos indígenas con relación a las Áreas Protegidas son similares. La legislación en ambos países se desarrolla en base a los avances sustantivos de Instrumentos Internacionales en materia de los derechos de los pueblos indígenas, pues estos han ratificado el Convenio 169 de la OIT y otros. Dicha declaración ha influido grandemente en el reconocimiento de la naturaleza pluriétnica y multicultural de ambos Estados.

En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, promulgó el 28 de enero del año 1988 la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. El fin es la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como la protección al ambiente, en dicha ley no criminaliza a los asentamientos humanos en territorios declarados como reserva

³⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). **Pueblos Indígenas y las áreas protegidas en América Latina. fortalecimiento del manejo sostenible de los recursos naturales en las áreas protegidas de américa latina.** Pág. 13



natural, así lo regula Artículo 23 numeral IX en la que establece: "La política ecológica debe buscar la corrección de aquellos desequilibrios que deterioren la calidad de vida de la población y, a la vez, prever las tendencias de crecimiento del asentamiento humano, para mantener una relación suficiente entre la base de recursos y la población, y cuidar de los factores ecológicos y ambientales que son parte integrante de la calidad de la vida". Este artículo resulta siendo tutelar de los pueblos indígenas que poseen en áreas protegidas.

En cuanto las sanciones impuestas a personas que provocaron daños al medio ambiente, la ley regulará lo referente en el título sexto Medida de Control y de Seguridad, en la que el Artículo 182 establece: "En aquellos casos en que, como resultado del ejercicio de sus atribuciones, la Secretaría que tenga conocimiento de actos u omisiones que pudieran constituir delitos conforme a los previsto en la legislación aplicable, formulará ante el Ministerio Público Federal la denuncia correspondiente." La legislación Mexicana es más amplia y menos drástica para sancionar, no tipifica taxativamente el delito de Usurpación como si lo hace el Estado de Guatemala, que comúnmente hace uso de este tipo para criminalizar la posesión histórica de las comunidades indígenas.

La república de Perú es uno de los países latinos que más avances ha tenido en su legislación ambientales y reconocimiento espiritual con las comunidades indígenas. "ha desarrollado normas secundarias; en gran parte, como resultado de la presión de las propias organizaciones indígenas. Entre las diferentes normas vigentes se destacan aquellas que regulan el establecimiento y gestión de las reservas comunales.



Recientemente diciembre del 2016 el Estado firmó el contrato de administración con los Yanesha para que ellos mismo sean quienes manejen la Reserva Comunal en la que habitan. Por otra parte, se promulgó recientemente una ley orientada a la protección de pueblos indígenas aislados y en contrato inicial, que contempla la creación de las Reservas Territoriales sobre las cuales, en la práctica, y según se afirma, el Estado tiene escaso o nulo control efectivo.”³⁵ Es interesante dichos aportes que encuadraría a nuestra realidad, es por ello la necesidad que Guatemala empiece a integrar a su legislación avances.

3.3. Derecho de posesión histórica de las comunidades indígenas

El reconocimiento de las formas propias de tenencia de la tierra ancestral de las comunidades indígenas es un conflicto estructural de Estado. Como consecuencia de ello, es que se han observado constantes levantamientos y movimientos sociales de pueblos indígenas, manifestando y reclamando el reconocimiento de la tenencia y certeza de la tierra, convirtiéndose en un problema social y agrario histórico, pues desde el dominio español y posteriormente con la creación del Estado Republicano los pueblos han sido estigmatizado y no reconocidos como dueños legítimos de la tierra, es más han sido despojados violentamente.

Si bien en distintas épocas han existido instituciones con tendencias agrarias estas no han sido capaz de generar certeza jurídica en cuanto a las formas propias de tenencias

³⁵ FAO. **Op. Cit.** Pág. 21 y 22



de tierra de los pueblos indígenas, entre ellas la posesión histórica. Contrario sensu se crea del Registro General de la Propiedad de Bienes Inmuebles en la que se privilegian las inscripciones de dominio bajo títulos autorizados por Escribanía de Gobierno y se deslegitima el sistema comunal de tenencia de la tierra, en donde las comunidades indígenas han mantenido una relación histórica con ella. Así mismo muchos de los títulos de tierra ejidales o comunales comprados en el período Colonia son deslegitimados, pues no fueron admitidos como inscripciones de dominio.

En el sistema jurídico guatemalteco no existe legislación agraria, que sea capaz de atender este tipo de conflictos. Si bien existen decretos como el Decreto Número 24-99 Ley del Fondo de Tierras; y el Decreto Número 41-2005 Ley del Registro de Información Catastral, entre otros, estos no podrían ser catalogados como leyes agrarias. En el caso de FONTIERRA resulta siendo un mercado de tierras, que se obtienen con trámites administrativos, ciertamente ha logrado legalizar tierras a campesino, esta no ha sido capaz de generar políticas agrarias que resuelvan problemas estructurales de fondo. En el caso del RIC, su función se limita únicamente a obtener certeza jurídica de los límites de bienes inmuebles, razón por la cual no podría catalogarse como legislación agraria. En conclusión, es necesario que Guatemala comience a legislar en temas agrarios pues la mayoría de su población es indígena campesina que necesita de la tierra para generar desarrollo.

Al no existir legislación agraria, como consecuencia tampoco existen tribunales agrarios en donde se discutan conflictos de naturaleza agraria. Sin embargo, la Corte de



Constitucionalidad como tribunal de última instancia y Suprema Corte que busca mantener el orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona humana, en sendas sentencias se ha pronunciado en cuanto a las formas de tenencia comunal o colectiva de la tierra. Entre las sentencias dictadas se puede mencionar el expediente número 2275-2014 en la misma se otorga la protección de amparo para que la cofradía de San José Poaquil continúe con la administración tradicional de las tierras que han posesionan históricamente.

Entre otras sentencias dictadas por la Corte Constitucional está el expediente número 1052-2017 en donde se ampara a la Comunidad Indígena *Kaqchiquel* de la Aldea de Chuarrancho, quienes en el período Colonial compraron las tierras que han posesionado históricamente a la corona española, dicho título comunal o ejidal no fue inscrita a nombre la comunidad en el Registro de la Propiedad pues la legislación de la época no lo permitía, pero en éstas sentencias, la Corte reconoció como legítimos dueños a la comunidad *Kaqchiquel*. Así mismo en el expediente número 5955-2013 se ampara a las Comunidades de Sierra Santa Cruz ubicada en los municipios del Estor y Livingston, quienes reclaman el reconocimiento de las tierras ancestrales que han posesionado.

Si bien el ordenamiento jurídico guatemalteco no cuenta con legislación agraria, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es más amplio y con base al bloque de constitucionalidad y convencionalidad se incorporarán instrumentos ratificados por Guatemala que reconocen el derecho de posesión colectiva o comunal de los pueblos indígenas. Entre los instrumentos internacionales se puede mencionar el Convenio 169



de la Organización Internacional de Trabajo, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así mismo la Resolución de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas.

Igualmente, con base al control de convencionalidad es necesario integrar las sentencias a nivel interamericano. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni* vs Nicaragua, de fecha 31 de agosto de 2001, dejó establecido el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del Artículo 21 de la Convención Americana, donde establece: Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. Así mismo la validéz de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, para que se les reconozca la propiedad sobre ellas, y la necesidad de la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras para que sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

3.3.1. Antecedentes y definición

Al respecto diversos autores han escrito sobre la institución de la posesión. Para el tratadista Cabanellas, Guillermo la posesión es: "Quien posee o tiene algo en su poder, con graduación jurídica que se extiende del simple tenedor al propietario, aun cuando sea a este último al que se contraponga mas especialmente el término; porque el



poseedor constituye un propietario en potencia, por apariencia de dominio o por el propósito de adquirirlo a través de la prescripción.”³⁶ es una de las definiciones más completas, no obstante, cuando se habla de posesión histórica o ancestral de territorios de pueblos indígenas, concurren otros elementos.

En cuanto a la posesión histórica y colectiva de territorios que han ejercido históricamente los pueblos indígenas, cumplen con todos los presupuestos jurídicos que requiere Código Civil, sin embargo, estas no son reconocidas como tal, porque no existe una norma ordinaria que regule todo lo referente a ello. Como consecuencia, muchos pueblos indígenas no gozan de certeza jurídica de la tierra que ha posesionado históricamente, en el caso particular de la comunidad indígena *q'eqchi'* de Santa María *Xyaalkobe'* ha sabido demostrar su relación con la tierra, sin embargo, no han podido legalizarla, porque las precarias instituciones que atienden temas agrarios no han sabido atender dicha problemática, bajo el argumento de que no cumplen con los presupuestos jurídicos. Razón por la cual es necesario que se legisle instrumentos agrarios idóneos que atiendan la posesión colectiva de territorios de los pueblos indígenas.

En conclusión, lo que desarrolla este capítulo es la confrontación de dos formas de interpretar el derecho a la propiedad y la conservación de los recursos naturales, análogamente con la legislación de otros países. Bajo los términos y argumentos ya analizados, se puede evidenciar que no existe armonía entre la forma en los pueblos indígenas y el sistema estatal perciben ambos conceptos; extremo que es necesario

³⁶ *Ibíd.* Pág. 210



abordar y buscar las condiciones necesarias para empezar a sentar precedentes en Latinoamérica, pues otros Estados latinos con gran población indígena, ya están sentando base, para superar este conflicto y Guatemala no puede ser la excepción porque el derecho debe ser cambiante y adecuarse a las necesidades de la población.



CAPÍTULO IV

4. Inobservancia del principio de irretroactividad de la ley penal en la aplicación del delito de usurpación de áreas protegidas y uso indebido del tipo penal

En el desarrollo de este capítulo identificaremos con precisión el efecto de la promulgación de normas jurídicas que no evalúan el contexto social, histórico y cultural de la población maya en Guatemala en el Decreto número 4-89 que Ley de Áreas Protegidas, se detecta un grave conflicto, pues este decreto no reconoce la armonía de los preceptos jurídicos contenidos en la misma con la naturaleza histórica de la población maya contrario sensu, las autoridades competentes los persigue penalmente criminalizándolos como usurpadores.

4.1. Conflictividad agraria y ambiental

La conflictividad agraria en Guatemala ha sido un tema ampliamente discutido por diversos intelectuales, campesinos y agricultores, sin embargo, únicamente se ha logrado evidenciar el problema estructural y social del país, puesto que hasta el momento no se han construido propuestas políticas y jurídicas para establecer una solución al problema.

Aunado a dicho conflicto, los recientes decretos que han nacido a la vida jurídica cuyo objetivo es proteger el medio ambiente y los recursos naturales, han evidenciado que los pueblos indígenas no son considerados como sujetos de derecho. Pues por un lado no gozan de certeza jurídica del territorio que poseen, y por el otro no se les reconoce



el conocimiento ancestral y el equilibrio ecológico que han mantenido con el medio ambiente y los recursos naturales, a lo largo de varios siglos.

Para tener un mejor panorama sobre la conflictividad agraria y ambiental en Guatemala es infaltable mencionar los distintos y sistemáticos despojos de territorio y saqueo de recursos naturales que han sufrido los pueblos indígenas. El primer y más grande despojo que se ha observado en los territorios indígenas, sucedió con la invasión española, varios historiadores establecen que en Guatemala la invasión inició en el año 1524. Esta dominación española cambió rotundamente el destino de los pueblos indígenas, se apropió y despojo las tierras, pero además explotó y sometió a la servidumbre a los dueños del territorio. Aunado al despojo, hay que resaltar que el interés por saquear los recursos naturales siempre estuvo latente, pues la plusvalía económica que generaban era grande y era de sumo interés para la corona española.

Luego de un largo período de sometimiento español y posteriormente en la época conservadora, el estatus quo de la tierra para los pueblos indígenas se mantuvo. Una segunda oleada de despojo de territorios indígenas sucedió en el marco de la Reforma Liberal, esta podría catalogarse como la más significativa, pues las secuelas de este momento histórico aún persisten. En ese contexto social se dió el punto de partida para un sistema finquero cuya certeza jurídica de la tierra se fundamentaba en el registro de las inmensas porciones de territorios en el Registro General de la Propiedad. Los nuevos propietarios-finqueros comúnmente eran personas con fuertes vínculos a los gobernantes de la época, así como de militares de mayor jerarquía.



En ese contexto finquero donde la tierra se concentraba en pocas manos, el descontento se fue generando en los sectores desposeídos, entre ellos los pueblos indígenas. Como consecuencia del descontento, se fueron fraguando movimientos campesinos, estudiantiles e indígenas hasta concluir en la revolución del año 1944. En este período se buscó distribuir la tierra de manera equitativa, dentro de las acciones políticas y económicas que se tomaron, estuvo la expropiación de fincas propiedad de finqueros y terratenientes para cederlas a los campesinos e indígenas que dependían de la agricultura, estas políticas agrarias no fueron bien tomadas por los grandes propietarios y esto generó que el periodo revolucionario durará muy poco.

Aunado a ello, el saqueo de recursos naturales en territorios indígenas también ha sido un conflicto intenso que urge ser atendido por el Estado, pues la protección de estos recursos siempre ha sido objeto de preocupación de los pueblos originarios y un negocio lucrativo para otros sectores. “La interdependencia entre poder económico y político y la desigualdad de su distribución en las sociedades son en general asuntos ampliamente discutidos y aceptados en ciencias sociales. La situación guatemalteca en materia de concentración de recursos y de riqueza y, en consecuencia, de poder es una realidad construida desde la Colonia y perpetuada a lo largo de los regímenes posteriores; los conservadores, los oligárquico-liberales, los autoritario-militares y los democráticos.”³⁷

³⁷ Harald Waxenecker MA. **Relaciones sociales de poder y apropiación de recursos naturales y de la tierra en el Estor, Izabal.** Pág. 3



En el caso de la comunidad de *Xyaalkobe'* es un lamentable ejemplo de lo expuesto anteriormente. Con la agravante de posesionar un territorio declarado como área protegida, convirtiéndolo en una población totalmente excluida. Con la promulgación del decreto 4-89 se concreta un acontecimiento histórico y lamentable para Guatemala, pues perseguirlos penalmente y catalogándolos como usurpadores, con una norma ordinaria que nace a la vida jurídica sin el consenso de todos los pueblos, solo evidencia la ineficacia del aparato Estatal.

Es por ello la urgencia de que el Estado de Guatemala genere políticas agrarias y ambientales en donde se reconozca a los pueblos indígenas como susceptibles de derecho y como consecuencia de participación activa en la conservación del medio ambiente. Como se ha observado en la comunidad de *Xyaalkobe'*, al hacer uso indebido del Derecho Penal e interpretaciones erróneas sobre delitos tipificados y sobre todo violentando garantías constitucionales como la prohibición de retroactividad no es la vía idónea. Por lo tanto, hay que reiterar la importancia de generar políticas agrarias y ambientales incluyentes de los pueblos mayas indígenas.

4.1.1. Análisis de la Ley de Áreas Protegidas Decreto Número 4-89

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 64 reconoce lo fundamental que es conservar los recursos naturales y al respecto estipula: "Patrimonio natural. Se declara de interés nacional la conservación, protección y mejoramiento del patrimonio natural de la Nación. El Estado fomentará la creación de parques nacionales,



reservas y refugios naturales, los cuales son inalienables. Una ley garantizará su protección y la de la fauna y la flora que en ellos exista.” Dicho mandato constitucional se concreta con el nacimiento a la vida jurídica del Decreto Número 4-89, sobre la Ley de Áreas Protegidas.

El objeto y el espíritu del decreto es de trascendental importancia para la protección y la conservación de los recursos naturales, pues bajo el principio de cooperación internacional coloca a los Estados en la responsabilidad de no dañar el medio ambiente y buscar mecanismo de protección. El evitar daños ambientales es un beneficio para todos los habitantes del mundo, pues los ecosistemas naturales son los pulmones verdes del mundo y desempeñan un papel fundamental en la salud humana. Con la promulgación de la ley de áreas protegidas y otras leyes ambientales, se dio un gran paso hacia la tutela jurídica de los recursos naturales, por lo que la observancia de esta normativa es trascendental para todos los ciudadanos guatemaltecos.

Para la protección de la biodiversidad biológica dicho decreto busca su conservación por medio de áreas protegidas administradas por el SIGAP, las cuales se clasifican en: “Los Parques Nacionales, los Biotopos Protegidos, los Monumentos Culturales, las Reservas de la Biosfera y otras áreas protegidas, como las Áreas de Uso Múltiple, las Reservas Municipales y las Reservas Naturales Privadas, cubren aproximadamente el 28% del territorio nacional, considerando tanto las áreas núcleo, como sus zonas de amortiguamiento. Dicho dato sobre la extensión territorial fue establecido en el año 1999.



Para el año 2018 el SIGAP reporta 338 áreas protegidas ocupando una extensión de 3,468,741.69 de hectáreas.³⁸

Por la extensión territorial de áreas protegidas hasta el momento declaradas, refleja que Guatemala es un país con gran diversidad biológica. Si bien los aportes que ha generado este decreto son positivos, también es oportuno resaltar que ha habido resultado negativos a la realidad guatemalteca. Uno de las grandes críticas lo constituye la exclusión de la participación y aportación de los conocimientos de las comunidades indígenas, haciendo caso omiso el acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la firma de la paz, ya que en la misma reconoce derechos relativos a la tierra y administración de los recursos naturales.

El conflicto de las áreas protegidas ante el no reconocimiento de las prácticas ancestrales y la posesión histórica de las comunidades indígenas, se agudiza cada vez más, generando condiciones inhumanas para las comunidades indígenas. A pesar de que en Guatemala las distintas categorías de áreas protegidas, en su mayoría se encuentran en territorios de pueblos indígenas, estos no juegan ningún papel importante. Tampoco toman decisiones políticas, jurídicas ni administrativas, desde la perspectiva del conocimiento ancestral. Si bien la entidad competente como lo es CONAP, implementa determinados programas con tendencia a fortalecer la inclusión de enfoques de género

³⁸ Consejo Nacional de Áreas Protegidas. **Política nacional y estrategia para el desarrollo del sistema guatemalteco de áreas protegidas.** Pág. 2



entre ellos las comunidades indígenas, hay que resaltar que dichos programas únicamente buscan promover la mercantilización de la imagen de los pueblos originarios.

En distintos momentos CONAP ha manifestado que los pueblos indígenas no son compatibles con las áreas protegidas y que estos son los destructores del ecosistema. Dicho argumento se ve reflejado en distintas instancias judiciales, pues en distintas regiones del país como en Petén, Quiché, Alta Verapaz, etc. Se han promovido procesos penales en contra de comunitarios, librándose órdenes de captura y desalojos masivos de comunidades completas por posesionar en áreas declaradas protegidas, como en el caso de *Xyaalkobe*'. Estas acciones promovidas por CONAP reflejan la exclusión y discriminación hacia los pueblos indígenas quienes a lo largo de la historia han preservado, defendido y cuidado los recursos naturales, incluso antes que naciera a la vida jurídica el Decreto 4-89.

4.1.2. Parque Nacional Laguna Lachúa

El primer reconocimiento con reserva biológica del parque se da en la década de los 70 esta medía únicamente 10 kms². Posteriormente, con el CONAP, fue ampliado y llegó a constituirse con catorce mil trescientos una hectárea, veintiséis áreas, cuarenta y dos puntos setenta y nueve centiáreas (14,301 hec. 26 ar. 42.79 cen.) equivalente a trescientas diecinueve caballerías, cincuenta y una manzanas, dos mil quinientas cuarenta y tres puntos setenta y tres varas cuadradas (319 cab. 51 maz. y 2543.73 vrs²), resultando un total de 143,012,642.79 m². La extensión de este territorio antes del 2004



era considerado como terreno baldío (no habitado), sin embargo, este ya estaba posesionado por personas indígenas *q'eqchi'*, por lo que el concepto baldío es cuestionable, según consulta a distancia realizada en el Registro General de la Propiedad esta fue registrada como primera inscripción de dominio el día 27 de mayo del año 2004 a favor de la nación bajo el número de finca: 9712, folio 212, libro 80E de Alta Verapaz.

4.1.3. Análisis de la exclusión del sujeto histórico de derecho en el Decreto número 4-89

Previo a la invasión española y al nacimiento del Estado Republicano, los pueblos indígenas ya posesionaban sus territorios y las gobernaban, mantenían sus formas propias de relaciones sociales, políticas y culturales. Con las constantes asimilaciones culturales estas prácticas comunitarias se han visto debilitadas pues los sectores dominantes han buscado los medios para deslegitimar o deshacer las formas propias convivencias comunitarias, sin embargo, ante tales actos violentos y discriminatorios los pueblos indígenas han luchado para mantener los conocimientos ancestrales y transmitirlos de generación en generación. La relación espiritual y armónica que se tiene con la tierra y los recursos naturales significa el origen de la vida para los pueblos.

En ese orden de ideas se ha podido establecer que los pueblos indígenas a lo largo de su historia no han sido considerados por el Estado guatemalteco como sujetos jurídicos y políticos de derechos. Diversas leyes y decretos que han regido en distintas épocas han buscado deslegitimar a los pueblos, y los principios bajo los cuales se rigen no reconocen la realidad comunitaria del país. En el caso del Decreto Número 4-89, ley sobre



áreas protegidas, se logra evidencias que los patrones de exclusión aún persisten, si bien el objeto de la norma es de interés y beneficio de todos los guatemaltecos, esta ley no es capaz de integrar la participación de los pueblos. Considerando que la mayoría de áreas protegidas están declaradas en territorios indígenas, es fundamental la participación y decisión de los pueblos.

Los instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, han sido más amplios y plentóricos en materia de derechos humanos de pueblos indígenas, es por ello que previo a la declaración de áreas protegidas, el Estado debe realizar consulta libre, previa e informada a las comunidades, con base a las costumbres de estos. En el Artículo 6 inciso a del Convenio 169 de la OIT estipula: “Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. Con base a ello, el Estado guatemalteco debe considerar la presencia y participación de los pueblos indígenas en las declaratorias de áreas protegidas.

4.2. Evidente violación al principio de irretroactividad de ley penal y el uso indebido del tipo penal de usurpación de áreas protegidas.

En el desarrollo de la investigación, se ha ido mencionando de forma muy general cada una de las razones del porque existe una evidente violación al principio Constitucional de irretroactividad, en el caso específico del tipo penal de usurpación en áreas protegidas, concretándose el uso indebido del tipo penal. Entre los argumentos planteados y



abordados en el capítulo tercero están: la debida exegesis y el carácter irretroactivo del delito de usurpación, así mismo, en los temas desarrollados en este capítulo. Sin embargo, es oportuno concretar los argumentos ya vertidos, con el fin de establecer una posible solución al problema, siendo los siguientes:

El espíritu del principio constitucional de irretroactividad de ley claramente establece que cuando nace una nueva norma, la misma se debe aplicar desde su vigencia hacia adelante, en otros términos, no se puede aplicar hacia hechos circunstancias que ocurrieron en el pasado. Por lo tanto, la aplicación del tipo penal de usurpación en áreas protegidas regulado en el Artículo 82 bis Decreto Número 4-89 del año 1996 no puede tipificarse en contra de comunidades indígenas que han mantenido la posesión histórica en los territorios que posteriormente fueron declarados como áreas protegidas.

Si el tipo penal de usurpación de áreas protegidas surge en el año 1996, habría que cuestionarse, por qué perseguir penalmente a la comunidad indígena *Xyaalkobe'* y catalogarlos como usurpadores. En todo caso, este delito si aplicaría cuando algún particular posteriormente llegue a ocupar tierras del Estado declaradas como áreas protegidas, pero no a comunidades que han mantenido la posesión histórica en dichos territorios. Por lo tanto, existe una errónea interpretación de la ley, en este caso concreto, evidenciando un uso indebido del tipo penal.

Afirmar que hay un uso indebido del tipo penal, tiene que ver con la inobservancia de la irretroactividad, pero también con la violación a los principios del derecho penal. Pues



con el hecho de tipificar este delito a 122 personas de una misma comunidad y en base a ello promover el desalojo de la comunidad completa, se evidencia que hay un problema estructural fondo del Estado; por lo que aplicar un tipo penal como solución es ilógico porque para atender este conflicto la solución debe ser de otra natural, y de ninguna manera utilizar el derecho penal. Además, se estaría vulnera la subsidiaridad del derecho penal, pues esta debe ser de ultima ratio, es decir la ultima opción al problema.

4.3. Análisis de inconstitucionalidad de ley en el tipo penal de usurpación en áreas protegidas, por violentarse el principio de irretroactividad de la ley penal, reconocido en la Constitución

La tipificación del delito de usurpación en áreas protegidas en comunidades indígenas, se ha convertido para el Estado guatemalteco un conflicto grave y evidente, hasta el punto de reflejar un problema agrario y ambiental. El tipo penal nació a la vida jurídica hasta en el año 1996, y en las últimas dos décadas, varios líderes comunitarios que han posesionado históricamente territorios declarados protegidos, son perseguidos penalmente, bajo el delito tipo de usurpación. Necesario resaltar que la institucionalidad que promueve estas acciones, las realiza violentados principios Constitucionales entre ellas la de irretroactividad de ley, pues las comunidades que posesionan antes de las declaratorias no encuadran en esta acción, porque la ley no se aplica en sentido retroactivo. Es por ello la necesidad de someter dicho tipo penal al control de constitucionalidad.



La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 44 establece que “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*”. Así mismo la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad establece en el Artículo 114: “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional”. En el caso del delito de usurpación en área protegida, al momento de tipificar en contra las comunidades indígenas que han posesionado históricamente sus territorios, se hace una interpretación que, disminuyendo, tergiversando y restringe el principio de irretroactividad de la ley penal reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala en su Artículo 15.

La necesidad de obtener control Constitucional en caso concreto de la tipificación del delito de usurpación en áreas protegidas a las comunidades indígenas, se vuelve cada vez mas urgente, pues la violación al principio de irretroactividad de la ley penal es cada vez mas constante. Por lo tanto recurrir a la justicia constitucional, resulta siendo la vía idónea, al respecto Aguilera expone: “Por medio de esta garantía constitucional se pretende garantizar la adecuación de las leyes a la Constitución, mantener la preeminencia de ésta sobre toda otra norma, orientar la selección adecuada de normas aplicables a los casos concretos, impidiendo la aplicación de normas legales no concordantes con los preceptos constitucionales.”³⁹ Por lo tanto para salvaguardar el orden

³⁹ Pérez Aguilera Héctor Hugo. Expresidente de la Corte Constitucionalidad. **Protección de garantías Constitucionales en Guatemala**. Pág. 10



constitucional y preservar su debida observancia, es importante que los tribunales de justicia fallen al respecto.

La naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad se puede observar en la necesidad de salvaguardar el orden constitucional, mediante la aplicación de leyes constitucionales, buscando que ésta prevalezca sobre el ordenamiento jurídico. “La Constitución es la ley más alta de un Estado y de su pueblo. El que cree tener que proteger el Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege el Estado, sino que contribuye a que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño al Estado y hace daño a su pueblo.”⁴⁰ En el caso de la inconstitucionalidad en caso concreto su naturaleza jurídica tiene carácter prejudicial, en el sentido de que se vuelve necesario discutir esta cuestión antes de iniciar o continuar con el proceso principal, ya que la resolución que se emita tiene que ser debidamente observado en el asunto principal.

La aplicación de este tipo penal a la comunidad *Xyaalkobe'* es el objeto de esta investigación, pues la institucionalidad Estatal lo ha interpretado violentado el principio Constitucional de irretroactividad de ley. En este caso la comunidad que han permanecido históricamente en su territorio no puede ser señalada como usurpadores pues el delito nació a la vida jurídica hasta en el año 1996 y la ley no se puede aplicar en sentido retroactivo. La Corte de Constitucionalidad en expediente número 296-2009 ha manifestado: “El principio de irretroactividad, indica que la ley se aplicará únicamente a

⁴⁰ Rudolph Walter. “**Condiciones necesarias para la realización y protección de la Constitución**”. Pág. 207



los hechos ocurridos durante su vigencia, es decir, bajo su eficacia temporal de validez. Es por ello la necesidad de que dicho tipo sea declarado inconstitucional en caso concreto.

La Corte de Constitucionalidad en sentencias de fecha uno de junio del año 1995 en expediente número 531-94 se ha fallado sobre la inconstitucionalidad en caso concreto y al respecto establece: "Este mecanismo es un instrumento jurídico procesal que tiene por objeto mantener la preeminencia de la Constitución sobre toda otra norma, y orientar la selección adecuada de normas aplicables a cada caso concreto. La persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia y podrá promoverse cuando la ley de que se trate hubiera sido citada como apoyo de derecho en la demanda, en la contestación o que de cualquier otro modo resulte del trámite del juicio."

Se puede entonces determinar que, el tipo penal de usurpación de áreas protegidas es inconstitucional al aplicarlo a los pueblos indígenas que han posesionado sus territorios antes del nacimiento del tipo, pues se violenta el principio de irretroactividad de la ley penal reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Por lo tanto, se debe acudir al control constitucional en caso concreto para que los tribunales se pronuncien fallando al respecto, y así sentar precedentes para que dicho tipo penal sea interpretado correctamente y no criminalice, estigmatice y discrimine a las comunidades indígenas como en el caso de Xyaalkobe'. Con ello se lograría reivindicar derechos



humanos de los pueblos indígenas como el acceso a la tierra, el reconocimiento de los conocimientos ancestrales y la espiritualidad que estos tiene con los bosques y los cerros.

CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La naturaleza del problema planteado en la investigación, surge como consecuencia de la promulgación de normas jurídicas que no evalúan el contexto social, histórico y cultural de la población en donde regirá. Este presupuesto, se refleja con el Decreto número 4-89 que contiene la Ley de Áreas Protegidas, cuyo objeto es la protección de la diversidad biológica, circunstancia que favorece a todos lo guatemaltecos. Sin embargo, en la misma se detecta un grave conflicto, específicamente en comunidades indígenas que poseionan en áreas declaradas protegidas, pues este decreto no reconoce la armonía de estas con la naturaleza, desde sus cosmovisiones; contrario sensu, las autoridades competentes los persigue penalmente criminalizándolos como usurpadores. Se agudiza más el conflicto, cuando dichas prácticas se ejecutan incumpliendo garantías constitucionales, entre ellas la de irretroactividad de la ley penal.



Por lo expuesto, es necesario atender dicha problemática, evidentemente el Decreto Número 4-89 es una norma positiva y progresiva, por lo que cuestionarla de fondo es innecesario. Sin embargo, en casos concretos si genera determinados conflictos; por lo tanto, la posible solución sería someter el problema a control constitucional, y quienes deben ejecutarlo son los órganos jurisdiccionales, quienes en el momento de conocer casos concretos de esta naturaleza deben hacer el debido análisis del contexto para no vulnerar garantías constitucionales como la irretroactividad de la ley, y eso lo debe hacer para sentar precedente jurídicos y así buscar que no se repita el problema en otras comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFÍA



ÁNGEL AUGUSTO MONROY RODRÍGUEZ. **Derecho y realidad, principio de mínima intervención ¿retórica o realidad?**. Colombia 1ª. Ed. Arlequín, 2013.

ANNE BORDATTO. **Las amenazas ambientales en el Parque Nacional Laguna Lachúa**. Santiago, Chile. 2ª ed. Ed. Diar soc, 1961.

ALVARO CABALLEROS. **Despojo territorial y movilidad Q'eqchi': perspectiva histórica y dinámica actuales**. Guatemala: 1ª ed. Arriola, 2000.

AMUCHATEGUI REQUENA, GRISELDA. **Derecho penal**. México Oxford University Press, 2001, Segunda edición. Editorial de Palma, 1968.

CABANELLAS GUILLERMO. **Diccionario de derecho usual**. México, D. F. Ed. Editorial Porrúa, 2000.

CARBONEL, MIGUEL y MAC-GREGORI, EDUARDO. **Irretroactividad de la ley**. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM. Pág. 14

CARBONEL MIGUEL. **Historia constitucional y derecho comparado: Notas sobre el futuro del constitucionalismo en México**. Mexico Editorial Heliasta S. R. L., 1993.

CARRION ALEJANDRO Y LORA ALEJANDRA. **Historia y evolución del derecho constitucional a nivel universal Guatemala**. 6ª. Ed.; Editorial estudiantil Fénix. 2003.

DE LEON VELASCO, **Derecho penal guatemalteco, Guatemala**, Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala, décimo quinta edición 2004

DR. LUIS FELIPE RUIZ ANTON. **Principio de irretroactividad de la ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia**. Barcelona: Ed. Editorial Bosch, (s. f.), 2008.



DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y DE MATA VELA, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**. Guatemala. Vigésima segunda edición, Editorial Estudiantil Fénix, 2012.

ELIAS ESCAFF SILVA. **Consecuencias psicosocial de la privación de la libertad e imputados inocentes**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Editorial Plus Ultra, 1990.

FLORES JUAREZ JUAN FRANCISCO **Constitución y justicia constitucional**. 1ra impresión, Sevilla, España. Novena edición. Editorial Universidad de Sevilla, 2005.

GARCIA TOMA, VICTOR. **Teoría del estado y derecho constitucional**, México, D.F. 1^o ed. Lima: Fondo de desarrollo editorial U de L. 1978.

GIRON PALLES JOSE GUSTAVO. **Teoría del delito, Instituto de la Defensa Pública Penal**. Guatemala Editorial Universitaria, 2003.

GRANDIA, LIZA. **Tzàp`ptz`ooqeb` El despojo recurrente al pueblo Q`eq`chi`**. Avanco. Pág 3

HARALD WAXENECKER MA. **Relaciones sociales de poder y apropiación de recursos naturales y de la tierra en el Estor, Izabal**. Guatemala, Segunda edición, Editorial Porrúa S.A. 1993.

HECTOR HUGO PEREZ AGUILAR. Expresidente de la Corte Constitucional. **Protección de garantías constitucionales en Guatemala**. Guatemala. Segunda edición, Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas. URL, 2003.

JENNY GONZALES MUÑOZ. **La territorialidad de los pueblos originarios: una historia de despojos y violaciones en el abya yala México D.F.** Primera edición. Editora Nacional, 1978.

JEFFERSON THOMAS. **Autobiografía y otros escritos**, Madrid, Primera Ed. The Library of. 2000.

MENENDEZ A.J **La constitución nacional y el medio ambiente**. Guatemala. Primera edición. Editorial Piedra Santa Arandy, 1998.



OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO. Fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Pág. 95

OVIENDO G. Áreas protegidas y pueblos indígenas. Lineamientos y herramientas para un manejo creativo de las Áreas protegidas, Guatemala Ed. Heliasta, 1981.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Resumen de la situación de los programas de rabia en la américa latina.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. Manual de derecho penal mexicano. México, Quinta edición Editorial Porrúa 1982.

RODRIGUEZ MOURULLO GONZALO. Derecho penal. Parque general, Madrid, Civitas Editorial, 1983.

SILVANA C. TAPIA. Ausencia de reflexión criminológico en Ecuador: la persecución de alfaro vive ¡carajo. Ecuador, 1ª Edición. Editorial Alianza, 1994.

VASQUEZ MONTERROSO DIEGO. Historia cultural de los Q'eqchi' en Lachúa, Cobán, Alta Verarapaz (siglos XV-XX), peritaje histórico-antropológico. Guatemala, Primera edición. Editorial Wilson Bull, 1948.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Tratado de derecho penal, parte general. Argentina, primera edición. Ediar S.A. Editorial Comercial, Industria y Financiera, 1987.

ZARIM H.J. Constitucion Argentina -comentada y concordada. Argentina. Quinta Edicion Edit. Astrea. 2009.

Legislación:

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



Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

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

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos. 1969.

Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Asamblea General de los Estados Americanos. 2016.

Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo en su Séptima Reunión. 1989.

Código Penal de Guatemala. Decreto 17-73. Congreso de la Republica de Guatemala. 1973.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92. Congreso de la Republica de Guatemala. 1992.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Congreso de la Republica de Guatemala. 1989.

Ley de Áreas Protegidas. Decreto 4-89. Congreso de la Republica de Guatemala. 1989.

Ley Forestal. Decreto 101-96. Congreso de la Republica de Guatemala. 1996.

Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente. Decreto 68-86. Congreso de la Republica de Guatemala. 1986.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. 1988.



Ley de Áreas Naturales Protegidas. Ley No. 26834. Congreso de la Republica de Perú
1997.