

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL
**EL PLURALISMO JURÍDICO
Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL**

M. Sc. HÉCTOR FEDERICO MENDIZÁBAL ARÉVALO

GUATEMALA, MARZO DE 2022

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EL PLURALISMO JURÍDICO
Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el Maestro

HÉCTOR FEDERICO MENDIZÁBAL ARÉVALO

Tutor

DR. JORGE APARICIO ALMENGOR VELÁSQUEZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, marzo 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 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

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Alejandro José Gutiérrez Dávila
VOCAL: Dr. Aníbal González Dubón
SECRETARIA: Dra. María del Rosario Velásquez Juárez

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

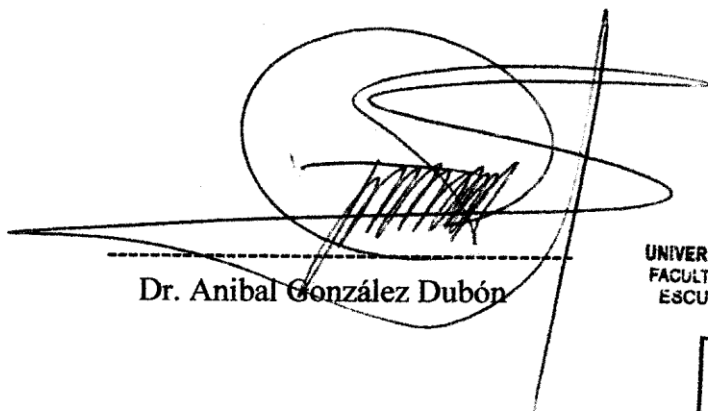
Guatemala, 24 de noviembre del año 2021.

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Derecho Constitucional del Maestro **HÉCTOR FEDERICO MÉNDIZABAL ARÉVALO**, titulada **"EL PLURALISMO JURÍDICO Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL"**, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,



Dr. Anibal González Dubón

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
SECRETARÍA

27 ENE. 2022

RECIBIDO

Hora: 14 Minutos: 05
OFICIAL: osvaldo



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

SECRETARÍA

16 FEB. 2022

RECIBIDO
14 minutos: 00.

Hora: _____
OFICIAL _____

Guatemala, 16 de febrero de 2022

Doctor:

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
-USAC-

Distinguido doctor Cáceres Rodríguez:

Con base en su solicitud expresa en la carta a mi persona con fecha diez de febrero de dos mil veintidós, en donde se me pide dictamen gramatical; y, según los Artículos 7, 9 y 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Le informo que el maestro: **HÉCTOR FEDERICO MENDIZÁBAL ARÉVALO**, del programa de **Doctorado en Derecho Constitucional**, ha realizado las correcciones y recomendaciones de gramática, ortografía, redacción y estilo, a su trabajo de tesis; cuyo título final es: **EL PLURALISMO JURÍDICO Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL**.

Asimismo, manifiesto que se ha utilizado un léxico adecuado a los requerimientos de una investigación científica; asimismo, se presentan varios neologismos propios de la naturaleza del tema investigado y su vínculo con la teoría neoconstitucionalista y los postulados de los derechos fundamentales de los pueblos originarios y sus particularidades en la jerga jurídica y social, para cubrir las exigencias de la técnica jurídica y los principios exegéticos y hermenéuticos de la ciencia del Derecho. Esto, en consonancia con las normas, consideraciones y recomendaciones de la Real Academia Española, para utilizar el lenguaje de manera actualizada y como primera fuente teleológica idónea, para el conocimiento.

Dicho trabajo, presenta las partes requeridas en el instrumento legal *supra* anotado, según lo establece la Escuela de Estudios de Posgrados. De esta forma, el sustentante, ha referido con el modelo de la Asociación Americana de Psicología – APA- en su séptima edición, las fuentes bibliográficas, para dejar los créditos de las teorías que han fundamentado la investigación.



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSGRADOS

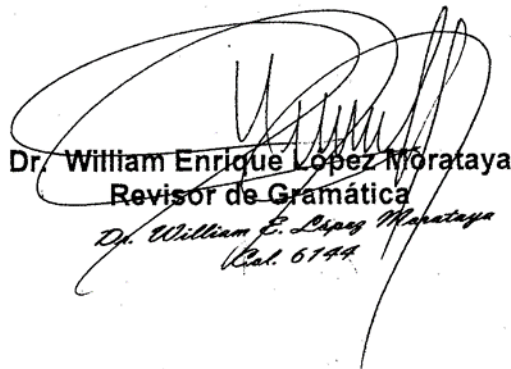
La metodología, técnicas y doctrinas que el estudiante y su parte asesora presentaron, fueron respetadas en su totalidad y ningún planteamiento fue conculcado para mantener el fundamento teórico original del documento presentado.

De esta manera se procedió con la revisión, exclusivamente en lo que corresponde a la gramática, ortografía, redacción y estilo, para comprobar que el cuerpo capitular contenga los requerimientos y extensión mínimos; con ello, se adecuó la diagramación pertinente y cotejaron los enunciados del índice, los títulos y subtítulos, la parte conceptual introductoria y la conclusión, según los enlaces externos que se describen en la bibliografía consultada.

En virtud de lo anterior, se emite: **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de continuar con el trámite correspondiente.

Cordialmente.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"



Dr. William Enrique López Morataya
Revisor de Gramática
Dr. William E. López Morataya
Col. 6144



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 3 de marzo del dos mil veintidós.-----

En vista de que el MSc. Héctor Federico Mendizábal Arévalo aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 54-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“EL PLURALISMO JURÍDICO Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

- A DIOS:** Todopoderoso, Arquitecto del Universo.
- A JESÚS:** Dios Hijo, Salvador del mundo.
- AL ESPÍRITU SANTO:** Dador de la fe.
- A LA VIRGENCITA MARÍA:** Intercesora de las nobles causas humanas.
- A LA MEMORIA DE:** Mi padre Carlos Federico Mendizábal Lobos y de mi hermano Carlos Darío Mendizábal Arévalo.
- A MI SANTA MADRECITA:** Rosa Elena Arévalo Ruano.
- A MIS HIJOS:** Rosa Graciela y Wilson Omar.
- A MI HERMANA:** Silvia Elena Mendizábal Arévalo.
- A MIS SOBRINAS:** Andrea Lucía y Silvia Nohemí.
- A:** La familia en general.
- A:** Los colegas y amigos en general.
- A:** La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala, y especialmente a la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por contribuir en mi formación profesional.

ÍNDICE



Introducción	1
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Los sistemas jurídicos contemporáneos	1
1.1. El derecho comparado	1
1.2. Sistemas jurídicos	5
1.3. Familias jurídicas	10
1.3.1. Familia neorromanista	11
1.3.2. Familia del <i>common law</i> o anglosajona	11
1.3.3. Sistemas religiosos	12
1.3.4. Familia mixta o híbrida	12
1.3.5. Familia socialista	13
1.4. El sistema jurídico oficial en Guatemala	14
1.5. El sistema jurídico maya	22
1.5.1. La costumbre, el derecho consuetudinario y el derecho indígena	22
1.6. La autonomía de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico	28
1.6.1. Autonomía	28
1.6.2. El pluralismo jurídico	33
1.6.3. Marco legal en Guatemala para la implementación del pluralismo jurídico	41
1.6.3.1. El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas	54
1.6.3.2. Código Municipal, Decreto Número 12-2002	56
1.7. Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala	57

CAPÍTULO II

2. Análisis comparativo del derecho indígena constitucional y pluralismo jurídico en algunos países de Latinoamérica	65
2.1. Contexto: pueblos indígenas en América Latina	65
2.2. Los derechos de los pueblos indígenas en Nicaragua	65



	Pág.
2.2.1. Los derechos indígenas en la Constitución Política de la República de Nicaragua	68
2.2.2. Resumen	73
2.3. Los derechos de los pueblos indígenas en Perú	73
2.3.1. Normativa universal aprobada por el Perú	78
2.3.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos	78
2.3.1.2. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	79
2.3.1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	82
2.3.1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	83
2.3.1.5. Convenio N° 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes	84
2.3.1.6. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	86
2.3.2. Normativa regional de Perú	88
2.3.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica	88
2.3.3. Marco normativo nacional de Perú	89
2.3.3.1. Constitución Política de Perú	89
2.3.3.2. Código Civil peruano	92
2.3.3.3. Código Penal	94
2.3.3.4. Código Procesal Penal	94
2.3.3.5. Código de los Niños y Adolescentes, Ley n° 27337	95
2.3.3.6. Resumen	96
2.4. Los derechos de los pueblos indígenas en Bolivia	98
2.4.1. Resumen	108
2.5. Los derechos de los pueblos indígenas en Costa Rica	109
2.6. Los derechos de los pueblos indígenas en México	113
2.7. Situación de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala	119
2.7.1. La costumbre en el ordenamiento jurídico guatemalteco	125



2.7.2. En la Constitución Política de la República de Guatemala	126
2.7.3. En la Ley del Organismo Judicial	127
2.7.4. En el Código de Trabajo	128
2.7.5. Ley reguladora de la prestación del aguinaldo para los trabajadores del sector privado, Decreto 76-78 del Congreso de la República de Guatemala	130
2.7.6. Reglamento para el goce del período de lactancia	131
2.7.7. En el Código Civil	131
2.7.8. En el Código Procesal Civil y Mercantil	133
2.7.9. En el Código Procesal Penal	133
2.7.10. En el Código Penal	134
2.7.11. En el derecho administrativo	134
2.7.12. En el derecho internacional	134
2.7.13. En el derecho mercantil y los contratos atípicos	135
2.7.14. La costumbre en estándares internacionales plasmada en los convenios suscritos y ratificados por Guatemala	135
2.7.14.1. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)	135
2.7.14.1.1. Mecanismos de control	138
2.7.14.1.2. Conferencia Internacional del Trabajo	138
2.7.14.1.3. La Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones –CEARC–	139
2.7.14.1.4. Comisión de Aplicación de Normas	139
2.7.14.2. Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales	140
2.7.14.3. Estatus Jurídico del Convenio 169	141
2.7.14.4. La situación de los Convenios y Tratados en los distintos países de América Latina	142

CAPÍTULO III

3. El pluralismo jurídico y su reconocimiento constitucional	145
3.1. Hacia un modelo de coexistencia del sistema jurídico maya con el sistema jurídico oficial	145



3.2. Generalidades	149
3.2.1. Cultura	151
3.2.2. Comportamiento	152
3.2.3. Pauta y norma social	152
3.2.4. Los usos	153
3.2.5. Las costumbres	154
3.2.6. Los hábitos	154
3.2.7. Las leyes	155
3.2.8. La regla jurídica	156
3.2.9. La norma jurídica	156
3.2.10. Los principios jurídicos	156
3.2.11. El pluralismo normativo	157
3.2.12. El Estado frente al pluralismo normativo internacional	158
3.3. Teoría de las fuentes del Derecho	159
3.3.1. La costumbre y la legislación	162
3.4. Unidad, coherencia y plenitud del pluralismo jurídico	168
3.5. Teoría tridimensional del Derecho	173
3.6. La validez, eficacia y justicia del pluralismo jurídico	175
3.6.1. Validez	177
3.6.2. Eficacia	179
3.6.3. Justicia	180
3.7. Los derechos humanos como principio dirimente	184
3.7.1. Principio asimilacionista	191
3.7.2. El principio de no discriminación	192
3.7.3. El principio de igualdad ante la ley	192
3.7.4. El principio de la universalidad de los derechos humanos	195
3.7.5. Principio <i>pro homine</i>	198
3.7.6. Principio <i>pro actione</i>	201
3.7.7. Principio de posición preferente de los derechos fundamentales	204
3.7.8. Principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales	206



3.7.9. Principio de progresividad	207
3.8. La integración del pluralismo jurídico	215

CAPÍTULO IV

4. Los conceptos de derecho y de Estado en el sistema jurídico oficial y en el sistema jurídico maya	235
4.1. El concepto de Estado en el sistema oficial	235
4.2. El concepto de derecho en el sistema oficial	241
4.3. El concepto de Estado en el sistema jurídico maya	246
4.4. El concepto de derecho en el sistema jurídico maya	249
4.5. Paradigmas de la filosofía del derecho constitucional en que se inspiran el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya	252
4.6. Análisis de la aceptación de resoluciones de tribunales indígenas por el Poder Judicial	259
4.7. Ante la observancia de una reforma constitucional, ¿cómo se resolvería el problema jurídico y el problema de coordinación y dialogo ante los tribunales locales y nacionales?	270
4.8. Análisis de las normas constitucionales identificadas en el presente trabajo de investigación	274
4.9. Dentro de los contextos sociales, políticos y jurídicos, se amplía y concreta la experiencia comparada de los países identificados en este trabajo en los que se aplica el pluralismo jurídico	297
4.9.1. Constituciones plurinacionales convencionalizadas en Latinoamérica	297
4.9.2. Análisis del pluralismo jurídico	301
CONCLUSIÓN	307
BIBLIOGRAFÍA	311



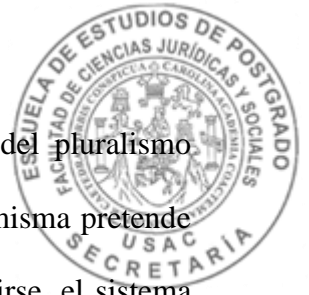


INTRODUCCIÓN

Como exordio de la presente tesis doctoral es menester contextualizar que, a la luz de la teoría neoconstitucionalista, la posibilidad de que sistemas jurídicos distintos coexistan dentro de un mismo Estado ha sido objeto de polémica entre los colectivos sociales en Guatemala, ya que por un lado, están los que defienden que la ley es monopolio del Estado y por ende, de aplicación exclusiva por el Organismo Judicial como uno de sus poderes soberanos, quien distribuye las jurisdicciones y competencias, bajo el principio de que todos somos iguales ante la ley; y, por el otro lado, están quienes postulan que se debe reconocer la existencia de distintas prácticas jurídicas como la justicia indígena y justicia comunitaria, lo que supondría el reconocimiento descrito, como derecho constitucional del pluralismo jurídico. El referido conflicto sería la base de la investigación y del planteamiento del problema, es decir, de sistemas jurídicos y jurisdicciones distintas, competidoras y superpuestas en un mismo plano de igualdad, respeto y coordinación.

En la actualidad se ha propiciado un diálogo nacional que se impulsa hacia la reforma de la justicia en Guatemala y se ha sometido a los diversos sectores que conforman la sociedad guatemalteca, una propuesta para su discusión que ha sido presentada por los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial para reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en materia de justicia.

Tal propuesta ha sido impulsada por la Ministerio Público, el Procurador de los Derechos Humanos, la extinta Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala.



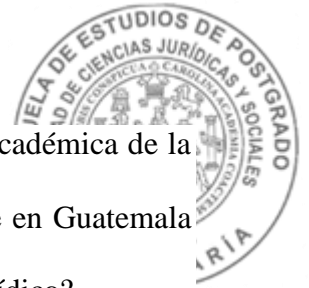
Dentro de las posibles reformas planteadas, está la de la formulación del pluralismo jurídico que sería precisamente el tema central de la presente investigación. La misma pretende encontrar el punto de equilibrio jurídico para que puedan coexistir sin transgredirse, el sistema jurídico oficial estatal y el pluralismo jurídico en un mismo plano de igualdad procesal.

La presente investigación jurídica se realizó con el propósito de determinar si es posible o no, la coexistencia dentro del Estado de Guatemala, de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas de reconocimiento constitucional, es decir, de sistemas jurídicos y jurisdicciones distintas, en un mismo plano de paridad, acato y aplicación.

Dada la coyuntura actual en el país y de la posibilidad de que en una eventual reforma constitucional se proceda a la inclusión y al reconocimiento de la aplicación de la justicia de las comunidades indígenas, se consideró oportuno realizar la presente tesis para establecer cuáles serían los mecanismos jurídicos que deben usarse para lograr la adecuada coordinación de ambos sistemas jurídicos.

El Estado de Guatemala necesita cambios estructurales urgentes y que no admiten dilación. Es por ello, que diversos sectores de la sociedad guatemalteca han planteado un esquema de reformas constitucionales al sector justicia; estos se encuentran en discusión en el Organismo Legislativo, dentro de las cuales se ha formulado la posibilidad de la inclusión del pluralismo jurídico, que pueda coexistir con el sistema oficial.

Ante lo referido, se explica y establece cuáles serían los mecanismos jurídicos adecuados e idóneos para lograr la debida coordinación de ambos sistemas: el sistema oficial y el pluralismo jurídico.



A manera dubitativa, como norte expositivo de la estructura científica y académica de la investigación se planteó la pregunta: ¿qué elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico?

La anterior, fue la interrogante medular para tratar de responder al problema de investigación, ya que tiene el carácter de la ciencia que en esta ocasión es la materia fundante, realizada sobre la base de la observación directa, para determinar cuáles serían los procedimientos que se aplicarían, para vincular ambos sistemas, si se lograra el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico.

Es así que, como hipótesis se plantea que «los elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala que se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, serían el elemento formal normativo que incluye las normas escritas; el elemento estructural integrado por la existencia de normas escritas o no escritas y que no necesariamente fueron promulgadas por el órgano legislativo, pero que son aplicadas por quienes administran justicia y el elemento político cultural en donde se emplazan las reglas no escritas, o no formalmente promulgadas, que se van creando del contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, los usos, las costumbres, las tradiciones orales, y las relaciones entre estas».

De esta manera, se espera realizar un aporte académico para entrar al pragmatismo socio-jurídico que no debe ocultar una práctica que se puede decir, ha sido reconocida indirectamente por las autoridades que representan al derecho escrito y las estructuras de administración de justicia, la cual deja convivir de manera aislada las costumbres ancestrales de los pueblos

originarios, dentro de un sistema incluso no mediatizado; mientras no se realice una injerencia en temas que deberían constituirse en políticas y agenda de Estado.



CAPÍTULO I



1. Los sistemas jurídicos contemporáneos

1.1. El derecho comparado

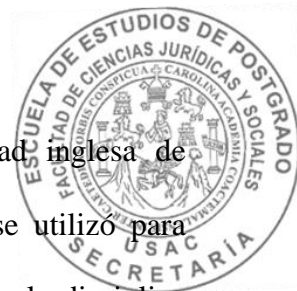
Para algunos autores, el derecho comparado es una técnica cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países y para otros, es un método de estudio comparativo.

Para el profesor H.C Gutteridge, citado por Marta Morineau Iduarte (2002), existen varias ramas del derecho comparado:

Derecho Comparado Descriptivo: Rama que se refiere al análisis de las variantes que se pueden encontrar entre los sistemas jurídicos de dos o más países.

Derecho Comparado Aplicado: Esta rama va más allá de la mera obtención de información del derecho extranjero y su utilidad puede ser tanto teórica como práctica. En el primer caso puede referirse a un estudio comparativo que ayude a un filósofo del derecho a elaborar teorías abstractas que, a su vez, apoyen al historiador en el conocimiento de los orígenes y desenvolvimiento de instituciones y conceptos jurídicos. Desde el punto de vista de la práctica, el Derecho Comparado Aplicado, puede referirse a reformas jurídicas, tanto como a la unificación de derechos distintos.

Derecho Comparado Abstracto o Especulativo: Esta rama también se designa como Derecho Comparado puro y utiliza la comparación para ensanchar la suma total de los conocimientos jurídicos. (p. 20)



La misma autora cita al profesor Peter de la Cruz de la Universidad inglesa de Staffordshire, para quien, en un principio, el nombre de derecho comparado se utilizó para referirse básicamente a un método de estudio, sin embargo, este autor añade que la disciplina cuenta con un número suficiente de principios metodológicos, como para considerar que se ha convertido o está en vías de convertirse, por derecho propio, en “una rama autónoma de las ciencias sociales, aunque no contenga un núcleo sustantivo, como otras ramas del derecho, como por ejemplo el derecho penal o el sucesorio” (Morineau Iduarte, 2002, pp. 20, 21).

Marta Morineau (2002) se refiere además a los profesores alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz para quienes el nombre de derecho comparado:

Hace alusión a una actividad intelectual que tiene por objeto al derecho y como método a la comparación. Agregan que se puede comparar diferentes reglas o normas de un sistema legal específico, pero que el alcance del derecho comparado es más amplio, y se debe tener en mente, además de la comparación de instituciones de un determinado derecho nacional, el aspecto internacional de la disciplina, es decir, el Derecho Comparado implica también la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos del mundo. (p. 21)

La autora Morineau Iduarte (1989), parafraseando al investigador mexicano Héctor Fix-Zamudio, explica que ha predominado el criterio de considerar al derecho comparado como un método y no como disciplina académica autónoma, y que en cuanto al nombre de la materia se utilizan también: “método jurídico comparativo”, “comparación jurídica” y “estudios jurídicos de derecho”, aunque Fix-Zamudio agrega que el de “derecho comparado es el más generalizado, con la aclaración de que estamos conscientes de su significación equivoca” (p. 65).



Resume la autora Morineau (2002) que también existe una concepción ecléctica:

Porque hay quienes consideran que el derecho comparado es tanto un método como una disciplina autónoma y que la principal preocupación del mismo es el estudio sistemático de sistemas jurídicos o de normas jurídicas específicas sobre la base de su comparación y que dentro de sus objetivos están: un mejor conocimiento del derecho nacional; el conocimiento de otros derechos; la unificación de derechos. Indica que uno de los principios metodológicos más importantes del derecho comparado consiste en agrupar los diferentes derechos o sistemas jurídicos nacionales, que muestran rasgos comunes, para englobarlos dentro de grupos más amplios como lo son las familias jurídicas o familias de derechos, siendo la razón de ser de este método la comparación entre sistemas. (pp. 21, 22, 26)

De igual manera, la académica Marta Morineau (2002) expone “que los criterios para llevar a cabo estas agrupaciones, pueden ser de diversa índole, como son las características que debe tener la norma jurídica, la forma en la que se concibe, la enseñanza de esa norma” (p. 26). Así mismo, la forma de crearla, o bien, la evolución meramente histórica de esa norma, así como el marco espacial y temporal de su aplicación, pudiéndose señalar, que se pueden conjugar varios de estos u otros criterios para formar una familia; pero, por regla general, no puede estimarse que dos o más derechos pertenezcan a la misma familia si sus fundamentos filosóficos, económicos y políticos son contradictorios y además sin van dirigidos a sociedades enteramente diferentes.

Siguiendo las lecturas respecto del autor Fernando Gascón Inchausti (2011) respecto de las características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado en las que refiere que en el marco de las sociedades políticamente organizadas bajo la forma de un



Estado de derecho, la comisión de un hecho delictivo desencadena una reacción por parte del poder público, a la que, de forma sintética, se puede denominar “persecución penal”, entendiéndose como tal “el conjunto de actuaciones que desarrollarán los poderes públicos, en cuanto tienen conocimiento de la comisión de una conducta punible, que permitirán, en último término, operar la consecuencia jurídica prevista sobre quien resulte ser responsable” (p. 1) (sic), de conformidad con las circunstancias concurrentes en el caso concreto, siendo la forma ordinaria de persecución penal la apertura de un proceso penal que sirva como cauce para una eventual imposición de una pena, sin perjuicio de la aplicación de fórmulas alternativas para la resolución de los conflictos.

De acuerdo con este autor, Gascón (2011):

Cuando se pretende efectuar análisis jurídicos comparativos en el contexto de la cultura jurídica occidental, el criterio divisorio clásico es el que permite distinguir entre sistemas jurídicos de *civil law* o continentales, de un lado, y sistemas de *common law* o angloamericanos, de otro. Geográficamente integrarían el primer bloque los países de la Europa continental, así como los de Iberoamérica y Japón; el segundo bloque, por su parte, lo conformarían de forma clara el Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Israel, Singapur, Australia o Nueva Zelanda. (p. 4)

En su enunciación más genérica, suele decirse que los sistemas angloamericanos se definirían por un carácter más acusatorio o adversarial, que se suele traducir en la ausencia de una fase de instrucción como pieza del proceso en sentido propio. Gascón Inchausti (2011) expresa: “Los sistemas jurídicos continentales, por el contrario, tendrían un modelo de proceso penal mixto con resabios inquisitivos” (p. 5).



El modelo adversarial propio de los sistemas de *common law* da lugar a un proceso penal de partes *–rectius, de abogados–*, con una investigación preliminar policial que no está judicializada. En cambio, el rasgo más característico de los ordenamientos de corte continental (como el caso de Guatemala), según Gascón Inchausti (2011) “es la existencia de una fase de instrucción, bajo control judicial, que tiene como objetivo efectuar una investigación que conduzca a una reconstrucción exhaustiva de lo acontecido” (p. 5).

En lo relativo a la regulación en sí misma del proceso penal, hay que tener en cuenta que los sistemas procesales penales de corte continental (para el caso de Guatemala), se han caracterizado siempre por poseer genuinos códigos procesales penales; por el contrario, los sistemas de *common law* no han experimentado un genuino fenómeno de codificación, en buena medida debido al valor primordial atribuido al precedente judicial, también en materia penal y procesal penal. Esto hace que, al día de hoy, países como Inglaterra carezcan de un Código Penal y de un Código Procesal Penal; son cada vez más frecuentes las normas escritas procedentes del poder legislativo o de otras fuentes, pero el rasgo definitorio es la dispersión; en los Estados Unidos, sin embargo, el esfuerzo codificador viene de más lejos y se ha traducido, en el plano federal, en la aprobación de las *Federal Ryles of Criminal Procedure* y las *Federal Rules of Evidencia*, mientras que en el plano de la legislación estatal la existencia de textos similares es también la regla.

1.2. Sistemas jurídicos

Para Juan Antonio García Amado (1985) el concepto de sistema se muestra cada día con más claridad como un concepto clave en la teoría jurídica y solo a la luz de la pluralidad de



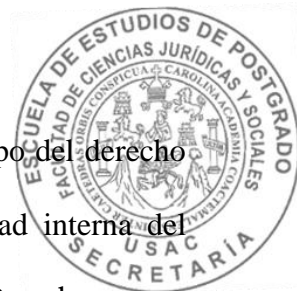
planos bajo los que el derecho se conforma, “se atiende a la función distinta, pero igualmente legítima, que en cada teoría puede poseer un concepto como el sistema jurídico” (pp. 297-298).

El mismo autor indica que existen cuatro teorías sobre el sistema jurídico:

- I. La teoría de Fikentscher: Sistema como esquema temporal de razonamiento; y quien parte de afirmar la existencia de una interrelación entre comprensión de la historia y del sistema. Cada concepción filosófica del transcurrir temporal llevaría aparejada una específica idea de sistema. Cada cultura tiene su noción del tiempo y del sistema. De ahí que para hablar del desarrollo o la evolución del derecho se deba hacer explícito el concepto del tiempo y de la historia, propio del círculo jurídico de que se trate. El enfoque sistemático del derecho incluye necesariamente una valoración de hechos anteriores y posteriores.
- II. La teoría de Peine: Sistema Jurídico como sistema de fines; este autor se interesa por el sistema jurídico dogmático al que se ligan concretas consecuencias jurídico-constitucionales, es decir, con relevancia práctica inmediata. El concepto de sistema que busca, no viene determinado a priori, y el único modo de conocer la estructura de un ordenamiento jurídico, su configuración o no como sistema, es mediante el análisis del contenido de las normas que establecen las condiciones de validez de otras normas jurídicas, esto es, mediante el análisis de la Constitución.

III. La teoría de Canaris: Sistema jurídico como sistema de principios generales.

Canaris comienza también por buscar las notas que definen el concepto general de sistema, para considerar a continuación su encarnación jurídica. Concluye que son dos las notas que aparecen en todas las definiciones generales de sistema que examina, por lo que



serían caracteres inequívocos de todo sistema: unidad y orden. En el campo del derecho estas notas se corresponden con las de consecuencia valorativa y unidad interna del ordenamiento jurídico, que son requisito ineludible de toda Ciencia del Derecho que se pretenda auténticamente científica. También serían consecuencia del principio de igualdad y de la tendencia generalizadora de la justicia, lo cual es para Canaris lo mismo que decir que son consecuencia de la misma idea de Derecho. La función del sistema de la Ciencia del Derecho sería la de mostrar y realizar esas ideas de consecuencia valorativa y unidad interna del ordenamiento.

IV. La teoría de Luhmann: Sistema jurídico como sistema autorreferencial.

Juan Antonio García Amado, resume que Luhmann constata que generalmente cuando se habla de “sistema” la unidad de este viene tácitamente propuesta, de acuerdo con la vieja tradición epistemológica, según la cual el sistema se define como construcción a partir de un principio. Esta noción sería la que aún impera en la Ciencia del Derecho. A su juicio, al carecerse de un concepto claro de la unidad del derecho, la mejor vía para conseguir hoy un concepto tal pasa por la teoría de sistemas, por lo que el punto de partida teórico se sitúa en el entendimiento de que “la unidad del Derecho se realiza como unidad del sistema jurídico”.

La cuestión es ¿qué se entiende por “unidad del sistema jurídico”? Para dar respuesta a dicho planteamiento Luhmann formula su planteamiento en la teoría de sistemas autorreferenciales que serían “aquellos que por sí mismos producen como unidad todo lo que usan como unidad”, implicando dicha unidad, no solo la unidad del sistema mismo, sino también, y, sobre todo, unidad de los elementos últimos de los que el sistema se

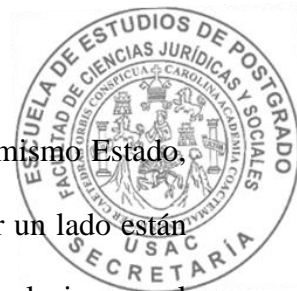


compone y unidad del proceso por el que las operaciones del sistema integran esos elementos. (García Amado, 1985, pp. 298-308)

Las anotaciones del autor Juan Antonio García Amado serán de gran ayuda para la formulación del presente trabajo de investigación jurídica porque orientarán, junto a otros autores, hacia la elucidación de un sistema jurídico maya, al tenerse la certeza que el mismo puede ser formulado bajo las variantes que según Peine, la doctrina ha señalado: sistema axiomático (de proposiciones), sistema axiológico (de valores) y sistema teleológico (de fines), considerándose que los mismos no pueden ser excluyentes, más bien se complementan en una formulación ecléctica respecto de las teorías de Fraz-Joseph Peine y Claus-Wilhelm Canaris, acotadas por García Amado (1985, pp. 298-308).

Por supuesto que se debe aclarar que no se pretende formular un “sistema jurídico maya” como tal, que abarcaría cuestiones de índole filosófica, sociológica y antropológica, que excedería del carácter jurídico de este trabajo, sino de aportar ideas que vayan encaminadas hacia un posible modelo del sistema jurídico maya, enfocándome principalmente en la especificación del problema basado en la interrogante central: ¿qué elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico?

La anterior sería la pregunta medular a tratar de responder con la presente investigación que tiene el carácter de jurídica, realizada sobre la base de la observación directa para determinar cuáles serían los procedimientos que se aplicarían para vincular ambos sistemas si se lograra el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico.



La posibilidad de que sistemas jurídicos distintos coexistan dentro de un mismo Estado, ha sido objeto de polémica entre los colectivos sociales en Guatemala, ya que por un lado están los que defienden que la ley es monopolio del Estado y, por ende, de aplicación exclusiva por el Organismo Judicial como uno de sus poderes soberanos, quien distribuye las jurisdicciones y competencias, bajo el principio de que todos somos iguales ante la ley; y, por el otro, lado están los que postulan que se debe reconocer la existencia de distintas prácticas jurídicas como la justicia indígena y justicia comunitaria, lo que supondría el reconocimiento como forma de derecho constitucional del pluralismo jurídico. El referido conflicto es la base de la investigación y del planteamiento del problema con el objetivo de determinar si es posible o no la coexistencia dentro del Estado de Guatemala, de diversos conjuntos de normas jurídicas positivas de reconocimiento constitucional, es decir de sistemas jurídicos y jurisdicciones distintas, competidoras y superpuestas en un mismo plano de igualdad, respeto y coordinación.

En la hipótesis se consideró que los elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala que se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, serían el elemento formal normativo que incluye las normas escritas; el elemento estructural integrado por la existencia de normas escritas o no escritas y que no necesariamente fueron promulgadas por el órgano legislativo, pero que son aplicadas por quienes administran justicia; y el elemento político cultural en donde se emplazan las reglas no escritas o no formalmente promulgadas que se van creando del contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, los usos, las costumbres, las tradiciones orales, y las relaciones entre las leyes escritas y no escritas.

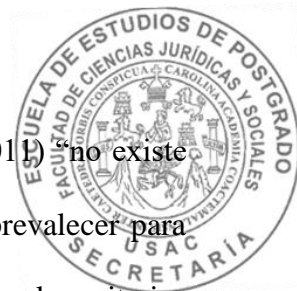


Pero previamente a dirigirse hacia el esbozo de un posible modelo del sistema jurídico maya para la integración de un posible pluralismo jurídico en Guatemala, es necesario abordar otros conceptos jurídicos-doctrinarios que tienen relación directa con el tema investigado.

1.3. Familias jurídicas

Se ha determinado que existen tantos sistemas jurídicos en el mundo como países como tal, cada uno formulado de acuerdo con su cultura y con sus propios usos, costumbres, principios, y jurisprudencia que articulan en sus constituciones y leyes ordinarias, por lo que resultaría en una tarea titánica tratar de compararlos todos uno por uno, por lo que la doctrina del derecho comparado los ha agrupado en lo que ha denominado “familias jurídicas”, tomando en consideración que contienen un conjunto de principios, normas o reglas que, enlazadas entre sí y ordenadas de manera armónica, conllevan métodos, procedimientos y técnicas que las torna afines y similares y por lo cual su estudio se torna de más fácil comprensión.

Para el autor Christian Hertel, (2009) al realizar una observación preliminar respecto de por qué debe darse una clasificación en grupos o familias jurídicas, es porque mediante su clasificación como tales, es posible describir de manera resumida ordenamientos jurídicos de distintos estados que comparten importantes características comunes. “El resumen tipificador simplifica la comparación jurídica y hace posible, sobre todo, en primer lugar, ofrecer una rápida perspectiva de determinadas cuestiones sin perderse en tediosos detalles de cada uno de los países” (p. 185). Es posible apreciar las peculiaridades de una familia jurídica, sin embargo, sería difícil abordar las peculiaridades de unos 200 ordenamientos jurídicos en todo el mundo, afirmando que pretende demostrar que una tipificación simplificadora no solo no es inútil, sino que resultaría útil en la práctica.



De acuerdo con los autores Sirvent Gutiérrez y Margadant Spanjaerd (2011), no existe unanimidad entre los comparativistas por lo que se refiere al criterio que debe prevalecer para agrupar a los sistemas jurídicos en tradiciones o en familias” (s. p.). Con todo, entre los criterios más socorridos figuran los siguientes: los antecedentes históricos y el desarrollo del sistema legal, la jerarquía o el predominio de una u otra fuente de derecho, el método de trabajo de los juristas en el marco del sistema legal, los conceptos legales característicos que integran a ese sistema, las instituciones legales y la división del derecho que se aplica al sistema en cuestión.

En el extracto de las obras de los indicados autores, con objeto de comparar entre sí y analizar los diversos sistemas jurídicos, refieren que se han agrupado en las siguientes familias o grupos jurídicos: familia neorromanista, familia del *common law* o anglosajona, sistemas religiosos, familia mixta o híbrida, familia socialista.

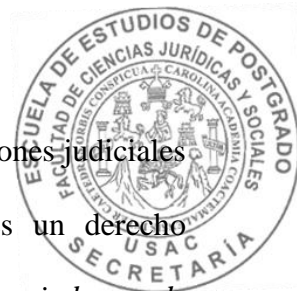
1.3.1. Familia neorromanista

La integran los países cuya ciencia jurídica se ha elaborado sobre los fundamentos del derecho romano y de la tradición germánica, los cuales se fusionaron en el occidente de Europa a partir del siglo V.

“En la actualidad es la familia dominante en Europa Occidental, Centro y Sudamérica, en muchos países de África y de Asia” (Gutiérrez; Spanjaerd, 2011, s. p.). E incluso tiene sus enclaves en el mundo del *common law* como Louisiana y Quebec.

1.3.2. Familia del *common law* o anglosajona

La fecha que por lo común se cita para señalar el inicio de la formación del *common law* es el año 1066, cuando los normandos conquistaron Inglaterra derrotando a los nativos



en la famosa Batalla de Hastings. Este derecho se fue formando por las decisiones judiciales (precedentes) emanadas de los tribunales reales. Se puede decir que es un derecho eminentemente jurisprudencial, o sea emanado del poder judicial; de ahí la frase *judge made law*, es decir, el juez hizo el derecho, y lo hace al ir resolviendo las controversias entre los particulares. Se puede considerar que la norma del *common law* es concreta ya que busca dar solución a un caso particular.

Gutiérrez y Spanjaerd (2011) expresan, como resultado de la extraordinaria expansión del imperio británico durante la época del colonialismo, “el *common law* se difundió con considerable amplitud” (s. p.). Hoy en día es el sistema jurídico vigente en Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido su influencia en el derecho de muchas naciones de Asia y de África.

1.3.3. Sistemas religiosos

Estos sistemas no constituyen una familia, sino que son conjuntos de normas que regulan en determinados países las relaciones humanas, sea en su totalidad, o bien en algunos de sus aspectos. “No existe en semejantes sistemas interés alguno por los derechos individuales” (Gutiérrez; Spanjaerd, 2011, s. p.); en ellos el acento se coloca sobre las obligaciones que pesan sobre el hombre justo. El más importante de esos sistemas es el derecho musulmán.

1.3.4. Familia mixta o híbrida

Existen algunos sistemas jurídicos que por sus características resultan difíciles de clasificar dentro de una familia jurídica determinada, ya que en ellos están presentes elementos que pertenecen a dos o más sistemas distintos. “Se hallan en este caso los sistemas que



históricamente se han configurado en virtud de la amalgama de tradiciones legales pertenecientes a dos o más familias jurídicas” (Gutiérrez; Spanjaerd, 2011, s. p.). Se cita, a manera de ejemplo, el sistema legal de Quebec, en el que confluyen las influencias francesas y estadounidense, o el de Sudáfrica, que recoge las tradiciones holandesa e inglesa. Queda, pues, claro por qué se denomina a estos sistemas mixtos o híbridos. Otros ejemplos de países cuyo sistema jurídico es mixto serían India, Israel, Japón y Filipinas.

1.3.5. Familia socialista

El sistema socialista soviético se implantó en Rusia a raíz de la Revolución Bolchevique de 1917. Los sistemas jurídicos socialistas soviéticos integraron una nueva tradición o familia jurídica. Con anterioridad a la Revolución, el derecho ruso era de filiación neorromanista. La familia jurídica socialista es la de más reciente formación y, también, la más efímera, ya que se le aceptó cuestionada acerca de su autonomía hasta 1939. A partir de esa fecha comenzó a ocupar un lugar importante al lado de las dos tradiciones más famosas: el *common law* y la neorromanista.

Con el colapso del sistema socialista soviético “desaparece asimismo esta familia jurídica” (Gutiérrez; Spanjaerd, 2011, s. p.). Rusia, al igual que otros países de la ex Unión Soviética, se reintegra a la tradición neorromanista, en tanto que otras naciones se reubican en el sistema religioso musulmán y otras más, se reincorporan a la familia mixta. La familia de los sistemas socialistas ha expirado, sin embargo, en esta obra todavía se estudia para comprender mejor las causas que motivaron su desaparición.



1.4. El sistema jurídico oficial en Guatemala

El sistema jurídico oficial en Guatemala se basa en la teoría de la triple representatividad o de la separación de poderes elaborada por Charles Louis de Secondat, Señor de la Bréde y Barón de Montesquieu, plasmada en su obra *El Espíritu de las Leyes*, en donde sistematiza los fundamentos de la organización política liberal, y esta separación de funciones o separación de facultades paso a ser clásica alcanzando influencia internacional al quedar formulada en el Artículo 16 de la “Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano” de 1789.

Las ideas del Barón de Montesquieu fueron adoptadas por diversos países a partir de la Revolución Francesa, tal el caso de los Estados Unidos quien en su sistema presidencialista plasma la idea de pesos y contrapesos, original de James Madison, formulada para el control mutuo de los tres poderes del Estado para el logro de su equilibrio.

Los sistemas presidencialistas en Latinoamérica no son la excepción en plasmar en sus sistemas jurídicos las ideas de la separación de poderes. En el caso de Guatemala, la actual Constitución Política de la República de Guatemala fue decretada, sancionada y promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente con el fin de organizar política y jurídicamente al Estado, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social y al Estado como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz, debiendo garantizarle a los habitantes la vida y su desarrollo integral, responsabilidades que están debidamente consagradas en el preámbulo constitucional partiendo de la afirmación del principio de constitucionalidad que reconoce que la Carta Magna



(...) es una norma que incorpora los valores y principios esenciales de la convivencia política que conforman todo el ordenamiento jurídico; Por ello, todos los poderes públicos y los habitantes del país están ligados a su imperio y el Derecho interno sometido a su supremacía. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 18. Expediente 280-90, sentencia 19/10/90, s. p.).

Dentro de esos principios se encuentra el de la seguridad jurídica que se refiere:

Al sistema establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que solo se aplican a conductas posteriores y no previas a su vigencia, que son claras, que tiene cierta estabilidad y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo; este principio también abarca el conocimiento que tienen los sujetos en cuanto a la ley que regirá la tramitación de tanto los procesos administrativos como judiciales ya que los sujetos de derecho deben poder desenvolverse con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y del marco regulatorio que los rige. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 89. Expediente 928-2007. Sentencia 03/09/2008, s. p.)

Así, conforme al Texto Supremo Artículo 140, el Estado de Guatemala es libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades.

Su Sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo:

Siendo uno de los principios básicos del Estado de Derecho el de la división o separación de poderes en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes; al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos



controvertidos que se sometan a su conocimiento y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar; la división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados. El sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos, no es básicamente la de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente; su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás., es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad. La Constitución Política de Guatemala adopta un sistema de división de poderes atenuado por la existencia de una mutua coordinación y de controles entre los diversos órganos, que al desempeñar las funciones estatales se limitan y frenan recíprocamente; en los sistemas constitucionales modernos la separación de poderes no implica una absoluta separación sino una recíproca colaboración y fiscalización entre tales órganos con el objeto de que los actos producidos por el Estado se enmarquen dentro de una unidad jurídico constitucional. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 24. Expediente 113-92. Sentencia 19/05/92, s. p.)

En aplicación de las teorías de separación de poderes y de pesos y contrapesos antes expuestas, la Constitución Política de la República de Guatemala regula en su Título V lo relativo a la Estructura y Organización del Estado y en específico en el Capítulo III determina el Régimen de Control y Fiscalización regulando en los Artículos del 232 al 236 a la institución de la Contraloría General de Cuentas, dándole una naturaleza técnica descentralizada propia de este



sistema de organización de la Administración Pública, lo que a su vez conlleva el reconocimiento de su personalidad jurídica y, en consecuencia, que ostenta legitimación para poder ser parte en todo proceso en el cual deba ejercerse la defensa de sus intereses, teniendo funciones fiscalizadoras de los ingresos, egresos y en general de todo interés hacendario de los organismo del Estado, los municipios, entidades descentralizadas y autónomas, así como cualquier persona que reciba fondos del Estado o que haga colectas públicas. También están sujetos a esta fiscalización los contratistas de obras públicas y cualquier otra persona que, por delegación del Estado, invierta o administre fondos públicos.

El Artículo 251 de la norma suprema regula lo relativo al Ministerio Público describiéndolo como:

(...) una institución auxiliar de la administración de justicia y de los tribunales con funciones autónomas, cuyos fines principales son velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país (...) le corresponderá el ejercicio de la acción penal pública con el objeto que determine, por medio del diligenciamiento de los respectivos elementos de prueba, si concurre un hecho ilícito, las circunstancias en que pudo ser cometido y la posible participación del sindicado, y requerirá al juez contralor de la investigación la citación del denunciado, con el objeto de que este presenta su declaración respecto de los hechos que se le imputan. y ejerza su derecho de defensa, tanto material, como técnica, esta última con asistencia del abogado de su confianza; sin embargo, si durante el transcurso de la investigación, al incorporarse los elementos de convicción, el Ministerio Público determina la concurrencia de otros hechos ilícitos, podrá requerir al juez de la causa la citación del imputado con el objeto que amplíe su declaración, en atención a los mimos y este pueda ejercer los derechos que le confiere la Carta Magna y las disposiciones



adjetivas aplicables, con lo cual se garantiza su derecho de defensa, así como el principio jurídico del debido proceso. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 88. Expediente 1099-2008. Sentencia de fecha 24 de junio de 2008, s. p.)

El Artículo 252 define a la Procuraduría General de la Nación como la institución que tiene a su cargo la función de asesoría y consultoría de los órganos y entidades estatales y la representación del Estado por medio del Procurador General de la Nación:

En la Constitución vigente en Guatemala se incorporaron tres nuevas instituciones que ejercen el control postulado en la teoría de pesos y contrapesos, en específico para el control jurídico-político y las cuales corresponden a:

El Tribunal Supremo Electoral que tiene su fundamento constitucional en el Artículo 223 de la norma suprema y es la máxima autoridad en materia electoral. Es un órgano constitucional independiente de control político, por lo tanto, no está supeditado a organismo alguno del Estado. Este se rige por la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85 del Asamblea Nacional Constituyente, quien confirió a dicha Ley jerarquía constitucional.

La Corte de Constitucionalidad se fundamenta en los Artículos del 268 al 272 constitucional siendo un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 53. Expediente 410-99. Sentencia de fecha 20 de julio de 2008, s. p.)



La Corte ha declarado que el orden constitucional asigna dentro del principio de separación de poderes, las correspondientes competencias de los órganos de Estado. Así, a este Tribunal concierne la protección de los principios de supremacía y rigidez de la Constitución y, como tal, mantener el poder público dentro del límite de las facultades que la ley suprema les atribuye; por esto, las de naturaleza política o valorativa del bien público solamente pueden controlarse cuando en su ejercicio vulneren las disposiciones constitucionales; de tal manera, se ha sostenido que las cuestiones políticas, que son por su carácter debatibles por las diferentes ideologías de los grupos sociales, deben ser revisadas estrictamente con criterios jurídicos.

La Comisión y el procurador de los Derechos Humanos se regulan por los Artículos del 273 al 2765 de la Constitución Política de la República de Guatemala, estableciendo que será el Congreso de la República quien designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, siendo este un comisionado del Organismo Legislativo para la defensa de los Derechos Humanos que la Constitución garantiza. Tendrá facultades de supervisar la administración, ejercerá su cargo por un periodo de cinco años, y rendirá informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.

Las funciones del Procurador de los Derechos Humanos

Asignadas por la Constitución y la Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos son, pues, amplias, debiendo revestir en el ejercicio de cada una de ellas el actuar con independencia de ese Organismo de Estado y de cualquier otro órgano o entidad pública. En ese sentido el



Artículo 8 de dicha ley consigna que en el cumplimiento de sus atribuciones no está supeditado a organismo, institución o funcionario alguno. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 94. Expediente 206-2009. Sentencia de fecha 14 de octubre de 2009, s. p.)

La figura del Ombudsman, también está facultada para la protección de los intereses difusos y denunciar su vulneración:

(...) dichos intereses son los difusos, que son aquellos que dada la abstracción de un acto de autoridad de carácter general o disposición normativa de que se trate -sin perjuicio de la concreción que pueda darse en cada caso-, no cuentan con un sujeto determinado a quien asista el derecho que se busca proteger o que resulte individualmente afectado por la obligación que se impone, puesto que, además de la defensa que en forma individual pueda hacer cada persona que resulte afectada, el Procurador de los Derechos Humanos está llamado a proteger los derechos de la colectividad, el bien común. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 73. Expediente 2266-2003. Sentencia de fecha 2 de agosto de 2004, s. p.)

En cuanto a la estructura y organización del Estado en su régimen administrativo, el Artículo 224 constitucional refiere que el territorio de la República se divide por su administración en departamentos y estos en municipios.

La administración será descentralizada y se establecerán regiones de desarrollo con criterios económicos, sociales y culturales que podrán estar constituidos por uno o más departamentos para dar un impulso racionalizado al desarrollo integral del país. Sin embargo, cuando así convenga a los intereses de la Nación, el Congreso podrá modificar la división



administrativa del país, estableciendo un régimen de regiones, departamentos y municipios, o cualquier otro sistema, sin menoscabo de la autonomía municipal.

En ese contexto la Constitución Política de la República, en su Artículo 224 estipula:

La división administrativa del Estado en departamentos y estos en municipios. Esta demarcación territorial debe entenderse que implica también un sistema de administración que abarca estrategias de orden general y de orden municipal. Lo anterior es lo que permite aclarar los alcances de la transferencia de funciones en el marco del tránsito a las municipalidades, entendido que se les trasladan competencias reguladoras en el área que concierne a las actividades de su población desplegadas en sus calles y avenidas urbanas, pro que es razonable que dispongan las medidas acordes a su trazo, condiciones y necesidades. De consiguiente se infiere que a los entes municipales por mandato constitucional y legal se les otorga competencia para velar por el debido funcionamiento de los servicios públicos municipales y, por lo tanto, será este el único supuesto jurídico en que al Código Municipal se le asigne competencia para la determinación y cobro de tasas atendiendo los costos de operación, mantenimiento y mejoramiento de calidad y cobertura de dichos servicios municipales. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 97. Expediente 413-2010. Sentencia de fecha 22 de julio de 2010, s. p.)

Conforme los Artículos 225 y 226 constitucionales se crean los Consejos Nacional y Regional de Desarrollo Urbano y Rural, para coadyuvar en la organización y coordinación de la administración pública.



1.5. El sistema jurídico maya

1.5.1. La costumbre, el derecho consuetudinario y el derecho indígena

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (2014) se define al vocablo “costumbre” como:

Procedente del latín “cosuetumen, consuetudo”, siendo una manera habitual de actuar o comportarse; una práctica tradicional de una colectividad o de un lugar que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes, que corrobora y desenvuelve los preceptos de ella; lo usual y ordinario. Cataloga al derecho consuetudinario como el derecho introducido por la costumbre. (pp. 655, 729)

Para Guillermo Cabanellas de las Cuevas (2012) la costumbre:

Es un hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie. Reitera que la Academia la define, dentro del vocabulario forense, como la que se establece en materia no regulada o sobre aspectos no previstos por las leyes. Esta costumbre se denomina *sin ley o fuera de ley*, y está llamada a llenar las lagunas legales. Representa, en ese aspecto, una de las fuentes del derecho. La costumbre puede ser también *según la ley* y sirve para corroborar y desarrollar sus preceptos, y *contra la ley*, la que, en principio, carece de eficacia, pero que en ocasiones ha producido efectos jurídicos, especialmente en materia comercial. Y en cuanto al derecho consuetudinario, el autor se refiere como el que surge y persiste por obra de la costumbre, con trascendencia jurídica. (pp. 237, 294)

Eduardo García Máynez (1984) al referirse a la costumbre como fuente del derecho:



Cita a dos autores: al autor Du Pasquier para quien “es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio”; y al autor François Gèny quien la define como “un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo”; e indica que de ambas definiciones se revela que el derecho consuetudinario posee dos características: 1ra.) está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo y, 2da.) tales reglas se transforman en derecho positivo cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, cual si se tratase de una ley. (pp. 61-62)

Así también, indica García Máynez (1984) que:

De acuerdo con la llamada teoría romano-canónica, la costumbre tiene dos elementos, subjetivo uno, objetivo el otro. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe, por tanto, aplicarse; el segundo, en la práctica, suficientemente prolongada, de un determinado proceder. La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada fórmula: *inveterada consuetudo et opinio juris seu necessitatis*. (La costumbre inveterada y la opinión o necesidad del Derecho). (pp. 61-62)

Para García Máynez (1984) el reconocimiento de la obligatoriedad de una costumbre por el poder público puede exteriorizarse en dos formas distintas: expresa o tácita. El reconocimiento expreso realizase por medio de la ley. “El legislador establece, por ejemplo, que, a falta de precepto aplicable a una determinada controversia, deberá el juez recurrir a la costumbre” (p.



63). El reconocimiento tácito consiste en la aplicación de una costumbre a la solución de casos concretos.

El mismo autor, al abordar las relaciones del derecho consuetudinario con el legislador,

Se refiere a que, según Heinrich, existen tres formas del citado derecho: 1) delegante. 2) delegado. 3) derogatorio. El primero se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita, se autoriza a determinada instancia para crear derecho escrito. La costumbre jurídica se halla entonces subordinada a la ley; se habla de derecho consuetudinario delegado en aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. En tal hipótesis, la costumbre se haya subordinada al derecho escrito, tal el caso de los usos mercantiles. El consuetudinario delegado no puede ser contrario a los preceptos de la ley. La delegación establecida por el legislador no es superflua ni carece de importancia, como en ocasiones se afirma. Sirve, al menos, para desvanecer cualquier duda acerca de la vigencia de ciertos usos y costumbres populares; La costumbre se desenvuelve a veces en sentido opuesto al de los textos legales. Es el caso de la costumbre derogatoria. Heinrich admite la posibilidad de que esta se forme aun cuando el legislador le niegue expresamente validez, como ocurre, verbigracia, entre nosotros. (García Máynez, 1984, pp. 64-65)

El autor Danilo Palma Ramos (1998) al referirse al origen y naturaleza de las costumbres, indica que:

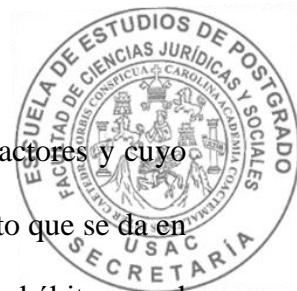
(...) el ser humano, en toda época y lugar, ha tenido que resolver periódicamente problemas de satisfacción de necesidades individuales, de adaptación al ambiente natural y de convivencia social. Sus propios procesos fisiológicos (necesidad/satisfacción,



sueño/vigilia, etc.), el carácter recurrente de ciertas condiciones naturales (la alternancia día/noche, el advenimiento cíclico de las estaciones, la estacionalidad de la flora y fauna) y el trato frecuente con miembros de su propio grupo y de otros, lo enfrentan a situaciones alternantes que se repiten cada cierto tiempo y en condiciones similares. Puesto que en cualquier situación debe actuar para satisfacer sus necesidades, adaptarse a las condiciones del ambiente y convivir con los demás, se ve inducido por la similitud de las situaciones recurrentes a repetir modos de actuar en ellas. En esta forma el hombre no solo distingue y define situaciones similares o equivalentes y las tipifica, sino que también distingue, define y tipifica formas apropiadas de proceder en ellas. (pp. 2-3)

Palma Ramos (1998) continúa diciendo que:

(...) la repetición de la pauta, es decir un tipo de actuación apropiado para cierto tipo de situación, cada vez con menor necesidad de deliberación, de elección y de decisiones conscientes por parte del actor individual, conduce a una automatización en su comportamiento, a una habituación. Los miembros de un grupo o poblado comparten la condición humana, el mismo ambiente natural y sus relaciones sociales; por ello se observan mutuamente, se imitan, aprenden unos de otros y tienden a compartir percepciones, definiciones de las situaciones y pautas de actuación en ellas. Al compartirse y generalizarse, las pautas llegan a ser simultáneamente hábitos individuales y formas de conducta social. Ello no implica necesariamente una hegemonía cultural y conductual en tal grupo o poblado, si bien implica una comunidad que puede ser relativa. Así desarrollan los pueblos su cultura común. (p. 3)



La conducta social es el comportamiento de unos actores dirigido a otros actores y cuyo significado es compartido por los participantes, es decir, la clase de comportamiento que se da en una relación social. “Un uso es una pauta de comportamiento repetitiva, por hábito en el individuo y en la conducta social” (Palma Ramos, 1998, p. 3). Entre los usos deben distinguirse las costumbres de las modas: mientras que la moda es la generalización rápida de un uso novedoso, la costumbre es un uso que se nutre de su antigüedad.

En cuanto a los convencionalismos y costumbres jurídicas, Danilo Palma Ramos (1998) refiere que:

El término costumbre tiene dos niveles de significación, que para el caso pueden designarse como genérico y específico. El concepto de costumbre enunciado arriba expresa su significado genérico y este incluye especies tales como costumbres en sentido estricto, convencionalismos y costumbres jurídicas o legales. (p. 5)

Para Jorge Morales Toj (2001) de la Coalición Kuchuj, según expuso en su ponencia respecto del Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial en Guatemala,

La base fundamental del inicio y configuración del ordenamiento jurídico maya deviene de un texto contenido en el Popol Wuj y que a su juicio le sirve de marco de referencia y se refiere a que “(...) en la oscuridad como noche solamente estaba Gugumatz, vino su palabra, y confiriendo, consultando y teniendo consejo entre sí en medio de aquella oscuridad se crearon todas las criaturas (...)”, plasmando así que la consulta y el consejo son elementos fundamentales para la creación del ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas. (pp. 69-70)



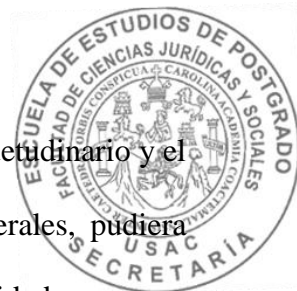
Juan Santiago Quim (2013), al referirse al sentido actual del derecho indígena, indica que:

Un aspecto clave para entenderlo como sistema jurídico maya en Guatemala, es visualizarlo como parte de un proceso dinámico de los pueblos indígenas. Esto a través del tiempo y de su interrelación con los procesos políticos y sociales, de cada época de la historia política del país. En este devenir, el derecho indígena es y será lo que ha resultado de su pervivencia como parte del sistema de valores de los pueblos indígenas en su contexto social y político mayoritariamente desfavorable. Por eso, cuando se habla hoy del derecho indígena en Guatemala, se hace referencia a qué es en la práctica; lo que se ha podido reconstruir y ser, contrario a lo que fue o pudo ser hace más de quinientos años; no a un estadio previo a la invasión española a este territorio, al sometimiento bélico de los pueblos originarios y al sojuzgamiento, contra su voluntad de sus autoridades. (p. 41)

Sin embargo,

(...) el derecho indígena con todo hasta donde ha evolucionado y mutado, constituye una práctica fundada en un sistema de valores propios; valores ético-filosóficos que se han venido transmitiendo de generación en generación y en todos los contextos sociales y políticos como pueblos originarios, herederos de una riqueza cultural. (Santiago Quim, 2013, p. 41).

Es importante tener presente que ideologías como el racismo no se ha desmontado; constituyen factores que dificultan la praxis del sistema jurídico indígena de forma amplia, sostenida, reconocida y extendida.



Integrando un concepto unitario respecto de la costumbre, el derecho consuetudinario y el derecho indígena, se podría indicar que el derecho indígena, en términos generales, pudiera considerarse como las prácticas jurídicas no oficiales realizadas por comunidades mayas, garífunas y xincas integradas en un Estado multicultural y multilingüe en donde gozan y se les imponen los mismos derechos y obligaciones de las demás comunidades del territorio nacional respecto del derecho oficial, pero que tienen la facultad y posibilidad si se encuentran disconformes con el sistema jurídico oficial, de lograr su independencia (jurídica) si la mayoría de sus habitantes auténticos (autóctonos) resuelven gobernarse por sí o establecen un sistema jurídico autónomo (estatuto-código) para su propia autodeterminación, sin ruptura total de la unidad exterior (Constitución) lo que vendría a configurar para el caso de Guatemala el pluralismo jurídico.

1.6. La autonomía de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico

1.6.1. Autonomía

Para Guillermo Cabanellas (2012), la autonomía en general, “podría definirse como el estado y condición de un pueblo que goza de entera independencia política” (p. 99); refiere el concepto también como la potestad de que, dentro del Estado, pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios (Diccionario Académico). Pero en este último sentido, la autonomía supone la unidad de los entes autónomos dentro del Estado único. Se trata simplemente de una descentralización administrativa y política, que no debe confundirse con lo que en un Estado Federal representan las provincias o Estados miembros, que no son autónomos,



sino independientes, salvo en las facultades a que hayan renunciado para delegarlas en el Estado Federal.

En cuanto a una autonomía local (que se adapta a una autonomía relativa indígena municipal), Cabanellas de las Cuevas (2012) señala “se reflejaría en la situación de las divisiones territoriales cuyas autoridades tienen una competencia propia relativamente importante para adoptar decisiones, sin interferencias de las autoridades centrales o federales del Estado al que correspondan esas divisiones territoriales” (p. 99). La autonomía local es un concepto relativo, que presenta múltiples graduaciones y matices, inclusive dentro de un estado determinado, existiendo así jurisdicciones con mayor y menor grado de autonomía. Considerándose también como autonomía política el Estado del pueblo o territorio que, sin gozar de libertad absoluta, disfruta del derecho de dirigir sus asuntos, según leyes propias.

Para el caso de Guatemala, no existe un reconocimiento oficial expreso de la autonomía indígena como tal, ni mucho menos de la existencia de un sistema jurídico maya, ni constitucional ni ordinariamente para cohesionarla con el sistema jurídico oficial, ya que eso conllevaría al reconocimiento del pluralismo jurídico.

Para el profesor Silvel Elías (2017), cuando se refiere a la lucha por el territorio y la autonomía indígena en Guatemala:

El sentido de la autonomía indígena en el marco de la descentralización. Los derechos de autodeterminación de las comunidades indígenas sobre sus propios territorios, no han sido reconocidos por el Estado a través de ninguna medida concreta ya sea legal o política; no obstante que su mandato aparece tanto en la Constitución Política de la República, en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas firmado



en 1996, así como en el Convenio 169 de la OIT que fue ratificado en 1999. La razón es simple: al Estado guatemalteco no le interesa ni le conviene dar demasiados poderes a las comunidades indígenas, porque ello significaría la pérdida del control y la sujeción que históricamente ha ejercido el Estado en contubernio con los sectores dominantes del país. De hecho, la negación de la territorialidad indígena es una estrategia política que ha permitido por un lado la exclusión social y por el otro el saqueo del patrimonio indígena. (s. p.)

Continúa manifestando Sivel (2017) que:

Las leyes que (...) se han aprobado (Ley de Descentralización, Código Municipal y Ley de los Consejos de Desarrollo), no contienen en lo absoluto mandatos específicos hacia el reconocimiento de las instituciones indígenas como actores claves en la construcción de una verdadera nación multiétnica y pluricultural. Además, en otras leyes específicas como la Ley Forestal y la Ley del Catastro, las instituciones indígenas de gestión territorial y de recursos naturales quedan totalmente invisibilizadas. ¿Pero es posible una reorganización sociopolítica del país en donde se plasme una nueva relación entre el Estado y las comunidades indígenas? ¿Es viable social y políticamente la concreción de la autonomía para la gestión territorial indígena en un país fuertemente marcado por la centralización y el autoritarismo? (s. p.)

Según Díaz-Polanco (2003), en Latinoamérica la autonomía en sí misma no es una solución sino un instrumento en la lucha de emancipación de los pueblos indígenas “que buscan salir de la invisibilización y de la histórica negación a sus derechos fundamentales” (p. 11). Las experiencias de las Regiones Autónomas de Nicaragua creadas en 1987 y el reconocimiento



constitucional que al respecto se encuentra en la Constitución de Colombia en 1991 y la Ley Indígena de Chile, han mostrado que la utopía autonómica de los pueblos indios y de las otras comunidades étnicas aparece como socialmente viable.

Sivel (2017) expresa:

Claramente los procesos autonómicos deben entenderse como conquistas en las demandas indígenas y no como concesiones gubernamentales, es decir que son los propios pueblos quienes deben conducirlos. De todas maneras, en un país como Guatemala, marcado profundamente por la exclusión y marginación de las poblaciones indígenas, la autonomía indígena aparece no solamente como algo posible, sino también como algo necesario. (s. p.)

Asimismo, Sivel (2017) explica:

Una nueva relación de las comunidades indígenas con el Estado basada en la autonomía indígena, se presenta como algo indispensable para avanzar en la construcción de una democracia participativa, para vencer la profunda inequidad social que afecta principalmente a los indígenas y también para fortalecer la participación política y social de todos los habitantes del país. Se podría incrementar la contribución que los indígenas hacen del manejo del espacio, lo cual cada vez tiene un mayor reconocimiento mundial. Su concepción del mundo (cosmovisión) no es solamente retórica, sino que se constata con hechos concretos: en las zonas indígenas, densamente pobladas, existe más bosques que las zonas no indígenas menos pobladas, lo cual evidencia la diferencia en la lógica productiva; la primera centrada en la convivencia con la naturaleza y la segunda en la explotación irracional de los recursos naturales con valor económico. (s. p.)



Recientemente se ha presentado por el gobierno de la República de Guatemala, una guía para la implementación de la consulta a pueblos indígenas, teniendo como fundamento el Convenio 169 de la OIT ratificado por nuestro país y en que se reconoce la particular contribución de los pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecología de la humanidad, así como el deseo de los mismos, de mantener y fortalecer sus formas de vida, identidades, organización social, sus lenguas y costumbres entre otros elementos básicos que son pilares de su existencia.

El convenio refleja un enfoque de respeto y promoción a la diversidad étnica-cultural. En su preámbulo, reconoce la aspiración de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

De lo anterior, “se infiere que la ratificación del Convenio implica para el Estado de Guatemala, el desafío de armonizar los intereses y aspiraciones de los pueblos indígenas en torno a sus formas de organización y desarrollo” (Gobierno de la República de Guatemala, 2017. p. 1). Con los de la generalidad de la población, todo ello bajo la primacía del bien común, como lo señala el Artículo primero constitucional.

El autor Mario Ávalos Quispal (2011) indica que Guatemala es uno de los pocos países en Latinoamérica donde las personas que se autodefinen como “indígenas o “naturales”, representan una importante proporción de la población. “El occidente guatemalteco, y las áreas adyacentes de los estados de Yucatán, Quintana Roo, Campeche, Tabasco y Chiapas en el sureste de México, son las regiones más densamente pobladas por indígenas en Mesoamérica” (p. 11).



1.6.2. El pluralismo jurídico

En cuanto al tema propiamente relativo al pluralismo jurídico, diversos autores han abordado el concepto para el caso de Guatemala, de los cuales se plasman aquí variados criterios para formular uno propio derivado de la investigación.

La autora Eela Tatine' (2008) al referirse a las experiencias de sensibilización desde la Defensoría Maya respecto del tema *Construyendo el Pluralismo Jurídico*, resalta que:

El mismo es tan cotidiano para la sociedad guatemalteca que muchas veces ni siquiera se da cuenta de ello al vivir su propia existencia, que ignora la existencia de otras, por ello, al pluralismo jurídico referido a sistemas distintos puede parecerle extraño y puede provocar rechazo hacia los nuevos sistemas propuestos. (pp. 32, 33).

Respecto del pluralismo jurídico, el autor Miguel Ángel Reyes Illescas (2000) en su Artículo *El derecho consuetudinario: más allá de la comunidad pequeña*, refiere que:

El objeto es ampliar la exploración de las relaciones entre el derecho consuetudinario y el derecho formal, y el propósito práctico es encontrar caminos de reforma para extender la validez legal del derecho consuetudinario maya más allá de la comunidad pequeña (...) para subsanar el déficit de legitimidad en los alcances de su poder frente a los pueblos originarios, los Estados están acordando legalizar el derecho consuetudinario. La polémica se ha extendido a distintos foros entre representantes de dichos pueblos y de los Estados para encontrar fórmulas que permitan una armonización más equitativa entre ambos sistemas de derecho. Entre tanto, en las comunidades pequeñas, los indígenas continúan legitimando sus instituciones y autoridades mediante las prácticas

consuetudinarias y legitimando también el poder y el derecho formal cuando acuden a él y a sus autoridades para la regulación de otras relaciones sociales. (pp. 54-55)



En la Colección de textos de Jurisprudencia de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, en la presentación del texto numero 4 respecto del *Pluralismo Jurídico*, Cristian Steiner, director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, resalta que mientras el constitucionalismo tradicional y el constitucionalismo aspiracional pluralista sigan en narrativas paralelas y retándose mutuamente por la capacidad que detentan para responder al contexto y al momento histórico del continente; “la reconfiguración, o al menos reinterpretación, de las constitucionales latinoamericanas, resultará una misión imposible” (Steiner, 2014, p. 9). Algunas constituciones vigentes como la boliviana y la ecuatoriana representan esfuerzos sin precedentes para ajustar el marco normativo fundamental a las realidades socioculturales de sus países, dado que, entre otras, han buscado dar cabida a exigencias históricas de los pueblos indígenas y comunidades originarias, Hoy por hoy, tales esfuerzos son considerados por algunos como pura poesía constitucional que carece de opciones concretas para su implementación efectiva. Sin embargo, estos proyectos constituyentes, desde el giro paradigmático y complejo que las alimenta, desafían la institucionalidad clásica para probar lo contrario.

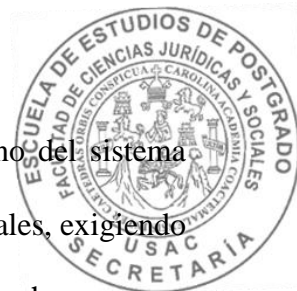
Para el referido Steiner (2014) la Fundación “considera válidos ambos planteamientos constitucionales desde la convicción de que una constitución tiene que ser reflejo y proyección de la voluntad y del acuerdo político de una sociedad, respetando toda su pluralidad, su historia y sus aspiraciones” (p. 10). Sin perder de vista, por otro lado, que la norma de normas debería establecer las reglas básicas comunes de la sociedad y su Estado de una manera que permita su funcionamiento en la práctica, pues, de lo contrario, tal marco jurídico pierde fuerza normativa y, por lo tanto, prescinde de uno de los fines primordiales de cualquier constitución moderna.



El marco teórico de la presente investigación también se basará en la experiencia que respecto del pluralismo jurídico se ha tenido en otros países. Así, el autor José Antonio Rivera (s. f.) al referirse al capítulo respecto de los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano analiza que:

Para la construcción del Estado boliviano debió superarse la histórica exclusión y marginación a las que fueron sometidos los pueblos indígenas originarios, sienta las bases constitucionales para construir una sociedad con inclusión a partir de la integración material de estos colectivos sociales a la estructura social, económica, política y cultural del Estado. Se trata de un cambio estructural que supone el gran reto de construir la unidad reconociendo la diversidad. Para lograr el cometido de integrar materialmente a los pueblos indígenas originarios al sistema constitucional del Estado, el constituyente ha sentado las bases jurídicas introduciendo en la Constitución un conjunto de normas que, reconociendo la existencia pre-Colonial de las naciones y pueblos indígenas originarios y su dominio ancestral sobre sus territorios, garantizan su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, consagran sus derechos colectivos, reconocen, garantizan y resguardan su autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, además de constituir obligaciones positivas para el Estado. (pp. 3-5)

Rivera S. (s. f.), al referirse a la situación de los pueblos indígenas originarios antes de la última reforma constitucional, resalta que uno de los errores en los que incurrieron reiteradamente los líderes nacionales que “fueron protagonistas en la creación del Estado y las reformas constitucionales, radica en la pretensión de construir una sociedad homogénea, cuando esencialmente fue y es heterogénea” (pp. 3-5). Ello dio lugar a la exclusión y la marginación de



los pueblos indígenas originarios, no solo de la estructura social del Estado, sino del sistema constitucional en sí, ocasionó también una lucha constante de estos colectivos sociales, exigiendo su integración al Estado boliviano, reconociendo su identidad cultural, sus derechos, usos y costumbres.

Para el autor Pedro (s. f.) en el tema que aborda sobre el pluralismo jurídico:

Fortalecimiento del Estado de derecho desde la democracia, hace énfasis en que la consolidación del estado de derecho y fortalecimiento de la democracia guatemalteca, necesita de forma urgente hacer coherente el texto constitucional con la realidad nacional de la población a la que regula, desarrollando progresivamente los compromisos suscritos en los Acuerdos de Paz, el respeto y cumplimiento de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y ratificados por el Estado de Guatemala, reconociendo y valorando las diferencias culturales, a fin de garantizar a la población indígena el reconocimiento expreso de su jurisdicción, integrada por la existencia de normas, un sistema de autoridades y procedimientos; a fin de responder a la demanda social de justicia, de acuerdo a la realidad multicultural, pluriétnica y multilingüe, en el sostenimiento de la paz y otros deberes del Estado. (pp. 143-144)

Ixchiú García (s. f.) explica que:

En cuanto al Pluralismo Jurídico para el fortalecimiento del Estado de Derecho, por la forma de su enseñanza, hemos olvidado la base social del Derecho, y muchos, jamás supieron que el Derecho existe más allá de los códigos y de los juzgados. El pluralismo es un concepto que está vinculado a la convivencia de cosas muy distintas entre sí. Un sistema plural es aquel que acepta, reconoce, respeta y promueve diferentes posiciones o



pensamientos. En la esfera política, el pluralismo implica la participación de varios grupos sociales en la vida democrática. Esto quiere decir que el pluralismo valora y promueve que sectores de diferentes ideologías formen parte de los procesos electorales o de la toma de decisiones de un gobierno. La heterogeneidad social, cultural, ideológica, religiosa y étnica es protegida por el pluralismo. Un gobierno pluralista no ejerce la representación monopólica de un solo sector social, sino que construye su poder a partir del diálogo y del debate. Por lo tanto, amplía la base del poder. En la filosofía es una posición metafísica que considera que la totalidad del mundo está compuesta por realidades independientes e interrelacionadas. Esta posición se diferencia del monismo cultural, que define la realidad como una sola. (pp. 145-146)

El autor Juan León Alvarado (2000) en su ponencia *Mecanismos de coordinación entre el sistema de justicia indígena y el sistema jurídico oficial*, resalta que “se comparten ideas sobre los mecanismos de coordinación entre los dos sistemas de justicia” (p.21). Es decir, uno oficialmente reconocido constitucional y jurídicamente y otro que está en desventaja porque no está reconocido, pero que se practica en Guatemala, como lo es el derecho indígena. Refiere que se han tenido bastantes experiencias para este tema y su práctica, pero, para algunos líderes y para algunas comunidades indígenas se les ha metido en la cabeza que es bueno también que esté contemplado en la Constitución Política porque eso es lo que le da igualdad jurídica. Sin embargo, para poder llegar a eso hay una serie de cosas que hay que ir haciendo para ir cumpliendo procesos.

Se hace énfasis en que, “aunque en la Constitución hay cuatro o cinco Artículos que reconocen la existencia de grupos de ascendencia maya, no se reconoce al pueblo maya, ni al pueblo garífuna o al pueblo xinca” (León Alvarado, 2000, p. 24). Para poder coordinar acciones



o políticas entre dos sistemas, lógicamente tiene que haber igualdad entre los mismos. Si uno de los dos sistemas está débil frente al otro, lógicamente no hay posibilidad de coordinación. Y está en la situación en la cual se encuentra Guatemala, no se puede plantear en este momento una coordinación inmediata entre los dos sistemas de justicia, cuando estamos en un proceso de reconstrucción del tejido social y de volver a practicar de forma profunda el derecho maya o el sistema de justicia maya.

El ponente Moisés Rosales (s. f.), respecto del tema “Problemas teóricos y políticos sobre el pluralismo jurídico, tomando en cuenta los sistemas de justicia indígena”, refiere que:

La mayoría de estudiosos del tema tienen una concepción judeocristiana y una concepción occidental del derecho y desde ese punto de vista estudian los derechos de los pueblos indígenas. De allí la necesidad de que sean los propios pueblos indígenas los que expliquen quiénes son, que se conviertan en el centro de su propio derecho, en sujetos de su propia historia. (pp. 65-66)

El autor Jorge Morales Toj (s. f.) al abordar el tema sobre “El derecho indígena y el sistema jurídico oficial de Guatemala”, inicia su exposición con unos textos del Popol Wuj, palabras de los ancestros con cuyos pensamientos se da el marco jurídico de referencia de lo que ha sido el inicio y la configuración del ordenamiento jurídico maya:

Antes de la creación no había hombres ni animales, pájaros, pescados, cangrejos, árboles, piedras, hoyos, barrancos, paja ni bejucos, y no se manifestaba la faz de la tierra; el mar estaba suspenso y en el cielo no había cosa alguna que hiciera ruido. No había cosa en orden, cosa que tuviese ser, sustento, si no es el mar y el agua el que estaba en calma. Y así todo estaba en silencio y en la oscuridad como noche solamente estaba Gugumatz.



Vino su palabra, y confiriendo, consultando y teniendo consejo entre sí en medio de aquella oscuridad se crearon todas las criaturas (...). (p. 69)

Con este pensamiento de Toj Morales (s. f.) “la consulta y el consejo es un elemento fundamental para la creación del ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas” (p. 70). Y se quisiera que este pensamiento se trasladara a todas aquellas personas y organismos del Estado que están contribuyendo en a la formación del ordenamiento jurídico actual. El Acuerdo de Identidad y Derecho de los pueblos indígenas, por un lado apunta, y por otro lado limita la asociación del derecho indígena con el hecho mismo de reducirlo a derecho consuetudinario. Esto es un limitante porque se está minimizando el derecho indígena a un derecho como de costumbre. Y desde ya limitando la proyección de todo un ordenamiento jurídico de los pueblos indígenas.

Con este pensamiento Toj Morales (s. f.) sintetiza que el proceso de análisis y profundización del conocimiento del derecho indígena

debe continuar para rescatar una serie de valores y normas que los pueblos indígenas pueden aportar en la construcción de un nuevo Estado donde prevalezca la paz, el respeto a las culturas y pueblos indígenas y la armonía entre los pueblos sea una realidad. (pp. 71-76)

Para el autor Rosembert Ariza Santamaría (2015):

(...) en Latinoamérica en las últimas tres décadas el tema del pluralismo jurídico se revitalizó a partir de múltiples reformas constitucionales y de diferentes procesos constitucionales. Sin desconocer este contexto y a partir de algunas reflexiones teóricas de gran acogida en América Latina, se ausculta este tema de crucial importancia para el



derecho contemporáneo intentando revisar el alcance de estas propuestas en los Estados latinoamericanos en sus diferentes procesos de desarrollo constitucional y en segundo lugar mirar para dónde va el pluralismo y en esa mirada interpelar a los doctrinantes, juristas y operadores judiciales que en América Latina proponen caminos para este tema. Considera este autor, que el pluralismo jurídico intercultural es la capacidad de comprensión sin pretensión de fusión entre sistemas jurídicos, prácticas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros. (pp. 165-166)

Ariza Santamaría (2015) resalta que:

Un pluralismo jurídico que logre la integración entre distintos órdenes normativos de sociedades plurales es una quimera pero su integración sin fusión es el paso inicial de un Estado plurinacional, una tarea de construcción que requiere replantear toda la base conceptual y racional del propio derecho, en esta tarea se encuentra la unidad de descolonización del tribunal constitucional plurinacional de Bolivia, quienes silenciosamente en los dos últimos años trabajan para encontrar claves que les permitan materializar esta idea ajena al derecho racional que solo admite la subordinación como regla de comprensión frente a distintos y diferenciados ordenes normativas o sociales. Pretender prácticas jurídicas y formas de convivencia regladas, sin orden jerárquico ni sometimiento racional de unos a otros es un ejercicio hermenéutico profundamente complejo que requiere despojarse de la prepotencia racional legal y de la supremacía jurídica a los detentadores del discurso formal del derecho occidental. (p. 167)



1.6.3. Marco legal en Guatemala para la implementación del pluralismo jurídico

En cuanto al marco jurídico, la legislación en Guatemala contiene una serie de normas específicas y dispersas, de rango constitucional y legal, sobre los pueblos indígenas. La tendencia legislativa de la última década en esta materia se ha caracterizado por incorporar en el ordenamiento legal normas de reconocimiento y protección en favor de los indígenas, en relación por ejemplo con la protección del niño o la niña indígena, la promoción de la educación bilingüe intercultural, la creación de instituciones de protección y defensa de la mujer indígena, entre otras.

Con respecto de a la legislación oficial en Guatemala que podría conllevar el reconocimiento implícito hacia el desarrollo de una verdadera autonomía del sistema jurídico de los pueblos indígenas y por ende del pluralismo jurídico, se analizarán los siguientes:

La Constitución Política de la República reconoce que el Estado está formado por diversos grupos étnicos y asegura reconocer, respetar y promover sus formas de vida, costumbres y tradiciones.

En este sentido Molina Barreto (2014) En el marco constitucional respecto del Título II sobre Derechos Humanos, en la sección segunda trata lo referente a la Cultura: “Artículo 57. Derecho a la Cultura. Toda persona tiene derecho a participar libremente en la vida cultural y artística de la comunidad, así como a beneficiarse del progreso científico y tecnológico de la Nación” (pp. 135-145).



En el ordenamiento jurídico interno (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 102. Expediente 3217-2010. Sentencia de Fecha 15 de noviembre de 2011), la regulación de estos temas también es importante:

Siendo su principal exponente la propia Constitución Política de la República que, luego de reconocer (...) el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres (...) Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. (s. p.)

Como puede advertirse, “el marco jurídico previamente citado, reconoce la existencia del derecho consuetudinario indígena y sobre todo el deber de las autoridades y tribunales de respetarlo y observarlo al momento de resolver, particularmente en casos de naturaleza penal” (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 98. Expediente 3300-2009. Sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, s. p.). Es decir, cuando el asunto lo requiera, acorde con aquel entorno normativo oficial e internacional que admite la existencia del sistema jurídico maya, los órganos jurisdiccionales nacionales con competencia en materia criminal tienen el deber de tomar en consideración las costumbres, instituciones y métodos tradicionales que rigen la vida social de las comunidades étnicas, siempre y cuando las mismas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos



Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Artículo 59. Protección e investigación de la cultura. Es obligación primordial del Estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada.

Artículo 60. Patrimonio Cultural. Forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación, exportación o alteración, salvo los casos que determine la ley.

(...) es universalmente aceptado que el patrimonio cultural de un país también se compone de todos los vestigios de actividad humana existentes en un entorno físico determinado, “los cuales son fuente invaluable de información sobre la vida y costumbres de los pueblos y, también, sobre la evolución histórica de los oficios, las técnicas, el arte y las manifestaciones espirituales (...). (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 96. Expediente 2099-2008, Sentencia de fecha 29 de abril de 2010, s. p.)

Artículo 61. Protección al Patrimonio Cultural. Los sitios arqueológicos, conjuntos monumentales y el Centro Cultural de Guatemala, recibirán atención especial del Estado, con el propósito de preservar sus características y resguardar su valor histórico y bienes culturales. Estarán sometidos a régimen especial de conservación el Parque Nacional Tikal, el Parque Arqueológico de Quirigua y la ciudad de Antigua Guatemala, por haber



sido declarados Patrimonio Mundial, así como aquellos que adquieran similar reconocimiento.

(...) Tal mandato constitucional es desarrollado por la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación, contenida en el Decreto 26-97 del Congreso de la República de Guatemala; de igual manera, la Ley Protectora de la ciudad de La Antigua Guatemala, Decreto 60-69 del aludido Organismo, protege a nivel general los bienes que constituyen el Patrimonio Cultural de la Nación, obedeciendo a la especial atención que debe tener el Estado de conservar sus características y reguardar sus tesoros culturales; para el logro de esas finalidades “resulta imperativo dictar las normas legales que regulen todo cuanto sea atinente al cuidado, protección, restauración y conservación de los bienes situados en la misma y en las áreas circundantes que con ella integran una sola unidad de paisaje, cultura y expresión artística”. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 89. Expediente 2896-2007. Sentencia de fecha 08 de julio de 2008, s. p.)

Se resalta en la Gaceta 71, Expediente 607-2003, Sentencia de fecha 12 de enero de 2004 de la Corte de Constitucionalidad lo siguiente:

Artículo 62. Protección al arte, folklore y artesanías tradicionales. La expresión artística nacional, el arte popular, el folklore y las artesanías e industrias autóctonas, deben ser objeto de protección especial del Estado, con el fin de preservar su autenticidad. El Estado propiciará la apertura de mercados nacionales e internacionales para la libre comercialización de la obra de los artistas y artesanos, promoviendo su producción y adecuada tecnificación.



Artículo 63. Derecho a la expresión creadora. El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica.

Los derechos de propiedad intelectual, específicamente, los de materia industrial, tienen por objeto la protección de la expresión creadora o inventiva y los beneficios, principalmente pecuniarios, que de la misma se produzcan, dentro de los límites y con las responsabilidades que establezcan las normas rectoras de la temática.

Artículo 64. 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. (s. p.)

Esta Corte estima que el desarrollo sostenible, que ya se ha dicho que se encuentra cubierto por la aplicación de la Ley de Áreas Protegidas, que es general para todo tipo de regulaciones sobre áreas concretas, debe entenderse comprendido en el patrimonio natural de la Nación tutelado por el Artículo 64 constitucional. De igual manera como existe regulación de interés social sobre el patrimonio cultural también la preocupación del constituyente ha cubierto el acervo natural de los habitantes del país. En ambos casos, el principio de dominio eminente del Estado tiende a proteger una riqueza que pertenece a las diferentes generaciones guatemaltecas y, por ello, es viable su regulación legal y administrativa con fines a su preservación, protección, conservación y restablecimiento.

Ese desarrollo sustentable, según Galo Leoro Franco (1995, s. p.), involucra el concepto de que no es posible proceso alguno de desarrollo que no se vincule al mismo tiempo con la



necesidad de evitar la utilización indiscriminada de los recursos naturales que por esta irracional circunstancia conduzca al agotamiento o a la drástica disminución de esos recursos en perjuicio del bienestar de las generaciones futuras. Tomando en cuenta esta definición es evidente que la declaración de una zona de protección ecológica o de área protegida, tiende precisamente a preservar un entorno de riqueza natural que beneficia que beneficia a la población que la habite. Esto, desde luego, sin que pudiera afectarse de manera irrazonable, inequitativa o injusta intereses legítimos en concreto de los individuos o grupos, que, en todo, podrían acudir a la defensa de éstos en cada situación en que creyeran vulnerados sus derechos. Bien dice al respecto Pedro Pablo Morcillo (1989) que el desarrollo sostenible “es un término recientemente acuñado para denotar la conciliación que debe haber entre el desarrollo o aprovechamiento de los recursos naturales y su conservación” (s. p.), dado que los recursos no son ilimitados pero que tampoco son intocables, ellos deben usarse para satisfacer las necesidades de la población pero sin que ello implique destrucción y deterioro de los mismos.

Se expone en la Gaceta 81, Expediente 941-05, Sentencia de fecha 05 de septiembre de 2006, de la Corte de Constitucionalidad que,

Siguiendo el contexto del bien jurídico superior, protegido por el Artículo 64 de la Constitución, Patrimonio Natural, es evidente que no puede haber contradicción con la protección de los grupos étnicos, la de las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas y otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria y su administración por estas, o la dotación de tierras estatales a dichas comunidades (Artículos 66,67 y 78 de la Constitución) con la declaratoria de determinada área como protegida para evitar el agotamiento de los recursos naturales y la degradación ambiental, en detrimento de la flora, fauna, potencial humano y biodiversidad. Antes bien, así se



cumple no solo con lo prescrito en el precitado Artículo 64 sino con los fines del Estado, previstos en el Preámbulo y los Artículos 1ro. y 2do. ibíd., y, además, con las previsiones que deben proteger a los grupos a que se refieren los Artículos constitucionales invocados

Artículo 65. Preservación y promoción de la cultura. La actividad del Estado en cuanto a la preservación y promoción de la cultura y sus manifestaciones, estará a cargo de un órgano específico con presupuesto propio. (s. p.)

En la sección tercera, la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a las Comunidades Indígenas, entendiéndose que:

Artículo 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Ya se ha anticipado en esta sentencia que, cuando las leyes tuvieren un objeto concreto y específico relacionado con los pueblos indígenas y tribales, protegidos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sería viable que la función legislativa tuviera apoyo en las adecuadas consultas que le permitan emitir una legislación acorde con las garantías a los derechos y libertades de las indicadas poblaciones, en armonía con los intereses de la nación guatemalteca (...) Por otra parte, cuando alguno de estos poblados resintiera afectación por la aplicación de la ley, siempre tendrá a su alcance exigir que, en su propia comunidad, se proceda a realizar las consultas reconocidas por el citado Convenio 169, como expresión de su voluntad para que el Estado tome las disposiciones necesarias que protejan sus intereses y para que compartan de manera



efectiva sus beneficios. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 107, Expediente 1008-2012, Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013, s. p.)

Es así que,

Entendido el orden constitucional como un sistema completo integrado tanto por la Constitución Política de la República como por las leyes de su misma jerarquía, lo que incluye el derecho convencional de los derechos humanos, es necesario, obiter dictum, hacer referencia a que el conjunto de valores, principios y normas que reconocen y garantizan los derechos fundamentales de las personas y de las comunidades que conforman el complejo nacional pluriétnico, pluricultural y plurilingüe de Guatemala, debe ser objeto permanente de tutela del Estado. De esta manera, la Constitución guatemalteca contiene diferentes disposiciones en orden al reconocimiento de la identidad cultural y de los derechos de los descendientes de los pobladores originarios (...). (Corte de constitucionalidad, Gaceta 102. Expediente 3217-2010. Sentencia de fecha 15 de noviembre 2011, s. p.)

Se explica también en la jurisprudencia que:

Artículo 67. 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 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. (Corte de constitucionalidad, Gaceta 37. Expediente 199-95. Sentencia 18/5/95; Gaceta 45. Expediente 1250-96 30/07/97, s. p.)



Las comunidades indígenas, según la jurisprudencia que emana de la Corte de Constitucionalidad, (Gaceta 100. Expediente 1101-2010, Sentencia de fecha 4 de mayo de 2011) y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema:

(...) la especial protección que la Carta Magna dedica al derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas -principio recogido en el Artículo 67 constitucional-, en congruencia con el significativo papel que juega la tierra en su cosmovisión. Esto último ha sido reconocido a nivel internacional, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, (...) e inclusive en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay (...) puntualizando además que el argumento de que las tierras en disputa estén siendo debidamente explotadas no basta para vedar esa posibilidad, habida cuenta de que bajo el mismo “(...) subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando estas se encuentran explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos (...)”. (s. p.)

Se resalta además en la jurisprudencia lo siguiente:

ARTÍCULO 68. Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo. (Se menciona en Gaceta 37, Expediente 199-95, sentencia de fecha 18 de mayo de 1995).



ARTÍCULO 69. Traslación de trabajadores y su protección. Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio. (Se menciona en Gaceta referida en el Artículo anterior).

ARTICULO 70. Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección.

Es el Estado de Guatemala quien ha desarrollado de manera mínima ciertos mecanismos para el sector indígena en Guatemala, como promover la educación intercultural, el apoyo, el fomento de las actividades productivas rurales y sobre todo el impulso a las actividades que eliminan conductas discriminatorias racistas y de exclusión, las cuales son típicas de la sociedad guatemalteca, todo esto producto de la composición étnica de la población guatemalteca y la pobreza, que son un resultado de la expulsión del sector indígena en aspectos sociales económicos y políticos del país, por supuesto en detrimento de su bienestar y desarrollo. Muchas de las organizaciones indígenas en el país reconocen el retraso del cumplimiento total del Acuerdo sobre la identidad de las poblaciones indígenas, pero reconocen que el Estado, aunque de manera mínima, ha permitido abrir espacios de dialogo, así como la participación e intervención indígena en el debate de la realidad nacional. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 99, Expediente 2229-2010, Sentencia de fecha 8 de febrero de 2010)



En el Marco de los Convenios y Tratados ratificados por el Estado de Guatemala, está el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo en relación a los grupos indígenas.

En 1997 entró en vigencia en Guatemala el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) que es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas, que establece que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos”. (Artículo 3, 1ra. parte)

En la Gaceta 37, Expediente 199-95, Opinión Consultiva de fecha 18 de mayo de 1995, se hace referencia que:

De conformidad con el Artículo 66 de la Constitución, el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose esta como el conjunto de elementos que los definen y, a los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno (...) Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción



y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente e iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico específicamente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a éstos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad. Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya (...). (s. p.)

La consulta a los pueblos indígenas puede constituirse en un mecanismo idóneo para someter a consideración de las etnias del país, lo relativo a la implementación del proceso normativo del pluralismo jurídico, involucrando a las comunidades en esa decisión colectiva, debiendo ser una consulta culturalmente adecuada, conforme a los principios y valores culturales de dichos pueblos tal como ha sido previsto por la Corte de Constitucionalidad en sentencia de expedientes acumulados 90-91 y 92- 2017 de fecha 26 de mayo de 2017, Caso Oxec I y Oxec II., determinan cuáles deben ser las características de la consulta obligatoria.

- a) La consulta debe realizarse con carácter previo.
- b) La consulta no se agota con la mera información.



- c) La consulta debe ser de buena fe (dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.
- d) La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas.
- e) La consulta debe ser sistemática y transparente.
- f) El alcance de la consulta no tiene un carácter vinculante *stricto sensu*, pero sí tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el numeral 2) del mismo Artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que establece: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. (s. p.)

El fallo de la Corte de Constitucionalidad, emitido el veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, distribuye obligaciones:

- Fija 12 meses para que el Ministerio de Energía y Minas -MEM- celebre la consulta, y debe presentar informes trimestrales.
- Permite que las plantas Oxec I y II, retomen su operación y construcción.
- Pide al Congreso emitir en un año la normativa legal al derecho de consulta de los pueblos indígenas. (s. p.)



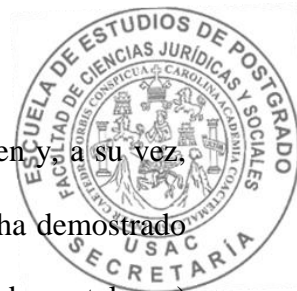
1.6.3.1. El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas

En sus considerandos, dicho acuerdo refleja que el tema de identidad y derechos de los pueblos indígenas constituye un punto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y futuro de Guatemala; que los pueblos indígenas incluyen el pueblo maya, el pueblo garífuna y el pueblo xinca, y que el pueblo maya está configurado por diversas expresiones socioculturales de raíz común; que a raíz de su historia, conquista, colonización, desplazamientos y migraciones, la nación guatemalteca tiene un carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe; que las partes reconocen y respetan la identidad y los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los pueblos maya, garífuna y xinca, dentro de la unidad de la nación y la indivisibilidad del territorio del Estado guatemalteco, como componentes de dicha unidad.

Que los pueblos indígenas han sido particularmente sometidos a niveles de discriminación de hecho, explotación e injusticia por su origen, cultura y lengua, y que, como muchos otros sectores de la colectividad nacional, padecen de tratos y condiciones desiguales e injustas por su condición económica y social; que esta realidad histórica ha afectado y sigue afectando profundamente a dichos pueblos, negándoles el pleno ejercicio de sus derechos y participación política, y entorpeciendo la configuración de una unidad nacional que refleje, en su justa medida y con su plenitud de valores, la rica fisonomía plural de Guatemala.

Dicho Acuerdo, al referirse a la identidad de los pueblos indígenas, establece:

1. El reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas es fundamental para la construcción de la unidad nacional basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos.



2. La identidad de los pueblos es un conjunto de elementos que los definen, a su vez, los hacen reconocerse como tal. Tratándose de la identidad maya, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales: a) la descendencia directa de los antiguos mayas; b) idiomas que provienen de una raíz maya común; c) una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es solo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante; d) una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento maya, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y e) la auto identificación.
3. La pluralidad de las expresiones socioculturales del pueblo maya, que incluyen los Achi, Akateco, Awakateko, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchikel, Kiche, Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sikapakense, Tectiteco, Tz'utujil y Uspanteco, no han alterado la cohesión de su identidad. 4. Se reconoce la identidad del pueblo maya, así como las identidades de los pueblos garífuna y Xinca, dentro de la unidad de la nación guatemalteca, y el Gobierno se compromete en promover ante el Congreso de la República una reforma de la Constitución Política de la República en este sentido. (s. p.)



1.6.3.2. Código Municipal, Decreto Número 12-2002

En este Código se preceptúa que:

ARTICULO 7. El municipio en el sistema jurídico. El municipio, como institución autónoma de derecho público, tiene personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, y en general para el cumplimiento de sus fines en los términos legalmente establecidos, y de conformidad con sus características multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Su representación la ejercen los órganos determinados en este Código. (...)

ARTICULO 20. Comunidades de los pueblos indígenas. Las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, debiendo inscribirse en el registro civil de la municipalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales. (...)

ARTICULO 31. Procedimientos consultivos. Si el Congreso de la República lo considerase necesario podrá someter a consulta de las poblaciones del o de los municipios o departamentos afectados, cualquier asunto dirigido a dividir o modificar su circunscripción, antes de emitir la ley que lo decida. (...)

ARTICULO 55. Alcaldías indígenas. El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando estas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo. (...)



ARTICULO 65. Consultas a las comunidades o autoridades indígenas del municipio. Cuando la naturaleza de un asunto afecte en particular los derechos y los intereses de las comunidades indígenas del municipio o de sus autoridades propias, el Concejo Municipal realizará consultas a solicitud de las comunidades o autoridades indígenas, inclusive aplicando criterios propios de las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas. (sic)

1.7. Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala

El autor Juan Santiago Quim (2013) en su obra *Hacia el pluralismo jurídico en Guatemala*, en lo referente al contexto de la necesidad de reconocimiento del pluralismo jurídico resalta:

La innegable existencia y práctica del derecho indígena. Plantear la necesidad del reconocimiento expreso del pluralismo jurídico implica considerar dos aspectos:

- a) El reconocimiento de la diversidad cultural y con ello la existencia de diferentes sistemas de solución de conflictos por medio de procedimientos culturalmente propios y válidos de cada uno de los pueblos que conforman la base social de un Estado, esto es, asumir diversos sistemas de justicia con existencia propia y aplicación autónoma en un ámbito territorial determinado.
- b) En segundo término, catapultar la exigencia de la transición jurídica de un Estado monocultural a uno pluricultural, que no se limite solamente al simple reconocimiento formal de la diversidad cultural y de diferentes sistemas legales, sino que trascienda hacia la construcción de un amplio sistema que permita la coexistencia y coordinación entre diferentes sistemas jurídicos. Lo anterior con el afán de la convivencia armoniosa y la alta concreción de la justicia para todas



las personas en la jurisdicción de un Estado, con respeto a su identidad cultural. (pp. 13-14)

Así también al respecto Juan Santiago Quim (2013) expresa:

Todos los pueblos y en todos los tiempos, en su propia dinámica y evolución sociocultural, han contado con marcos normativos y estructuras organizativas conforme a sus sistemas de valores, formas de interpretar el mundo y prácticas de solución de controversias o de sanción, que mejor les han resultado en su devenir histórico. Contemporáneamente, constituyen marcos de regulación que se presentan con cambios por la presión e influjo de condiciones políticas y culturales a las cuales han sido sometidos con culturas con pretensiones de dominación. (p. 16)

El autor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (2005), en el libro *Pluralismo Jurídico. Interculturalidad y Derechos Humanos en Guatemala*, indica que el problema de la administración de justicia para los pueblos indígenas, “como su calificación ante la ley penal, plantea uno de los desafíos doctrinarios y prácticos de mayor trascendencia para las legislaciones latinoamericanas, al decir de los expertos sobre derechos humanos” (p. 25).

En relación con el tema: “*La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala*”, el autor Luis Alberto Padilla (s. f.) desarrolla los elementos teóricos del derecho consuetudinario, y en él manifiesta su adhesión a los puntos de vista de la sociología jurídica en lo que “conciernen a la definición del concepto derecho consuetudinario desde una perspectiva amplia, que ve en este último un derecho social por excelencia, que se apoya en los hechos normativos y en la garantía que el cuerpo social otorga al cumplimiento de estos” (pp. 259-260).

En síntesis, Padilla (s. f.) explica:



Todo parece indicar que un conocimiento riguroso y sistematizado acerca del derecho consuetudinario en el seno de las comunidades indígenas solo podrá ser construido con base en trabajo de investigación de campo que elabore una descripción de las principales normas e instituciones, presentando un diagnóstico sobre su estado actual; diagnóstico que debería incluir los cambios que han ocurrido en la historia reciente y que debería servir de punto de partida para que los intelectuales y juristas indígenas incluyeran el desarrollo del sistema jurídico propio como uno de los elementos esenciales de una correcta política de desarrollo cultural de las comunidades indígenas guatemaltecas. (pp. 264-275)

Según Ceballos Melguizo (2011):

Pluralismo jurídico es el fenómeno de coexistencia de normas que demandan obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Aceptando por otra parte que la vigencia de un sistema normativo se basa en una regla de reconocimiento, la Grundnorm de Kelsen, el pluralismo jurídico implica coexistencia de normas que son reconocidas por distintas reglas de reconocimiento. Precisamente esta caracterización genérica, unida al hecho de que el término “pluralismo” comporta evidentes cargas valorativas, hace recomendable entender en adelante la expresión “pluralismo jurídico” como equivalente a pluralidad de órdenes legales. (p. 228)

El pluralismo jurídico es entonces para Ceballos Melguizo (2011):

Un fenómeno central de la problemática de constitución y deconstrucción del Estado liberal moderno. Es, en el fondo, el producto de lecturas realistas, inspiradas en las filosofías antiliberales y en las ciencias sociales, que en el registro de los hechos jurídicos



cuestionan la ideología liberal de un Estado, una autoridad y un derecho, como dogmas de la política en la sociedad moderna occidental. Para concluir conviene hacer la siguiente aclaración terminológica: una cosa es el pluralismo jurídico, y otra, estos dos fenómenos que pueden confundirse o no diferenciarse lo suficiente a saber: el derecho alternativo y el uso alternativo del derecho. Pluralismo jurídico es la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas distintos. (p. 235)

Iannello (s. f.) explica que:

El pluralismo jurídico y la teoría de sistemas. Varios intentos de explicación sobre la pluralidad de sistemas normativos contienen elementos de la denominada teoría de sistemas. Esta propuesta parte de la idea que las sociedades están constituidas por relaciones de comunicación y que los esfuerzos para comprender el derecho son realizados dentro de una sociedad, por lo tanto, la comprensión de derecho está atado a la comunicación y como consecuencia al lenguaje. (pp. 778-779)

El análisis del pluralismo jurídico a partir de la teoría de sistemas puede encontrarse de manera clara en la teoría de Teubner. En ella, según Iannello (s. f.) “el pluralismo jurídico no debe definirse como un conjunto de normas en conflicto, sino como una multiplicidad de procesos comunicativos que observa la acción social bajo el código binario de legal/ilegal” (pp. 778-779).

Para entender este Código Binario y a partir de allí la idea de sistemas plurales de normas hay que poder explicar el sistema legal como autopoiesis. Hay que recordar que autopoiesis significa, asimismo, creación, producción. Es un neologismo que designa la cualidad de un



sistema capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo. Esta explicación utiliza herramientas del denominado giro lingüístico apartándose de la sociología del derecho positivista. El derecho entendido como sistema autopoietico pretende mostrar que el sistema legal es auto-referenciado. Iannello (s. f.) sigue exponiendo que “ello implica que el sistema produce y reproduce sus propios elementos a través de la interacción de los mismos” (p. 778). En un sistema jurídico un sistema auto-referenciado conlleva una relación circular entre las decisiones legales y normas. Las decisiones legales son válidas pro que se sostienen a partir de normas, las cuales son válidas solo en términos de decisiones legales.

Garzón López (2013) indica que:

El pluralismo jurídico es una perspectiva que cuestiona aquella concepción monista que ha reducido la diversidad endémica de la sociedad a una sola visión dominante del derecho. Informa la existencia de diferentes derechos concurrentes que operan en diferentes espacios temporales, y a escalas locales, nacionales y transnacionales, las mismas que no se reducen el marco jurídico estatal. La identificación entre derecho, estado y soberanía a justificado el monopolio jurídico del Estado moderno durante mucho tiempo, pero en las últimas décadas, con la emergencia de nuevos actores subástateles y supraestatales afirmados como artífices de una alternatividad jurídica, señalan la crisis del derecho estatal y amplían las fronteras conceptuales del Derecho más allá de la concebida por la ciencia jurídica occidental. (p. 186)

Roxana Paola Miranda Torres Miranda (2018), profesora de la Universidad Panamericana y de la Universidad de Guadalajara en México, cuando se cuestiona qué es el pluralismo jurídico.



Refiere que el planeta es multicultural, los continentes y territorios de todos los países en el globo, son en mayor o menor medida, pluriculturales, por el solo hecho de que existen grupos diversos y diferenciados que integran dichas naciones, países o Estados; sin embargo no siempre y en todos los casos, en el devenir histórico, han sido respetados en sus derechos, territorios, culturas y demás aspectos que tienen que ver con su dignidad como seres humanos y esos hechos han contribuido para que muchos de estos pueblos hayan desaparecido, cuestión que debemos frenar en aras del bien a la humanidad y a nuestros congéneres. (s. p.)

Según Miranda Torres (2018):

La mayor parte de los países cuentan con una pluriversidad cultural, aquellos en que todos los ciudadanos hablan el mismo idioma y pertenecen al mismo grupo étnico son una excepción. Tal pluriculturalidad, genera una influencia sobre la vida política, social y económica de muchos países de todos los continentes; todo ello impacta al ámbito normativo, dada la diversidad de agrupaciones humanas que se interrelacionan, ya sean mayorías y las minorías culturales, mismas que tienen una realidad compleja y difícil en cuanto a los problemas relacionados con los derechos lingüísticos, la autonomía, la educación, las políticas de migración y de naturalización, su reconocimiento jurídico y demás aspectos cada vez más sincréticos, que nos llevan a transformaciones difíciles de predecir. (s. p.)

En este contexto, se entiende la idea de multiculturalismo como un proceso social diferente al global, aunque para algunos representa una clara contradicción o antítesis de los procesos de globalización y homogeneización cosmopolita que son impuestos, por



los hegemones o el sistema económico social dominante. Si bien es cierto, para Miranda Torres (2018) que los procesos de interrelación de valores, principios e intereses facilitan el entendimiento entre los integrantes de la sociedad del género humano, “creando procesos cada vez más intercomunicados e interdependientes, no se puede negar que la complejidad de lo humano, implica el respeto, la tolerancia, la diferencia y la diferenciación” (s. p.).



CAPÍTULO II



2. Análisis comparativo del derecho indígena constitucional y pluralismo jurídico en algunos países de Latinoamérica

2.1. Contexto: pueblos indígenas en América Latina

Aun cuando en la mayoría de los países de América Latina los pueblos indígenas son una minoría desde el punto de vista demográfico, son especialmente relevantes en la realidad regional considerando entre otros los siguientes elementos:

1. Culturas y tradiciones ancestrales.
2. Procesos históricos de conquista y colonización.
3. Realidad de pobreza y exclusión social en la que hoy en día se encuentran a nivel continental.
4. En muchos casos, se relacionan con territorios en los cuales se desarrollan proyectos de inversión extractiva y de recursos naturales.

Explica la Oficina Internacional del Trabajo, (2016) a pesar de las diferencias entre los pueblos indígenas, suelen existir aspectos comunes en la forma en que se relacionan con su entorno natural: “Visión que considera al hombre, a la naturaleza y sus recursos naturales, como parte integral de un todo” (p. 6).

2.2. Los derechos de los pueblos indígenas en Nicaragua

Para el caso de Nicaragua, el Sistema de las Naciones Unidas para este país, a través del Proyecto de las Naciones Unidas para el desarrollo, formuló un estudio acerca de la legislación



básica respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes, declarando que es un país multicultural y plurilingüe en el que habitan pueblos en incansable búsqueda de relaciones pacíficas y un desarrollo social incluyente. Esta característica nacional debe ser vista como un potencial notable, que permite concebir una nación que armoniza los mejores aportes de las distintas culturas, en temas tan variados como las formas organizativas, el sistema de autoridades, la riqueza lingüística, la práctica medicinal, la espiritualidad, las relaciones con el ambiente y los aportes culturales.

La construcción de una sociedad pluricultural es un desafío enorme, ya que relevar sus potencialidades no impide reconocer las dificultades que afronta un proyecto de sociedad incluyente, “respetuosa de las diferencias, que no se base en imposiciones de unos sobre otros, donde sea posible la coexistencia de modelos de desarrollo diversos” (Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, 2012, p. 7). El marco jurídico, internacional y nacional, es una herramienta fundamental para alcanzar esas metas.

En la presentación de dicho trabajo se informa que se extrajeron las principales normas de la Constitución Política sobre los derechos de nuestros pueblos ancestrales, “también recopila y presentan un conjunto básico de extractos normativos y leyes ordinarias aprobadas por la Asamblea Nacional” (Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, 2012, p. 9) rescatando elementos legislativos de vieja data, de igual manera se recogen los principales instrumentos internacionales relacionados con los pueblos indígenas y afrodescendientes, destacando la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ambos aprobados por la Asamblea Nacional.



La Constitución Política de Nicaragua, en su Artículo 5, establece como principio de la nación nicaragüense que:

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, (...). (s. p.)

También en el Artículo ocho establece “El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana”, y en su Título IV, Capítulos VI y IX y Capítulo II, establece un conjunto de disposiciones para las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua, reconociendo que es un país multiétnico y pluricultural en el cual conviven distintas culturas, idiomas y tradiciones en un marco institucional que incluye el reconocimiento de autonomía en buena parte del territorio nacional así mismo derechos específicos por medio de la Constitución Política de la República, “formulando su proyección en cuatro conjuntos normativos básicos, los siguientes:

- Normas Constitucionales.
- Legislación Ordinaria.
- Decretos.
- Instrumentos Internacionales” (Pueblos Indígenas y Afro descendientes, 2012, p. 11-14).



2.2.1. Los derechos indígenas en la Constitución Política de la República de Nicaragua

Según la Constitución Política de Nicaragua, Artículo 8, Texto Supremo nicaragüense, se destacan Artículos relativos a las comunidades indígenas, y así, dentro de los Principios Fundamentales, se extraen fundamentos constitucionales respecto de los pueblos autóctonos al considerarse que el pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

También en el Artículo 11 de la Constitución Política de Nicaragua el español es el idioma oficial del Estado. Las lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley.

En cuanto al Título IV referente a Derechos, deberes y garantías del pueblo nicaragüense en su Capítulo I detalla los derechos individuales, en su Artículo 33 (que actualmente están siendo vulnerados) en cuanto a que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria ni ser privado de su libertad, salvo por causas fijadas por la ley con arreglo a un procedimiento legal. En consecuencia, la detención solo podrá efectuarse en virtud de mandamiento escrito de juez competente o de las autoridades expresamente facultadas por la ley, salvo el caso de flagrante delito. Asimismo, todo detenido tiene derecho a ser informado sin demora en idioma o lengua que comprenda, y en forma detallada, de las causas de su detención y de la acusación formulada en su contra; a que se informe de su detención por parte de la policía, y él mismo a informar a su familia o a quien estime conveniente; y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.



En el Artículo 34 se expone que todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley; a ser juzgado sin dilaciones por tribunal competente establecido por la ley. No hay fuero atractivo. Nadie puede ser sustraído de su juez competente ni llevado a jurisdicción de excepción; a ser sometido al juicio por jurados en los casos determinados por la ley. Se establece el recurso de revisión; a que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medio adecuados para su defensa; a que se le nombre defensor de oficio cuando en la primera intervención no hubiera designado defensor; o cuando no fuere habido, previo llamamiento por edicto. El procesado tiene derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor; a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal; a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge o compañero en unión de hecho estable, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni a confesarse culpable; a que se le dicte sentencia dentro de los términos legales en cada una de las instancias del proceso; a recurrir ante un tribunal superior, a fin de que su caso sea revisado cuando hubiese sido condenado por cualquier delito; a no ser procesado nuevamente por el delito por el cual fue condenado o absuelto mediante sentencia firme; a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes.

El Artículo 46 se expresa que en el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos y de la plena vigencia de los derechos



consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

En el Capítulo II, Constitución Política de Nicaragua, Artículo 49, respecto de los derechos políticos, el texto constitucional se refiere a las comunidades autóctonas cuando regula que en Nicaragua tienen derecho de constituir organizaciones los trabajadores de la ciudad y el campo, las mujeres, los jóvenes, los productores agropecuarios, los artesanos, los profesionales, los técnicos, los intelectuales, los artistas, los religiosos, las Comunidades de la Costa Atlántica y los pobladores en general, sin discriminación alguna, con el fin de lograr la realización de sus aspiraciones según sus propios intereses y participar en la construcción de una nueva sociedad. Estas organizaciones se formarán de acuerdo a la voluntad participativa y electiva de los ciudadanos, tendrán una función social y podrán o no tener carácter partidario, según su naturaleza y fines.

En el Capítulo VI, de la Constitución Política de Nicaragua, Artículos 89, 91 referente a los derechos de las comunidades de la Costa Atlántica, determina que son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales. Las



comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos Derechos. El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.

En cuanto a economía nacional la Constitución Política de Nicaragua, Artículo 103, estipula que el Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria; todas ellas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social.

No está excluida la regulación de la Reforma Agraria, según lo estipula la Constitución Política de Nicaragua, Artículo 107, en donde se regula que se eliminará el latifundio ocioso y se hará prioritariamente con tierras del Estado. Cuando la expropiación de latifundios ociosos afecte a propietarios privados, se hará cumpliendo con lo estipulado en el Artículo 44 de esta Constitución. La reforma agraria eliminará cualquier forma de explotación a los campesinos, a las comunidades indígenas del país, y promoverá las formas de propiedad compatibles con los objetivos económicos y sociales de la nación establecidos en esta Constitución. El régimen de propiedad de las tierras de las comunidades indígenas se regulará de acuerdo a la ley de la materia.

En lo referente a educación y cultura, se determina que es deber del Estado promover el rescate, desarrollo y fortalecimiento de la cultura nacional, sustentada en la participación creativa del pueblo. El Estado apoyará la cultura nacional en todas sus expresiones, sean de carácter



colectivo o de creadores individuales. El Estado protege el patrimonio arqueológico, histórico, lingüístico, cultural y artístico de la nación.

El territorio nacional se dividirá para su administración, en departamentos, regiones autónomas de la Costa Atlántica y municipios. Las leyes de la materia determinarán su creación, extensión, número, organización, estructura y funcionamiento de las diversas circunscripciones territoriales.

El Estado promoverá el desarrollo integral y armónico de las diversas partes del territorio nacional.

Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados. Asimismo, garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.

El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.



Los miembros de los consejos regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley. Según lo estipulado en la Constitución Política de Nicaragua, Artículos. 126, 128, 175, 179, 180, 181.

2.2.2. Resumen

La Constitución Política de la República de Nicaragua no reconoce expresamente el pluralismo jurídico, sin embargo, si se interpretasen adecuadamente sus textos armónicamente con los estándares internacionales que han sido adoptados por el país, se podría avanzar grandemente a la proyección de un verdadero pluralismo jurídico.

2.3. Los derechos de los pueblos indígenas en Perú

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República de Perú realizó un compendio normativo y jurisprudencial sobre los derechos de los pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, aclarando que para el gobierno actual es de vital importancia tomar en cuenta la inclusión de la población indígena y su reconocimiento como sujetos de derechos, para hacer de esta una sociedad igualitaria y justa, habiéndose formulado el compendio a través de la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, que tiene por finalidad exponer los principales avances normativos y jurisprudenciales emitidos a nivel nacional e internacional, que valoran y rescatan los derechos de los pueblos originarios del Estado peruano, el cual, mediante la Constitución y normas ordinarias, ha reconocido el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas, las comunidades campesinas y nativas y, al mismo tiempo, el respeto de los derechos humanos de sus integrantes.



No obstante según el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) “también las autoridades comunales se encuentran obligadas a respetar los derechos humanos, especialmente al momento de administrar justicia” (pp. 7-9); cimentando la idea de que antes y por encima de los fines estatales, gubernamentales o institucionales está el ser humano, su dignidad y los derechos fundamentales que aseguran el libre desarrollo de sus potencialidades físicas y espirituales

En dicho trabajo tiene especial relevancia el hecho de que en 1989, la Organización Internacional del Trabajo revisó el Convenio 107 a través del “Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales 1989”, mejor conocido como Convenio 169, aprobado en su septuagésima sexta conferencia, celebrada el 27 de junio de ese mismo año, y en vigor desde 1991.

El Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) expresa que:

La importancia de este último Convenio, por su influencia en la cultura jurídica peruana, los indujo a fomentar el respeto a las culturas, formas de vida y de organizaciones e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, se les debe permitir, o en su caso solicitar y hasta promover, su participación efectiva en las decisiones que les afecten o puedan afectar y el establecimiento de instrumentos y mecanismos jurídicos adecuados y procedimientos para el cumplimiento del Convenio conforme las particulares circunstancias de cada país, en concordancia con su Constitución Política, que reconoce el carácter pluriétnico y multicultural del Perú, como elemento esencial de la peruanidad. Se reconoce el derecho fundamental de los pueblos a su identidad étnica y cultural, así como la diversidad de estos, que implica que el Estado democrático y social de derecho y



que se encuentra compelido a respetar, promover y reafirmar las manifestaciones culturales y costumbres que integran la nación peruana. (p. 10) (sic)

Este estudio, según el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2013) da cuenta de que:

La numerosa población indígena que existe en el Perú constituye una característica que revela claramente la pluriculturalidad y la diversidad de dicho país. Según el XI Censo Nacional de Población y VI de Vivienda realizado en el 2007 por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se calcula que existen más de cuatro millones de personas indígenas en el Perú. Asimismo, el Instituto Nacional de Desarrollo de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos (INDEPA) reportó en el 2010 que en el Perú existían 4,101,591 indígenas, con base en criterios etnolingüísticos, así como también dio cuenta de la existencia en el territorio nacional de 77 etnias y 68 lenguas pertenecientes a 16 familias lingüísticas, en su mayoría amazónicas. De este total aproximado de población indígena, el 83.11 % son quechuas, el 10.92 % son aimaras, el 1.67 % son asháninkas y el 4.31 % son miembros de pueblos indígenas son amazónicos (Fuente: INEI. XI Censo Nacional de Población y VI de Vivienda 2007). Cabe mencionar que este censo arrojó como resultado que la población peruana era de 28,220,764 habitantes. (p. 15)

La población indígena peruana, como se expresa y explica en el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) se encuentra agrupada en:

Comunidades campesinas y nativas, las cuales cuentan con prácticas, tradiciones y costumbres propias, así como también mantienen una estrecha relación con las tierras que



habitan desde tiempos ancestrales. Esta diversidad étnica, cultural y lingüística existente en el territorio, así como los desafíos y oportunidades que dicha realidad plantea, han sido abordados por la legislación peruana a partir de la segunda década del siglo XX. En tal sentido, los esfuerzos por parte del Estado peruano para perfeccionar y complementar la regulación sobre esta materia continúan hasta la fecha. (p. 15)

Actualmente, la Constitución Política de 1993, en su Artículo 89, como explica el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) establece:

La imprescriptibilidad y la libre disposición de las tierras comunales sin mencionar las garantías de inalienabilidad e inembargabilidad reconocidas en las constituciones anteriores, las cuales, no obstante, han sido plasmadas en otras normas con rango de ley. Este mismo Artículo 89 establece que el Estado debe respetar la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. Por otro lado, cabe destacar también el Artículo 149 de la Constitución Política vigente, el cual reconoce a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas la facultad de administrar justicia, siempre que no vulneren los derechos humanos. (p. 15)

La evolución normativa, para el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) que ha venido experimentando el ordenamiento jurídico peruano en materia de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas:

No solamente se puede apreciar en los Artículos constitucionales antes citados, sino también en un amplio conjunto de normas específicas con rango legal e infralegal, así como en disposiciones ubicadas en códigos, leyes, reglamentos y otras normas de alcance



general que aluden a la protección especial que deben recibir las personas que pertenecen a las comunidades campesinas y nativas de nuestro país. (p. 15)

Esta evolución normativa según expresa el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) en el ámbito nacional:

No puede entenderse a cabalidad sin tomar en cuenta la importante influencia ejercida por el derecho internacional de los derechos humanos durante la segunda mitad del siglo XX y su propia evolución respecto del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Si bien en la década de 1960 se aprobaron los principales tratados de derechos humanos de alcance universal, fue en 1957 que la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a solicitud de la Organización de Naciones Unidas (ONU), aprobó el Convenio N° 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual constituyó el primer convenio internacional referido específicamente a los derechos de los pueblos indígenas. A pesar de ello, su enfoque fue objeto de discusión y crítica, lo cual originó que en 1989 se aprobara el Convenio N° 169 de la OIT relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual constituye en la actualidad el principal referente internacional sobre esta materia. (p. 17)

Asimismo, el Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2013) sigue expresando, en el ámbito internacional:

Han surgido diversas instituciones y programas dedicados específicamente a los pueblos indígenas, y los representantes de estas poblaciones han acudido a los órganos internacionales de protección de derechos humanos para obtener tutela en casos específicos. Conforme lo ha reconocido el doctor James Anaya, relator especial para la



Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, los representantes de los pueblos indígenas contemporáneos han hecho suyo el discurso internacional de los derechos humanos, a raíz de lo cual han contribuido al desarrollo de este discurso, aportando sus propias perspectivas, y han impulsado la transformación del sistema jurídico e institucional internacional. (p. 17)

2.3.1. Normativa universal aprobada por el Perú

2.3.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

Suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III). Aprobada por Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 de 15 de diciembre de 1959, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de diciembre de 1959.

La Asamblea General proclamó la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Dentro de su contenido se establecen derechos y libertades establecido en el Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos para todas las personas en condiciones de igualdad, y así toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha



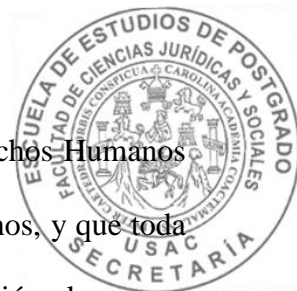
Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Asimismo, el Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos también se consagra el derecho a la igualdad y a la igual protección en el sentido de que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

2.3.1.2. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con su Artículo 19. Aprobada por Decreto Ley N° 18969, publicado el 22 de setiembre de 1971. El instrumento de ratificación del 22 de setiembre de 1971 se depositó el 29 de setiembre de 1971. Está vigente para el Perú desde el 29 de octubre de 1971.

Según el Preámbulo de Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial Los Estados partes en la referida Convención, consideraron que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por



motivos de raza, sexo, idioma o religión, y que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional, y que todos los hombres son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley contra toda discriminación y contra toda incitación a la discriminación, y que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituye un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y puede perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos, así como la convivencia de las personas aun dentro de un mismo Estado, convencidos de que la existencia de barreras raciales es incompatible con los ideales de toda la sociedad humana, deseando poner en práctica los principios consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y con tal objeto asegurar que se adopten lo antes posible medidas prácticas.

Dentro de dicha Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

La Convención, en el Preámbulo de Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 1, también refiere que las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con



objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

En el Preámbulo de Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 2, dentro de la Convención, los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y además los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Asimismo, en el Preámbulo de Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Artículos 5, 6; en materia de justicia y de conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el Artículo 2º de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce al el derecho a la igualdad de tratamiento en



los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia; Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial que, contraviniendo la presente Convención, viole sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación.

2.3.1.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante Resolución N° 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, tuvo su entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el Artículo 49°, y fue aprobado por Decreto Ley N° 22128 de 28 de marzo de 1978, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de marzo de 1978. Instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978. Depositado el 28 de abril de 1978. El instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú. Entrada en vigor para el Perú: 28 de julio de 1978.

En esencia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 2, cada uno de los Estados Partes del referido Pacto, se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.



El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 26 también hace énfasis en que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de parte de esta. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En los Estados, de conformidad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 27, en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

2.3.1.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con fecha de entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con su Artículo 27. Fue suscrito por el Perú el 11 de agosto de 1977 y aprobado por Decreto Ley N° 22129, publicado el 29 de marzo de 1978. El instrumento de adhesión del 12 de abril de 1978 se depositó el 28 de abril de 1978. Este instrumento de adhesión fue aceptado como ratificación por las Naciones Unidas por ser signatario el Perú. Está vigente para el Perú desde el 28 de julio de 1978.

Reitera los postulados de la normativa universal antes analizada en el sentido de que Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que



en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2.3.1.5. Convenio N° 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas y tribales en países independientes

Adoptado en Ginebra, Suiza, por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 76ª reunión CIT, del 27 de junio de 1989. Entró en vigencia el 5 de setiembre de 1991, fue Aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 2 de diciembre de 1993, publicada el 5 de diciembre de 1993. Su depositario es el director general de la OIT. El instrumento de Ratificación del 17 de enero de 1994 se depositó el 2 de febrero de 1994. Su fecha de entrada en vigencia para el Perú fue el 2 de febrero de 1995.

Este instrumento Universal de Derechos Humanos, Convenio n° 169 OIT relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Artículo 8, contiene disposiciones que pueden considerarse bases sólidas para la integración del pluralismo jurídico, ya que dentro de su política general establecida conlleva que al aplicarse la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio, sin perjuicio de que la aplicación de lo



anterior no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

En la medida en que ello sea compatible, según lo indica el Convenio n° 169 OIT relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Artículo 9, con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Cuando se impongan sanciones penales, como lo expresa el Convenio n° 169 OIT relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Artículo 10, previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Se contempla en el Convenio n° 169 OIT relativo a los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Artículo 12, que los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.



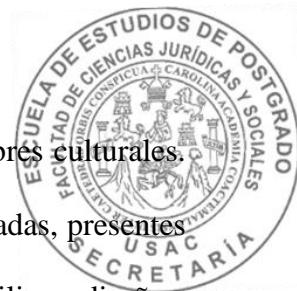
2.3.1.6. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

Indígenas¹

Este instrumento, la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en los Artículos del 1 al 3, explica que es de gran importancia, ya que reconoce que los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de derechos humanos. Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Tal como lo expresa la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículos 4, 5.

¹ Esta Declaración no constituye por sí misma un instrumento internacional jurídicamente vinculante para los Estados.



Además, tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el Artículo 11, expresa que los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados. Así lo estipula la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 12.

Los pueblos indígenas, según la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 13; tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.



Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Este instrumento, según lo estipula la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 19, se refiere en forma expresa al derecho de consulta cuando afirma que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa. Así lo expresa la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Artículo 20.

2.3.2. Normativa regional de Perú

2.3.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica

Esta Convención fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Fue aprobada por Decreto



Ley N° 22231 de 11 de julio de 1978, publicado el 12 de julio de 1978. Tiene fecha de entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme el Artículo 74.2 de la Convención. Su entrada en vigor para el Perú fue el 28 de julio de 1978.

Este instrumento, en el Artículo 1, regula que dentro de los deberes y derechos los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En lo referente a los derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en el Artículo 8, detalla las Garantías Judiciales en el sentido de que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a garantías mínimas resalando entre otras, el derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

2.3.3. Marco normativo nacional de Perú

2.3.3.1. Constitución Política de Perú

El texto constitucional del Perú, al referirse a los derechos fundamentales de la persona, detalla que tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece;



Además a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Tiene derecho a asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

En la Constitución Política del Perú, Artículo 2, se estipula que tienen derecho los peruanos a su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

También el Texto Supremo peruano, la Constitución Política del Perú, Artículo 17, regula la obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria. El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.

También en la Constitución Política del Perú, Artículo 48, determina como idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.

Dentro del ambiente y recursos naturales tal como lo estipula la Constitución Política del Perú, Artículo 69; el Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.



En cuanto al régimen agrario expresa la Constitución Política del Perú, Artículo 88; y de las comunidades campesinas y nativas, el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.

Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas. Así lo establece la Constitución Política del Perú, Artículo 89.

Con respecto del Poder Judicial, según la Constitución Política del Perú, Artículo 139, conlleva Principios y Derechos en la Administración de Justicia en cuanto a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. También regula el ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas.

Las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de



conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. Así se establece en la Constitución Política del Perú, Artículo 149, Concordancias: P.I.D.C.P., Artículo 2º; Convenio 169, Artículo 8º; Ley N° 28983, Artículo 7º Ley N° 29824, Artículo 60º.

2.3.3.2. Código Civil peruano

El Código Civil Peruano, Artículo 134, concordancias: Artículos 89, 139, 149 de la Constitución del Perú, 8vo. Convenio 169, fue promulgado según Decreto Legislativo n° 295, publicado el 25 de julio de 1984. En su libro número uno, cuando se regula al derecho de las personas y en específico en su sección cuarta referente a las nociones y fines de las Comunidades Campesinas y Nativas, indica respecto de las mismas que son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial.

Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial. Así lo estipula el Código Civil Peruano, Artículo 135. Concordancias: Artículos 89, 139, 149 de la Constitución del Perú; 8vo. Convenio 169.

Según el Código Civil Peruano, Artículo 136. Concordancias: Artículos 89, 139, 149 de la Constitución del Perú; 8vo. Convenio 169, las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.



También como lo estipula el Código Civil Peruano, en Artículo 137, el Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento.

Se expresa en el Código Civil Peruano, Artículo 138, que la Asamblea General es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio.

En su libro tercero el Código Civil peruano se refiere al matrimonio civil que puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía de la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad. Así también lo expresa el Código Civil Peruano, Artículo 138. Concordancias: Artículos 89, 139, 149 de la Constitución del Perú; 8vo. Convenio 169 Artículo 262. Concordancias: D.U.D.H., Artículo 16º; P.I.D.C.P; Artículo 23º; Const., Artículos 89º y 149º.

En el derecho registral, como lo expresa el Código Civil Peruano en los Artículos 204 y 206, dentro de los libros que conforman el Registro de Personas Jurídicas, existe la obligación de llevar un registro de comunidades campesinas y nativas; y la inscripción de las comunidades campesinas y nativas, cooperativas, empresas de propiedad social y demás personas jurídicas regidas por leyes especiales, se efectúa a solicitud de estas.



2.3.3.3. Código Penal

El Código Penal, Artículo 15, concordancias: Convenio 169, Artículos 5° y 8°, incisos 1° y 2; Const., Artículo 2°, incisos 2°, 19°, 89° y 149°; C.P., Artículos 45°, No. 2, 46° y 124° fue promulgado mediante Decreto Legislativo n° 635, y publicado el 8 de abril de 1991. Regula en el Capítulo I del Título II del Libro I, el hecho punible las bases de la punibilidad, refiriéndose al instituto penal del “Error de comprensión culturalmente condicionado” y detalla que:

El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena. (s. p.)

Según el Código Penal, Artículo 45. Concordancia: Const., Artículos 2° (incisos 19°, 89°) y 139°, inc. 8 y Artículo 149° en el Capítulo II del Título III del Libro I, en cuanto a los presupuestos para la imposición de una pena y que el juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tendrá en cuenta la cultura y las costumbres del procesado.

2.3.3.4. Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal peruano, Decreto Legislativo N° 957 publicado el 29 de julio del 2004 Artículo 16, regula en el Título I de la Sección III del Libro Primero en cuanto a la jurisdicción y competencia en cuanto a la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por: los Juzgados de Paz Letrados, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.



También le impone límites de la jurisdicción penal ordinaria en cuanto a que no es competente para conocer de los hechos punibles en los casos previstos en el Artículo 149° de la Constitución ya antes analizado.

2.3.3.5. Código de los Niños y Adolescentes, Ley n° 27337

Publicada el 7 de agosto del 2000, esta normativa refiere que en cuanto a las fuentes utilizadas en la interpretación y aplicación de dicho Código se tendrá en cuenta los principios y las disposiciones de la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño y de los demás convenios internacionales ratificados por el Perú. En todo lo relacionado con los niños y adolescentes, las instituciones familiares se rigen por lo dispuesto en el presente Código y el Código Civil en lo que les fuere aplicable.

Las normas del Código Civil, Código Penal, Código Procesal Civil y Código Procesal Penal se aplicarán cuando corresponda en forma supletoria al presente Código. Cuando se trate de niños o adolescentes pertenecientes a grupos étnicos o comunidades nativas o indígenas, se observará, además de este Código y la legislación vigente, sus costumbres, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de orden público. Así lo contempla el Código de los Niños y Adolescentes, Artículo 7.

Además, el referido cuerpo legal, en el Artículo 15, fomenta en la niñez y adolescencia el respeto a los padres, a la propia identidad cultural, al idioma, a los valores nacionales y los valores de los pueblos y culturas distintas de las propias; La preparación para una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de solidaridad, comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos, amistad entre los pueblos y grupos étnicos, nacionales y religiosos.



Entre otras leyes que se relacionan con Comunidades campesinas y nativas reconocidas, están: la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil Ley N° 26497, (publicada el 12 de julio de 1995); Ley de Bases de la descentralización Ley N° 27783 (publicada el 20 de julio del 2002); Ley Orgánica de Gobiernos Regionales Ley N° 27867 (publicada el 18 de noviembre del 2002); Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 27972 (publicada el 27 de mayo del 2003); Ley General del Ambiente Ley N° 28611 (publicada el 15 de octubre del 2005); Ley Forestal y de Fauna Silvestre Ley N° 29763 (publicada el 22 de julio del 2011); Ley General de Comunidades Campesinas Ley N° 24656 (publicada el 14 de abril de 1987); Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas Decreto Supremo N° 008-91-tr (publicado el 15 de febrero de 1991); declaran de Necesidad Nacional e Interés Social el Deslinde y la Titulación del Territorio de las Comunidades Campesinas Ley N° 24657 (publicada el 14 de abril de 1987); Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa Ley n° 26845.

2.3.3.6. Resumen

Para el caso de la República del Perú, su Constitución y Leyes ordinarias reconocen la aplicación del pluralismo jurídico, y aunque no lo hacen taxativamente con ese concepto, si lo hacen en la normativa suprema y en la de menor jerarquía, adecuando sus preceptos en concordancia con estándares internacionales aprobados y ratificados por el país.

El Texto Supremo reconoce que las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es



imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el Artículo anterior. El Estado respeta su identidad cultural.

Como principios de la administración de justicia y derechos de la función jurisdiccional, la Constitución peruana determina la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Armoniza la pluralidad jurídica al integrar el sistema oficial con el sistema jurídico de las comunidades indígenas cuando le da reconocimiento constitucional al ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas, al facultar a sus autoridades para que con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

En su legislación ordinaria acuña otros conceptos relativos a la aplicación de las penas y así define por ejemplo el denominado “Error de comprensión culturalmente condicionado” al referirse a el que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena; Asimismo dentro de los presupuestos para fundamentar y determinar la pena, respecto de un imputado perteneciente a comunidades campesinas y nativas, se faculta al juez, para que, al momento de fundamentar y determinar la pena, tome en cuenta entre otros, su cultura y sus

costumbres, lo que constituye un gran avance hacia la evolución del Pluralismo Jurídico Latinoamericano.

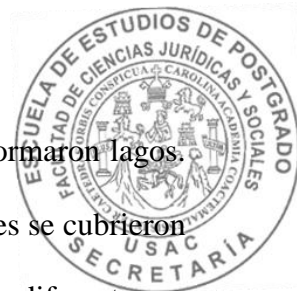


2.4. Los derechos de los pueblos indígenas en Bolivia

El Centro Boliviano de Estudios Multidisciplinarios –CEBEM– a través de los autores Ramiro Molina Barrios y Alcides Vadillo Pinto (2007) realizó un estudio *de* introducción a las normas, en el que:

Los contextos y procesos respecto de los Derechos de los Pueblos Indígenas en Bolivia en el que preliminarmente enmarco que desde la Reforma de la Constitución Política del Estado de agosto de 1994 en Bolivia se han sancionado más de una treintena de leyes, decretos y reglamentos que aplican y desarrollan sectorialmente los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas. Forman parte de un conjunto mayor de cambios profundos en la naturaleza y el imaginario de la sociedad y la nación bolivianas, definidas en la Constitución vigente como multiétnica y pluricultural y, en tiempos recientes, en la del Estado imaginado como multinacional en las propuestas indígenas y el texto de la Constitución Política del Estado de la Asamblea Constituyente que se sometió a Referéndum como disponía la Ley de Convocatoria; Este estudio servirá de referente base a la presente investigación, para posteriormente analizar su texto constitucional actual que derogó el de 1967. (s. p.)

Bolivia se considera un Estado Plurinacional, según lo establece el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Bolivia, habiéndolo formulado así en la Constitución Boliviana de 2009 proclamándolo así en su preámbulo constitucional:



En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal.

Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.



Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Su actual vigencia se considera un proceso de articulación entre las normas del derecho estatal, a procesos sociales y movimientos políticos impulsados por las organizaciones indígenas.

Lo anterior, según Molina Barrios y Vadillo Pinto (2007), va ligado a una modificación fundamental:

En el campo sociopolítico de Bolivia que constituye el contexto del proceso vinculado con los derechos indígenas. Se trata de la importancia social y política de la identidad y la identificación étnica como articulador de actores, agentes y procesos sociales en una suerte de reemplazo a la interpelación política desde la posición de clase. Aunque las demandas de los pueblos indígenas constituyen el centro de este proceso otra gama de interpelaciones desde la identidad socio cultural son parte del mismo, como es el caso de las identidades regionales y su expresión política en las demandas de autonomía. (p. 4)

El estudio realizado por el CEBEM, Molina Barrios y Vadillo Pinto (2007) se refiere a:

Que los contextos sociopolíticos de la identidad y la identificación de los pueblos indígenas (...) a nivel mundial, lo étnico y la etnicidad en tanto fenómeno social y



político siguieron una evolución y transformación compleja. De fenómeno social marginal y de cualidad subordinada pasó a ser un poderoso estructurador de explosivos movimientos sociales en todo el mundo ligado como en el caso de algunos países del “primer mundo” a demandas autonómicas, en otros como componente de creencias religiosas y en los nuestros a procesos anticoloniales. Las categorías y supuestos que hasta entonces lo habían explicado, debieron ser revisadas y el pensamiento social debió iniciar la construcción de nuevas perspectivas que dieran cuenta de ese “resurgimiento” de la identidad social construida sobre de identificaciones étnicas y socio culturales que modificaron imaginarios y visiones sobre las respectivas sociedades, naciones y estados, de manera de responder a las preocupaciones de gobiernos, políticos y legisladores enfrentados, en todo el mundo, a conflictos étnicos de una dimensión y profundidad inéditos. (p. 4)

Esta dinámica de transformación, como lo explican Molina Barrios y Vadillo Pinto (2007), no debe sin embargo ser leída:

Como un resultado coyuntural. Lo que es importante subrayar para el caso boliviano es que en las últimas tres décadas el proceso implicó un cambio profundo en los ejes en torno a los cuales se construyen los agentes sociales, las demandas y los movimientos sociales incorporando profundamente en la vida política y social nacionales y en las propuestas de construcción social y nacional a la interpelación desde el lugar de la identidad y la identificación étnica. (p. 5)



Molina Barrios y Vadillo Pinto (2007) siguen en su explicación:

La especificidad que señalamos desde la perspectiva jurídica del proceso de negociación entre distintos agentes sociales y el poder jurídico político para el establecimiento de una determinada norma jurídica o para definir el contenido de ellas forma parte de un proceso sociopolítico global que está transformando aspectos estructurales de la sociedad, de la normativa jurídica estatal y la naturaleza de la nación y del propio Estado. En ambos casos es obvio que la negociación es netamente de orden político, aunque la singularidad del momento presente en Bolivia es que es la totalidad del sistema político boliviano –en su actual composición- el que interviene. (p. 6)

Una consecuencia puntual compartida por Molina Barrios y Vadillo Pinto (2007) vinculada a la dimensión actual del cambio normativo es que:

En Bolivia relacionado con los derechos de los pueblos indígenas entonces es que se trata de una negociación que va más allá de una negociación sobre normas específicas y sus contenidos, sino que apunta a una distinta construcción del propio Estado y de la nación. El eje es entonces el de los derechos de los pueblos indígenas y el proceso de negociación política está vinculado a sus derechos en tanto naciones y los niveles y formas de su autonomía, por lo tanto, en un ámbito distinto a la discusión sobre normas específicas. (p. 6)

El texto constitucional boliviano se divide en cinco amplias partes:

- **Primera Parte:** *Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías*
- **Segunda Parte:** *Estructura y Organización Funcional del Estado*



- **Tercera Parte:** *Estructura y Organización Territorial del Estado*
- **Cuarta Parte:** *Estructura y Organización Económica del Estado*
- **Quinta Parte:** *Jerarquía Normativa y Reforma de la Constitución*

Cada parte se divide en títulos y estos en capítulos. Algunos capítulos también están divididos en secciones. En total la constitución cuenta con 411 Artículos. Para este estudio se analizan las partes medulares de la Constitución Boliviana en relación al pluralismo jurídico de reconocimiento en su texto superior.

En una primera parte la Constitución boliviana, en el Artículo 1, sienta las bases fundamentales del estado derechos, deberes y garantías y su modelo de Estado y refiere que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

En lo referente de este tema, en específico el Texto Supremo boliviano, en el capítulo primero de las disposiciones generales del Título tercero regula lo relativo al Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, figura novedosa en Latinoamérica, confiriéndole a dicho ente la potestad de impartir justicia que emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad. Equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.



Constituyen garantías a la independencia judicial, según la Constitución Política de la República de Bolivia, Artículo 178: 1) el desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial; 2) la autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

Se norma que la función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

La Constitución Política de la República de Bolivia, en el Artículo 179, indica expresamente que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.

En cuanto a la jurisdicción ordinaria la Constitución Política de la República de Bolivia, Artículo 180, se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez. Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales. La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción. La jurisdicción militar juzgará los delitos de naturaleza militar regulados por la ley.

El Tribunal Supremo de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Está integrado por Magistradas y Magistrados. Se organiza internamente en salas especializadas. Su composición y organización se determinará por la ley.



Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que este proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La presidente o el presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos. Para optar a la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia será necesario cumplir con los requisitos generales establecidos para los servidores públicos: haber cumplido treinta años de edad, poseer título de abogado, haber desempeñado, con honestidad y ética, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ocho años y no contar con sanción de destitución del Consejo de la Magistratura. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia; VII. el sistema de prohibiciones e incompatibilidades aplicado a las magistradas y a los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será el mismo que para los servidores públicos. Así lo establece la Constitución Política de la República de Bolivia, Artículos 181, 182.

Las magistradas y los magistrados, no podrán ser reelegidas ni reelegidos. Su periodo de mandato será de seis años. Las magistradas y magistrados del Tribunal Supremo de Justicia cesarán en sus funciones por cumplimiento de mandato, sentencia ejecutoriada emergente de juicio de responsabilidades, renuncia, fallecimiento y demás causales previstas en la ley.



Dentro de sus atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia, además de las señaladas por la ley, puede dirimir conflictos de competencias suscitados entre los tribunales departamentales de justicia. Así lo estipula la Constitución Política de la República de Bolivia, Artículos 183, 184.

En cuanto a la Jurisdicción Agroambiental, el Tribunal Agroambiental es el máximo tribunal especializado de la jurisdicción agroambiental. Se rige en particular por los principios de función social, integralidad, inmediatez, sustentabilidad e interculturalidad.

Para ser elegida magistrada o elegido magistrado del Tribunal Agroambiental serán necesarios los mismos requisitos que los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, además de contar con especialidad en estas materias y haber ejercido con idoneidad, ética y honestidad la judicatura agraria, la profesión libre o la cátedra universitaria en el área, durante ocho años. En la preselección de las candidatas y los candidatos se garantizará la *composición plural, considerando criterios de plurinacionalidad.*

El reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina es de suma importancia para reconocimiento del Pluralismo Jurídico. En dicha normativa están asentadas las bases sólidas para que los pueblos originarios ejerzan su autonomía jurídica.

De manera expresa la Constitución Boliviana establece que las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios y que la jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.



La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

Determina que la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

El texto supremo boliviano regula que toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina y que para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado y que este tiene la obligación y promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.



2.4.1. Resumen

La República de Bolivia es uno de los países que mejor ha integrado el pluralismo jurídico con reconocimiento constitucional.

En el estudio realizado por el CEBEM se plantean la interrogante respecto de si existe jurisdicción de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, o proceso constitutivo de una nueva forma del Estado y la nación, y afirman que un aspecto central de la problemática relativa a la relación entre el Estado y las organizaciones indígenas está relacionado con las consecuencias que tendría el proceso sostenido de reformas constitucionales y promulgación de disposiciones legales sobre los derechos de los pueblos indígenas en el control y la desmovilización de las organizaciones y el movimiento indígena.

Iturralde (2000) expresa:

(...) que se habría llegado a un punto en el cual las demandas se concentran en la reivindicación de una nueva normatividad y que las respuestas desde el Estado se procesan igualmente en la Reforma legal, situación que en su opinión y usando términos de Magdalena Gómez podría caracterizarse como de “juridización de lo indígena”. (pp. 53-60)

Sigue expresando Iturralde (2000) que:

En este proceso es conceptualmente subrayar las consecuencias y características del proceso constituyente en el que están insertos los pueblos indígenas junto a otros sectores de la sociedad boliviana, proceso que da una distinta perspectiva a la problemática de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado que no se circunscribe a lo normativo ni



es esta la única vía de interrelación con el Estado, en tanto la relación es parte de una agenda nacional orientada a la construcción de un nuevo pacto social, en el que intervienen otros actores y demandas, como parte de un proceso político. (p. 7)

2.5. Los derechos de los pueblos indígenas en Costa Rica

Según el *Diccionario Actual* (s. f.), en Costa Rica se ha manejado el concepto de la equidad social y el mismo se refiere a que exista un equilibrio entre el orden de accesos a los recursos básicos para todas las personas que forman parte de una sociedad, esta se encuentra basada en un conjunto de creencias ideológicas, sociales, políticas y económicas que tienden a ayudar de igual manera a todas las personas, formando así un grupo social que tenga exactamente los mismos accesos. Esto se puede relacionar directamente con tener accesos a los organismos de salud gratuita o a la educación gratuita, pero tomando en cuenta que estas no deben ser menores en calidad a lo que brindan estos mismos servicios de forma pagada.

Esta supone una aplicación de derechos de forma igualitaria para todos los miembros de una comunidad, sin importar las condiciones de vida o económicas que puedan tener las persona, ya que lo que se busca es que todos puedan acceder a los mismos beneficios. Lamentablemente, en la práctica esto no funciona en la mayoría de los países, sobre todos en aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, donde los accesos a la educación, sanidad y en muchos casos electricidad o agua potable no son equitativos entre todos los miembros de la sociedad.

Se debe entender que la equidad social no busca que todos los individuos vivan exactamente de la misma manera, dentro de esta se entiende que existen diferencias sociales y de oportunidades, pero sí que los gobiernos locales y centrales proveen a las personas las necesidades básicas y así poder tener la opción de reducir las brechas sociales que se crean.



Dentro de este concepto se encuentran también relaciones de poder en las que se buscan que el miembro de una sociedad pueda desarrollarse en temas tecnológicos, de educación, gubernamentales y también de cómo se reciben los servicios, lo que se encuentra es un equilibrio económico en el que toda la población encuentre un equilibrio brindado por su trabajo.

No se debe confundir el tema de equidad social con la asistencia social o los bonos solidarios que ahora muchos gobiernos entregan a las personas, la diferencia se basa en que todos los individuos de un grupo social puedan recibir beneficios igualitarios a partir de sus derechos y obligaciones y que se el gobierno el que los brinde.

La justicia social evolutiva debe incluir dentro de sus postulados el del Pluralismo Jurídico en todos aquellos países en los que converja diversidad de culturas indígenas autóctonas dentro de su territorio.

Para el caso de Costa Rica, se realizó un estudio dentro del informe respecto del estado de la nación en cuanto al reconocimiento y exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas como una aproximación.

En su análisis sobre el desarrollo humano, el *Informe Estado de la Nación* (p. 297) examina la equidad social, entendida como la igualdad en la dotación oportunidades para que los individuos puedan desplegar todo su potencial y sus capacidades. Estas últimas son un conjunto de calidades básicas que todas las personas pueden desarrollar y que les permiten vivir la vida que desean, tales como: disfrutar de una vida larga y sana, adquirir conocimiento y destrezas, generar recursos para tener una vida digna (ingresos y vivienda), así como encontrarse libre de amenazas a su integridad física y patrimonial, gracias al acceso de servicios públicos básicos y a la inversión social. El desarrollo de estas capacidades no debe ser afectado por desigualdades



asociadas a la forma en que se distribuye el ingreso, o a las condiciones de género, edad, lugar de nacimiento o cultura de las personas. De ahí que la identificación de tales desigualdades ocupe un lugar central en el examen que hace este Informe sobre el desempeño del país en materia de desarrollo humano. Se trata, sin embargo, de un esfuerzo que no siempre es posible, debido a la falta de información regular y sistemática en algunos ámbitos, como sucede con las diferencias relacionadas con el lugar de nacimiento y el origen cultural de las personas.

En concordancia con lo anterior (*Informe Estado de la Nación*, p. 297), en este capítulo se busca aproximar y comprender mejor algunos de los factores que inciden en la desigualdad de oportunidades que experimentan los pueblos indígenas en Costa Rica, sobre los cuales la información suele ser escasa y dispersa. Más que una evaluación detallada y exhaustiva de las condiciones de vida o el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado con este sector de la población, se pretende hacer un aporte a la construcción de un sistema de seguimiento que permita visualizar avances, problemas y rezagos en el reconocimiento de sus derechos, y a la vez identificar nuevas áreas de investigación. Interesa en especial identificar los principales cambios ocurridos en la última década, así como las diferencias con respecto al resto de los habitantes, y al interior de los pueblos indígenas y sus territorios. Aborda el marco normativo general nacional e internacional sobre el tema, y realiza un balance de situación para una serie de derechos seleccionados. Se hace una descripción de las entidades que cumplen fines públicos relacionados con la vida de estos pueblos, sus tierras y recursos, clasificados según sus competencias (directas o indirectas) y sus ámbitos de acción, elementos clave en materia de exigibilidad de derechos.

Este estudio parte de que, en términos generales, el sistema jurídico costarricense representa una estructura sólida, basada en una institucionalidad que a su vez es expresión del Estado de derecho que impera en el país. Desde una perspectiva crítica -basada en el derecho a la



diferencia cultural- es legítimo entender que la aplicación normativa no solo se debe dar en la totalidad de valores del sistema legal que cubre a toda la población, sino que también requiere tomar en cuenta la cosmovisión indígena, como fuente para resolver y entender el derecho. Esta cuestión epistemológica es vital, pues explica por qué a veces puede ser problemático aplicar un concepto jurídico, y posibilita el análisis de circunstancias extrajurídicas que inciden en la aplicación normativa (*Informe Estado de la Nación*, p. 297).

Sobre esa base conceptual, el presente trabajo explora tres ámbitos: el primero se relaciona con la situación de los derechos de los pueblos indígenas en la normativa costarricense, en términos de su reconocimiento y su exigibilidad; el segundo es el entramado institucional que posibilita u obstaculiza la aplicación normativa, además de ser el espacio para promover la exigibilidad, y el tercero es el ámbito comunitario-territorial, donde se aplican o dejan de aplicar las disposiciones jurídicas (cuando las hay) y donde se organiza la exigibilidad(*Informe Estado de la Nación*, p. 297).

El autor Rubén Castro Chacón (2001) presenta un método para ordenar la información:

Con base en tres ejes temáticos a saber: la Organización Indígena, el Territorio Indígena y la Identidad Indígena. Los encargados del Programa de Apoyo Jurídico a Poblaciones Rurales Indígenas y Campesinas –PAPRIC– coinciden en que ellos son los conceptos esenciales que manejan las organizaciones indígenas para definir sus propios espacios y los pueblos indígenas para efectos de reivindicación de sus derechos. Aun cuando hay nuevos escenarios como lo son las migraciones hacia centros urbanos, de igual forma el método es aplicable. En general, la presentación del análisis por parte del autor en la

antología, permite tener una visión amplia, pero a la vez específica, de cómo se dan los fallos de la Sala Constitucional con relación al tema y los pueblos indígenas. (s. p.)



2.6. Los derechos de los pueblos indígenas en México

La autora Roxana Paola Miranda Torres (2014) refiere que:

México es un territorio habitado por diversos pueblos desde tiempos milenarios, pero sus culturas, si bien sincréticas, no siempre se han respetado, sobre todo sus sistemas normativos o derecho consuetudinario, lo cual ha llevado a que los esquemas legales carezcan de eficacia; sin embargo, en un Estado de derecho, todos deben pactar o contratar, situación que no se ha cumplido para nuestras comunidades originarias o autóctonas, tarea que se debe realizar, empezando por conocer su amplio y trascendente pluralismo jurídico en aras de armonizar sus normas con las nuestras, de convivir con respeto, apertura, tolerancia y en la dignidad de los derechos humanos de las personas. La ordenación de la vida colectiva, en cualquier nivel, se hace sobre valores y principios, que inevitablemente nunca son compartidos, no solo en lo secundario sino en las cuestiones básicas que estructuran un modelo de vida o una concepción del mundo, siempre habrá mayorías y minorías. (s. p.)

En este orden de ideas, puede decirse que según Miranda Torres (2014) el pluralismo jurídico “consiste en la existencia simultánea, dentro del mismo espacio de un Estado, de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos” (s. p.), basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales. Una forma de pluralidad jurídica y en la que se hará énfasis en el transcurso de



este trabajo, es aquella que se vive por parte de los Estados en donde coexiste el derecho oficial y el o los derechos de las comunidades autóctonas o precuahtémicas, el abanico puede ser muy variado, desde la negación del pluralismo hasta el reconocimiento tanto del derecho como de la propia jurisdicción autóctona.

Miranda Torres (2014) sigue explicando que:

Quiénes son las comunidades precuahtémicas o autóctonas en México, e indica que la palabra comunidad proviene de la idea de común, a su vez, común deriva del latín *communis*, lo que no es exclusivo o privativo de alguien y por lo tanto, es de todos o varios, lo referente al común o a todos; así, la palabra comunidad deriva del latín *comunitas*, personas de un pueblo, región o nación, personas vinculadas por características o intereses comunes; con las dos ideas anteriores, se interrelaciona la de comunicar, del latín *communicare*, hacer a otro partícipe de lo que uno tiene, lo cual implica el uso de códigos o valores comunes; entonces es más fácil que comunes o afines convivan y se comuniquen, esencia de la comunidad. (s. p.)

Así, podría decirse que las agrupaciones humanas nacen por el interés, las personas no viven en colectividad por caridad, sino por carencias, porque no son autosuficientes, entonces tienden a asociarse, a agruparse para apoyarse, lo cual significa que el hombre tiene necesidades, se une por cuestiones de orden material, después trata de darle a esa liga una idea de que se requiere la unión por razones no solo materiales y crea la cultura, aprehende y crea conciencia de que existen otros seres iguales, como él, por tanto, la conciencia no solo es individual sino también colectiva. Entonces, para Miranda Torres (2014) “una comunidad es una agrupación,



asociación de humanos con valores, principios e intereses afines, para cuya protección crean las costumbres, la religión y las normas” (s. p.).

Por otro lado, Miranda Torres (2014) explica que:

Los valores, principios e intereses, protegidos por las costumbres y religión -normas y politeísmo- así como su cultura determinada en una estructura social teocrática militarista, son los elementos a través de los cuales se dio el mestizaje con más razas, en el mayor espacio territorial y con una influencia cultural en las cuencas Atlántica y Pacífica, así como ocurrió el mestizaje y sincretismo cultural sin parangón, el de trascendencia preponderante en los últimos quinientos años sobre el planeta, que hoy sigue transformando en forma dialéctica en nuevos procesos sociales. (s. p.)

La prueba de dichas costumbres resulta de importancia dada las actuales reformas ocurridas a la legislación penal federal en donde se contempla que, tratándose de indígenas, se observarán las prácticas y características que puedan tener como miembros de un grupo étnico o comunidad indígena.

A manera de ejemplo se hace referencial el Artículo 146 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala:

Durante la instrucción, el tribunal que conozca del asunto deberá observar de las circunstancias peculiares del inculcado, allegándose datos para conocer su edad, educación e ilustración; sus costumbres y conductas anteriores; los motivos que lo impulsaron a delinquir; sus condiciones económicas y las especiales en las que se encontraba en el momento de la comisión del delito; la pertenencia del inculcado en su caso, a un grupo



étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener. (s. p.)

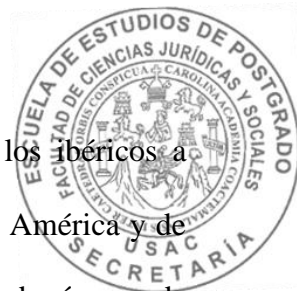
En el mismo orden de ideas, pero con sentido diferente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana ha sostenido que:

Ezequiel Burguete Farrera (1974) explica:

La Costumbre Contraria a Derecho. No son de tomarse en consideración los argumentos que invoquen por lo que hace a costumbres que existan en cierta región ni la supuesta idiosincrasia de sus habitantes, para que se convaliden comportamientos delictuosos para repeler agravios, pues ello sería justificar actos de venganza de represión sin que el hecho de punirlas conlleve a los infractores al desprecio público dado que reconocer el derecho de causar daño por ofensas, si no pretéritas, sí evitables por otros medios, equivale a tanto como contrariar la norma de que nadie puede hacerse justicia por su propia mano. (s. p.)

Con estos procesos sociales y nomológicos, los propios de América y del Mediterráneo, emerge el sincretismo mexicano y el americano -norte, centro y sur- nacen los mestizos *teiwari*, la cultura, la religión y sociedad, se transculturizan, pero los valores, principios e intereses, así como sus receptáculos, ya no son los mismos, Mesoamérica y América se vuelven rapsodias de significados.

En este orden de ideas, y a reserva de seguir perfeccionando la denominación, se considera que el término más adecuado para nombrar a las comunidades indígenas es el de comunidades autóctonas o precuahtémicas, en el entendido que comunidad implica una unión, comunión e integración de valores, principios e intereses, lo cual sí es una realidad tangible en dichos grupos; en otro sentido, son autóctonos, aborígenes, cuyas referencias raciales,



religiosas y culturales datan desde la época de Cuauhtémoc o a la llegada de los ibéricos a México, época de conquista o colonización de México, que a su vez, las ideas de América y de México no existían, por ello, estas comunidades no son indias, son autóctonas, aborígenes de estas tierras mestizas en forma ancestral, sus elementos son raciales, de poligamia, de politeísmo y constituyen cada grupo, en particular o en conjunto, diversidades específicas. Además, el término indio o indígena en este país se utiliza de manera despectiva, peyorativa, representa en la actualidad un estrato económico específico, extendiéndose consecuentemente dicho calificativo a toda persona digna de ser explotada o maltratada.

El *Diccionario de Mexicanismos* se refiere al indio como aquella persona de modales zafios. En este orden de ideas, la categoría de indio constituyó un patrón útil de aculturación con la que fueron bautizadas más de 400 culturas, encajonando de la misma forma a pueblos que se diferenciaban en sus contenidos y expresiones. Miranda Torres (2014) expresa: “Mayas, aztecas, mixtecos, purépechas, etcétera, fueron homogeneizados a una sola identidad, la de ser indios sin serlo” (s. p.).

Miranda Torres (2014) expone también:

De esta manera, se puede afirmar que en México existen múltiples y diversas comunidades de origen autóctono. Según el último censo población, son 112,322,757 habitantes, de los cuales 15.7 millones pertenecen a una comunidad autóctona, lo que equivale al 14 % del total de la población. Se trata de 68 etnias que tienen presencia en la mitad de los municipios, la mayoría de estas comunidades se ubican en el sureste de la república, en los estados de Oaxaca que encabeza la lista, Veracruz, Chiapas, Yucatán, Estado de México y Puebla. (s. p.)



La autora Roxana Paola Miranda Torres (2014) explica en qué consisten los sistemas jurídicos de las comunidades autóctonas o precuahtémicas, y refiere que en cada una de las comunidades autóctonas en el país, “existe un derecho propio y único, en sus sistemas jurídicos se advierten principios de derecho que las regulan y de los que se desprende su normatividad, también se le llama derecho consuetudinario” (s. p.).

Después de más de una década de estudios antropológicos en alrededor de cincuenta comunidades del país, tomando en cuenta sus normas sociales, religiosas, jurídicas y políticas, se puede afirmar que en el país coexiste una amplia diversidad étnica, por lo que una porción importante de ciudadanos presenta condiciones distintas frente a la ley nacional.

Además, Miranda Torres (2014) expone:

Entre las comunidades se presentan ciertas simetrías como son: la gerontocracia predominante, la importancia de los ancianos en la toma de decisiones de la comunidad; predomina el interés general sobre el particular; tienen una división natural del trabajo; no existe la idea de la acumulación de riqueza; se alimentan de la naturaleza y es su principal fuente de subsistencia, dicen los teiwari se sienten dueños de la naturaleza cuando en realidad son parte de ella; tienen un politeísmo sincrético donde Cristo es uno más de sus dioses; persiste la poligamia, una forma de combatir las faltas es a través de los castigos públicos; la familia y los compadrazgos son lazos muy fuertes y otra constante entre los grupos es la discriminación a la mujer. (s. p.)

De igual forma, continúa Miranda Torres (2014) exponiendo:

En estos estudios antropológicos se pudieron advertir ciertas asimetrías como las siguientes: en algunos grupos además del Consejo de ancianos, existe la figura del



Tlatoani, un gobernador investido de todas las facultades; ciertas comunidades cuentan con una religión politeísta pura; otra figura no muy común pero presente es el sororato, cuando un hombre se casa con varias hermanas, en otros grupos no existe la propiedad común y en algunas, muy pocas, la opinión de la mujer es relevante. (s. p.)

A manera de ejemplo, Miranda Torres (2014) dice “se hará un recuento de ciertas normas de las comunidades autóctonas, algunas complementarias de la legislación del Estado y otras que no tienen sentido más que en el derecho de las comunidades” (s. p.)

2.7. Situación de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala²

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado informes respecto de la situación de los pueblos indígenas en Guatemala, y en el referente al año dos mil diecisiete en su capítulo dos, al abordar el tema de la Administración de Justicia, se refiere al tema de los Pueblos indígenas.

Tal informe refiere que la Comisión (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017) ha manifestado “en repetidas ocasiones que los pueblos indígenas en Guatemala enfrentan los más altos índices de exclusión social” (p. 61). Su exclusión puede observarse en diversas esferas, incluyendo el acceso a la justicia. Durante la visita *in loco*, la Comisión recibió información sobre la falta de acceso a la justicia para los pueblos indígenas en Guatemala y la persistencia de las barreras lingüísticas, geográficas y culturales para lograr dicho acceso. Por ejemplo, la CIDH fue informada que algunas autoridades hacen a las personas indígenas esperar

² “Situación de los Derechos Humanos en Guatemala”. La elaboración de este informe se basa en la observación realizada durante la *visita in loco* que tuvo lugar del 31 de julio al 4 de agosto de 2017, así como otras visitas de la CIDH y de sus Relatorías Temáticas, en el monitoreo que la Comisión realiza en cumplimiento de su mandato y a través de la utilización de los diversos mecanismos a su alcance, tales como audiencias, procesamiento de medidas cautelares, peticiones y casos.



más que a otras personas no indígenas. Una de las personas indígenas que se reunió con la Comisión, expresó: “cuando llega un ladino y nosotros estamos antes nos hacen esperar”

En Alta Verapaz, una señora explicó a la CIDH que:

(...) en el Ministerio Público tienen traductores, pero no saben Q’eqchi’, no traducen todo lo que decimos. La CIDH ha venido reportando esta situación general de los pueblos indígenas en Guatemala desde los años noventa. El hecho de que no se hayan superado algunas de estas barreras en más de tres décadas refleja una falla estructural, ya que, a pesar de las reiteradas observaciones y recomendaciones, dichos obstáculos persisten. Información presentada a la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, indica que sólo alrededor del 10% de personas indígenas tendría un acceso adecuado y efectivo a la justicia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 61)

La CIDH recibió información del Estado:

Sobre la realización de capacitaciones a funcionarios y funcionarias del Órgano Judicial y el Ministerio Público sobre discriminación, el uso de peritajes culturales y lingüísticos, y el trabajo de la Unidad de Pueblos Indígenas de la Corte Suprema de Justicia para recopilar buenas prácticas en cuanto a sentencias relacionadas con discriminación. En sus observaciones al proyecto del presente informe, el Estado informó que el Instituto de la Defensa Pública Penal ha brindado atención en 6.602 casos en algún idioma indígena, y ha llevado 547 casos “con pertinencia cultural” relacionados a pueblos indígenas. (Estado de Guatemala, 2017, p. 27) La Comisión valora los esfuerzos realizados por el Estado en



este sentido, reconociendo que éstos deben continuar para lograr su objetivo de erradicar la discriminación. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 61)

Por otra parte, la CIDH tuvo conocimiento de que:

En el proceso de reforma constitucional en materia de justicia, el reconocimiento de la jurisdicción indígena generó controversia y oposición de parte de algunos sectores de la población. Ante tal situación, la Comisión fue informada que organizaciones y líderes y lideresas indígenas tomaron la posición de que, si el tema del reconocimiento de la jurisdicción indígena era lo que detenía la aprobación de la reforma constitucional, las organizaciones indígenas retiraban de consideración tal reconocimiento con el fin de que el resto de la reforma constitucional avanzara en el Congreso. Esto resultó en la continua exclusión de los pueblos indígenas en la materia, lo cual atañe su pleno acceso a la justicia en el país. En este sentido, la CIDH reitera que, el Estado de Derecho en Guatemala sólo podrá consolidarse cuando los sectores históricamente excluidos logren una participación igualitaria en la sociedad y en la toma de decisiones, lo cual hasta la fecha no se ha alcanzado. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 62)

En el marco de acceso a la justicia en relación con la consulta previa, la CIDH tuvo conocimiento de:

La sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad en mayo de 2017. Mediante esta sentencia, se ordenó al Ministerio de Energía y Minas (MEM) realizar consultas con las comunidades indígenas afectadas por dos empresas hidroeléctricas que operan en el Río Cahabón, en Alta Verapaz, según lo mandata el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, la Corte permitió que las empresas



siguieran operando por el plazo de un año, mientras se realizan las consultas, y ordenó al Congreso legislar en materia de consulta previa. Al respecto, la CIDH recuerda que, según estándares interamericanos en la materia, (...) la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta. Además, según la Corte IDH, “el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades (...)”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 62-63)

Durante la visita, la Comisión tuvo conocimiento de la reciente adopción de la *Guía operativa para la implementación de la consulta a pueblos indígenas*. La adopción de esta guía:

Fue materia de controversia, toda vez que algunas organizaciones y autoridades indígenas se oponen, puesto que, según las mismas organizaciones, la Guía recoge ciertos preceptos del Convenio 169 de la OIT, más no de los estándares interamericanos sobre el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 3-7)

Algunas organizaciones y autoridades indígenas expresaron a la Comisión que:

Las autoridades que formularon la Guía operativa no se reunieron con otros sectores de la sociedad y pueblos indígenas para llegar a acuerdos o consensos; que esas autoridades indígenas no se pronunciaron a favor de la reglamentación; que la Guía Operativa para la consulta realizada por el Ministerio de Trabajo fue “una imposición”, ya que a la llegada



del Ministerio de Trabajo a algunos departamentos para consultar la Guía operativa, ésta fue rechazada, y en otras comunidades no fue consultada. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 63)

En este sentido, la Comisión resalta que la obligación estatal de consultar de manera previa, libre e informada a los pueblos indígenas y tribales también se relaciona con la adopción de medidas legislativas. La Corte IDH (s. f.) ha señalado que “cuando se trate de la consulta previa a la adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas” (s. p.). En ese orden de ideas, la Comisión considera que la identificación de la medida a ser consultada resulta de fundamental importancia en el proceso de consulta y consentimiento. Por ello, debe dotarse de las mayores garantías posibles a fin de reducir la discrecionalidad en la decisión y de aplicar en términos no restrictivos el concepto de “afectación”. Lo anterior, con independencia del tipo de megaproyecto, proyecto de extracción, de inversión u otro de que se trate que afecte los pueblos ancestrales.

Durante su visita, la Comisión se reunió con autoridades indígenas de diversos pueblos y regiones del país:

Algunas de ellas expresaron que la consulta previa es una institución propiamente indígena, y que por lo tanto son los pueblos indígenas quienes deben determinar el proceso para llevarla a cabo. Expresaron que algunas autoridades del Estado conciben la consulta previa como un proceso para prevenir o resolver conflictos sociales, y no como un verdadero proceso de consulta con miras a obtener el consentimiento de los pueblos o comunidades consultadas. De igual forma, manifestaron que los diversos pueblos



indígenas de Guatemala cuentan con instituciones, procesos, mecanismos y tiempos propios de cada pueblo o comunidad; y que un proceso de consulta previa propiamente realizado, debe tomar en cuenta dichas características y particularidades. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 64)

Al respecto, la Comisión recuerda que:

Tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como la jurisprudencia interamericana, conciben el derecho a la consulta previa, libre e informada como un proceso que emana del derecho a la libre determinación. Por lo tanto, la implementación del derecho a la consulta previa debe, ante todo, respetar ese derecho y asegurar que no se convierta en un mero proceso formalista que no responda a las particularidades del pueblo o comunidad indígena del que se trate. La Corte Interamericana ha señalado en repetidas ocasiones que el derecho a la consulta incluye, como elemento fundamental, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre, y participar en, el desarrollo del proceso de consulta al que tienen derecho. Asimismo, la CIDH recuerda que la consulta previa no es una herramienta para mitigar la conflictividad social, sino un procedimiento para hacer efectivo el derecho a la libre determinación, en relación con las actividades que se realizan en sus tierras y territorios ancestrales, o que tienen un impacto en los recursos naturales que allí se encuentran. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 64-65)

En sus observaciones al proyecto del presente informe, el Estado recordó que:

Al no lograr consensuar y aprobar un instrumento que regule las consultas a los pueblos indígenas de conformidad con el Convenio 169, en 2016 se conformó un equipo



especializado para recoger los insumos necesarios de los pueblos indígenas para desarrollar los estándares básicos para realizar las consultas¹⁸⁴. A diciembre de 2016, seis comunidades lingüísticas habían participado en dicho equipo, de acuerdo al Estado. Además, informó que el Ministerio de Energía y Minas celebró un convenio institucional con la Secretaría de Planeación y Programación de la Presidencia (SEGEPLAN) para fortalecer la gestión territorial y brindar información previa y oportuna en los territorios donde se tienen proyectos energéticos y mineros. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 65)

En resumen, la CIDH recuerda que:

Es obligación del Estado de Guatemala apearse a los estándares de la Comisión y de la Corte interamericana en materia de justicia para pueblos indígenas en general, y de consulta previa en particular. La participación de los pueblos y comunidades indígenas en los procesos, de conformidad con sus usos, costumbres y métodos de participación, es fundamental para asegurar que estos logren un pleno acceso a la justicia en Guatemala. En un país donde más de la mitad de la población se identifica como indígena, la importancia del cumplimiento con dichos estándares cobra un sentido prioritario. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 65-66)

2.7.1. La costumbre en el ordenamiento jurídico guatemalteco

En el ordenamiento jurídico guatemalteco se reconoce la costumbre, pero esta solo rige en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley (*secundum legem*). Además, la ley establece que la costumbre invocada no debe ser contraria a la moral o al orden público, y que debe ser probada. También se consagra el principio de “primacía de la ley”, que determina que



“contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario”.

2.7.2. En la Constitución Política de la República de Guatemala

En la sección segunda, la Constitución Política de la República de Guatemala hace referencia en su Artículo 58 a la identidad cultural y estipula que se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, su lengua y sus costumbres.

En la sección tercera del texto constitucional se regula lo relativo a las comunidades indígenas y en el Artículo 66, determina en su epígrafe la protección a grupos étnicos y regula que:

Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

El Artículo 102 inciso “g” de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce expresamente que la costumbre son fuente de derecho al fijar las jornadas de trabajo,

Quienes, por disposición de la ley, la costumbre o por acuerdo con los empleadores laboren menos de cuarenta y cuatro horas semanales en jornada diurna, treinta y seis en jornada nocturna o cuarenta y dos en jornada mixta, tendrán derecho a percibir íntegro el salario semanal. (s. p.)



El Artículo 108 constitucional regula el régimen de los trabajadores del Estado y establece que los trabajadores del Estado o de sus entidades descentralizadas y autónomas que por ley o por costumbre reciban prestaciones que superen a las establecidas en la ley de servicio civil, conservarán ese trato (principios de tutelaridad e irrenunciabilidad).

2.7.3. En la Ley del Organismo Judicial

El Decreto No. 2-89, Ley del Organismo Judicial, contiene preceptos fundamentales que se constituyen en normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

El Artículo 2 se refiere a las fuentes del derecho. Regula que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá solo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Asimismo, de acuerdo con el Artículo 3, Primacía de la ley, se legisla que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

El Artículo 10 al referirse a la Interpretación de la Ley, determina que las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. Cuando una ley es clara, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) a la finalidad y al espíritu de la misma; b) a la historia fidedigna de su institución; c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.



2.7.4. En el Código de Trabajo

En el derecho del trabajo también se reconoce la costumbre como fuente formal, toda vez que la ley garantiza derechos mínimos a los trabajadores, mejorables por la contratación y por las prácticas repetitivas y generalizadas; es decir que la costumbre que favorece al trabajador supera la ley.

El Decreto Legislativo No. 1441, Código de Trabajo, en el Artículo 15 establece:

Los casos no previstos por este código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los principios del derecho de trabajo; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y, por último, de acuerdo con los principios y leyes del derecho común. (s. p.)

Al analizar este Artículo se reconocen fuentes supletorias para resolver los casos no previstos en el Código siendo una de estas la costumbre, y además la vincula con los principios del derecho del trabajo los cuales están regulados en los considerandos del cuerpo legal citado, siendo estos la tutelaridad, mínimo de garantías, necesario e imperativo, realista, objetivo, hondamente democrático, desprovisto de formalismos y conciliatorio.

El Artículo 20 del Código de trabajo establece:

El contrato individual de trabajo obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino: (...) b) A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley. (s. p.)



En este Artículo la legislación guatemalteca está delimitando las obligaciones que se crean a partir de un contrato individual de trabajo y dando validez a la costumbre como un elemento que posibilita la creación de estas obligaciones o derechos.

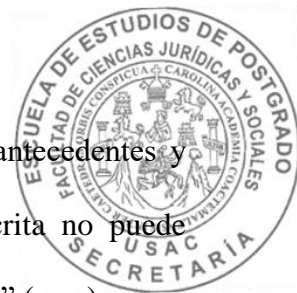
El Artículo 61, inciso ñ, regula las licencias con goce de sueldo a los trabajadores en varios casos; el numeral 4° prescribe el caso del empleador que autorice expresamente otros permisos o licencias y haya indicado que estos serán también retribuidos, en este Artículo la ley no define los casos pues estos dependen del empleador y quien el sustentante considera puede basarse en las costumbres del lugar para otorgarlos como por ejemplo el aniversario de la empresa o el cumpleaños del empleado y que en algunas ocasiones son recogidos posteriormente por los pactos colectivos.

Estas facultades del patrono de conceder estas licencias se convierten entonces en una suspensión individual parcial de los contratos tal y como está preceptuado en el Artículo 66, inciso a, del Código de Trabajo.

En el capítulo sexto que regula las obligaciones de los trabajadores está el Artículo 63, inciso d, del Código de Trabajo que menciona que el trabajador debe observar buenas costumbres durante el trabajo, el Artículo no define cuales son estas buenas costumbres, pero se deduce que las mismas son aquellas que se fijan en una comunidad para el desarrollo de las labores de las distintas empresas o entidades públicas.

El Artículo 116 del Código de Trabajo reconoce a la costumbre como un medio para fijarlas jornadas laborales.

El Artículo 140, inciso e, del Código de Trabajo al regular el trabajo sujeto a regímenes especiales establece las causales para no aceptar como representantes del patrono o intermediario



en una empresa agrícola o ganadera a “los que no demuestren ser de buenos antecedentes y costumbres, ante la Inspección General de Trabajo, sin cuya autorización escrita no puede ninguna persona actuar como representante del patrono como intermediario de éste” (s. p.).

El Artículo 144, inciso b, del Código de Trabajo que se refiere a mejorar la aplicación de los principios y disposiciones del Código de Trabajo y que tiene que ver con las empresas agrícolas y ganaderas y los trabajadores campesinos, el Código señala que el Organismo Ejecutivo mediante acuerdos emitidos por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social debe reglamentar el capítulo relacionado con el trabajo agrícola y ganadero, afirmando que estos (reglamentos) deben de tomar en cuenta los usos y costumbres de cada localidad, y que pueden aumentar las garantías mínimas que el presente Código otorga a los trabajadores campesinos, en todos aquellos casos en que los correspondientes patronos acostumbren dar, deban legalmente o puedan por su capacidad económica, suministrar prestaciones mayores a esos trabajadores, tales como servicio médico y medicinas, viáticos, escuelas y maestros, gastos de defunción y de maternidad.

2.7.5. Ley reguladora de la prestación del aguinaldo para los trabajadores del sector privado, Decreto 76-78 del Congreso de la República de Guatemala

El Artículo 2º, segundo párrafo, establece que la prestación del aguinaldo que es cubierta por costumbre en un 100 % en el mes de diciembre, las empresas o patronos particulares no están obligados al pago de ningún complemento en el mes de enero. Además, el Artículo 14 menciona que las disposiciones de la ley citada no perjudican los derechos que corresponden a los



trabajadores relativos a pago de salarios diferidos o acumulados por razón de la costumbre, convenio, disposición legal o reglamentaria.

2.7.6. Reglamento para el goce del período de lactancia

Los Artículos 1 y 4 de este reglamento establecen que toda madre que labora en el sector público o privado, y que se encuentra en época de lactancia, puede disponer en los lugares en donde trabaja de media hora de descanso dos veces al día con el objeto de alimentar a su hijo, salvo que por convenio o costumbre corresponda un descanso mayor.

2.7.7. En el Código Civil

El Artículo 240 del Código Civil prescribe, al tratar la institución de la adopción, que para proceder a la aprobación de la misma se requiere acreditar las buenas costumbres del adoptante a través del testimonio de dos personas honorables. En este Artículo está un ejemplo claro del reconocimiento de esta institución y, además, lo vincula con la prueba testimonial como el medio idóneo para ser probada.

El Artículo 274 del Código Civil determina las costumbres depravadas o escandalosas de los padres como una causa de la pérdida de la patria potestad; aquí la costumbre se constituye como un medio para probar un hecho que perjudica a los hijos menores de edad a cargo de los padres y quienes se ven afectados por las conductas o acciones que los padres realizan en su perjuicio y las cuales deben ser debidamente probadas ante el juez.

El Artículo 347 del Código Civil, que regula la rendición de cuentas de la tutela, hace referencia que dichos gastos deben ir acompañados de los documentos justificativos. Solo podrá excusarse la comprobación de los gastos en que no se acostumbre recoger recibo.



El Artículo 536 del mismo cuerpo legal regula el tema de la propiedad horizontal y en la cual estipula que los propietarios de piso, departamento o habitación deben abstenerse de destinar su propiedad a usos contrarios a la moral y buenas costumbres.

El mismo cuerpo legal en el Artículo 1050 inciso 1º establece las facultades y atribuciones de los albaceas (persona encargada del cumplimiento de la voluntad de una persona que ha fallecido y deja testamento) entre las que destaca: disponer y pagar los funerales del testador, con arreglo a lo ordenado por este, y en defecto de tal disposición, sobre las costumbres del lugar y las posibilidades de la herencia. Este Artículo es muy claro al referirse a la costumbre de un lugar para el cumplimiento de ritos para la celebración de una inhumación, los cuales se constituyen en los elementos no escritos que deben ser tomados en cuenta para la resolución de casos no previstos en la ley.

El Artículo 1269 del Código Civil regula los negocios jurídicos condicionales y donde establece que se pueden estipular cualesquiera condiciones en un contrato siempre que estas no sean contrarias a las leyes ni a la moral, y que se tienen por no puestas aquellas condiciones que vician el contrato, así como las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres.

En este caso, la costumbre juega un papel importante por el cual puede dejarse sin efecto un negocio jurídico condicional, aquí particularmente en el ramo civil, pero que puede tener aplicación supletoria en el campo penal, esto es un límite a la autonomía privada o a la libertad contractual de las partes y donde existe intervención del Estado.

El Artículo 1812, inciso 3º, del Código Civil regula la entrega de la cosa vendida y cuando debe considerarse entregada cuando afirma que “Por cualquier otro medio autorizado por



el uso”. El Artículo 1910 del Código Civil regula las reparaciones locativas señalando que son aquellas que según la costumbre del lugar son a cargo del arrendatario.

2.7.8. En el Código Procesal Civil y Mercantil

Es criterio generalizado que la costumbre es fuente inobjetable del derecho mercantil, cuya regulación oficial puede ser superada por la contratación y la costumbre.

El Artículo 516 de este Código establece la norma para garantizar la seguridad de las personas, protegerlas de malos tratos o de actos reprobados por la ley, la moral o las buenas costumbres, los jueces podrán disponer su traslado a un lugar donde libremente puedan manifestar su voluntad y gozar de los derechos que establece la ley.

2.7.9. En el Código Procesal Penal

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, la costumbre no es fuente del derecho procesal y ella está limitada solamente a precisar el sentido, alcance y forma de aplicación de las normas procesales, pero sin contradecirlas formalmente, conforme los Artículos 2, 3 y 10 de la Ley del Organismo Judicial.

Plascencia Villanueva (1995) explica:

Doctrinariamente la costumbre vista como objeto de la prueba y como fuente del derecho, para efecto de que opere en tal sentido, debe ser acreditada en un proceso y no sólo invocada. Lo ambiguo surge en este caso, desde el momento de la indefinición e inexistencia de tratados o libros que nos aporten noticia respecto de la aparición de nuevas costumbres o bien su desaparición; es decir que la costumbre a demostrarse en el proceso judicial, debe cubrir los dos aspectos que la integran: el objetivo, consistente en



una práctica reiterada de una conducta, y el subjetivo, traducido en la conciencia de que la práctica reiterada de cierta conducta se considera como obligatoria. (p. 725)

2.7.10. En el Código Penal

La costumbre, cuya observancia y aplicación no está subordinada al principio de legalidad, no es admisible que sea fuente de derecho penal, porque esto sería incompatible con el principio de legalidad cuya máxima establece “*Nullum crimen sine lege*” (principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto).

2.7.11. En el derecho administrativo

Es criterio aceptado que la costumbre no es fuente del derecho administrativo (que regula la Administración Pública), ya que este se rige por los principios de legalidad (que supone que está prohibido lo que no está expresamente permitido) y de publicidad de la ley.

2.7.12. En el derecho internacional

La costumbre es una importante fuente formal de derecho internacional. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece en su Artículo 38 que “La Corte cuya función es decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) (...) b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho.”

Pacheco (1990) expone:

Por vía consuetudinaria puede no sólo crearse una nueva norma, sino también derogarse una norma preexistente (costumbre derogatoria). Pero no basta, para que tal derogatoria



se produzca, que los Estados dejen de realizar determinados actos; es preciso que dejen de realizarlos por motivos jurídicos, como dijo expresamente la Corte Internacional de Justicia en el caso “Lotus”. De allí que una norma del Derecho Internacional Público no puede ser derogada por infracción reiterada y general de la misma sí no expresa una nueva concepción jurídica. (p. 323)

2.7.13. En el derecho mercantil y los contratos atípicos

La costumbre, como fuente de derecho en el ámbito internacional, se ve reflejada en el campo del derecho mercantil al crearse por la “costumbre” los *contratos atípicos*, los que son definidos como:

(...) aquellos que no encuentran su “sede” dentro de la ley, aquellos que carecen, no ya de un nombre, sino de una estructura o regulación legal. Son el producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica: no nacen de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores sino de la necesidad práctica que plantea el tráfico negocial. (s. p.)

2.7.14. La costumbre en estándares internacionales plasmada en los convenios suscritos y ratificados por Guatemala

2.7.14.1. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los asuntos relativos al trabajo y las relaciones laborales. Fue fundada el 11 de abril de 1919, en virtud del Tratado de Versalles. Su Constitución, sancionada en 1919, se complementa con la Declaración de Filadelfia de 1944.



El Convenio 169 de la OIT, en un contexto histórico tiene antecedentes predecesores en los que se puede informar que, en 1957, en representación del Sistema de Naciones Unidas, la OIT adoptó el Convenio Sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (No. 107) C (Predecesor al Convenio No. 169), es el primer acto internacional enfocado exclusivamente a las poblaciones indígenas, estableciendo normas y principios en temas de tierra, territorio, recursos naturales, trabajo, seguridad social, salud y educación. Fue ratificado por 27 países. En un enfoque asimilacionista, el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración al resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo.

Los pueblos indígenas eran considerados sociedades atrasadas, por lo que el Convenio proponía un proceso de ajuste cultural orientado a la civilización e integración de los indígenas, sin considerar sus culturas y formas de vida. En 1986, una comisión de expertos convocada por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que “el enfoque integracionista del Convenio (No. 107) era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”. En consecuencia, la OIT inició la revisión del Convenio No. 107.

La revisión del Convenio No. 107 concluyó en la adopción del Convenio No. 169 titulado “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, el cual fue aprobado por la OIT en junio de 1989. La eliminación de la palabra “integración” en este instrumento, marca un giro y un enfoque novedoso en la visión sobre los pueblos indígenas.

Al igual que su antecesor, fija como objetivo central la protección de los pueblos indígenas, pero esta vez desde una nueva perspectiva cuyos ejes son: a) el abandono del principio asimilacionista, b) la no-discriminación, c) la igualdad ante la ley, para lo cual establece

derechos y acciones positivas en beneficio de los pueblos indígenas, que permitan equiparar la cancha”.



La OIT tiene un gobierno tripartito, integrado por los representantes de los gobiernos, de los sindicatos y de los empleadores. Su órgano supremo es la Conferencia Internacional del Trabajo, que se reúne anualmente en junio. Su órgano ejecutivo es el Consejo de Administración, que se reúne cuatrimestralmente en Ginebra. Toma decisiones sobre políticas de la OIT y establece el programa y presupuesto que posteriormente son presentados a la Conferencia para su aprobación. También elige al director general. La sede central se encuentra en Ginebra (Suiza).

En 1969, la OIT recibió el Premio Nobel de la Paz. En los actos celebrados en Oslo y Ginebra, se le hizo el reconocimiento a la labor cumplida por el organismo en favor de la paz y, con ello, la aceptación de la idea de que sin justicia social y sin libertad es imposible pensar en el establecimiento de una paz verdadera y permanente. Está integrada por 187 estados nacionales (2012). No tiene potestad para sancionar a los gobiernos. No tiene presidente, tiene director.

Las normas de la OIT son de dos tipos: convenios y recomendaciones. Los convenios son normas obligatorias para los países que los ratifican y se vuelve derecho nacional después de la ratificación; las recomendaciones no tienen ninguna fuerza obligatoria y constituyen orientación para la aplicación de los convenios.

La OIT proporciona además asistencia técnica y formación para elaborar legislación nacional y ayuda a los países a abordar los problemas en la legislación y en la práctica en conformidad con las normas internacionales del trabajo.



2.7.14.1.1. Mecanismos de control

En 1926, se creó la Comisión de Expertos, con el fin de examinar el creciente número de memorias de los gobiernos sobre los convenios ratificados. Actualmente, está compuesta por 20 juristas eminentes, nombrados por el Consejo de Administración por periodos de tres años. Los expertos proceden de diferentes regiones geográficas y de diferentes sistemas jurídicos y culturas. El cometido de la Comisión de Expertos es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo.

Los Estados deben presentar memorias como mínimo cada cinco años, para ser evaluadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR).

2.7.14.1.2. Conferencia Internacional del Trabajo

Es el órgano superior de la Organización Internacional del Trabajo OIT. Se reúne anualmente en junio, en Ginebra. Está integrada por cuatro delegados por cada país miembro, dos de ellos elegidos por el gobierno, y los otros dos propuestos por las organizaciones de trabajadores y empleadores respectivamente. De este modo, la mitad de los integrantes de la Conferencia representan a los gobiernos, en tanto que una cuarta parte integra el *bloque de trabajadores*, y la otra cuarta parte integra el *bloque de empleadores*.

A la Conferencia Internacional le corresponde la sanción de las normas internacionales del trabajo, fundamentalmente convenios y recomendaciones, por las dos terceras partes de sus miembros. También le corresponde examinar las memorias anuales que cada país debe presentar sobre el estado de la aplicación de las normas internacionales, y eventualmente aprobar



recomendaciones en los casos en que existen deficiencias. En esa tarea la Conferencia cuenta con la ayuda de la importante Comisión de Expertos que debe examinar cada memoria y producir un informe a la Conferencia recomendando los cursos de acción en cada caso.

2.7.14.1.3. La Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones –CEARC–

Es un órgano independiente establecido por la Conferencia Internacional del Trabajo y sus miembros son nombrados por el Consejo de Administración de la OIT. Está compuesta por expertos en el terreno jurídico especialistas en derecho internacional del trabajo que se encargan de examinar las memorias que todos los países tienen la obligación de presentar cada año, detallando el estado en que se encuentra la aplicación de los convenios internacionales en su territorio.

Cada año la Comisión de Expertos debe presentar su informe a la Conferencia, con la opinión que le merece cada situación y las recomendaciones que propone en cada caso. Las opiniones de la Comisión de Expertos han adquirido gran importancia jurídica para la interpretación de las normas internacionales y se encuentran recopiladas como jurisprudencia en cada convenio, en la base de datos. Sus opiniones o recomendaciones no son vinculantes y buscan orientar las acciones de las autoridades nacionales.

2.7.14.1.4. Comisión de Aplicación de Normas

Es una de las dos comisiones permanentes de la conferencia, y es tripartita. En cada reunión, la Comisión elige su mesa, compuesta de un presidente (miembro gubernamental), de



dos vicepresidentes (miembro empleador y miembro trabajador) y de un ponente (miembro gubernamental).

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia examina el informe de la Comisión de Expertos, al igual que los documentos enviados por los gobiernos. Los trabajos de la Comisión de la Conferencia comienzan con una discusión general que se basa, fundamentalmente, en el Informe General de la Comisión de Expertos. Después la Comisión de la Conferencia realiza un debate sobre el Estudio General. También examina los casos de incumplimiento grave de la obligación de presentación de memorias o de otras obligaciones vinculadas con las normas.

Por último, la Comisión de la Conferencia examina algunos casos individuales de aplicación de convenios ratificados que han sido objeto de observaciones de la Comisión de Expertos. Tras la discusión de cada caso individual, adopta las conclusiones sobre el caso de que se trate.

2.7.14.2. Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales

Tras la creación de las Naciones Unidas en 1945, la OIT se convirtió en una agencia especializada de la ONU. Comenzó a ampliar su análisis de la situación de los trabajadores indígenas y, en la década de 1950, junto con la participación de otras agencias del sistema de la ONU, trabajó en el Convenio de los pueblos Indígenas y Tribales (No. 107), que fue finalmente adoptado en 1957 como el primer tratado internacional que se ocupa de los derechos de “las poblaciones indígenas y tribales”.

Sin embargo, con el transcurso de los años se hicieron evidentes algunos puntos débiles del Convenio 107, en particular la suposición subyacente de que el único futuro posible de los



pueblos indígenas yacía en su integración en el conjunto de la sociedad y que otros debían tomar las decisiones relativas a su desarrollo. Con la creciente participación, organización y concientización de los pueblos indígenas a nivel nacional e internacional durante las décadas de 1960 y 1970, estos supuestos se vieron desafiados.

2.7.14.3. Estatus Jurídico del Convenio 169

Respecto del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, este constituye un instrumento legal que permite la aplicación de usos y costumbres indígenas como normas de derecho sustantivo, así como las prácticas indígenas de resolución de conflictos (derecho adjetivo.)

Este Convenio ha permitido la aplicación de formas alternativas para dirimir los asuntos que afectan a los vecinos de las comunidades donde habitan poblaciones indígenas, dando así cumplimiento al Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto al reconocimiento, respeto y promoción de sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje indígena, idiomas y dialectos.

La decisión de ratificar el Convenio No. 169, como cualquier otro convenio internacional del trabajo, es una decisión soberana y voluntaria de los Estados. El Convenio No. 169 es un tratado internacional que adquiere carácter obligatorio para los Estados en virtud de su ratificación. Una vez entrado en vigencia, puede invocarse ante los tribunales nacionales, los cuales pueden aplicar directamente sus disposiciones. Además, puede ser denunciado por un país ratificante, a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor



2.7.14.4. La situación de los Convenios y Tratados en los distintos países de

América Latina

- **Argentina:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales.
- **Bolivia:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.
- **Brasil:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y su jerarquía puede ser superior a las leyes nacionales.
- **Chile:** los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley.
- **Colombia:** los tratados internacionales ratificados tienen fuerza de ley; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.
- **Costa Rica:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales.
- **Dominicana:** los tratados internacionales no tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina.
- **Ecuador:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes ordinarias. Los tratados sobre DDHH que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica.



- **Guatemala:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno.
- **Honduras:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación y tienen jerarquía superior a las leyes nacionales.
- **México:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales).
- **Paraguay:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación y su jerarquía es superior a las leyes nacionales.
- **Perú:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de la ratificación.
- **Venezuela:** los tratados internacionales tienen fuerza de ley a partir de su ratificación; los convenios sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.



CAPÍTULO III



3. El pluralismo jurídico y su reconocimiento constitucional

3.1. Hacia un modelo de coexistencia del sistema jurídico maya con el sistema jurídico oficial

Los principios sobre los que se funda el sistema jurídico maya, no son necesariamente sobre un modelo garantista

(...) -la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- que en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal. (Ferrajoli, 1995, p. 33)

Sus fundamentos son más bien del orden de la naturaleza y del universo habiendo evolucionado paulatinamente hacia lo místico-religioso-axiológico y moral, sobre la base de una tradición oral, es decir la cosmovisión maya que abarca el conocimiento empírico, pero la cultura jurídica imperante en el país ha provocado su descalificación real y lo ha defenestrado, por lo que el aporte que se pretende hacer en este capítulo respecto del tema investigado del Pluralismo Jurídico, será el de realizar el intento de delinear teóricamente un esquema de los elementos constitutivos de un sistema jurídico maya con fundamento científico sin soslayar el conocimiento empírico, siendo estos elementos: su reconocimiento constitucional, su definición legislativa, su codificación o reglamentación y la autonomía jurisdiccional de las autoridades mayas que lo aplicarán. Para el efecto, se acude aquí al auxilio de insignes autores como el citado Luigi

Ferrajoli, Norberto Bobbio, Diego Valadez, Luis Vigo, Reyes Illescas, Hans Kelsen, Gregorio Peces Barba, entre otros.



No es posible construir un sistema jurídico penal maya si el mismo no está acompañado de principios constitucionales y garantías penales y procesales para su aplicación. Tampoco se trata de formular todo un catálogo de ilícitos penales, ya que el Código Penal vigente y las leyes penales especiales son perfectamente encuadrables en las conductas punibles que pudieran cometerse en jurisdicción de los pueblos originarios. De lo que se trata es de tratar de elucidar el sistema jurídico penal maya sobre la base de lo que ya existe entrelazando el sistema jurídico oficial con el pluralismo jurídico.

El sistema jurídico maya, desde el punto de vista del sustentante, debe basarse en una epistemología de la cosmovisión de los pueblos originarios en la que necesariamente los llamados al ejercicio de la jurisdicción respecto de la pluralidad jurídica no solo tengan completo dominio del derecho indígena, aun para el caso de que los usos y las costumbres puedan ser sujetos de prueba, sino también del sistema jurídico oficial aplicando el principio de *“iura novit curia”*, debiendo los tribunales indígenas estar integrados por profesionales del derecho competentes *“bjudicialmente”* para que, en determinado momento, con consentimiento o aquiescencia de los sujetos procesales se tramite el debido proceso en la vía oficial o en la vía plurijurídica y, en caso de no haber consenso, se faculte a la judicatura para que resuelva lo que más favorezca al imputado, bajo el principio del *“in dubio pro reo”*.

Para elucidar un posible modelo del sistema jurídico maya necesariamente habrá que basarse en un sistema jurídico predeterminado, y para el caso de la presente investigación, se hará sobre la base del modelo garantista (únicamente como guía comparativa) siguiendo los



lineamientos del tratadista Luigi Ferrajoli en cuanto a la epistemología de la razón en el derecho penal, la cual se hace necesaria resumirla en su esencia para la mejor comprensión de la idea que aquí se desea expresar.

Para dicho autor existen diez axiomas del garantismo penal:

El sistema garantista (SG), llamado garantista, *cognitio* o de estricta legalidad al sistema penal que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, solo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivados entre sí, que expresaré siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas que el referido autor correlaciona con otros principios a saber:

1. Nulla poena sine crimine. Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena;
2. Nullum crimen sine lege. Principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto;
3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate. Principio de necesidad o de economía del derecho penal;
4. Nulla necessitas sine iniuria. Principio de lesividad o de la ofensividad del acto;
5. Nulla iniuria sine actione. Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción;
6. Nulla actio sine culpa. Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal;
7. Nulla culpa sine iudicio. Principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto;



8. Nullum iudicium sine accusatione. Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación;
9. Nulla acusatio sine probatione. Principio de la carga de la prueba o de verificación;
10. Nulla probatio sine defensione. Principio del contradictorio, o de defensa, o de refutación. (Ferrajoli, 1995, p. 93) (sic)

La cosmovisión maya tiene sus propias máximas que aplican al derecho consuetudinario como sistema jurídico como enunciados o principios con fundamento en su concepción del universo, de la naturaleza, del mundo, del valor de la vida, del ser humano, y del espacio-tiempo.

Tuvieron especial interés en el estudio del cómputo del tiempo a través de los ciclos solares y lunares llegando a tener un dominio magistral de estos movimientos cíclicos hacia las cuatro direcciones del cosmos en su afán de percibir, intuir y prever situaciones que afectan la vida vegetal, animal y humana. La creación de los calendarios tenían un objetivo principal, que fue la búsqueda de las razones y los fundamentos de su cosmología y de su cosmogonía, el sentido de la vida, el orden de la vida y el espíritu y el equilibrio del cosmos. (Par Usen, 2008, p. 15)

Dentro de los axiomas Mayas para su aplicación a un sistema plurijurídico se pueden enunciar:

1. La armonía.
2. El equilibrio.
3. La excelencia. *Ramitijul K'aslem.*



4. Identidad étnica.
5. Solidaridad. Ayudarse entre todos. *Tiqato 'qi'*.
6. Compromiso Social. *Qach 'umilal*.
7. Respeto a la diversidad cultural. *Tink 'ulb 'ej, Taqak 'ulb 'ej*.
8. Equidad de Género. *Awojb 'anik*.
9. Respeto a la naturaleza. *Loq 'olaj kj loq 'olaj uwsch 'ulew*.
10. Complementariedad. *Taqapoqonaj rojonel ruwach K 'aslem*.
11. La sagrada tierra. *Loq 'alaj Rucux Ulew*.
12. Respetar la palabra. *Ninimaj Tzij*.
13. Limpieza en la vida. *Ch 'ajchoj qak 'aslem*.
14. Dualidad. *Kat Kay chawech, Kat kay chawij*.

3.2. Generalidades

Dado que la hipótesis formulada afirma que los elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala que se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico serían: a) el elemento formal normativo que incluye las normas escritas; b) el elemento estructural integrado por la existencia de normas escritas o no escritas y que no necesariamente fueron promulgadas por el órgano legislativo, pero que son aplicadas por quienes administran justicia; y c) el elemento político cultural en donde se emplazan las reglas no escritas o no



formalmente promulgadas que se van creando del contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, los usos, las costumbres, las tradiciones orales, y las relaciones entre las leyes escritas y no escritas.

Para tratar de comprobar la hipótesis formulada y discernir la formulación para la integración de un pluralismo jurídico sobre la base del sistema oficial ya preliminarmente dada, y que, a partir de las premisas constitucionales con sus correspondientes principios y garantías, así como de estándares internacionales aprobados y ratificados en nuestro país, logre cohesionar un sistema jurídico propio de los pueblos originarios, tenemos que partir necesariamente del enfoque de la teoría de las fuentes del derecho, auxiliándose para el efecto de diversos tratadistas.

Por eso, en este espacio, pertinente es traer a colación algunos conceptos básicos de la sociología general, propios del autor Jorge González Vides y que guardan coherencia con el concepto propio de lo que debemos entender por “Costumbre”, refiriéndose así a lo que denomina pauta y norma social e indica que,

(...) si observamos las actitudes concretas de un grupo de individuos de nuestra sociedad, se puede apreciar que esos comportamientos presentan dos aspectos que se combinan en distinta proporción según sea la conducta en cuestión. Por un lado, es posible observar que ninguna conducta se repite dos veces exactamente de la misma forma y que distintos individuos, al realizar la acción, introducen variaciones individuales de conductas humanas que se nos presentan de esa forma como extremadamente plásticas y maleables, con un alto contenido de inventiva y aporte personal. (González Vides, s. f., p.45)



Por otro lado,

(...) observamos que también ciertos aspectos de conductas y comportamientos se estereotipan y repiten de forma sistemática. Esta combinación de variación, inventiva individual por su lado, o repetición o uniformidad de las conductas humanas la podemos ver mejor a través de un ejemplo: cuando los hombres y las mujeres responden a una presentación personal con una frase acuñada ¿cómo está Usted?, la entonación, el tono, el volumen, puede variar, pero la fórmula verbal es la misma, recibiendo más o menos todos los de una generación la misma herencia cultural de la generación anterior. (González Vides, s. f., p. 46)

Este autor también hace referencia a otros conceptos, tales como la cultura, el comportamiento, los usos, las costumbres, los hábitos, la norma social y la ley.

3.2.1. Cultura

Para el caso de la cultura, González Vides (s. f.) aclara que:

(...) cuando en sociología o antropología se habla de –cultura- se está haciendo referencia a un concepto más amplio o diferente de lo que convencional o comúnmente se entiende por ello. Cuando coloquialmente utilizamos este término estamos señalando la cantidad o calidad de información que tiene un individuo, o su referencia social (cuando decimos que X es una persona culta), o ciertas actividades –elevadas– de una vida; la pintura, la música clásica, etc. En sociología o antropología, por cultura entenderemos todos los aspectos de orden material (objetos, instrumentos, edificios) como inmaterial (normas,

valores, creencias) que tienen la peculiaridad de ser aprendidos, transmitidos de una generación a otra en la sociedad. (pp. 46-47)



3.2.2. Comportamiento

Respecto del comportamiento de los individuos, Jorge González Vides (s. f.) afirma que:

(...) se presenta como rasgos característicos dos aspectos contradictorios: por un lado, estrictamente individual e irrepetible, de manera que resultaría imposible descubrir dos comportamientos idénticos en todas sus notas; por el otro, se dan maneras ostensibles, regularidades, en grado por lo menos suficiente como para permitir la formulación de previsiones acertadas acerca de comportamiento futuro.

Es conveniente la posibilidad de esta regularidad, de la existencia de comportamientos relativamente uniformes frente a determinadas situaciones, sobre la que se basa toda la vida social. De continuo nuestras acciones están orientadas sobre nosotros mismos. Nuestra actividad ostensible, así como nuestros pensamientos más íntimos, se apoyan solidariamente en un fondo representado por la trama flexible pero firme de uniformidades de conducta. (pp. 46-47)

3.2.3. Pauta y norma social

Con respecto de la pauta y la norma social, González Vides (s. f.) indica que,

(...) muchas veces el concepto de pauta o patrón de conducta, y el de norma social, se utiliza como sinónimos. Sin embargo, conviene designar con el primer concepto el hecho más general de la existencia de regularidades o uniformidades de conducta, y en todo



caso identificar normalmente un deber ser, es decir, la obligatoriedad sancionada de ciertas formas de conducta en determinada situación. La norma social. Implica claramente un sentido de obligatoriedad, un individuo que es médico tiene la obligación al enfermo; si alguien asesina a un familiar nuestro, no podemos hacer justicia por nuestra propia mano, etc. Es indudable que el cumplimiento de la norma puede significar un esfuerzo, por ello, toda norma lleva implícita el ofrecimiento de recompensas o la amenaza de sanciones. Si tomamos en cuenta la ampliación de sanciones en toda norma vamos a poder clasificarlos de acuerdo a la intensidad de la sanción implicada. (pp. 46-47)

3.2.4. Los usos

Respecto de los denominados usos, González Vides (s. f.) afirma que,

(...) un uso popular, es solo la práctica convencional, aceptada como apropiada, pero no obligatoria. La persona que no sigue la regla puede ser considerada como excéntrica. Los usos entonces, serían una serie de actos más o menos convencionales y estereotipados que se efectúan de forma rutinaria y que siguen una pauta convencional aceptada por un grupo. Su incumplimiento da lugar a ciertas sanciones, pero éstas son de carácter leve; la risa, el comentario, el señalamiento, la indiferencia, la desaprobación etc. Si el uso es no sólo seguido rutinariamente, sino que además lo rodean sentimientos o valores de fuerza tal, que si se dejara de seguir la pauta esperada sobrevendrían fuertes sanciones del grupo en cuestión, entonces decimos que es parte de los mores (costumbres). (p. 48)



3.2.5. Las costumbres

Las costumbres (*mores*),³

(...) son aquellas normas e instituciones que están fuertemente sancionadas desde el punto de vista moral. Su observancia es exigida de varias maneras, y el no respetarlas acarrea desaprobación moral y con frecuencia una acción positiva. Los ejemplos son fáciles: no solo tienen sanción moral –no matarás, no robarás, amarás a tu padre y madre...- Las costumbres son consideradas generalmente como esenciales al bienestar del grupo. (Chinoy, 1968, p. 48)

La anterior forma de clasificar las normas en usos y costumbres toma fundamentalmente en cuenta el rigor o fuerza de la sanción está relacionada y determinada en gran medida con el grado de importancia o centralidad que tiene esa norma para el grupo. Pero existe una segunda forma de ordenar las normas, que tiene como criterio el origen y formas de imposición de la norma; de esta forma se nos presentan dos dimensiones: el hábito y la ley (Chinoy, 1968, p. 48).

3.2.6. Los hábitos

De acuerdo con Chinoy (1968), los hábitos

Serían aquellos usos establecidos por el tiempo, es decir, aquellas prácticas que han llegado a ser gradualmente aceptadas como formas apropiadas de conducta: la rutina del trabajo o del ocio, las convenciones del servicio militar, los ritos de la observancia

³ Con el término *mores maiorum* se designaban las costumbres de los antepasados, que los romanos consideraban la fuente de todo derecho público y privado. NDA.



religiosa, la etiqueta que rige las relaciones sociales. Los hábitos son sancionados por la tradición y se apoyan en la presión que ejerce el grupo. (p. 48)

3.2.7. Las leyes

Según la afirmación de González Vides (s. f.),

Estas son deliberadamente fijadas por un poder político que se haya en mayor o menor medida diferenciando el resto de la sociedad y su cumplimiento se logra mediante el control efectuado por el aparato también especializado (poder judicial, cuerpo de policía, etc.), es por esto que la ley sólo puede darse recién en sociedades que alcanzan cierto grado de complejidad, puesto que en los grupos primitivos que no cuentan con instituciones diferenciadas, la ley, si se da, sólo lo hace de forma embrionaria. En éstas sociedades imperan las costumbres regidas por el hábito y la religión. (pp. 48-49)

González Vides (s. f.) refiere que respecto de las clasificaciones anteriores es necesario hacer dos aclaraciones:

1) Tanto hábitos y leyes, como usos y costumbres son conceptos extremos o polares para clasificar a las normas. Entre uno y otro extremo vamos a encontrar una amplia gama de casos de difícil delimitación. Respecto a su sanción, se representan como un continuo que ya desde el uso, donde la violación puede ocasionar sanciones leves o casi inexistentes, hasta costumbres donde la conducta puede ser fuertemente sancionada, incluso con la muerte. 2) La clasificación usos y costumbres se pueden combinar con las de hábitos y leyes. Así vamos a encontrar conductas habituales cuyo incumplimiento se hace posible de fuertes sanciones pro que atentan contra las costumbres (el caso del renegado o del



apóstol en una sociedad fuertemente religiosa) y otros hábitos que entran en la categoría de usos (la higiene personal, por ejemplo). (p. 48)

3.2.8. La regla jurídica

José Cesano, citando por Ricardo Guastini (2016), refiere que por regla jurídica se entiende cualquier enunciado que “se encuentre en las fuentes del derecho” (p. 49).

En efecto una regla jurídica no se identifica únicamente con una norma legal (término que comprende la Constitución, la ley en sentido formal y el derecho reglamentario), contenido en un determinado sistema, sino que también pueden serlo otros componentes como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, que determinan los perfiles de la institución analizada, al conformar el esquema conceptual para entenderla. (Cesano, s. f., pp. 2-3)

3.2.9. La norma jurídica

Para el autor José Daniel Cesano (s. f.) “el concepto de *normas* comprende a las reglas y a los principios jurídicos, en tanto integran ordenamientos jurídicos” (pp. 2-3).

3.2.10. Los principios jurídicos

Bajo esta categoría se incluyen: a) normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo y b) normas programáticas o directrices, que estipulan la obligación de perseguir determinados fines. Ahora bien, los principios, en ambas formas enunciados, pueden ser explícitos e implícitos. Mientras que los principios explícitos son aquellos dictados por una fuente de producción jurídica –la cual, en este aspecto, no habría



diferencia con las reglas-, los implícitos son extraídos a partir de disposiciones expresas del ordenamiento, con racionalización de las mismas.

3.2.11. El pluralismo normativo

Los juristas están aprendiendo a analizar un fenómeno no nuevo para sociólogos y politólogos. Se trata, simplemente, de que, en el mismo espacio social, en el mismo territorio, coexisten, desde siempre, una diversidad de sistemas normativos. Ejemplos sobran: en el campo de las guerrillas (Villa, Tirofijo o ezln); en las organizaciones campesinas (los sin tierra brasileños y decenas de mexicanas); en las mafias (las de italianos y las de narcotraficantes); en las universidades democráticas; en el sistema político mexicano (de suyo, un sistema de normas); en los sistemas normativos indígenas, etcétera.

Todos estos agolpamientos de normas son sistemas normativos en el mismo sentido en que lo es aquello que denominamos derecho. Veamos por qué:

1. Todos tienen normas.
2. Estas normas contienen la amenaza de sanciones.
3. Todos disponen de un cuerpo de funcionarios que dice lo que debe hacerse; esto es, interpreta y aplica las normas.
4. Todos disponen de una regla de conocimiento utilizada tanto por los funcionarios como por los miembros comunes de la comunidad. Es decir, todos saben cuáles normas pertenecen al sistema y, por lo tanto, que éstas deben ser obedecidas. En caso



contrario, si hay alguna disputa al respecto, el funcionario se encarga de decir si la norma cuestionada pertenece o no al sistema.

Los sociólogos han enseñado la existencia desde siempre de las diversas y distintas normatividades en las sociedades. Faltaba que los juristas atendieran a este hecho y aplicaran a esa diversidad los frutos de la teoría del derecho. Es decir, que las consideraran como lo que son: sistemas normativos. (Correas, s. f., pp. 93-94)

3.2.12. El Estado frente al pluralismo normativo internacional

Siguiendo el pensamiento de Correas (s. f.),

El pluralismo normativo no es un fenómeno que se restrinja al derecho interno, sino que, al contrario, es en el ámbito internacional donde adquiere una presencia más evidente. Este hecho también ha escapado a la atención de los juristas, a despecho de las observaciones de la ciencia política. Si bien algunos juristas han comenzado a alarmarse ante la creciente pérdida de poder de los sistemas jurídicos internos frente al derecho internacional, la mayoría de ellos continúan, sin embargo, prestando poca atención a los otros sistemas normativos existentes en el campo internacional.

Si la teoría del derecho no ha reflexionado tampoco sobre este asunto, se debe a que se ha ocupado exclusivamente del derecho internacional entendido como sistema de normas pactadas entre Estados, o impuestas por los Estados más poderosos sobre los más débiles. (p. 97)



3.3. Teoría de las fuentes del Derecho

Para el autor Máximo Pacheco (1990), “la teoría de las fuentes del derecho estudia la aparición, elaboración y expresión en la sociedad de las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo” (p. 315).

Para este autor,

(...) el problema de las fuentes del derecho es complejo, porque esa expresión tiene aspectos diferentes; así puede significar: a) fuente del conocimiento de lo que históricamente es o ha sido Derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.); b) fuerza creadora del Derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.); c) autoridad creadora del Derecho histórico o actualmente vigente (Estado, pueblo, etc.); d) acto concreto creador del Derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.); f) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta de Derecho; f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, reglamento, costumbre, etc.); g) fundamento de un derecho subjetivo. (Pacheco, 1990, p. 95)

De estas distintas significaciones, afirma Máximo Pacheco (1990), interesan especialmente las denominadas fuentes reales o materiales y las fuentes formales del derecho:

1) Las fuentes reales o materiales del Derecho, son los factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas; 2) Las fuentes formales del Derecho son las formas obligadas y predeterminantes que ineludiblemente deben revestir los preceptos de



conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del Derecho. Las fuentes formales del Derecho más importantes son: la costumbre, la ley, la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo.

No deben confundirse las fuentes formales del Derecho con las normas jurídicas. Estas últimas son normas de conducta que regulan la vida de los hombres con miras al bien común de la sociedad; en cambio las fuentes formales son las formas en que las normas jurídicas se manifiestan en la vida social; No obstante, para diversos autores existe una crítica a la división de dichas fuentes en reales y formales ya que se han creado y siguen creado dificultades técnicas. En efecto, el análisis de la experiencia jurídica pone de manifiesto que en ella se integran tres diversos momentos: el normativo, el empírico y el axiológico, mutuamente implicados y esencialmente unidos. Es el jurista quien, por razones sistemáticas y analíticas, procede a su separación. (p. 316)

Para Julio César Cueto Rúa (1994),

(...) las fuentes del Derecho son criterios a los que se ocurre en el proceso de creación normativo en búsqueda de objetividad, es decir, en procura de un punto de vista que no sólo sea expresión de la convicción de quién actúa, sino que pueda ser aceptado como propio por la mayoría de los integrantes de un grupo social. (Cueto Rúa, 1994, p. 33)

Máximo Pacheco (1990) también formula su propio concepto de la Costumbre como

(...) fuente formal del Derecho y la define como la repetición constante y uniforme de una norma de conducta, en el convencimiento de que ello obedece a una necesidad jurídica; el antecedente de la costumbre es la voluntad popular espontáneamente



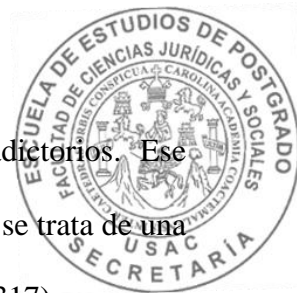
expresada a través de cierto tiempo. No interviene en su elaboración la autoridad, ni está establecida en Códigos o recopilaciones legales, pero bien puede, sin embargo, redactarse y ordenarse, sin que por ello desaparezca su carácter no escrito. (p. 316)

En cuanto a su origen, este autor indica que,

(...) se podría asimilar a los convencionalismos o usos sociales, con la diferencia de que los primeros reciben una sanción social y la costumbre una sanción jurídica que hace posible obtener coactivamente su cumplimiento. De ahí que a la costumbre pueda considerársela como un uso existente en un grupo social que expresa el sentimiento jurídico de los individuos que integran dicho grupo; Entre la costumbre y los usos existen importantes diferencias. En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, consistente en la práctica reiterada y constante de ciertos actos, con carencia del elemento subjetivo representado por el convencimiento de que corresponden a una necesidad jurídica. (Pacheco, 1990, p. 317)

Máximo Pacheco (1990), citando a Julio Cueto Rúa, afirma que los usos tienen gran importancia para el derecho.

Ellos traducen objetivamente cánones de convivencia y tipos de conducta que satisfacen las necesidades de los integrantes del grupo social. Al permitir los contactos interindividuales de una manera satisfactoria. En el ordenamiento jurídico existe una serie de conceptos de difícil precisión, con los que los jueces operan continuamente para adecuar la aplicación de las normas generales a las cambiantes modalidades de los casos concretos, conceptos tales como buenas costumbres, objeto lícito, culpa o negligencia, buen padre de familia, mujer honesta, orden público, presentan continuamente el



problema de definir su contenido en términos lógicamente no contradictorios. Ese problema no ha sido superado hasta la fecha, si se lo podrá superar, porque se trata de una materia que, por su misma naturaleza, desafía la definición conceptual. (p. 317)

Para Máximo Pacheco (1990), la costumbre tiene dos elementos: uno objetivo, que aparece primero en el tiempo y otro subjetivo, que aparece después.

El elemento objetivo o material consiste en que la norma de conducta debe ser repetida y practicada en forma uniforme y constante por los miembros de una comunidad. Se requiere que no exista otra norma de conducta contraria pues de otra manera perdería su característica de generalidad. La práctica debe prolongarse en el tiempo, como expresión del acuerdo colectivo; de aquí que algunas legislaciones antiguas fijaran de 10 a 40 años para aceptar su carácter obligatorio. Por último, la costumbre debe ser pública, general y conocida por el público y las autoridades, de otro modo deja de ser la voluntad colectiva y espontánea. Debe, por tanto, reunir tres requisitos: generalidad, largo uso y notoriedad. El elemento subjetivo, espiritual, psicológico u opinio juris, está representado por el convencimiento o convicción de que tiene fuerza obligatoria porque obedece a una necesidad jurídica. (p. 317)

3.3.1. La costumbre y la legislación

Siguiendo con Pacheco (1990),

Respecto de la legislación, la costumbre puede encontrarse entre las siguientes situaciones: dentro, fuera y en contra de la ley. a) La costumbre contra la ley es aquella que se encuentra en oposición a normas legales, que imponen una conducta distinta; b) La



costumbre según la ley es aquella a la cual ésta se remite y que adquiere eficacia por la sanción jurídica que ella le presta. Generalmente esta costumbre sirve de antecedente para la dictación de una ley, de manera que después de promulgada la ley es útil para lograr una acertada interpretación de ella, cuando su aplicación se preserva para confusiones; y, c) La costumbre supletoria, fuera o en el vacío de la ley, completa el Derecho escrito sin contradecirlo. No existe en este caso oposición entre ley y la costumbre, porque ella regula una situación no prevista ni sancionada en aquélla. Su valor ha sido tradicionalmente admitido. (p. 319)

Conforme a las generalidades anteriormente expuestas, para discernir una posible aproximación a la construcción de un Sistema Jurídico Maya que interactúe con el Sistema Jurídico Oficial y, por ende, hacia el pluralismo jurídico, se tomará como base las aportaciones de diversos tratadistas. Así, para Gregorio Peces Barba Martínez y otros (2010),

(...) cualquier estudiante universitario que pretenda aproximarse al conocimiento de una determinada parcela de la realidad tiene como premisa básica la de conocer el concepto de la materia a la que se acerca. Esto es algo necesario en cualquier materia. Por tanto, un estudiante de derecho debe ser consciente de que lo primero que debe plantearse es la cuestión de la definición del Derecho. Esto que parece algo normal en cualquier aproximación a las diversas facetas de una realidad, es especialmente importante en el caso del Derecho.

Pudiera parecer que el derecho en esto no se distingue de otras materias y que, de la misma manera que es aparentemente fácil proponer una definición en las reflexiones preliminares sobre una determinada materia, también lo es en relación con el Derecho.



Pero rápidamente nos damos cuenta de la complejidad de la cuestión de la definición del Derecho. Y es que, en efecto, el Derecho es uno de esos aspectos de la realidad que no son fácilmente definibles o, por lo menos, en los que no hay un acuerdo generalizado en cuanto a su concepto. Variadas son las causas que pueden influir en dicha circunstancia. Así hay que tener en cuenta que el Derecho es un fenómeno multidimensional. Quiere decirse con ello que puede ser analizado desde múltiples y numerosas perspectivas o puntos de vista a partir de los cuales se extraen conclusiones todas ellas valiosas, aunque no idénticas. Por otra parte, en la definición del Derecho influyen de manera sobresaliente las distintas concepciones del mismo. Por ello, el que un jurista mantenga una determinada teoría sobre el Derecho condiciona necesariamente la definición del mismo. También debemos estar conscientes de que el propio término “Derecho”, en tanto que perteneciente al lenguaje natural, tiene determinados problemas –compartidos con otros términos- que dificultan en cierta medida su comprensión. (pp. 15-16) (sic)

Para el autor Peces Barba, lo conveniente es mejor ensayar una aproximación por zonas que permita una aproximación paulatina al fenómeno jurídico, (como lo es el Pluralismo Jurídico) al final de la cual se podría estar en condiciones de proponer algún tipo de definición, debiendo subrayar en la misma los caracteres o rasgos básicos del derecho que servirán para enmarcar el sentido genérico del derecho con independencia de las concretas y particulares definiciones.

Este autor refiere que,

(...) podemos comenzar reconociendo que la experiencia cotidiana demuestra que el Derecho, aunque no siempre seamos conscientes de ello, es algo muy próximo a



múltiples y diversos aspectos de nuestra existencia, siendo el individuo un ser social que convive en un determinado entorno con otros seres humanos. La ordenación de la mera coexistencia de los seres humanos y de la obtención de objetivos comunes son elementos que explican la naturaleza social del Derecho. Pero, además, el Derecho destaca por su naturaleza normativa. Los modelos de conducta incluidos en un ordenamiento jurídico, constituyen criterios de comportamiento a los que están sujetos los destinatarios de ese sistema. En ese sentido, se afirma que el contenido del Derecho pertenece al mundo del deber ser. Los individuos deben ajustarse a esas conductas para que el modelo social propuesto por el Derecho pueda realizarse. Las normas jurídicas son expresión de un deber ser desde el momento en que tras ellas se encuentra una determinada voluntad. Los ordenamientos jurídicos incluyen sistemas de coacción destinados a asegurar el cumplimiento de sus modelos de conducta. (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, pp. 17-19)

Para Hans Kelsen (1995),

(...) una nota común de los sistemas sociales designados como –derecho– es que son ordenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo; un mal que debe infligirse contra la voluntad del que lo padece inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. (p. 47)



El mismo autor hace referencia a Immanuel Kant de quien señala su definición de derecho: “El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”.

Y más adelante,

(...) si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir contrario al Derecho) entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al Derecho; por consiguiente, al Derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien viola, según el principio de contradicción.
(Kant, 1989, pp. 39, 41)

Al igual que las comunidades indígenas practican sus costumbres para sancionar determinadas conductas que consideran socialmente lesivas respecto de sus miembros, y que las aplican de acuerdo a su propia cosmovisión y valores axiológicos, de igual forma, como afirma Peces Barba (2010),

(...) cuando el Derecho establece modelos de comportamiento, lo hace porque se considera que dichas conductas son necesarias para el mantenimiento de un modelo o el logro de unos determinados fines. De ello necesariamente se deduce que el Derecho es expresión de un sistema de valores, preferencias, ideologías, que se expresan a través de esos modelos de comportamiento. Por ello, se afirma que ningún sistema jurídico es neutro desde el punto de vista axiológico. Detrás del Derecho existen unos determinados valores, que son los que precisamente pretenden materializarse a través de normas



jurídicas, y el Derecho toma posición respecto a esos valores cuando los jurídica En este sentido se ha afirmado que el Derecho es estructuralmente moral. (p. 19)

Al igual que las costumbres ancestrales de los pueblos originarios “Todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia, es decir, sobre lo moralmente justo, y al mismo tiempo está traduciendo o expresando, a través de normas jurídicas, una cierta legitimidad que le sirve de justificación.” (Fernández, 1995, p. 23)

Peces Barba (2010) hace referencia al autor Elías Díaz quien indica que,

(...) todo sistema de legalidad tiene tras de sí y dentro de sí uno u otro sistema de legitimidad, diferentes valores e intereses, de los que, con el suficiente apoyo fáctico, deriva siempre cada Derecho, y –viceversa- (...) todo sistema de legitimidad intenta expresarse y realizarse, en mayor o menor medida, a través de un determinado sistema de legalidad, aunque haya por supuesto éticas de carácter más estrictamente personal que para nada precisan doblarse jurídicamente. (p. 20)

Se ha dicho que, si la costumbre llegara a ser codificada, perdería su esencia o su razón de ser, afirmación o circunstancia que no resulta del todo certera, ya que para que se articule el sistema jurídico oficial con un sistema jurídico maya, necesariamente debe crearse un sistema normativo que lo identifique, ya que, si la costumbre es fuente formal de derecho, este, como tal, en definitiva,

(...) es una técnica de organización de las conductas humanas que pretende conseguir sus objetivos a través del establecimiento de determinados modelos o patrones de conducta, expresados a través de normas. Pero esas normas, las normas jurídicas, no existen



aisladas o independientes. Al contrario, se agrupan en lo que denominamos ordenamiento jurídico. Por eso afirmamos que el Derecho, además de tener naturaleza normativa, constituye un sistema de normas. En el interior de dicho sistema se incluyen, entre otras, normas de conducta, normas que regulan los criterios o procedimientos que se han de seguir a la hora de producir normas de conducta, normas que establecen de qué manera y en qué sentido se debe reaccionar frente a los incumplimientos de normas, imponiendo en su caso sanciones. Por otra parte, también cabe señalar aquí que ese sistema normativo que es el Derecho, constituye un conjunto del que se predicen determinadas características, como son la unidad, la coherencia y la plenitud. (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 23)

3.4. Unidad, coherencia y plenitud del pluralismo jurídico

Como el enfoque del presente trabajo versa sobre el pluralismo jurídico, necesariamente hay que abordar el tema relacionado con la unidad, coherencia y plenitud de un posible sistema jurídico maya.

En efecto, si las costumbres de los pueblos ancestrales serían la base fundamental para articular un sistema jurídico maya, a criterio del sustentante, las mismas no perderían su esencia si se integran en normas, pues no constituirían elementos aislados, sino que aumentaría su eficacia dentro de un conjunto en el que se encuentran integradas con el sistema jurídico oficial, conjunto que se correspondería con la expresión de unidad, validez y eficacia (que más adelante se abordará) de un ordenamiento jurídico común guatemalteco cohesionado en el pluralismo jurídico, tal como lo han logrado otros países latinoamericanos antes detallados.



La anterior cohesión, necesariamente debe tener varias acepciones, entre las que se consideran importantes aquí (y que no necesariamente excluyen a otras): a) una acepción territorial derivado del conjunto de normas, que estarían vigentes en un determinado territorio; b) una acepción histórica dada por las costumbres que han estado vigentes por tradición oral desde el pasado en las comunidades que integran los pueblos originarios, c) una acepción sectorial, es decir normas que regularían las relaciones de las diferentes parcelas del derecho, civil, laboral, administrativo, familiar, etc. Pero, en cualquier caso, el ordenamiento jurídico así cohesionado, siempre haría referencia a una pluralidad jurídica normativa.

El ordenamiento jurídico es un sistema y si se legisla plurijurídico, todas las partes deben estar relacionadas entre sí de una manera mutuamente explicativa respondiendo al bien común del país.

El pluralismo jurídico, así integrado, debe estar presidido por principios y valores superiores (axiológicos y jurídicos) y reglas generales claras y precisas que le den sentido y validez y que respondan a los intereses comunes de los elementos que lo integraran, esto es, cohesión del sistema jurídico oficial con un sistema jurídico maya definible. De esta forma, para su formulación puede invocarse el preámbulo constitucional sobre cuya base se funda el ordenamiento jurídico oficial y que perfectamente puede integrar al sistema jurídico maya, evocando cuando los representantes del pueblo de Guatemala reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado, afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz; inspirados por los ideales de nuestros antepasados y



recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural; decididos a impulsar la plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable, permanente y popular, donde gobernados y gobernantes procedan con absoluto apego del derecho.

(...) esta Corte, consistente con juicios anteriores emitidos en asuntos diversos, parte de la afirmación del principio de constitucionalidad, que reconoce que la constitución es una norma que incorpora los valores y principios esenciales de la convivencia política que conforman todo el ordenamiento jurídico. Por ello, todos los poderes públicos y los habitantes del país están ligados a su imperio y el Derecho interno sometido a su supremacía. (Corte de Constitucionalidad, 1990, Gaceta 18. Expediente 280-90. Sentencia de fecha 19/10/90, s. f.)

El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significación en orden a las motivaciones constituyentes, pero en si no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional (...). Si bien (...) pone énfasis en la primacía de la persona humana, esto no significa que esté inspirada en los principios de individualismo y que, por consiguiente, tienda a vedar la intervención estatal, en lo que considere que protege a la comunidad social y desarrolle los principios de seguridad y justicia a que se refiere el mismo preámbulo (...).(Corte de Constitucionalidad, 1986, Gaceta 1. Expediente 12-86. Fecha de sentencia 17/09/1986)



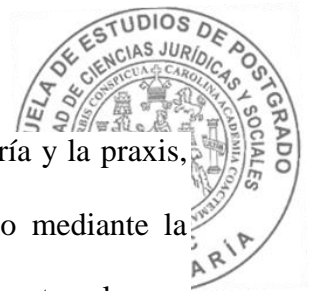
De esa cuenta, la articulación del sistema jurídico oficial con un sistema jurídico maya, puede construirse sobre la base del preámbulo constitucional y su función interpretativa en cohesión de valores axiológicos de los pueblos originarios, como los que se enunciaron al inicio de este capítulo.

Un Sistema de Pluralismo Jurídico en Guatemala sí puede integrarse con una interpretación amplia *pro homine* y *pro actione* de preceptos constitucionales, estándares internacionales y normas ordinarias, lo cual requiere una verdadera voluntad y compromiso político y jurídico de los tres poderes del Estado.

Para que el sistema de pluralismo jurídico se integre, debe respetar necesariamente no solo el principio de coherencia, sino otros principios que pudieran resolver posibles antinomias entre normas del sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya.

Para el caso del sistema jurídico oficial la dogmática jurídica hace referencia a tres:

- a) El principio de *temporalidad*, conforme al cual cuando la antinomia se produce entre dos normas promulgadas en diferentes momentos la posterior prevalece sobre la más antigua.
- b) El principio de *jerarquía*, que da preferencia a la norma de rango superior (p.ej.: la ley) sobre la norma de rango inferior (por ejemplo: el reglamento).
- c) El principio de *especialidad*, que determina que habiendo dos normas que regulan una misma materia y una lo hace de modo general en tanto que la otra contiene normas especiales, será la segunda la que prevalezca.



Para el autor Cárdenas (2001) los conflictos entre principios, según la teoría y la praxis, no se resuelven mediante los criterios clásicos de solución de antinomias, sino mediante la ponderación de los principios en el caso concreto. La ponderación presenta algunas características sobresalientes:

- a. En las antinomias. La ponderación de principios presupone que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hechos regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente (antinomia parcial-parcial).
- b. La segunda característica sobresaliente de la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios de que se trata.
- c. La tercera característica indica que, para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el impacto de su aplicación al caso concreto. (s. p.)

La jerarquía establecida entre los principios en conflicto es una jerarquía móvil, mutable, dependiendo de los casos concretos (Cárdenas, 2001, s. p.).

Para el caso del sistema jurídico maya, se pueden aplicar otros principios derivados de la ponderación como forma de interpretación amplia *pro homine* y *pro actione* de preceptos constitucionales, estándares internacionales y normas ordinarias, como arriba se informó y que más adelante se desarrollará en una integración de normas oficiales y consuetudinarias para la comprobación de la hipótesis formulada, todo desde la perspectiva de los derechos humanos.



Para la implementación del pluralismo jurídico en Guatemala, debe destacarse que el país es multiétnico, multicultural y multilingüe; por lo tanto, debe observarse la multidimensionalidad del derecho y la necesidad de emplearse diferentes perspectivas en su análisis.

Para tales efectos se hace referencia a la teoría tridimensional del derecho:

(...) que ha tenido el mérito de subrayar las tres dimensiones básicas a través de las cuales se manifiesta el Derecho, que en todo caso deben ser tenidas en cuenta. Así, cuando se afirma que el derecho se manifiesta como norma, como hecho y como valor, se está haciendo referencia a la dimensión normativa, a la dimensión fáctica y a la dimensión axiológica o valorativa del Derecho. Cualquier explicación del fenómeno jurídico basada exclusivamente en alguna de ellas es incompleta. Una visión completa del Derecho exige la concurrencia de las tres perspectivas. (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, pp. 23-24).

3.5. Teoría tridimensional del Derecho

Peces Barba (2010) explica que, atendiendo al derecho como un sistema normativo, se ha llamado la atención sobre la “multidimensionalidad” del derecho y sobre la posibilidad de emplear diferentes perspectivas en su análisis.

Cuando se señala que el Derecho es una norma, se está aludiendo a que está compuesto por normas, esto es, por expresiones del deber ser, a través de las cuales se consideran determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas. Es en este punto en concreto en donde se puede percibir más claramente la presencia de una voluntad tras el Derecho, en este caso tras las normas jurídicas que lo componen.



Al subrayar la dimensión fáctica del Derecho, afirmando que el derecho es un hecho, se hace referencia a la existencia en sociedad del fenómeno jurídico. Dicha existencia es una característica. Con uno u otros rasgos, de todos los grupos humanos, ya que todos están organizados a partir de la existencia de imperativos que se vinculan a lo que hoy conocemos y estudiamos como Derecho. El Derecho existe en la sociedad humana y adquiere significado en el marco de ella. Entre el Derecho y la sociedad se establecen relaciones y ambas realidades se condicionan respectivamente. Es un hecho social de la misma manera que la economía y la política, por ejemplo, también lo son, y como tal puede ser estudiado.

En tercer lugar, el Derecho presenta una evidente dimensión valorativa. Ya se ha adelantado la idea de que el Derecho tiene un trasfondo valorativo: es el resultado de determinadas ideologías, concepciones, etc., en definitiva, de determinadas opciones axiológicas (como el sistema jurídico maya). Las normas jurídicas son expresión de dichas opciones. Pero al mismo tiempo las normas jurídicas actúan como criterios de valoración aplicables a las acciones de los individuos. A partir de las normas jurídicas se pueden evaluar positiva o negativamente las acciones de los individuos sometidos a ellas.

Por tanto, norma, hecho y valor son las tres dimensiones básicas del derecho. Ya hemos señalado que por sí solas constituyen enfoques parciales y por tanto incompletos del fenómeno jurídico. En todo caso, son los elementos que suelen ser tenidos en cuenta de manera principal por tres aproximaciones al Derecho. En efecto, la Teoría del Derecho centra su atención en la consideración del Derecho como norma o como conjunto de normas, analizando los rasgos estructurales y de funcionamiento del mismo; la Sociología del Derecho analiza cuáles son las funciones del Derecho en la sociedad, qué otros



componentes sociales influyen en el Derecho y cómo éste influye en aquellos, la Axiología Jurídica o Teoría de la Justicia constituye el marco teórico en el que se reflexiona sobre la dimensión valorativa del Derecho, analizando cuál es la relación entre el Derecho y determinados valores. En todo caso, constituye la plataforma más propicia para una aproximación crítica al fenómeno jurídico. (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 24)

3.6. La validez, eficacia y justicia del pluralismo jurídico

En términos generales, se dice que la eficacia de la norma es la cualidad de producir efectos que se la atribuye y que desde luego le es inherente. La regla general es que dicha eficacia sea inmediatamente posterior a su publicación; la validez de la norma es, por lo pronto, la cualidad dimanante de su ajuste a la Constitución (leyes) o a la legalidad (restantes normas). Dicho ajuste debe encontrarse tanto en lo que atañe al procedimiento conducente a su producción como en lo que tiene que ver con el contenido. La justicia deviene en dar a cada uno de lo que le corresponde y le pertenece.

Ahora bien, para los efectos investigativos, se considera que el derecho tiene naturaleza normativa, y si la costumbre es considerada como fuente de derecho, entonces necesariamente también tiene una naturaleza normativa.

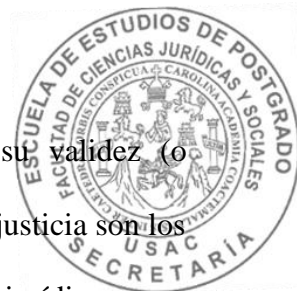
Esa naturaleza sirve para ordenar las conductas de los individuos o de los grupos en los que estos se integran, en un determinado sentido. Esa ordenación se lleva a cabo a partir de la producción de determinados enunciados, que en términos generales conocemos como normas jurídicas. Esos enunciados pertenecen al mundo del deber ser, es decir, intentar ordenar de



determinada manera las conductas de los individuos destinatarios del sistema jurídico (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 25).

Cuando se hace referencia a los elementos del Derecho, se hace referencia a aquellas proposiciones lingüísticas que conforman el ordenamiento. La naturaleza normativa del derecho permite afirmar que, en general, las normas jurídicas pertenecen al mundo de las proposiciones prescriptivas a través de las que se expresa el deber ser y que se diferencian en este sentido de las proposiciones descriptivas que intentan ofrecer información sobre la realidad. Ciertamente todas y cada una de las proposiciones que configuran un ordenamiento no tienen una forma prescriptiva. En efecto, existen enunciados que se configuran como descripciones o definiciones, Pero en todo caso también esas descripciones configuran la realidad y de esa manera podemos afirmar que tienen un sentido o finalidad prescriptiva o normativa (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 25).

Afirmar el carácter normativo del Derecho y de los elementos que lo componen tiene consecuencias muy importantes para la comprensión y el análisis del fenómeno jurídico, que en todo caso deben ser tenidas en cuenta. Sabido es que de las proposiciones descriptivas podemos predicar ciertos rasgos o características. Así se puede afirmar su verdad o su falsedad en función del grado de adecuación entre dichas proposiciones y la realidad que pretenden representar o a la que se refieren: tiene pleno sentido aplicar criterios de verdad/falsedad a una proposición como: “los pupitres de la Universidad Carlos III de Madrid son grises”. No ocurre lo mismo con las proposiciones prescriptivas y, por tanto, con las normas jurídicas (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 25).



En efecto, en relación con las normas jurídicas, se puede predicar su validez (o invalidez), su eficacia (o ineficacia) y su justicia (o injusticia). Validez, eficacia y justicia son los tres parámetros que sirven para analizar las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico en su conjunto. No obstante, es necesario apuntar que estos rasgos no son predicables en exclusiva de los sistemas jurídicos, sino que afectan a los sistemas normativos de la conducta humana en general, incluidas las costumbres (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 25).

3.6.1. Validez

La validez de una norma se identifica con su pertenencia a un determinado sistema (lo mismo ocurriría con la costumbre si se integra en el pluralismo jurídico). Trasladado esto al mundo del derecho, se puede afirmar que la validez de una norma deriva de su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico, y si se entiende que no se puede hablar de normas jurídicas más allá de los ordenamientos jurídicos, debe concluirse que la validez de una norma significa la existencia de tal norma como norma jurídica. En definitiva, cuando se afirma la validez de una norma se está formulando un juicio de hecho relativo a la pertenencia de una norma a un ordenamiento (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, pp. 25-26).

En este sentido, conviene señalar que el concepto de validez es un concepto referencial o relativo. Quiere decirse con esto que en realidad debe ser entendido en relación con cada sistema normativo (y el sistema jurídico es un tipo específico de sistema normativo). Todos los sistemas normativos incluyen determinados parámetros o criterios de validez o pertenencia que deben ser satisfechos por las normas para poder predicar su pertenencia a los mismos. De manera que puede que una determinada norma ser válida en el marco de un determinado sistema y no serlo en relación con otro. De la misma manera, puede que una norma sea válida en dos sistemas



normativos a la vez, es decir, pertenezca a ambos. Existen normas morales (válidas en sus respectivos sistemas) que carecen de validez jurídica y al mismo tiempo hay normas morales que están positivizadas.

Todos los sistemas normativos y por ende todos los sistemas jurídicos incluyen criterios de pertenencia o validez, es decir, requisitos que deben ser satisfechos por las normas para poder considerar que estas pertenecen aquellos. En términos generales, se puede afirmar que para que una norma jurídica sea válida debe satisfacer las siguientes exigencias: 1) debe haber sido producida por el órgano competente; 2) a través del procedimiento adecuado; 3) no debe haber sido derogada por una norma posterior (evidentemente de rango igual o superior) ya que debido al principio de coherencia no deben existir en un ordenamiento dos normas contradictorias entre sí; 4) no debe estar en contradicción con las normas superiores a ella en el sistema jurídico porque si no sería inválida (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 26).

De lo inmediatamente anterior se debe deducir que, en realidad, los criterios de validez no son exclusivamente formales. En efecto, para que una norma sea válida se debe exigir, además del cumplimiento de requisitos formales, que esa norma respete unos determinados contenidos. Esos contenidos van a venir determinados por la adecuación del mandato de la norma concreta a lo establecido en las normas jerárquicamente más elevadas y, en última instancia, por la norma superior del ordenamiento. Por ello, frente a la distinción kelseniana entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos, se debe reconocer que el derecho en realidad puede ser considerado como sistema normativo mixto (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 27).



3.6.2. Eficacia

La eficacia de una norma puede ser entendida de diferentes maneras. En primer lugar, se puede afirmar que una norma es eficaz cuando los destinatarios de la misma ajustan efectivamente sus conductas al modelo de conducta establecido en la norma. Es decir, una norma es eficaz cuando los sujetos a los que la norma va dirigida la cumplen, se comportan de acuerdo con la misma, en un momento ulterior, cuando después de ser incumplida se puede aplicar la correspondiente sanción. En segundo lugar, la eficacia puede ser entendida como la adecuación entre el mandato de la norma y los fines que se pretenden alcanzar con la misma. Las normas pueden ser entendidas como instrumentos para alcanzar determinados objetivos o finalidades. En este sentido puede existir una inadecuación entre los medios y los fines, y así se puede afirmar que una norma no es eficaz cuando no sirve para alcanzar los objetivos propuestos. Esta segunda acepción la propone el autor al considerar al Derecho como una forma de control social, pero apunta que, como ocurre también con la validez, el juicio sobre la eficacia de una norma es un juicio de hecho (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, pp. 27-28).

Para Peces Barba (2010), las personas deben ser conscientes de que pueden plantearse problemas vinculados a la eficacia del derecho, precisamente porque este regula conductas humanas. Dicho de otra manera, el derecho se desenvuelve en el ámbito de la libertad y no en el de la causalidad o necesidad. Los individuos tienen capacidad de decisión y, por tanto, pueden ajustar o no sus comportamientos a los establecido en el modelo normativo jurídico (y en otros). Al contrario de lo que ocurre en lo regulado por las leyes de la naturaleza, que se puede explicar cómo una sucesión de acontecimientos resultado como una cadena de causas y efectos, el ámbito de lo humano es el ámbito de la libertad, de la decisión y de la voluntad (p. 28).



3.6.3. Justicia

La idea de justicia constituye posiblemente el criterio de valoración último del sistema jurídico. Tradicionalmente se ha afirmado que la justicia se encuentra entre los grandes fines o valores a alcanzar por parte de los ordenamientos jurídicos, aunque hay que reconocer que no es el único. En efecto, los sistemas jurídicos pueden estar encaminados a alcanzar otros fines. La historia ha dado y da buena muestra de ello. En todo caso, sí cabe afirmar en este momento que cualquier sistema jurídico constituye un punto de vista sobre la justicia (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, pp. 28-29).

El derecho no es neutro desde el punto de vista axiológico, es un sistema de ordenación de las conductas humanas de acuerdo con determinados modelos de conducta, que son asumidos como criterios de corrección a partir de los cuales valora esos comportamientos. El juicio sobre la justicia de una norma es en este sentido un juicio de valor que surge de la constatación de la adecuación (o inadecuación) entre el ser de la norma y el deber ser de la misma (Peces Barba, Fernández, De Asís, 2010, p. 29).

Es precisamente en ese ámbito de validez, eficacia y justicia que la cohesión del sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya pueden cohesionarse en una evolución del fenómeno del derecho en Guatemala, pero debe existir voluntad política sociocultural para avanzar en su integración a favor de las grandes mayorías de los pueblos originarios, así como han avanzado otros países de Latinoamérica vistos en el capítulo dos de este estudio.

El pluralismo jurídico en Guatemala puede darse por medio de una reforma constitucional que sería lo ideal, pero si esta no se diere por ceguera política y discriminación racial, el mismo puede darse desde y hacia la Constitución actual por medio de su fuerza



expansiva concatenada con estándares internacionales ratificados por nuestro país en materia de derechos humanos y las leyes ordinarias.

La evolución de los sistemas legales debe entenderse como un conjunto de mecanismos de variación, selección y retención que pueden identificarse en el marco de un subsistema y de la interacción de estos mecanismos con mecanismos similares de otros subsistemas sociales. A partir de allí, la acción de los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado conlleva el desarrollo de determinadas estructuras jurídicas (Iannello, s. f., p. 778).

De esa cuenta, la adaptación de una costumbre en norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema legal implica adaptar el elemento mutante para que los operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva (Iannello, s. f., pp. 778-779).

En un sistema autoreferenciado con potencialidad de conflictos por la existencia de subsistemas, los jueces tendrán un papel preponderante ya que deberán elaborar un proceso de adaptación de la costumbre-norma al sistema institucional, en tanto son quienes realizan la ponderación de la aplicación de las normas haciendo mérito de los intereses en conflicto. Sobre este punto, los jueces efectúan evaluaciones idiosincráticas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido y adaptar una nueva regla (Iannello, s. f., p. 779).

Una visión sistémica del pluralismo jurídico permite comprender mejor cómo actúan los distintos niveles de normas dentro de una sociedad o entre sociedades que tienen algún vínculo. Una propuesta de este estilo debe proponer la manera de articular los elementos del “no derecho” con el derecho estatal, de acuerdo con Gunter Teubner, citado por Iannello (s. f., p. 779).



Esta noción busca solucionar las posiciones dialécticas de derecho/no derecho, derecho estatal/derecho no estatal. La idea consiste en capturar la representación de la dicotomía volviéndole parte del sistema. De esta manera, una dicotomía que puede llevar a una paradoja, pasa a formar parte del mundo generando un proceso de morfogénesis, entendiéndose por la situación en la cual, si existe una paradoja y la misma no destruye las posibilidades de conocimiento del sujeto, entonces ese concepto se ve ampliado por un nuevo concepto (Iannello, s. f., p. 779).

Por eso, hablar de pluralismo jurídico es hablar de una diversidad de sistemas normativos que actúan como mecanismos de control social y de resolución de conflictos que poseen legitimidad social que existen entre sí; se sea mezclados, separados o colisionando entre sí al interior de un espacio geo-cultural específico. Un sistema jurídico normativo es más que un conjunto de costumbres arraigadas por la tradición en una comunidad valorativa determinada. Los sistemas jurídicos comprenden, además de un conjunto de normas o leyes (escritas o ágrafas) conocidas y compartidas por los miembros de una comunidad ética, una tipificación de delitos, un conjunto de operadores de justicia legitimados socialmente, procedimientos específicos de administración de justicia y una determinada concepción de la justicia. El derecho consuetudinario o las costumbres, sin estos cuatro elementos claves, no llegan a constituirse en sistemas jurídicos diferenciados (Arias Schreiber, 2011, p. 382).

En los estudios jurídicos es común aun referirse al derecho “originario” vigente en las sociedades ágrafas de tradición oral como “derecho consuetudinario”, derecho de costumbres. Incluso en la legislación nacional el reconocimiento de la diversidad cultural del país se hacía mediante el reconocimiento del “derecho consuetudinario”. Este derecho, sin embargo, era siempre concebido como un derecho “menor” en relación al derecho estatal moderno republicano



vigente. Si entraban en colisión ambos derechos, se decía que el conflicto se resolvía haciendo prevalecer el derecho estatal sobre el derecho consuetudinario. De otro modo, se sostenía que se propiciaba la atomización del país y se ponía en riesgo la unidad nacional (Arias Schreiber, 2011, p. 382).

El pluralismo jurídico alude pues a la coexistencia de una diversidad de sistemas jurídico-normativos en contacto. Estos pueden ser de diversos tipos, desde los casos de complementariedad de los sistemas tradicionales con los sistemas modernos de administración de justicia hasta los casos de colisión entre sistemas normativos de justicia tradicionales y sistemas oficiales estatales. En este sentido, el pluralismo jurídico es un fenómeno de interculturalidad de hecho (Arias Schreiber, 2011, p. 382).

Desde un punto de vista normativo, hablar de “pluralismo jurídico” implica no establecer *a priori* una jerarquía entre el derecho estatal y el derecho de costumbres, de manera que cuando entran en colisión la contradicción se resuelva aplicando el derecho estatal por encima del derecho consuetudinario, pues, de esta manera, se soluciona el problema del prevaricato, pero no el problema de la justicia (Arias Schreiber, 2011, pp. 382-383).

La doctrina del pluralismo jurídico alude por ello a la necesidad de normar las relaciones entre los sistemas jurídicos existentes, no desde el derecho estatal, sino desde la teoría de los derechos humanos. Pero, para que los derechos humanos se constituyan en el referente normativo último del pluralismo jurídico precisan permeabilizarse a otras maneras de entenderlos; necesitan volverse inclusivos de la diversidad (Arias Schreiber, 2011, p. 383).

Pero el pluralismo jurídico es, ante todo, un hecho muy complejo que es preciso entender bien para proponer normativas adecuadas a los problemas que suscita. Para entender mejor lo



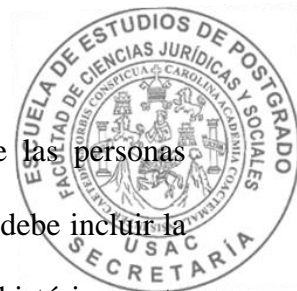
que está en juego en esta forma *sui generis* de interculturalidad de hecho y de interculturalidad normativa es necesario comprender bien el derecho indígena para que se complemente con el derecho oficial y no se excluyan mutuamente, antes bien deben plantearse soluciones en caso de solución entre los sistemas normativos tradicionales y no tradicionales de justicia (Arias Schreiber, 2011, p. 383).

3.7. Los derechos humanos como principio dirimente

Guatemala es garante de los derechos humanos reconocidos a nivel constitucional y vía Convenios y Tratados Internacionales que han sido ratificados por el país.

Si se reconoce que la implementación del pluralismo jurídico es una forma de evolución del ordenamiento jurídico interno guatemalteco como fenómeno del derecho socio jurídico cultural, su integración tiene que enfocarse desde los derechos humanos económicos, sociales y culturales

(...) que son derechos universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, los cuales deben ser respetados, garantizados, protegidos y promocionados por el Estado o Nación correspondiente. No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas (en algunos casos de efectos inmediatos y otros progresivos), tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general (contenido mínimo esencial del derecho), creando y generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de recursos económicos, aunque claro está, si dependerá del desarrollo económico del país. (Corte de Constitucionalidad, 2010, Gaceta 95. Expediente 1205-2008. Sentencia de fecha 17/02/2010, s. p.)



Esa obligación del Estado de crear y generar las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y a la satisfacción de sus necesidades mínimas, también debe incluir la implementación del pluralismo jurídico para todos los pueblos originarios históricamente relegados por el monismo jurídico.

La discusión sobre el alcance del concepto de los derechos humanos tiene en el plano teórico diversos enfoques, atendiendo no solo a su desarrollo histórico sino a la correspondiente valoración que tienen en cada sistema político ideológico. Se reconoce en su evolución una primera generación de ellos, que son los derechos civiles y políticos, tales las libertades del individuo frente a la injerencia del Estado, como expresión del liberalismo; una segunda generación, desarrollada en el constitucionalismo latinoamericano, que son los económicos, sociales y culturales, que constituyen demandas dirigidas contra el Estado para obtener ciertos servicios o beneficios, por ejemplo, trabajo, salud y educación; y una tercera, llamados derechos a la solidaridad, que se empiezan a reconocer en textos internacionales y que, por su propia naturaleza, implican para lograr su aplicación, una actividad concentrada de todas las fuerzas sociales. Nuestra Constitución agrupa los derechos humanos dentro del Título II de la misma, pero claramente se distingue que en el capítulo I, bajo acápite de Derechos Individuales, figuran los que la doctrina divide en civiles y políticos, mientras que en el capítulo II, denominado Derechos Sociales, agrupa los derechos humanos que se conocen como económico-sociales-culturales. (Corte de Constitucionalidad, 1988, Gaceta 8. Expediente 87-88. Sentencia de Fecha 26/05/1988, s. p.)

Es precisamente en esa denominada actividad concentrada de todas las fuerzas sociales que en países como Perú, Ecuador y Bolivia se ha logrado concatenar el sistema jurídico oficial y



el sistema jurídico indígena en el pluralismo jurídico como avance evolutivo de sus derechos internos.

Según Irigoyen, citada por Arias (2011), una reflexión más global sobre el pluralismo jurídico, la interculturalidad y los significados y retos del mismo, ponen en el centro de la reflexión la realidad de la “pluralidad normativa” frente al “monismo normativo” del derecho estatal. Es decir, (sobre) el hecho de la coexistencia de varios sistemas jurídicos, frente al planteamiento del monopolio estatal de la producción jurídica y su arbitraje por el Estado (p. 387).

En los casos de colisión de derechos, la doctrina del pluralismo jurídico como respuesta normativa a una situación de hecho, no se limita simplemente a “salvarla” mediante la afirmación del predominio del derecho estatal sobre el derecho tradicional. Lo que se busca en los estudios y las propuestas normativas sobre pluralismo jurídico es desabsolutizar el derecho estatal para tornarlo permeable a las diferencias valorativas y normativas ínsitas al derecho de costumbres. (Arias Schreiber, 2011, p. 387)

La jerarquización *a priori* entre el derecho estatal y el derecho de costumbres no genera nuevas formas de convivencia digna. Ambos son derechos positivos y expresan perspectivas morales de valoración distintas. No se trata sin embargo de una apología irresponsable del “*todo vale*” del relativismo cultural. La jerarquía hay que replantearla y localizarla más bien entre ambos derechos positivos y la doctrina de los derechos humanos. Pero hay que abrir la doctrina de los derechos hacia otra forma de entender la dignidad humana más allá de nuestras conceptualizaciones y taxonomías básicas. Lo natural parece ser, por ejemplo, dividir los



derechos humanos en tres generaciones de derechos, o entre derechos individuales básicos y derechos colectivos.

Estas taxonomías esconden posturas filosóficas que no son ni necesariamente verdaderas, como no lo es ninguna posición teórica que se reclame filosófica, es decir, autorreflexiva, ni por otro lado englobante. Hay que empezar, pues, por permeabilizar la doctrina clásica de los derechos fundamentales –que posee un sesgo individualista bastante fuerte– hacia otras formas culturalmente válidas de entenderlos. La concepción ilustrada de los derechos humanos es poco autorreflexiva y por lo mismo puede ser profundamente alterofóbica.

La alterofobia consiste en visualizar siempre las violaciones a los derechos humanos que se comenten fuera de la propia cultura y no ver al mismo tiempo cómo se violan los derechos humanos dentro de esta. Como si la barbarie estuviera siempre en los otros. La ceguera de los estados occidentales en relación con las violaciones de los derechos humanos que se cometen en sus propios territorios y en los que invaden en nombre de los derechos humanos es un caso emblemático de “*alterofobia*”.⁴ Esta no puede ser el punto de partida de una concepción transcultural y por lo mismo universalizante de los derechos humanos. La alterofobia es la cara oculta del etnocentrismo y no conduce a nada deseable (Arias Schreiber, 2011, p. 387).

No hay razón válida para presuponer de entrada que la idea de derechos humanos es exclusiva de la tradición ilustrada. O tal vez como sostiene Boaventura de Sousa Santos (2003),

(...) todas las culturas poseen concepciones de la dignidad humana, pero no todas la conciben en términos de derechos humanos. Por eso es importante identificar preocupaciones isomorfas entre las diferentes culturas. Designaciones, conceptos y

⁴ La expresión es de María Cristina Alvares Degregori.



Weltanschauungen diferentes pueden transmitir preocupaciones o aspiraciones semejantes o mutuamente inteligibles. (p. 442)

Además, conviene tener presente que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana. La idea de completitud está en el origen de un exceso de sentido del que parecen sufrir todas las culturas y es por eso que la incompletitud es más fácilmente perceptible desde el exterior, a partir de otra cultura. Aumentar la conciencia de la incompletitud cultural es una de las tareas previas para la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos (Arias Schreiber, 2011, pp. 387-388).

La ética ciudadana auténtica es profundamente “alterofílica”, abierta a dejarse fecundar por otras éticas culturales, por otras formas de convivencia y de entender el sentido de la vida y de la muerte. En nombre de los derechos humanos, se debe, por coherencia ética, abrirse a esas otras formas de entenderlos más allá de las propias categorías y paradigmas.

Guatemala, como República, se considera que se encuentra dentro del marco de un Estado constitucional democrático de derecho, en que los actos del poder público se encuentran regidos por la ley. Sin embargo, esta denominación se considera precaria, derivado de que a grandes grupos sociales como lo son los pueblos mayas originarios se les ha excluido de tener un reconocimiento constitucional expreso como tales, y de que autónómicamente puedan ejercer un pluralismo jurídico idóneo a sus costumbres, que coexista con el sistema jurídico oficial y que se aplique dentro de los sistemas del respeto y protección a los derechos humanos reconocidos por la legislación interna y estándares internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, ya que no se puede avanzar en la integración de un multipluralismo jurídico si se violan en su aplicación derechos humanos fundamentales, y es por eso que debe advertirse que debe advertirse que para

dicha integración, debe respetarse el principio de legalidad en general y la legalidad penal en particular.



El continuo debate entre el sistema jurídico oficial y la posibilidad de su integración con un sistema jurídico maya ha polarizado a diversos sectores de la sociedad; pero esa polarización debe ser superada, porque a criterio del sustentante, el multipluralismo jurídico en Guatemala beneficiaría a grandes grupos sociales integrados en los pueblos originarios.

Los individuos que integran pueblos originarios reclaman la mayor autonomía posible para el goce y ejercicio de sus libertades que incluyen dentro del conjunto de sus derechos la formulación de su propio sistema jurídico que integrado al sistema jurídico oficial, articulen un verdadero pluralismo jurídico de reconocimiento constitucional.

Para que dicha articulación pueda ser una realidad, en opinión del sustentante, debe instaurarse sobre la base del principio de legalidad, al amparo de los progresos del Estado democrático de derecho y de estándares internacionales en materia de derechos humanos, con controles sobre la autoridad autonómica que los ejerza (la jurisdicción plurijurídica) y límites a la libertad de su ejercicio (teoría de pesos y contrapesos), todo dentro del marco del sistema jurídico vigente positivo nacional e internacional que acogen por diversas vías la voluntad general, nacional y popular como ejercicio de la soberanía “que es la que dispondrá hasta dónde puede llegar y cómo debe actuar el brazo del poder, y cuál es el ámbito previsto para el curso libre y responsable de la libertad” (García Ramírez; Morales Sánchez, 2011).

El pluralismo jurídico puede lograr un avance significativo si tuviera el reconocimiento constitucional, pero aun sin tenerlo, puede avanzarse en su articulación por medio de una interpretación *pro homine* y *pro actione* de los artículos constitucionales vigentes que abordan el

tema indígena en estricta coherencia con estándares internacionales que han sido ratificados por Guatemala, tal el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.



En todo caso, el Convenio 169 de la OIT también dispone que, en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deben respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Este instrumento internacional puede ser de suma utilidad para la implementación del pluralismo jurídico en Guatemala, ya que se puede articular con preceptos constitucionales y ordinarios y con las propias costumbres que no riñen con derechos fundamentales.

En la Constitución misma enfocada hacia la proyección de un Sistema Jurídico Maya, sería posible encontrar un cuadro de valores y una jerarquía de bienes a los que el legislador debería atenerse para construir los intereses merecedores de protección penal dentro de un pluralismo jurídico integrado; y no solo en el ámbito penal, sino en las demás ramas del derecho (Donini, 2001, p. 25).

Fundamentalmente, ha de hacerse eco a los principios que inspiraron la elaboración de dicho instrumento internacional (Convenio 169), ya que son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que sus aplicaciones progresivas hacia todas las sociedades interesan al mundo civilizado y que en este caso concreto pueden que servir de base para la formulación de un pluralismo jurídico enfocado hacia el respeto al etnicismo, el etnodesarrollo y el respeto de los derechos humanos.



3.7.1. Principio asimilacionista

De acuerdo con el enfoque asimilacionista, el único futuro posible para los pueblos indígenas era su integración al resto de la sociedad, y que otros habían de tomar decisiones sobre su desarrollo.

Así se hace referencia al abandono del principio asimilacionista, es decir que el principio de la no asimilación deviene del carácter permanente (ya no temporal) de los pueblos indígenas y del respeto hacia su diversidad étnica y cultural. Esto se ve reflejado en el Artículo 2, números 1 y 2 del Convenio 169 que indican:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de estos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida. (s. p.)



De la misma manera, en el Artículo 5 letra a) se señala que: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (s. p.).

3.7.2. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación es hacer frente a diversos contextos donde pueden sufrir discriminación, violencia y coerción. Debe garantizarse que los pueblos indígenas puedan gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Establece acciones positivas que los gobiernos deben realizar orientadas a mejorar la situación de los pueblos indígenas, dado que en muchos casos se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

3.7.3. El principio de igualdad ante la ley

Es la garantía de igualdad ante la ley de todos los miembros de la sociedad. Reconoce igualdad independiente de las diferencias sociales, culturales, étnicas y religiosas de los grupos que la conforman.

En cuanto a la igualdad independiente El Convenio 169 da una definición de pueblos indígenas (conciencia de su identidad indígena):

Descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista, colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales.



Cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. (s. p.)

De acuerdo con la CEPAL, existen dimensiones para identificar a los pueblos indígenas:

(Auto) reconocimiento de la identidad, en el sentido del desarrollo de una conciencia étnica y el sentido de pertenencia a una cultura.

Origen común, que se refiere a la descendencia de ancestros comunes y a la memoria social y colectiva de los pueblos.

-Territorialidad, ligada a la herencia ancestral y memoria colectiva de los pueblos, la ocupación de las tierras ancestrales y su relación material y simbólica con ellas; y,

-Dimensión lingüístico-cultural, que representa el apego a la cultura de origen, organización social y política, el idioma, su cosmovisión, conocimientos y modos de vida. (s. p.)

Existe una preponderancia de lo colectivo por sobre lo individual. La mayoría de las formas de relacionamiento, organización y participación son esencialmente comunitarias y en muchos casos se consideran decisiones colectivas.

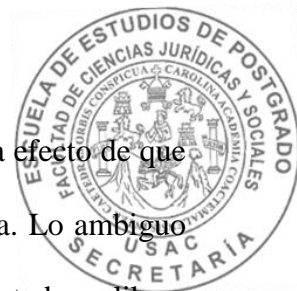
Desde esta perspectiva, se parte de la idea de que es desde la Constitución misma que se debe representar el fundamento y proyección de un pluralismo jurídico haciendo uso para el efecto de la exégesis y de la hermenéutica jurídica para interpretar sus textos bajo la lupa de estándares internacionales como el Convenio 169 (constitucionalidad y convencionalidad) y, para ser más precisos, sobre todo en relación con la parte especial del Código Penal, que requiere



de una revisión completa de todo el cuadro de valores en que se incluirían los propios de la cosmovisión maya.

Además, y respecto de la parte general, tanto el sistema sancionador oficial como el sistema sancionador maya, deben integrar sus preceptos referidos a la actuación de los principios de legalidad, taxatividad, reserva de ley, culpabilidad y función reeducativa y resocializadora de la pena, ya que no podrían persistir como fueron escritos y elaborados como actualmente los regula dicho cuerpo normativo impulsado mediante Decreto 17-73 y sus reformas. La misma actualización lingüística y científica del Código es una tarea a la que el legislador contemporáneo ya no puede sustraerse. A pesar de todo ello en la actualidad únicamente se suceden, entre la intermitencia y la debilidad de los gobiernos, nuevas comisiones que elaboran proyectos de reforma (constitucionales y de leyes ordinarias) parciales o totales que son sistemáticamente abandonados con los sucesivos cambios políticos.

En este punto es preciso señalar que las costumbres indígenas integradas en un sistema jurídico maya tendrían una concepción más bien iusnaturalista, mientras que el sistema jurídico oficial deviene de una concepción iuspositivista, por eso es necesario advertir que la integración de ambos sistemas en un pluralismo jurídico, tendría un fundamento estrictamente iuspositivista, ya que si se perfila desde y hacia una constitución positiva, esto podría justificar su cohesión, lo que aunado con argumentos de racionalidad jurídico-cultural, conllevaría fuerza de ley, propia de la norma constitucional, extrayendo su fuerza ideológica y su proyección política precisamente de su racionalidad prejurídica, esto es, en el pluralismo jurídico, las costumbres integradas, no perderían su esencia axiológica con base epistemológica.



La costumbre vista como objeto de prueba y como fuente del derecho, para efecto de que opere en tal sentido, debe ser acreditada en un proceso y no solo invocada. Lo ambiguo surge en este caso, desde el momento de la indefinición e inexistencia de tratados o libros que nos aporten noticia respecto de la aparición de nuevas costumbres o bien su desaparición. La costumbre a demostrarse en el proceso judicial, debe cubrir los dos aspectos que la integran: el objetivo, consistente en una práctica reiterada de una conducta; y, el subjetivo, traducido en la conciencia de que la práctica reiterada de cierta conducta se considera como obligatoria. (Plascencia Villanueva, 1995)

Es necesario observar de cerca el fenómeno de la costumbre como actividad material e intelectual y que se cumple en el terreno de la realidad social guatemalteca a efecto de instaurar el pluralismo jurídico en un ámbito multidimensional, esto es, integrado al sistema jurídico oficial sin que entre ambos exista subordinación, solo sujetos a la Constitución, a las leyes con rango constitucional y estándares internacionales en materia de derechos humanos.

El pluralismo jurídico en Guatemala puede proyectarse además con fundamento en los principios indicados en los siguientes apartados.

3.7.4. El principio de la universalidad de los derechos humanos

El principio de la universalidad de los derechos humanos, que es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales,



de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Son universales los derechos humanos, en cuanto se extienden a todo el género humano, en todo tiempo y lugar, en razón de la esencial unidad de naturaleza del hombre, cualquiera sea su condición histórica o geográfica, su raza, sexo, edad o situación concreta en la sociedad. (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Los derechos humanos son universales porque todos los miembros de la familia humana los poseen. Se derivan de la dignidad inherente e igual de todas las personas (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

El principio de universalidad brega para que los derechos humanos rijan en todas partes y con la misma intensidad. Por este principio, se entiende que toda persona sin excepción ni discriminación tiene derecho al disfrute de los derechos humanos, tanto si sus gobiernos reconocen o respetan esos derechos (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Para el caso de Guatemala, la Constitución invoca el principio de universalidad de los derechos humanos en el Artículo 4 que regula que en el país todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí. Además, el Artículo 44 del Texto Supremo se refiere a los derechos inherentes a la persona humana, en cuanto a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Por medio del artículo 46 constitucional se establece que el principio general de que, en materia



de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en este, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es incita respecto de la persona humana. Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no sólo garantizan derecho subjetivo de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad.

En una Constitución finalista, como lo es aquella actualmente vigente en la República de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto, no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el Artículo 44 de la Constitución Política de la República, o de la recepción que también autoriza el Artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun cuando no figuren expresamente en este último texto normativo (Corte de Constitucionalidad, 2006, Gaceta 82. Expediente 1356-2006. Sentencia de fecha 11/10/2006, s. p.).



3.7.5. Principio *pro homine*

Para el destacado jurista peruano Edgar Carpio Marcos, mencionado en la *Revista Penal* de la Universidad de La Rioja (2001), el principio *pro homine* tiene dos variantes principales:

A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera).

B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos. (s. p.)

Para el argentino Bidart Campos, también mencionado en la *Revista Penal* de la Universidad de La Rioja (2001), este principio indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional. En efecto, se trata de un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su



suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, eso es, estar siempre a favor del hombre (s. p.).

También llamado *pro libertatis*, tiene una clara función tuitiva dirigida a los derechos y libertades de la persona humana frente a la conducta omisiva o comisiva del Estado, de ello se colige que las personas jurídicas o ideales se encuentran excluidas, entre ellas el propio Estado. Además, este principio es oponible solo contra el Estado porque la aplicación entre personas particulares a favor de una parte implica un desmedro para las libertades y derechos de la otra (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

La Constitución de Guatemala recoge este principio de interpretación de los derechos fundamentales en su Título II, que se refiere a los Derechos Humanos, y en su Capítulo I, que se refiere a los derechos individuales y que se refieren a la materia de derechos y garantías constitucionales.

Los derechos humanos Económicos, Sociales y Culturales, (...) son derechos universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, los cuales deben ser respetados, garantizados, protegidos y promocionados por el Estado o Nación correspondiente. No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas (en algunos casos de efectos inmediatos y otros progresivos), tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general (contenido mínimo esencial de derecho), creando o generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, si dependerá del desarrollo económico de un



país. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 95. Expediente 1205-2008. Sentencia de fecha 17/02/2010, s. p.)

(...) los derechos individuales contenidos en la parte dogmática de la Constitución no se conciben de forma absoluta, sino que las libertades están sujetas a la ley, la que establece los límites naturales que dimanán del hecho real e incontrovertible de que el individuo vive en un régimen de interrelación. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 25. Expediente 68-92. Sentencia de fecha 12/08/1992, s. p.)

Los derechos individuales muestran claramente su característica: unos, los civiles, con un contenido negativo que implica obligaciones de no hacer y los otros, los políticos, el reconocimiento de la facultad que los ciudadanos tienen para participar en la organización, actuación y desarrollo de la potestad gubernativa. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta 8. Expediente 87-88. Sentencia de fecha 26/05/1988, s. p.)

Además, como ya se especificó anteriormente, el Artículo 44 del Texto Supremo se refiere a los derechos inherentes a la persona humana, en cuanto a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. Y por medio del Artículo 46 constitucional se establece que el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptadas y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno; por ello se afirma que las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, es decir, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución, por lo que este principio resulta entonces en el

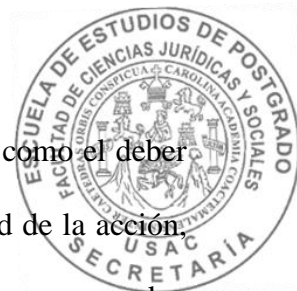
punto de partida para una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución guatemalteca.



La facultad de poder interpretar disposiciones sobre derechos y garantías constitucionales bajo este principio se extiende a funcionarios que tienen la potestad de administrar justicia como icono fundamental y principal que consagra esta principio, pero únicamente en pro de la humanidad como queda establecido, siempre y cuando nazca duda sobre la aplicación de una disposición. Bajo este precepto no existe justificativo de negarse a pronunciarse en sentido favorable a las personas y pueblos, pues no existe razón para argumentar falta de disposición ni tampoco oscuridad de la misma, se podría decir que el criterio de la sana critica fundamentada está vigente y más que nada se hace efectiva en defensa de los principios que consagra la Constitución guatemalteca (...) Esta se constituye sin a duda en una característica progresista que permite abrir un horizonte sin fronteras a los juzgadores quienes se convierten a todas luces en jueces constitucionalistas antes que de meros sujetos esclavizados a procedimiento cuando de aplicar una norma se trate, siempre que exista incertidumbre, esto sin lugar a duda fortalece el espíritu de la Constitución de Guatemala (...). (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.)

3.7.6. Principio *pro actione*

Para Casal, el principio *pro actione* es el derecho a ser oído por un juez o el derecho a audiencia, cuyo linaje constitucional es indiscutible, este principio también llamado principio de acceso a la justicia debe ser libre, ya que no ha de estar sujeto a condicionamientos excesivos, lo cual conduce a rechazar requisitos legales para la admisión de demandas o recursos que sean poco razonables o restrinjan injustificadamente dicho acceso. Además, en virtud de esta



derivación del derecho a la jurisdicción se ha reconocido el principio *pro actione* como el deber de interpretar las normas procesales en el sentido más favorable a la admisibilidad de la acción, lo que también obliga a evitar todo pronunciamiento de inadmisibilidad por defectos que puedan ser subsanados sin dar la oportunidad de hacerlo. El libre acceso a la justicia se opone así mismo a cualquier discriminación. Por otro lado, se quebranta tal libertad en el acceso cuando legalmente se excluye la posibilidad de plantear ciertas acusaciones, reclamaciones o pretensiones legítimas. El acceso a la justicia, además, debe ser efectivo, razón por la cual no es suficiente contar con la posibilidad teórica de ejercer una acción o recurso. El justiciable debe tener realmente a su disposición un instrumento procesal apto para proteger el derecho de que se trata (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Este principio está consagrado en la Constitución guatemalteca respecto del derecho de audiencia ante juez competente y preestablecido en su artículo 12 que regula que el derecho de defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o autoridad competente y preestablecido.

Por imperio de la previsión constitucional contenida en el Artículo 12 del Texto Supremo, para el respeto al debido proceso y al derecho de defensa, se debe observar el principio procesal de audiencia o contradicción que suele enunciarse tradicionalmente en el brocardo latino “audiatur et altera pars” (óigase a la otra parte), Por ello, las normas de naturaleza procesal regulan los mecanismos de defensa que disponen las partes para hacerlos valer en juicio, determinando así las formas y oportunidades para la realización de los actos procesales. Es mediante la observancia de la normativa procesal que se posibilita a las partes una defensa integral que se concrete y se consolide en una en una



resolución final (...). (Corte de Constitucionalidad, 2010, Gaceta 95. Expediente 1462-2009. Sentencia de fecha 23/02/2010, s. p.)

La garantía constitucional del debido proceso, en todo proceso judicial, es entendida como una garantía que se sostiene en los principios de igualdad y bilateralidad procesal y contradicción. Preconiza el efectivo ejercicio del derecho a la audiencia debida con el objeto de brindar la igualdad procesal a quienes como partes intervienen en un proceso judicial. Lo anterior también posibilita el goce de otros derechos y garantías (...) entre los que están: derecho de contradicción (defensa), de producir medios probatorios para que éstos sean válidamente apreciados por el juzgador, y de obtener respecto de las pretensiones deducidas en el juicio una decisión judicial fundada, emanada por un tribunal imparcial, independiente y preestablecido. Para posibilitar todo lo anterior, debe estar establecido en una ley un conjunto de garantías, requisitos y procedimientos que tanto el juez como las partes deben observar, con el objeto de que el acto judicial decisorio que se emita en el proceso sea constitucional y legalmente válido. (Corte de Constitucionalidad, 2009, Gaceta 94. Expediente 3183-2009. Sentencia de fecha 10/11/2009, s. p.)

El Artículo 29 del Texto Supremo regula que toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.

El libre acceso que tiene toda persona a los tribunales de justicia del Estado, según el Artículo 29 constitucional, consiste en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y magistrados, la cual se corresponde con la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo



juzgado que poseen los tribunales de justicia del Organismo Judicial (Artículo 203 constitucional). Dicho Artículo 29 indica que esa libertad debe ejercerse de conformidad con la ley, lo cual permite al legislador configurar y determinar los requisitos para acceder a los tribunales de justicia, pero esa facultad legislativa no puede abolir el contenido esencial de ese derecho, por lo que el legislador no puede imponer para su ejercicio obstáculos o dificultades arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, salvo que tal dificultad esté en algún modo justificada por el cumplimiento de un fin constitucionalmente lícito (Corte de Constitucionalidad, 2011, Gaceta 101. Expediente 387-2010. Sentencia de fecha 7/07/2011, s. p.).

En un sistema de pluralismo jurídico constitucionalmente integrado, los derechos de defensa y audiencia se podrían ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades jurisdiccionales competentes y estas deberán garantizar su cumplimiento a efecto de que el acceso a la justicia sea gratuito y la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses legítimos, con sujeción siempre a los principios de inmediación y celeridad no quedando ningún caso en estado de indefensión, en concordancia del principio de *pro actione* garantizándose además que el sistema del pluralismo jurídico sea un medio para la realización de la justicia.

3.7.7. Principio de posición preferente de los derechos fundamentales

El Estado constitucional de derecho implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común al respecto, la Constitución chilena explicita esta realidad en su Artículo 1, al igual que muchas otras Constituciones latinoamericanas (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).



Asimismo, todo el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario internacional se basan en la dignidad intrínseca de la persona humana y la protección de los derechos que de ella derivan (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

En un Estado Constitucional de Derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder (*preferred rights position*). La persona debe estar protegida por la actuación estatal siendo el objetivo y finalidad principal, por lo tanto el poder público siempre deberán estar al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, como operador jurídico debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos. Las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, ya que los primeros son los que determinan la actuación de los órganos de poder público (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

De acuerdo con este principio, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente algunos de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así, por ejemplo, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre, que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).



Este principio comulga con el neoconstitucionalismo, es decir, que cuando hay dos principios constitucionales constitutivos de normas que enuncian derechos subjetivos de las personas, que según ella constituyen una

(...) recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado (.) aquel contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, (...). (s. p.)

Con el neoconstitucionalismo,

(...) los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura, torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticos inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.)

3.7.8. Principio de fuerza expansiva de los derechos fundamentales

La hermenéutica constitucional debe basarse en el principio *favor libertatis*, que de fuerza expansiva a los derechos, ya que, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja asegurando y garantizando los derechos humanos en su conjunto. La obligación del sometimiento de todos los poderes de la Constitución y a la obligación de respetar y promover los derechos humanos no solamente establece el deber de los



órganos del Estado de no lesionar el ámbito individual o institucional protegido por tales derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de ellos, los que constituyen un componente esencial del orden público nacional (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas. Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o en cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos, A nivel internacional ya se ha aplicado y reconocido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En concreto, se considera que el Estado debe hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones sujetas al derecho privado, pues de otra manera podrían darse violaciones de derechos que le acarrearán responsabilidad internacional.

3.7.9. Principio de progresividad

Los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración de los Derechos Humanos en 1948. Desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

En efecto, hay una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de los derechos humanos. Así, en el ámbito internacional de los derechos humanos se ha desarrollado el principio de “integralidad maximizada del sistema”, tal como lo denomina Bidart Campos, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como



fuerza, cuando contiene algunos “plus respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente de derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

En este sentido, diversos pactos internacionales de derechos humanos tienen normas que explicitan el principio de progresividad o integridad maximizadora de los derechos. Así, la convención American de Derechos Humanos, en su Artículo 29, inciso b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. El mismo principio está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su Artículo 52, entre otros (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los elementos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, la que lleva a una interpretación *pro cives* o *favor libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Esta progresividad de los derechos y su autoejecutividad implica que el juez debe conocer y aplicar las normas del derecho internacional de derechos humanos que se ha incorporado al derecho interno, cuando el derecho nacional no garantiza tal derecho (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

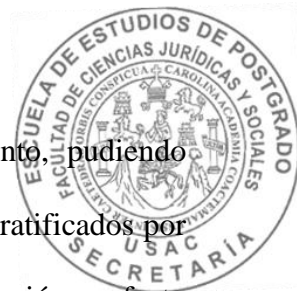


Los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, para su aplicación e interpretación, deben ser desarrollados progresivamente a fin de extender su ámbito de protección. El Estado debe generar y garantizar las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

El contenido de los derechos debe ser desarrollado doctrinaria, normativa, jurisprudencialmente y a través de políticas públicas. Cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos será declarada inconstitucional (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

El Estado es el llamado a reconocer y llevar a cumplimiento los derechos y garantías de las personas, los pueblos y la naturaleza, pero estos derechos, al no ser estáticos, evolucionan, para alcanzar mayores y amplias garantías para su cumplimiento, de esta manera el desarrollo de los derechos es alimentado por varias vertientes, entre ellas la doctrina, que a través de la experiencia y observación positiva de los tratadistas permite ampliar progresivamente tanto a los derechos y garantías. Otra fuente que influye en esta alimentación a los derechos es la jurisprudencia, es aquí que la experiencia social será la que aporte a este crecimiento, todos los actos que vulneren este carácter progresivo y que afecte, disminuyan, contradigan o anulen el ejercicio de estos derechos serán calificados de inconstitucionales (Universidad de La Rioja, 2001, s. p.).

Para el caso de la cohesión del sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya en el pluralismo jurídico, el contenido normativo de tales derechos se puede desarrollar de manera progresiva a través de la Constitución, estándares internacionales, normas ordinarias, jurisprudencia y políticas públicas, siendo el Estado, con sus tres poderes, el que genere y



garantice las condiciones necesarias para su plena vigencia y desenvolvimiento, pudiendo proyectarse, como ya se indicó, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, a efecto de que prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público, a efecto de que si hay varias normas o interpretaciones aplicables a un caso concreto, se debe elegir la que más proteja los derechos de la persona, protegiendo claramente el principio de progresividad de los derechos humanos, como parámetro del bloque de constitucionalidad.

En efecto, la propia Corte de Constitucionalidad en los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos internacionales en materia de derechos humanos sobre el derecho interno y se ha pronunciado sobre el caso de las comunidades indígenas al derecho de consulta respecto de los asuntos que les atañen, como sería el caso de la implementación del pluralismo jurídico.

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los Artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a

las circunstancias propias del país (...). (Corte de Constitucionalidad, 2009, Gaceta 94, Expediente 3878-2007. Sentencia de fecha 21/12/2009, s. p.)



Se puede instaurar el pluralismo jurídico en Guatemala de dos maneras: 1) estableciendo competencias y jurisdicciones de los pueblos indígenas originarios expresamente determinadas por medio de la reforma constitucional tantas veces aplazada por falta de voluntad política y ceguera legislativa; 2) desde y hacia la actual constitución actual por medio de interpretaciones extensivas a través de estándares internacionales ratificados por Guatemala, en materia de derechos humanos como principios dirimientes como ya se analizó anteriormente.

En ambos casos se requiere de un trabajo intenso para la integración de normas positivas vigentes que necesariamente se verían afectadas para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, ya que cohesionar el sistema jurídico oficial con el sistema jurídico maya alteraría el elemento formal normativo que incluye las normas escritas debido a la regulación de nuevas jurisdicciones y autonomías evolucionando los ámbitos penales, civiles, laborales, agrario, de menores y de familia entre otros, y sus correspondientes materias procesales, así como la integración del pluralismo normativo afectaría el elemento estructural integrado por la existencia de normas escritas o no escritas y que no necesariamente fueron promulgadas por el órgano legislativo, pero que son aplicadas por quienes administran justicia; y el elemento político cultural en donde se emplazan las reglas no escritas o no formalmente promulgadas que se van creando del contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, los usos, las costumbres, las tradiciones orales, y las relaciones entre las leyes escritas y no escritas.



Dicha labor conlleva necesariamente el esfuerzo conjunto de representantes de los tres organismos del Estado, líderes indígenas, representantes de organizaciones indígenas y campesinas, de organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y académicos nacionales e internacionales en dicha materia como punto medular de partida para su análisis de posibilidades y dificultades en su desarrollo profundizando los criterios para la implementación del pluralismo jurídico, existiendo actualmente estudios terminados de instituciones nacionales tales como la Defensoría Maya, el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, e internacionales tales como el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales Oficina Regional de Centroamérica, la Agencia para el Desarrollo Internacional –USAID–, la *Creative Associates International Call* de Guatemala y la Organización de las Naciones Unidas por medio de sus agencias de desarrollo y relatores especiales en el tema indígena, que en varias ocasiones se han referido a los mecanismos e instrumentos necesarios para que el tema sea abordado desde perspectivas teóricas y metodológicas aportando además los insumos para que el tema sea introducido a la agenda legislativa, judicial y ejecutiva.

Se han realizado Congresos sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas en los que se han formulado ponencias y resoluciones que pueden servir de materia base para la cohesión jurídica de ambos sistemas y en los que se han adoptado diversas modalidades tales como conferencias magistrales sobre el marco político y jurídico del reconocimiento del derecho indígena, cuáles podrían ser sus modalidades, análisis comparado, justicia penal y diversidad cultural, mecanismos de coordinación, respeto a los derechos humanos, derecho y perspectivas del Derecho Indígena, sobre el Convenio 169, el pluralismo jurídico, entre otros, y se han formado comisiones para discutir tales temáticas.



Estas discusiones han reflejado la necesidad de que los países adecuen sus modelos de gobierno y sienten las bases para la creación de un verdadero Estado democrático de derecho, que requiere para su consolidación el reconocimiento, tantas veces postergado, de la existencia de distintas culturas dentro de la Unidad del Estado. Este reconocimiento debe efectuarse, particularmente en lo relativo al sistema penal (Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, 2000, p. 12).

Asimismo, el diseño normativo debe configurarse, en la práctica jurídica y social, como un requisito indispensable para superar los obstáculos al acceso a la administración de justicia de los pueblos indígenas, ya que, históricamente, los Estados han dejado de lado la realidad pluricultural, multiétnica y plurilingüe (Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, 2000, p. 12).

En el Congreso Internacional Indígena, realizado en Guatemala en el año 2000, se indicó que el derecho indígena que se conoce en la actualidad ha pasado por diversas dinámicas y que los pueblos han logrado sobrevivir a estos procesos, pero también es interesante poder conocer cómo un indígena va a ser tratado por la justicia oficial (Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, 2000, p. 13).

La simple tipificación de hechos como delitos, desde una visión puramente occidental por parte de quienes legislan, implica desde ya, un serio conflicto frente al derecho y cosmovisión maya, cuyas prácticas o conductas son reguladas desde valores y principios culturalmente distintos (Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, 2000, p. 12).

Importantes corrientes del derecho penal consideran que la cárcel debería ser el último mecanismo de intervención, por eso se están incorporando mecanismos alternativos,



como la imposición de medidas comunitarias de comportamiento para resolver los conflictos y la reparación del daño en el derecho maya. Por ejemplo, en los casos de asesinato de una persona que fuera sustento de hogar, el autor debería ocupar el lugar del difunto en la realización del trabajo y proveer sustento de pro vida a la viuda y de los hijos/las huérfanas/nas. El Convenio 169 ratificado por Guatemala nos habla entre otras cosas, del respeto a los métodos utilizados, tradicionalmente, por los pueblos indígenas para la reparación de los delitos cometidos por sus miembros, y nos plantea que cuando un indígena ingresa al sistema de justicia penal no es lo mismo que lo juzgue su comunidad, las personas que lo conocen, a que lo juzgue un sistema que él desconoce completamente y que le es ajeno. Por ello insistimos en que es más vulnerable frente al sistema de justicia, lo atrapa un policía que probablemente no habla el idioma, con una cultura distinta, quizá con una visión racista, pasa por un fiscal, un juez y un defensor que no conocen el idioma ni la cultura organizacional también diferente. Aun cuando haya avances respecto a la utilización del derecho penal en el tema de los indígenas es importante seguir reflexionando no solo alrededor el Convenio 169, que nos da algunas salidas de la situación de exclusión, marginación y opresión al que son (...) sometidos los distintos Pueblos Indígenas, sino (como ya se afirmó) en otros instrumentos como la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Penal, el Código Procesal Penal, los Acuerdos de Paz, el Código Municipal, e instrumentos internacionales que tienen al reconocimiento de la pluriculturalidad. (sic) (Administración de Justicia y Pueblos Indígenas, 2000, p. 13)



3.8. La integración del pluralismo jurídico

Bajo las premisas y principios expresados anteriormente y sobre la base de los derechos de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es que se ha determinado que una de las formas para integrar el pluralismo jurídico en Guatemala, sería la de estructurar una Asamblea Plurinacional Constituyente formada por los cuatro pueblos que existen en el país, con profesionales del derecho capaces e idóneos, conocedores y expertos en el sistema jurídico oficial y en el sistema jurídico maya, garífuna y xinca, sin excluir profesionales de las ciencias afines al derecho, que carezcan de prejuicios y se despojen del racismo, ya que éste último persiste y no ha desaparecido, pues, como indica la autora Marta Elena Casaús Arzú (2019)

(...) el mundo occidental no quiere ver el racismo como una corriente soterrada bajo comportamientos o actitudes "políticamente correctas", ignorando que ésta permanece latente en todas nuestras sociedades, manteniendo la falsa esperanza de que se podía apaliar con la multiculturalidad o la interculturalidad y nos ha llevado a enfrentarnos – improvisamente y como quien despierta de una pesadilla- con un racismo manifiesto y brutal. Racismo primordialmente conducido y expresado por el Estado y los partidos políticos, cuya máxima expresión la ofreció los Estados Unidos y su anterior administración (Donald Trump).

Guatemala es, sin duda, una de las sociedades más racistas de América Latina y a la que más le ha costado reconocer un hecho tan evidente para todos los discriminados y tan poco evidente para el resto de la población no indígena. (Casaús Arzú, 2019, s. p.)



Guatemala cuenta con cuatro pueblos reconocidos:

- 1) El maya.
- 2) El xínca.
- 3) El garífuna.
- 4) El ladino o mestizo.

Dado que el estudio es respecto del sistema jurídico maya se hará énfasis en este, sin soslayar a los otros pueblos, dado que el xinca y el garífuna merecen un estudio aparte y el ladino o mestizo está integrado con el sistema jurídico oficial.

Guatemala es multicultural, intercultural, multiétnica, plurilingüe y monojurídica. El primer concepto de multiculturalidad hace referencia a la coexistencia de diversas culturas en un determinado territorio; hace referencia a una pluralidad de culturas en un mismo territorio.

La interculturalidad se puede definir como el proceso de comunicación e interacción entre personas y grupos con identidades culturales específicas, donde no se permite que las ideas y acciones de un apersona o grupo cultural esté por encima de otro, favoreciendo en todo momento el diálogo, la concertación y, con ello, la integración y convivencia enriquecida entre culturas. Las relaciones interculturales se emplean en el respeto a la diversidad y el enriquecimiento mutuo; sin embargo, no es un proceso exento de conflictos. Estos pueden resolverse mediante el respeto, la generación de contextos de horizontalidad para la comunicación, el diálogo, la escucha mutua, el acceso equitativo y oportuno a la información pertinente, la búsqueda de la concertación y la sinergia. La interculturalidad no se refiere tan solo a la interacción que ocurre a nivel geográfico sino más bien, en cada una de las situaciones en las que se presentan diferencias. Hay que



tener en cuenta que la interculturalidad depende de múltiples factores, como las distintas concepciones de cultura, los obstáculos comunicativos, la carencia de políticas estatales, las jerarquías sociales y las diferencias económicas. Además de acuerdo a la perspectiva con la que sea observada puede entenderse de una u otra forma. Por ejemplo, si se analiza el concepto desde la ética podemos descubrir que la forma en la que se involucra en el enraizamiento de los valores sociales es a través de la promoción del respeto de la diversidad, donde cada persona tiene derecho a ser como desea y el mismo paradigma vale para los colectivos. La ética intenta inculcar valores afines para construir sociedades democráticas, integradas y donde la armonía sea protagonista de la interacción social.

La interculturalidad está sujeta a muchos conceptos visibles como también variables como: cultura, diversidad, hegemonía cultural, política y económica de países y regiones, obstáculos comunicativos como el idioma y la diversidad lingüística, políticas integradoras e integracionistas de los Estados, jerarquizaciones sociales, sistemas económicos exclusionistas y que sustentan hegemonías ideológicas mediante la discriminación y la acción política de menoscabo de las identidades nacionales, así como diferentes niveles de desconocimiento entre grupos culturales de los mecanismos sociales y políticos para el ejercicio de derechos civiles y diferencias en el ejercicio pleno de las personas, de los derechos humanos y de género. El concepto de interculturalidad apunta a describir la interacción entre dos o más culturas de un modo horizontal y sinérgico. Esto supone que ninguno de los conjuntos sociales que establecen un contacto intercultural, se encuentra por encima de otro, en condiciones de supremacía en relación con el otro, como condición que favorece la integración y la convivencia armónica de todos los individuos. Cabe resaltar que este tipo de relaciones interculturales supone el respeto hacia la



diversidad; aunque es inevitable el desarrollo de conflictos, estos se resuelven a través del respeto, el diálogo y la concertación. (Ministerio de Educación, 2021, s. p.)

Guatemala es multiétnica debido a que congrega o abarca varias etnias. Una etnia, en tanto, es un grupo humano que se forma a partir de similitudes culturales, lingüísticas o raciales.

Asimismo, es un país que tiene características peculiares y una cultura autóctona que es el producto de la herencia maya y la influencia española durante la época colonial, siendo un Estado multiétnico ya que abarca hábitats o regiones lingüísticas o culturales de varios pueblos o etnias (nacionalidades).

Guatemala es un país multicultural y plurilingüe, donde coexisten cuatro pueblos claramente definidos por su cultura y su idioma: el pueblo maya, el garífuna, el xinca y el ladino o mestizo. En el territorio se hablan 25 idiomas, de los cuales 22 pertenecen a la familia maya, el español, el garífuna y el xinca. Además, es monojurídico, debido a que solo está reconocido el sistema jurídico oficial para su aplicación en todo el territorio de la República.

De acuerdo con el autor Pedro Ixchú García (2011), una corriente de juristas sostiene que para el reconocimiento, legalidad y vigencia de un sistema jurídico, deben necesariamente manifestarse tres elementos que son:

1. El conjunto de normas emanadas de un órgano debidamente constituido;
2. La existencia de autoridades investidas legalmente; y
3. La disposición de procedimientos establecidos para la debida aplicación de las leyes.



En la sociedad maya de Guatemala, las normas de orden y de cohesión social están fundadas en preceptos de tipo moral, ético y cósmico-espiritual. Que no son emanadas de institución o autoridad alguna legalmente instituida, pero si legítimamente reconocida y respetada por la sociedad indígena. Ante tal disyuntiva, se tiene la impresión de que, para la existencia de un sistema jurídico específico, no necesariamente deben darse todos los elementos mencionados.

Hay otros autores que no comparten lo anterior y manifiestan que en unas sociedades se encuentran rasgos y sistemas jurídicos, que aun careciendo de códigos escritos, de autoridades que imparten justicia y de Estado, en el sentido occidental del término”.² Porque hay orden y normas de cohesión social invisibilizadas, desconocidas y desvalorizadas, pero vigentes y efectivas, necesariamente para su propia interacción social. (García, 2011, s. p.)

El autor hace referencia a Raúl Araoz Velasco cuando define que:

(...) sistema jurídico, es el conjunto de principios y normas jurídicas que se formulan y se aplican en una o varias regiones geográficas, que tienen una determinación del mundo y una manera de vivir y hacer su vida”. Sistema jurídico es también, el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir y hacer su vida, su forma y manera de regular normativamente su existencia. (García, 2011, s. p.)

La idea de este autor se refiere a una definición directa y clara del sistema jurídico, con una concepción antropológica de realidades socialmente determinadas pero diferentes entre sí, como el caso de Guatemala



La existencia de normas, conjunto de autoridades, de instituciones, la existencia de procedimientos, cualitativamente diversos, que entrelazados entre sí y organizados de cierto modo forman una totalidad unitaria, regida por principios, valores, tradiciones y costumbres y prácticas cotidianas, definitivamente existe de hecho un sistema Jurídico Maya en Guatemala. (García, 2011, s. p.)

El autor Ixchú García ilustra que:

Para comprender la existencia del derecho indígena necesariamente hay que entender el pensamiento indígena, como una condición primaria; saber y comprender el idioma y los comportamientos frente a fenómenos naturales. Para el aspecto de orden y de cohesión social de la sociedad indígena, existen normas o reglas de conducta que determinan que dicha sociedad actúe y conviva en determinada forma. Solo que esas normas no aparecen catalogadas o individualizadas jurídicamente, sino que integradas en un todo, con un solo sentido, debido a que cada acción humana de las personas indígenas, está inspirada y fundamentada en principios y valores culturales que dan paso a una visión integral del mundo, mediante la cosmovisión propia. (s. p.)

El referido autor indica que en su ponencia identificó las siguientes fuentes del derecho maya:

- 1) La Cosmovisión.
- 2) La idea del tiempo, el pensamiento filosófico y los calendarios.

Y que en su estructura se identifican los siguientes elementos:

1. Principios y valores.



2. Tradiciones y costumbres.
3. Sistema de autoridades.
4. Jurisdicción y competencia.
5. Procedimientos para resolver conflictos.

Este marco permite comprender que el pueblo maya cuenta con un derecho propio o un sistema jurídico propio, que ha funcionado de manera paralela al sistema jurídico oficial del Estado.

El sistema jurídico o derecho propio del pueblo maya como mecanismo de regulación humana, se fundamenta en la relación de hombre, naturaleza y cosmos, aprendido desde tiempos inmemoriales en sus relaciones de socialización desde la familia, la comunidad, el pueblo en general y de la dinámica social que se manifiesta en la tradición y la costumbre que la sociedad establece como formas de comportamiento individual y social; de las conductas reiteradas en el paso del tiempo que se imponen y se respetan en una sociedad determinada.

Los principios en el derecho maya son las bases sobre las que se construye y define una forma de vida. Los principios aluden a la idea que se tiene acerca de tres conceptos básicos: Dios, la naturaleza y el ser humano. Todos estamos interrelacionados con todo. Todo tiene vida.

Los valores son los que operativizan o dan vida a los principios, los ponen en práctica, las garantías constitucionales son los mecanismos de protección de esos principios y valores



establecidos en ley. Cuando hablamos de valores nos estamos refiriendo a ideales a los que se aspira para vivir en una sociedad determinada. Nos referimos al sentido moral, ético, a manera de abstracciones porque no son cosas tangibles materialmente, como se apuntó anteriormente. (García, 2011, s. p.)

Dentro de los valores se refiere a los siguientes:

- 1) La espiritualidad.
- 2) El agradecimiento.
- 3) La solidaridad.
- 4) La comunidad.
- 5) El respeto.
- 6) El servicio.
- 7) La oralidad.
- 8) El valor de la palabra.
- 9) El trabajo colectivo.
- 10) La propiedad comunal.

De acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres e instituciones,

Los pueblos indígenas, igual que todos los grupos humanos poseen un orden normativo que rige las relaciones entre los individuos y le permite mantener la cohesión social al interno del grupo. El Derecho Indígena se caracteriza por poseer códigos normativos no escritos para ordenar la vida social, procedimientos para juzgar y castigos para sancionar el comportamiento transgresor, tiene también autoridades, con facultades de imponer sanciones y de censurar la conducta de quienes no actúen conforme a esas mismas



normas. Así mismo, (...) esas normas no aparecen catalogadas o codificadas jurídicamente por ramo o materia, sino que, integradas como un todo, debido a que cada acción humana del ser indígena está inspirada y fundamentada en los principios y en una visión integral del mundo, mediante la cosmovisión propia.

Se sostiene la posición que, de la familia surge la autoridad del anciano para resolverlos diferentes conflictos que se dan al interior de la misma. Aún prevalece esta figura, cuando para resolver un problema entre esposos se llama a los padres, a los tíos, a los hermanos mayores, a lo interno de la familia; a los padrinos, a los sacerdotes, pastores, amigos, fuera de la familia; a los alcaldes comunales o autoridades de la comunidad. Nótese que existe todo un procedimiento preventivo de tratamiento del conflicto antes de llegar ante la autoridad que resuelve imponiendo su decisión en su leal saber y entender, en base a su experiencia de vida, para resolver el conflicto. En la actualidad, la organización social del pueblo determina sus instituciones o sus sistemas de autoridades individuales y colectivas, representados por los Ancianos, Principales, Alcaldes Comunales, Alcaldes Comunitarios, Alcaldes Indígenas, Alcaldes Auxiliares, Consejo Comunal, Cofradías, etc.

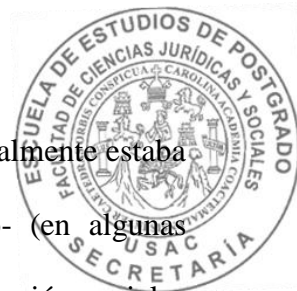
Dentro de la cosmovisión maya la Autoridad se fundamenta en el principio del servicio. De allí que autoridad es la persona que sirve a la comunidad, que da ejemplo, que tiene fuerza coercitiva o manda, porque sirve colectivamente. El pensamiento de un anciano de una aldea de Totonicapán, podría ilustrarnos de una mejor manera: -La autoridad sirve, cuando sirve a la comunidad; sino sirve a la comunidad, no sirve la autoridad-, por ello es que se le puede quitar del cargo. Lo que técnicamente se conoce como revocatoria de mandato, por los estudiosos del derecho. En otras palabras, la autoridad hace ejercicio de poder cuando tiene fuerza moral para hacerlo, especialmente cuando toma decisiones y/o



resuelve conflictos particulares o colectivos. En algunos casos las decisiones del Alcalde Comunal, son llevadas ante el Consejo de Ancianos, para que con opinión de personas de mayor experiencia se resuelvan los conflictos. Regularmente las autoridades de menor edad, producto del atropello cultural, recurren al consejo cuando se tiene duda o temor de aplicar su propio derecho y confrontar las leyes del Estado. Cuando las circunstancias de los hechos así lo demandan las decisiones de la autoridad son conocidas, revisadas, respaldadas o corregidas por la Asamblea Comunitaria que es el máximo órgano de decisiones, de allí que el actuar de la autoridad individual es en representación de su comunidad, lo que le da el carácter de ejercicio legítimo de autoridad, toda vez que actúa por mandato de la comunidad y no constituye una acción personal meramente. (García, 2011)

El autor Pedro Ixchú García (2011) refiere también que existen dos tipos de autoridades, uno de estos son las personas cuyo día de nacimiento según el calendario ritual maya, determina que su destino es ser guía de su comunidad. El otro tipo de autoridades son aquellas que la población elige o designa en Asamblea Comunitaria o Asamblea Comunal para prestar servicio a su comunidad. Este tipo de autoridades reciben nombres en el idioma propio de las comunidades; Las instituciones a donde acuden los indígenas a resolver sus problemas, éstas no poseen la misma calidad de un tribunal, generalmente son instituciones más integrales políticas, administrativas, sociales o religiosas. Los consejos de ancianos, las alcaldías, los comités comunitarios y la asamblea comunitaria constituyen estas instituciones. Los integrantes de tales instituciones fungen como órganos colegiados para desempeñar esta función.

La Alcaldía Indígena, es la más conocida como el lugar a donde acuden los indígenas a resolver sus conflictos. Estas instituciones guardan bastante similitud con la forma



institucional que fue implantada en la época colonial. La institución, originalmente estaba integrada por los siguientes cargos, dos alcaldes –primero y segundo- (en algunas comunidades podrían haber sido cuatro siguiendo el patrón de la organización social y territorial prehispánico), dos o cuatro regidores, dos mayores de alguacil y varios alguaciles. El número de estos últimos variaba dependiendo del tamaño de la población.

En general todos los tipos de casos son susceptibles de ser resueltos en las comunidades por las autoridades indígenas, cualquier autoridad está en capacidad de resolver los problemas que le presenten, sin embargo, generalmente se busca a las personas que tienen experiencia en determinados casos y así se ha ido dando cierta especialidad. Los asuntos familiares los resuelven los cofrades, en la Alcaldía Indígena o en la Alcaldía Auxiliar se resuelven problemas de tierras, problemas de agua se plantean ante el Comité de Aguas, los problemas por tala de árboles los conoce la asamblea comunitaria, y el guardabosque vela por el cumplimiento de la sanción; La primera misión del alcalde comunal es vigilar, cuidar y velar por las necesidades de la comunidad, así mismo es el encargado de administrar justicia local. (García, 2011, s. p.)

En cuanto a la jurisdicción de la autoridad indígena está mal entendida, toda vez que

El poder de administrar justicia por las autoridades indígenas surge de la comunidad, (aldea, cantón o paraje) quien lo ha elegido y autorizado para su representación ante la comunidad, lo que se evidencia materialmente con la entrega de las insignias, vara, botón y otros enseres que le son entregados en acto público. Lo anterior constituye un consentimiento expreso tradicional de la comunidad de facultarlo como su autoridad al concederle ser el guía o director, dirigente o kamalbe' como se le denomina en lengua



k'iche'; así mismo existe un consentimiento tácito cuando las partes en conflicto reconocen su facultad para conocer y resolver el asunto sometido a su competencia, como ocurre en la Alcaldía Comunal de los 48 cantones de Totonicapán y ante las autoridades del Estado; Y en cuanto a la resolución de conflictos o administración de justicia indígena, existe un enorme porcentaje de cumplimiento a los acuerdos pactados, de las resoluciones y sanciones impuestas por las autoridades indígenas, pues se reconoce su legitimidad como autoridad toda vez que su mandato surge de la comunidad constituida en Asamblea quien lo elige y le delega su representación. (García, 2011, s. p.)

El autor Ixchú García (2011) afirma que el problema de la jurisdicción indígena ha sido superado en las Repúblicas de Colombia en 1991 y Bolivia en la historia reciente, en sus Constituciones Políticas han reconocido el carácter plural de la nación y los derechos ancestrales de los pueblos indígenas quienes han abandonado su condición de pueblos olvidados para adquirir autonomía como conglomerado social destinatario de su propia normatividad especial, es decir han obtenido el reconocimiento y protección de sus derechos fundamentales. Reconocen la existencia de los pueblos indígenas, sus principios, valores, tradiciones, conocidas tradicionalmente como costumbres jurídicas (normas de conducta) de acuerdo a su cosmovisión.

En cuanto a la competencia deviene de la facultad de administrar justicia; las autoridades indígenas la ejercen dentro del territorio de la comunidad, atienden asuntos relacionados con la familia, la comunidad, el territorio de la comunidad y el territorio del pueblo indígena del municipio; en dichos espacios existen normas que regulan comportamientos individuales e interpersonales que cuando rompen el equilibrio social requieren de sanciones. En algunas comunidades la Parcialidad (familia ampliada) es la que conoce de



los diferentes conflictos en coordinación con el Alcalde comunal a manera de consejo quien recomienda al alcalde la imposición de determinada sanción. (García, 2011, s. p.)

Pedro Ixchú García (2011) también hace referencia al procedimiento dentro del sistema jurídico indígena, siendo oral esencialmente; aunque en la actualidad, hay autoridades comunales que dejan constancia general de los hechos en actas sencillas, que al ser analizadas constituyen una fuente importante del procedimiento que siguen las diferentes comunidades para resolver conflictos. De la experiencia de algunas autoridades indígenas de Totonicapán y de algunas actas que han sido objeto de análisis, en términos generales el procedimiento es el siguiente; se advierte que no necesariamente es el procedimiento de todas las autoridades indígenas quienes lo hacen en forma oral esencialmente y sin ningún documento y lo detalla básicamente así:

- 1) Se recibe la denuncia, o se tiene conocimiento del hecho.
- 2) Se escucha a quien denuncia o a quien ha sido objeto de un hecho que atenta contra las reglas de la comunidad.
- 3) Se cita a la otra parte para comparecer ante la autoridad, la autoridad camina, busca a la parte contraria o la hace comparecer (a la casa comunal o del consejo, actualmente denominada Alcaldía, cuando esta existe) para hacerle saber el hecho y recibir su versión de los hechos. Nótese la acción de la autoridad indígena, que recibida la denuncia busca a la parte contraria; de esa manera inicia el dialogo entre las partes y la búsqueda del consenso en la solución del conflicto.
- 4) Si el que ha cometido el hecho que rompe con la armonía interpersonal, familiar o comunitaria, no es determinado, la autoridad inicia una investigación para determinar lo que ha sucedido.
- 5) Si hubiere disposición se escucha a la parte contraria y posteriormente.



- 6) Se celebra audiencia en presencia de las dos partes.
- 7) Se busca el arreglo voluntario: en este sentido se hace reflexionar a las partes para que lleguen a un acuerdo. Los acuerdos siempre son en consulta a las partes, para que la solución sea auténtica son las partes las indican los puntos del acuerdo; cuando las circunstancias lo permiten o las partes lo solicitan la autoridad propone la fórmula de arreglo. Una vez aprobado el arreglo las partes de palabra se comprometen a cumplirlo. Actualmente en la mayoría de cantones se deja constancia escrita del acuerdo o compromiso en actas sencillas que relatan de manera sucinta lo sucedido.
- 8) Por la trascendencia del conflicto se puede señalar nueva audiencia para insistir en la solución asumida por los interesados. En los casos de conflictos limítrofes entre comunidades se requiere de mayor tiempo, más aún los conflictos por el territorio, específicamente por el bosque comunal que se ve amenazado por la pobreza, el incremento de la frontera agrícola y el crecimiento de la población rural y urbana.
- 9) En esta misma fase la autoridad recaba información (investiga), sobre los hechos, entre familiares, amigos, vecinos, otros informantes.
- 10) Luego de agotada la fase de conciliación, mediación o negociación, según sea el caso, la autoridad en su experiencia y conocimientos de vida, Resuelve.
- 11) Para el cumplimiento de la resolución dictada la autoridad ejerce cierto control y por la naturaleza y magnitud del caso, el consejo de la comunidad integrado por el alcalde comunal y otras autoridades, también ejerce control social para el cumplimiento del fallo. En esta parte la lógica jurídica es, el que comete una falta o delito y es sancionado, la comunidad no lo separa de ella o lo encarcela, sino que el control es colectivo para facilitar el cumplimiento de la sanción impuesta, le permite cumplir con sus obligaciones como padre,



como esposo, como hijo, como hermano, como miembro de la comunidad. Aparte de la reparación material del daño causado se promueve la reparación espiritual del transgresor.

Existen muchas formas de sancionar, por las autoridades indígenas, física y moralmente. Incluso el hecho de remitir el caso al juzgado del Estado es una sanción moral, queda como un mal antecedente dentro de la comunidad y que es tomado en cuenta en caso de reincidencia. Por lo ejemplificante que resulta la sanción ésta tiene un carácter preventivo. (García, 2011, s. p.)

Caso concreto:

En el Diplomado de Especialización de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, actualmente impartido por la Escuela de Estudios Judiciales, tuvo intervención el señor Juan Zapeta López en su calidad de alcalde indígena de Santa Cruz del Quiché, sobre el tema de la Readaptación Social del (la) delincuente, casos resueltos en jurisdicción indígena, compartiendo su experiencia en un caso concreto, indicando que en su comunidad se ejerce “nuestro propio derecho”.

Hizo referencia a un caso concreto ocurrido en octubre de dos mil diecisiete cuando un hermano de su comunidad, a quien identificó como Vicente Morales, llegó a la alcaldía indígena a denunciar el robo de un vehículo tipo microbús de su propiedad y cómo, posteriormente, fue objeto de extorción por la suma de diez mil quetzales para que no denunciara el hecho o le ocasionarían daño a él y a su familia, indicando que inicialmente había interpuesto la denuncia ante el sistema de justicia ordinario, pero al no obtener respuesta, se avocó con las autoridades indígenas ancestrales.



Fue así como el cuatro de noviembre de ése mismo año, se socializó el caso con los compañeros que forman parte de dicha autoridad y se inició la investigación. Como única evidencia contaban con el número de celular desde el cual se habían comunicado con la víctima para extorsionarlo, y con mensajes grabados de voz, por lo que, al escuchar los audios, el alcalde Juan Zapeta López tuvo sospecha respecto de un peligroso delincuente que ya había operado antes en Santa Cruz del Quiché y se le atribuía ser jefe de una clica de pandilleros, por lo que se planificó agarrarlo, ubicaron su casa en el paraje Chicorral, camino a Pachitac, instalando un puesto de vigilancia de sus movimientos, habiéndoseles evadido varias veces.

Un domingo, cuando mantenían montado un operativo, el sospechoso a quien identificó como “Crispín” salió en un pick-up por lo que le dieron persecución. Fue copado en la calle principal de Santa Cruz del Quiché y trasladado posteriormente a la comunidad, habiendo convocado al público para que observara el juzgamiento.

Al inicio se negaba a declarar, ignoraba los hechos, los audios, las escuchas, hasta llegando a un punto en que decidió confesar cualquier situación. Informó que tenía una organización para cometer delitos. Se decidió que tenía que corregir el daño realizado a la víctima, a la comunidad, a él mismo como delincuente y a sus hijos.

“Crispín” delató a otro de sus compañeros de fechorías que resultó ser vecino de la víctima, ante lo cual se solicitó el auxilio entre autoridades indígenas locales, que son alcaldes comunitarios, con el objeto de “pescar” a otro de los delincuentes identificado como César Cecilio Morales, “caco de profesión”; una vez habidos Crispín y César, los separaron para que no se pusieran de acuerdo en contubernio y fue así como “Crispín” terminó delatando al otro ladrón identificado como Alexander Andrade. Se enviaron tres comunitarios a capturarlo, pero



Alexander los “domó”, por lo que la comunidad integró a un grupo aproximado de cuarenta personas para agarrarlo y luego fueron trasladados a los campos donde se encuentra la Confederación Autónoma Deportiva de Guatemala para continuar con la investigación y el careo respecto del robo del microbús y fue Alexander quién confesó que lo había vendido en el municipio de San Pedro Soloma del departamento de Huehuetenango.

Se determinó llevar amarrado a Alexander hacia ese lugar en un vehículo y a los otros dos en otro carro a efecto de recuperar el microbús. También se consideró necesario que Alexander manejara el vehículo en el que se transportaba, siempre bajo custodia de los comunitarios para que no se escapara ni levantara sospechas con la persona que le compro el carro robado a quien identificaron únicamente con el sobrenombre de “El bigotes”, a quien terminaron por atrapar con un “cebo” y terminó por confesar, habiendo coordinado con la Policía Nacional Civil del lugar para su captura y consignación respecto de Alexander Andrade y “El Bigotes”.

Respecto de “Crispín” y Cecilio, estos fueron trasladados a la comunidad indígena y en presencia de cerca de cinco mil personas se les aplicaron “Xicayes” y “Mixulem”, refiriéndose en primer término a ser azotados públicamente y el segundo a la imposición de sanciones correctivas. El acusado Crispín” se comprometió a no seguir el camino del delito indicando que había pasado una gran vergüenza ante la comunidad cuando fue azotado y que en el pasado había llevado una vida delictiva en Guatemala, El Salvador y Honduras. Se hizo evangélico y se regeneró, ya que la función de la justicia indígena es esa, que se regenere en cuanto sea posible dándoles oportunidad para servir a la comunidad para evitar la humillación pública, los azotes y eventualmente el destierro.



En cuanto a Alexander Andrade y “El Bigotes”, se enteraron con el tiempo que habían sido dejados en libertad por el sistema a oficial de justicia con el argumento de que no había seguido el debido proceso en su aprehensión.

Refirió el Alcalde Juan Zapeta López que una politóloga de nacionalidad inglesa ha sistematizado los casos para su difusión. En este caso en específico, al observar, se aplicó una especie de extraterritorialidad jurisdiccional en la ley indígena no invasiva, otro rasgo en común con el sistema jurídico oficial, interpretada de otra manera.

A partir de su análisis, el sustentante considera que ya es hora de un nuevo enfoque inclusivo de todos los sectores sociales a través de un verdadero derecho constitucional pluralista que representa cambios estructurales en el país reconociendo a los pueblos indígenas, garífunas y xincas como sujetos de derechos con una efectiva participación política, debiendo respetarse su derecho a la consulta en los asuntos que les atañen para romper con su exclusión histórica.

Debe de reconocerse su personalidad a través de la constitución en donde se plasme en la norma suprema el pluralismo jurídico y se aplique la convencionalidad de las leyes que les sean favorables, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Las Naciones Unidas han reconocido que los pueblos indígenas son herederos y practicantes de culturas únicas y formas de relacionarse con las personas y el medio ambiente. Los pueblos indígenas han conservado características sociales, culturales, económicas y políticas que son distintas a las de las sociedades dominantes en las que viven derecho a la igualdad,

derecho a la dignidad, derecho a la identidad social y cultural, derecho al desarrollo, derecho a la tierra y a la utilización de sus recursos, derecho a la educación, entre otros.





CAPÍTULO IV



4. Los conceptos de derecho y de Estado en el sistema jurídico oficial y en el sistema jurídico maya

4.1. El concepto de Estado en el sistema oficial

Guatemala sigue la definición clásica de dicho concepto, considerando que el Estado es la organización política, dotada de atribuciones soberanas e independientes, que integra la población de un país. Hace referencia a la organización social política, coactiva, coercitiva y económica, conformada por un conjunto de instituciones, que tienen la atribución de regular la vida en sociedad.

Como término polisémico, designa también a todo aquel país soberano, reconocido como tal en el orden internacional, así como al conjunto de atribuciones y órganos de gobierno de dicho país. Todo Estado está dotado de territorio, población y soberanía.

El autor Rafael Pizarro Rodríguez hace referencia a un contexto histórico y posteriormente a la definición de diversos autores respecto de lo que referían como concepto de Estado.

En Europa a mediados del siglo XVIII, se presentaban en todas las naciones gobiernos constituidos como monarquías absolutistas, existía un rey, cuyo mandato era explicado desde la teología, se pensaba que los reyes sólo debían rendir cuenta de su actuación a Dios. La actividad administrativa integrada a la realeza, se limitaba en general a las atribuciones de policía con las que se aseguraban la estabilidad del régimen político, esta



actividad estaba ejercida por miembros de la nobleza. Se admitía que la servidumbre había sido creada para otorgar sus servicios al rey (mejor condición que la de los esclavos). Los cultivos servían básicamente para el autoconsumo y para pagar tributos al señor.

Evolución a través de autores

Nicolás Maquiavelo: en su obra “El Príncipe”, por primera vez la palabra Estado para referirse a las tiranías, principados y reinados en que se encontraba dividida Europa. A lo largo de esta obra se evidencia que la palabra Estado es utilizada en su significado antiguo latino *statum*, que viene del verbo estar, y cuyo significado se reduce a situación o condición.

Maquiavelo no se ocupa de definir lo que debe considerarse como Estado, sin embargo, es el primero en usar el término para referirse a las organizaciones políticas del bajo medievo.

Thomas Hobbes: la principal de sus obras e teoría política es *Leviatán*. Hobbes explica que los hombres, ante las injusticias que sucedían durante la convivencia en el Estado Natural, reunieron para convenir en un pacto social una serie de principios que la generalidad aceptó y en consecuencia sirvió para regir a la universalidad de la población, y esos mismos hombres eligieron a un representante común que velara e hiciera respetar dichas convenciones.



Para Hobbes el pacto social es irreversible, al igual que Maquiavelo, no concebía aún la distinción entre Estado y gobernante, para él el monarca es la síntesis de ambos elementos.

Con Hobbes se ve que el Estado se le deja de dar una explicación desde el ámbito teológico y se concibe a la población como un elemento que en un primer momento tiene la posibilidad de determinar e imponer al gobernante que dirija la nación.

John Locke: este autor se refiere a la naturaleza del hombre de forma distinta, lo hace siguiendo a Aristóteles, como un animal político. Este afirma que el pacto es bilateral y se aplica tanto a los ciudadanos como a los legisladores y al rey, que es ciudadano como los demás. Lo trascendente de Locke es que plantea el derecho y la obligación mora que yace en la población para provocar la revolución cuando el gobierno actúa de forma contraria a la confianza que en él se ha depositado. Con esto el Estado deja de ser considerado como un dogma religioso para conducir a la perfección de los ciudadanos.

Montesquieu: este observó que el sistema parlamentarista es el mejor garante de los derechos de la población ante el absolutismo. Plantea que el Estado era una organización social, pero esta no provenía de la firma de algún pacto o contrato, más bien de la convivencia de ciertos principios fundamentales e inviolables, previstos en el orden de una Constitución. Por lo tanto, el Estado se crea para la obtención y la garantía de la libertad de los ciudadanos, libertad que debería ser entendida en todos los aspectos, y el poder que es sólo uno de los elementos del Estado se encuentra impedido para someter forzosamente a la población.



Al alero de este pensamiento se comenzaron a considerar a cada uno de los elementos del Estado: el territorio, la población y la soberanía.

Rousseau: considero que el Estado favoreció el desarrollo científico y tecnológico, que son las principales causas de la perversión e infelicidad humana. Plantea que el hombre debió darse en circunstancias naturales, primitivas y felices, en las cuales los humanos vivían en una verdadera libertad y consideró que el avance científico y tecnológico, sólo favorecieron la esclavitud del hombre y el surgimiento de mayores deferencias entre los miembros de la sociedad.

Inmanuel Kant: para Kant, el soberano de los Estados es el pueblo, y la expresión de esta idea se cristaliza en el proceso legislativo a partir del cual se tutelan los derechos y las libertades individuales. Para este autor el origen del Estado se encuentra en el contrato social, y la finalidad del Estado se sostiene a partir del reconocimiento y del respeto de los derechos individuales.

Hegel: explica que el hombre se sabe cómo ser social y como tal se regula a si para lograr la esencia de su naturaleza, que es la libertad, sí surge el derecho como un principio común a todos los hombres y que es el mismo que da sentido a la existencia del Estado. Afirma que nada existe por sobre el Estado excepto lo absoluto que es la libertad del hombre.

Kelsen: se opone a considerar al Estado desde ámbitos sociológicos, políticos, históricos, económicos o cualquier proposición que contamine de contenido ideológico a su definición. Este aprecia que la naturaleza del Estado desde su origen ha encontrado determinada por la estructura que precisa el contenido de la norma jurídica fundamental



del mismo y que es la constitución, la cual tiene por contenido el deber ser del propio Estado.

Elementos del Estado.

1. Pueblo: se entenderá al compuesto social de los procesos de asociación en el emplazamiento cultural y superficial, o el factor básico de la sociedad, o una constante universal en el mundo que se caracteriza por las variables históricas. El principal valor del pueblo está en su universalidad. No habrá estado si no existe el pueblo y viceversa.

2. Poder: lo entendemos como la capacidad o autoridad de dominio, freno y control a los seres humanos, con objeto de limitar su libertad y reglamentar su actividad. Toda sociedad no puede existir sin un poder absolutamente necesario para alcanzar todos sus fines propuestos.

3. Territorio: es el elemento físico de primer orden para que surja y se conserve el Estado, la formación estatal misma supone un territorio sin la existencia de ésta no puede haber Estado.

El concepto de Estado debe distinguirse del concepto de Nación, el que etimológicamente significa “lugar donde se nace, viene del latín “naceré” que significa nacer”. Sin embargo, para las ciencias sociales el término nación, además de determinar el lugar de procedencia, identifica a los individuos por una serie de elementos y características en común, y esto los hace ser distintos de otros seres humanos que nacieron en otro lugar. Los habitantes de una nación se caracterizan porque comparten una serie de elementos en común, como lengua, costumbres, historia, raza.



Para la tradición francesa, la nación está constituida por todos aquellos que, en una misma comunidad política, al margen de algunas diferencias ejercen colectivamente el poder político, y existe la voluntad para que así sea.

En la tradición germánica plantea que incluso sin tener conciencia de ello, quienes comparten determinadas características en común constituyen una nación.

Referirse al concepto de nación hoy en día, puede resultar un poco complicado, ya que las naciones modernas se encuentran actualmente viviendo conflictos sociales, culturales y políticos. Existen reflexiones críticas actuales que insisten que la nación es un artefacto cultural al servicio del poder político, y también por otro lado este concepto es la bandera de lucha para una serie de organizaciones propias del mundo moderno.

El unir o hacer sinónimos los conceptos de Estado y Nación, sería un error, ya que a lo largo de toda la historia han existido y existen Estado que comprenden varias Naciones, así como también en la historia se han tenido casos de Naciones divididas en dos o más Estados.

Mientras el Estado es una organización pública, jurídica, establecedor de derechos la Nación comprende un sinnúmero de aspectos relativos a la vida humana y ejerce una gran influencia sobre los aspectos del hombre.

Existen pocos ejemplos en donde el Estado concuerda exactamente con la Nación, en la mayoría de los casos, un Estado expresa distintas adhesiones. Ello nos lleva a hablar de Estados plurinacionales, que contienen diversidades de comunidades diferenciadas por sus propias características. (Pizarro Rodríguez, 2021, s. p.)



4.2. El concepto de derecho en el sistema oficial

Guatemala sigue la concepción de autores la escuela clásica del derecho. Por ejemplo, para Eduardo García Máynez (1984), la introducción al estudio del derecho tiene como objeto tres puntos básicos, que son: a) ofrecer una visión de conjunto del derecho; b) estudiar los conceptos generales del mismo; c) discutir los problemas de la técnica jurídica. Estos tres puntos constituyen su objeto de conocimiento.

Para los efectos de este trabajo, se hará referencia únicamente a las concepciones que diferentes autores expresan respecto del derecho, iniciando con García Máynez (1984):

(...) quien nos indica que, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades. Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo.

Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo derecho existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer (o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud. (s. p.)

El autor H. L. A. Hart en su obra *El concepto de derecho*, citado por Leonardo García Jaramillo (s. f.) en *Obras del pensamiento jurídico*, analiza los conceptos de “derecho” y



“sistema jurídico”, discutiendo la forma en que las reglas de conducta humana son utilizadas como pautas sociales de comportamiento. Se enfoca fundamentalmente en la relación entre el derecho, la coerción y la moral. Además de sustentar, contra Dworkin, que no hay una relación lógicamente necesaria entre el derecho y la moral -sino meras relaciones contingentes-, contra J. Austin arguyó que tampoco hay una relación de éste tipo entre el derecho y la coerción.

Para la autora Libia Reyes Mendoza (2012),

(...) la palabra Derecho, proviene del latín *directum* que significa “dirigir”, “encaminar”. Este concepto va enfocado a educar al hombre en su ámbito social, y a estudiar su conducta. En ese sentido, se crearon normas de castigo o sanción que garantizarán una convivencia correcta entre los individuos. El Derecho, desde el punto de vista doctrinario, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta de los hombres en sociedad. (s. p.)

La autora distingue además,

(...) el concepto de deber y el de Derecho ya que se puede interpretar que el Derecho es un deber y el deber es un Derecho. El deber es la obligación que toda persona tiene que cumplir para realizar un mandato, dicho en otras palabras, es el hacer o no hacer una determinada conducta, de lo contrario se aplicará una sanción. El Derecho, como se mencionó, regula la conducta del hombre en sociedad, misma que es sancionada por el Estado. La distinción clara del deber y derecho, es que el primero es una forma de conducta y el Derecho es la exigencia; un ejemplo claro sería el deber que tengo de pagar un impuesto y mi derecho es el que con el pago de mi impuesto el Estado me proporcione de servicios públicos (...).



Ahora bien, si lo vemos desde el punto de vista jurídico, el deber jurídico, es la necesidad para aquellos a quienes va dirigida una norma del derecho positivo de prestarle voluntario acatamiento, adaptando a ella su conducta, en obediencia a un mandato que, en caso de incumplimiento, puede ser hecho efectivo mediante la coacción. El deber jurídico es una obligación jurídica. Dicho en otras palabras, el deber jurídico es aquella conducta contraria al hecho ilícito o antijurídico, por ejemplo, si el hecho ilícito es el no pago o incumplimiento de una obligación, el deber jurídico comprende la conducta contraria, es decir, el pago o cumplimiento de la obligación. (Mendoza, 2012, s. p.)

Para el autor Eduardo Antinori (2006),

El derecho es probablemente una de las ciencias que mayor dificultad han tenido sus estudiosos para conceptualizar o definir, lo cual ha producido como una lógica consecuencia de ello, que aquellos que han esbozado algún concepto han sido discrepantes entre sí. Esto a su vez ha sido producto de distintas tendencias que han seguido sus autores, que dieron origen a diversas posturas doctrinarias (...).

(...) la etimología de la palabra, “derecho” alude a “directum”, “dirigido”, con lo que se indica sujeción a una regla, imagen que aparece constantemente en todas las lenguas europeas derivadas del latín: “droit”, “right”, “diritto”, (sic) etc. A continuación, y como prueba de lo que se está expresando, se detalla una serie de conceptos respecto de lo que algunos autores entienden por derecho:

Para Arauz Castex, -el derecho es la coexistencia humana normativamente pensada en función de justicia-.



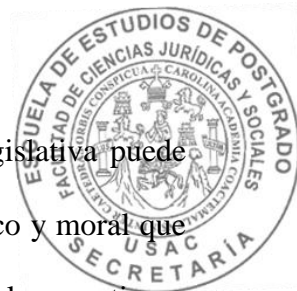
Para Borda, -es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter de obligatorio y conforme a la justicia-.

Para Salvat, -es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trate de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos-.

Lo cierto es que la convivencia de los hombres en sociedad exige inexcusablemente la vigencia de las normas a las cuales deban ajustar su conducta; de lo contrario reinaría el caos y la vida en común sería imposible. Tal es así, que hasta en las comunidades más primitivas, siempre existieron normas de conductas (escritas o no) que regulaban la convivencia. (Antinori, 2006, s. p.)

Para el autor Manuel Atienza (2005), el derecho se desenvuelve en el campo de la argumentación jurídica y que pueden distinguirse tres distintos campos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones.

El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí, a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que se presentan en una fase prelegislativa y las que se producen en la fase propiamente legislativa. Las primeras se efectúan como consecuencia de la aparición de un problema social cuya solución —total o parcial— se piensa que puede ser la adopción de una medida legislativa. Ejemplo de ello son las discusiones sobre la despenalización o no (y en qué casos sí o no) del aborto, de la eutanasia o del tráfico de drogas, o sobre la regulación del llamado tráfico de influencias. Otro tipo de argumentaciones surgen cuando un problema pasa a consideración del parlamento o de algún órgano de la Administración, lo haya o no



discutido previamente la opinión pública. Mientras que en la fase prelegislativa puede considerarse que los argumentos tienen, en general, un carácter más político y moral que jurídico, en la fase legislativa los papeles se invierten, de manera que son las cuestiones de tipo técnico- jurídico las que pasan a un primer plano. En todo caso, las teorías de la argumentación jurídica de que disponemos no se ocupan prácticamente de ninguno de estos dos contextos de argumentación.

Un segundo campo en que se efectúan argumentos jurídicos es el de la aplicación de normas jurídicas a la resolución de casos, bien sea esta una actividad que llevan a cabo jueces en sentido estricto, órganos administrativos en el más amplio sentido de la expresión o simples particulares. Aquí, a su vez, cabría distinguir entre argumentaciones en relación con problemas concernientes a los hechos, o bien al derecho (estos últimos, en sentido amplio, podrían llamarse problemas de interpretación). Puede decirse que la teoría de la argumentación jurídica dominante se centra en las cuestiones —los casos difíciles— relativas a la interpretación del derecho y que se plantean en los órganos superiores de la administración de justicia. Ahora bien, la mayor parte de los problemas sobre los que tienen que conocer y decidir tanto los tribunales como los órganos no jurisdiccionales de la Administración son más bien problemas concernientes a los hechos, de manera que los argumentos que tienen lugar con ocasión de los mismos caen fuera del campo de estudio de las teorías usuales de la argumentación jurídica.

Finalmente, el tercer ámbito en que tienen lugar argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica. La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para

la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico.

(s. p.)



4.3. El concepto de Estado en el sistema jurídico maya

Para el tema de esta investigación, el pluralismo jurídico y su reconocimiento constitucional, es necesario entender el desarrollo histórico social de los pueblos indígenas originarios en la construcción del Estado.

Estudiar la historia de Guatemala, privilegiando la “visión de los vencidos”, nos permite conocer la evolución de los procesos humanos y sus productos, incluido el racismo, la discriminación étnica, la configuración del Estado y del Derecho como principal instrumento de protección de las élites de poder.

En operadores del sistema de justicia, lo anterior puede resultar de importancia, considerando que la aplicación de la ley implica ponerla en contacto con el contexto, aplicar sus principios y procedimientos para un fin determinado: la tutela efectiva de garantías individuales y colectivas.

El concepto de Estado para el sistema jurídico maya debe entenderse desde su particular cosmovisión maya desde una forma precolombina y posterior a ella.

En tal consideración, situamos desde tiempos milenarios, el análisis de la participación de los pueblos originarios en la configuración de un ente de dirección o poder denominado “Estado”.



En la antigua civilización maya, las localidades eran autónomas. Toda el área de influencia cultural y política maya, carecía de una autoridad central.

Los pueblos prehispánicos eran sociedades política y jurídicamente organizadas, con centros principales como “la casa grande”, Q’umark’aj, del señorío K’iche’ del cual eran parte la fortaleza militar de Chuimekena y la ciudad de la sabiduría: Xelajú No’j.

El nivel superior de autoridad estaba compuesto por cuatro gobernantes de linaje noble: El Ajpop (Gran señor Gobernante), el Ajpop Q’amja’ (Señor Consejero del Templo, el Q’alel (Nim Q’atanel: Gran Conciliador o Componedor entre las partes) y Atz’ij Winak (Gran Comunicador).

En el imperio Q’eqchí’, en 1529, la máxima autoridad era el Gran Consejo, quién designaba al Aj Jolomna (Cabeza del territorio del Imperio).

Ese año nombraron a Aj Pop O’B’atz, como Aj Jolomna, quién en 1537 realiza una negociación con los dominicos, dirigidos por Fray Bartolomé de las Casas, alcanzando un acuerdo denominado “Concierto Maldonado-Las Casas”.

En 1524 salvajes invasores llegaron a estas tierras del altiplano y dieron lugar a un rompimiento del proceso histórico natural de los pueblos pre-colombinos, iniciando la violenta imposición de na cultura y cosmovisión, sobre la otra.

También se interrumpe el proceso de consolidación de las formas de gobierno de lo pueblos mayas establecidos en Mesoamérica. Se impone el cacicazgo, los caciques gobernadores y gobernadores indígenas.



A partir de allí, crearon sociedades y gobiernos imponiendo sus propios caminos, con olores, sabores, texturas, sonidos, formas de ser, sentir y pensar, hacer y hablar, guiados por una ideología forjada en la propia España: El Racismo.

Fernández de Oviedo expresaba: “Más vale a los indios ser esclavos que permanecer como animales libres”

Bartolomé de las Casas decía: “Obedientes, fidelísimos a sus señores naturales y a los cristianos a quienes sirven. Son sumisos, pacientes, pacíficos y virtuosos. Seguramente que éstas gentes serían las más bienaventuradas del mundo, si solamente conocieran el verdadero Dios”

Fue a partir de la invasión colonial que la concepción del Estado fue impuesta a los colonizados a como lo percibían antes de la misma.

La mejor manera de justificar la invasión fue perpetrar y reproducir el poder colonial por medio del racismo construido a partir de la relación civilizado-salvaje.

El colonizado necesita ser minimizado, ocultar su historia para evitar que advierta su grandeza y no deslegitime el concepto de inferioridad que el sistema deberá implementar para justificar el poder del colonizador.

Se basaban en ideas de pensadores como Jean Jacques Rousseau para quién “El más fuerte no lo es jamás bastante, para ser siempre el amo o señor, sino transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”. (Barrios, 2021, s. p.)



4.4. El concepto de derecho en el sistema jurídico maya

Siguiendo con Barrios, se tiene que:

El Derecho Indiano, leyes de indias o legislación colonial, se caracterizó por su inoperable tendencia unificadora y asimiladora. Así como por el casuismo y consecuente gran producción legislativa.

Reconocía el derecho de los indígenas, siempre y cuando no se opusiera a las leyes de indias.

Dentro de las fuentes del derecho en indias se encuentran: a) leyes dictadas especialmente para las indias (sin importar donde se promulgaron); b) costumbres desarrolladas por los españoles en indias o costumbres criollas y, c) costumbres indígenas que no fueran en contra de la religión o de las leyes castellanas o indianas.

Durante el régimen colonial, la vida del indígena, estuvo condicionada a paradigma teocéntrico y antropocéntrico del invasor. Tanto Cristo como la cultura dominante, debían impenderse incluso por la fuerza. Dios había dispuesto quienes debían de ser gobernados y los pecados implicaban la imposibilidad de autogobernarse.

La participación del indígena en la construcción del Estado, fue “enormemente valorada” por los dueños del mismo y quienes construyeron sus capitales sobre la infame “Encomienda”.

El memorial de Sololá, brinda una imagen perfecta de la vida de los pueblos indígenas durante la colonia: “...Maldonado (Alonzo de Maldonado 1836-39) vino a aliviar los



sufrimientos del pueblo. Pronto cesó el lavado de oro. Se suspendió el tributo de muchachas y muchachos. Pronto también cesaron las muertes por el fuego y en la horca, y cesaron los despojos en los caminos por parte de los castellanos. Pronto volvieron a verse transitados pro la gente como lo eran antes de que comenzara el tributo...”. (s. p.)

En el capítulo anterior ya se hizo referencia a la integración del sistema jurídico maya, su concepto, los elementos de jurisdicción y competencia y el procedimiento generalizado para la resolución de sus conflictos.

De esa cuenta se analizan a continuación algunas similitudes y diferencias existentes entre el sistema jurídico maya y el sistema jurídico oficial

Similitudes:

- La primacía de la persona humana.
- El orden social.
- El respeto a la familia.
- Los valores espirituales y morales de la sociedad.
- El bien común.
- La seguridad.
- La justicia.
- La igualdad.
- La paz.
- La creencia en los antepasados.
- Las tradiciones y herencias culturales.



- La vigencia de los Derechos Humanos.
- En ambos derechos los valores son los que operativizan o dan vida a los principios, los ponen en práctica y las garantías constitucionales son los mecanismos de protección de esos principios y valores establecidos en ley.

Diferencias:

- El derecho ordinario crea un conjunto de normas emanadas de un órgano debidamente constituido donde existen autoridades investidas legalmente.
- En la sociedad maya de Guatemala, las normas de orden y de cohesión social están fundadas en preceptos de tipo moral, ético y cósmico-espiritual. que no son emanadas de institución o autoridad alguna legalmente instituida, pero si legítimamente reconocida y respetada por la sociedad indígena.
- En el derecho ordinario existe la disposición de procedimientos establecidos para la debida aplicación de las leyes, como por ejemplo el Código Procesal Civil para regular el procedimiento escrito en conflictos de esa naturaleza; el Código Procesal que regula el juzgamiento de los delitos en forma oral y pública.
- En el derecho indígena no es concebido el derecho como conjunto de normas jurídicas sistematizadas, codificadas y clasificadas, sino explicada desde un punto de vista social teológico, muy específico, por fundamentarse en fuerzas divinas, como el pensamiento de varias sociedades en el “viejo mundo”, porque hay orden y normas de cohesión social invisibilizadas, desconocidas y desvalorizadas, pero vigentes y efectivas, necesariamente para su propia interacción social.



- Las fuentes del derecho ordinario entre otras están, la Constitución, los Estándares Internacionales, las Leyes Ordinarias, la Jurisprudencia, la Doctrina Legal, las Sentencias.
- En el derecho indígena están, la cosmovisión, la idea del tiempo, el pensamiento filosófico y los calendarios. Existen fuentes prehispánicas como el calendario maya, las inscripciones en templos y estelas; fuentes documentales como el *Chilam Balam* o libro de las profecías; fuentes Coloniales como los *Anales de los Qaqchikeles*, el *Título de los señores de Totonicapán*; fuentes republicanas como los motines y rebeliones de indios y el partido de Totonicapán.
- En el derecho ordinario existe la jerarquización de las leyes.
- En el derecho indígena en su estructura se identifican los siguientes elementos: 1. Principios y valores. 2. Tradiciones y costumbres. 3. Sistema de autoridades. 4. Jurisdicción y competencia. 5. Procedimientos para resolver conflictos, con cosmovisión y aplicación distinta al sistema oficial.

4.5. Paradigmas de la filosofía del derecho constitucional en que se inspiran el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya

De acuerdo con el autor Alfonso Santiago (2021), profesor titular de Derecho Constitucional y vicerrector académico de las Universidad Austral, por filosofía se entiende:

(...) aquel conocimiento racional que intenta descubrir los fundamentos últimos de las realidades que se analizan, sus causas primeras y sus fines últimos. Entendemos que la filosofía del derecho constitucional forma parte de la Filosofía del Derecho, disciplina que pretende responder los interrogantes más definitivos y universales sobre esa realidad humana que es el Derecho. Si la ciencia del derecho se propone describir, sistematizar,



interpretar y valorar el derecho vigente, la Filosofía del Derecho realiza estas tareas en una perspectiva más universal y profunda, indagando sobre los fundamentos últimos de las realidades jurídicas.

El Derecho Constitucional es aquella parte del Derecho que se ocupa de la organización fundamental del Estado, el funcionamiento de sus instituciones de gobierno y los derechos humanos y garantías que se reconocen a sus habitantes y ciudadanos. (s. p.)

Este autor plantea la necesidad y conveniencia de la perspectiva filosófica en el análisis de las realidades constitucionales.

La búsqueda y formulación de los interrogantes fundamentales presentes en cada una de las ramas del Derecho, llevan de la mano a sus cultores hacia los planteos iusfilosóficos para intentar dar bases sólidas a los desarrollos teóricos de sus propias disciplinas. Por esa razón, también los constitucionalistas están llamados a tratar y abordar planteos que tienen una clara impronta iusfilosófica. Las distintas instituciones y conceptos constitucionales son implícita y explícitamente tributarias de determinadas concepciones iusfilosóficas. Por ello, el conocimiento de las distintas doctrinas iusfilosóficas permite ahondar en el estudio y comprensión más profunda de los fenómenos constitucionales.

Siguiendo las modernas teorías hermenéuticas y de análisis del discurso, puede afirmarse que debajo de toda concepción jurídica, de todo texto constitucional y legal de todo planteo normativo, de toda decisión judicial, subyace, en forma más o menos velada, una determinada concepción filosófica y esto es si cabe más claro y determinante en las instituciones y cuestiones constitucionales. Por ello es posible y muy conveniente “descodificar” estos fenómenos que forman parte de la realidad constitucional para



analizar cuál es la concepción de fondo que en ella está presente. Por otra parte, de acuerdo con la hermenéutica jurídica, podemos señalar que el derecho es siempre pensado y resuelto desde determinada posición: las concepciones previas, los “prejuicios”, condicionan y fundan en buena medida el juicio. Es más, son estas concepciones de fondo las que llevan a interpretar e integrar las normas de un modo o de otro, a resolver el caso en uno u otro sentido, particularmente en los denominados “casos difíciles”. Junto a su importancia teórica, el conocimiento de las distintas doctrinas filosóficas sobre las que se asienta el derecho tiene una enorme importancia práctica.

Para profundizar en el conocimiento de su objeto de estudio, el constitucionalista ha de abrirse a otros saberes y perspectivas, entre ellas, la Filosofía del Derecho. (Santiago, 2021, s. p.) (sic)

Para el autor José Luis Cea Egaña (2004) siguiendo, al efecto, la filosofía de Thomas Kuhn en su concepción de los paradigmas de las revoluciones científicas,

(...) en términos breves y simplificados, cree que, en lo concerniente al tema de dichos paradigmas, en los cuatro últimos siglos de la civilización occidental tanto los europeos como, desde su independencia política, los pueblos latinoamericanos herederos de aquellos, hemos vivido dos grandes paradigmas, o sea, modelos que se imponen para el desarrollo de la ciencia o de la técnica y que significan dejar una época que se espera sea para avanzar, progresando, a otra época mejor. (s. p.)



4. . Estado Legislador

El primero de esos paradigmas fue el del Estado, fundado en la doctrina del pacto político-social, con Thomas Hobbes (en la convicción del autor), como el padre indiscutido de su origen y postulados esenciales. Pues bien, aquella estructura política se caracterizaba por una serie de rasgos capitales, muchos de los cuales no se explican o se dan por sabidos y aceptados. Útil para este autor, es reseñar algunos de ellos para captar el calado del cambio que va dejando el neo constitucionalismo.

Por ejemplo, se refiere a que el Estado nació como depositario único de la dominación humana en general y no sólo política; que ejerciendo ese poder o soberanía incontrarrestable asumió la capacidad, exclusiva y excluyente, de hacer y nunca recibir la ley, como lo quiso Jean Bodin; que tal especie o categoría de norma jurídica se hallaba identificada con la justicia, porque, como afirmó Hobbes, antes del Estado y de la ley no se conocía la diferencia jurídica entre lo justo y lo injusto; en fin, que en el pacto social enajenamos todos los derechos para que el Estado, a través de la dominación legal, nos garantizara la igualdad y libertad en el ejercicio, cierto o seguro, de ellos.

Despréndense varias consecuencias de tales premisas. Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu, es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos

legislativos; y los ciudadanos carecíamos de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos.



Pues bien, mientras el pacto social y la ley tuvieron forma y sustancia democráticas, el paradigma abrió el surco a progresos ostensibles en el gobierno nacional de las comunidades políticas. Lamentablemente, por múltiples hechos históricamente establecidos, ocurrió el vaciamiento de la democracia representativa y de la ley, ésta como producto de los órganos gubernativos.

4. . Estado Constitucional de Derecho

Respecto del segundo paradigma el autor Cea Egaña (2004) se refiere a la irrupción de la dignidad de la persona y de los derechos inalienables que fluyen de ella. Si por siglos se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios ha despuntado este nuevo paradigma, que no sólo rectifica al precedente, porque humaniza la letra, hasta entonces inerte, del ordenamiento jurídico, llenándola de valores y principios de los cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe.

El autor indica que dentro de las características de este paradigma, se hallan, en primer lugar, la revalorización de la persona humana, de su dignidad y derechos inalienables; que de esa premisa capital fluye la nueva legitimidad que debe singularizar al Derecho en la democracia, esto es, la Constitución, cuya Parte Dogmática y de garantías es anterior y superior al Instrumento de Gobierno; la supremacía, sustantiva y formal, del Código Político; secuela de lo cual es la fuerza normativa, propia y directa, de los valores, principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad, de modo que ya no se requiere la intermediación de la ley para que las disposiciones constitucionales pasen del libro a la vida.



En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa Magistratura (Egaña, 2004, s. p.)

Para el caso de las comunidades indígenas de los pueblos originarios, los paradigmas de sus sistemas jurídicos, vienen dados por los principios y valores, emanados desde su particular cosmovisión,

(...) ya que, por ejemplo, en las comunidades Ixii, K'iche', Mam y Poqomchi' no existen códigos escritos que indiquen lo que se debe y lo que no se debe hacer; su práctica jurídica, así como su práctica moral y social, se fundamenta en valores y principios que se transmiten oralmente de generación en generación. En este sentido valoran, por ejemplo: la unidad de la comunidad, la convivencia pacífica, la solidaridad de las personas hacia su comunidad, el respeto a la naturaleza, el respeto hacia las personas y sus bienes. De estas valoraciones, probablemente producto de su actitud ante los preceptos de su religión ancestral y de la religión cristiana, se derivan normas particulares para las distintas esferas de la vida comunitaria, incluyendo la jurídica. En dichas valoraciones se advierte un nexo entre tres elementos fundamentales: el Ajaw (Dios), el hombre y la naturaleza; de este nexo se derivan prácticas como pedir permiso al Ajaw para cortar un árbol. Su concepción del deber ser o su normatividad no relaciona únicamente a los seres humanos, sino que involucra a Dios y a la naturaleza: en obediencia al Ajaw debe velarse por el cuidado de la naturaleza y hacer el bien a los otros.



En las cuatro comunidades no existe una sistematización ni una clasificación de las normas jurídicas, como si ocurre en el Sistema Jurídico Oficial; ni se hacen distinciones radicales entre los ámbitos religioso, jurídico, moral y social. Incluso la terminología que se usa en un ámbito puede usarse legítimamente en otro, por ejemplo, los términos tza' (Ixil), aw'as (K'iche'), i'l (Mam) y majk (Poqomchi'), que denominan las acciones que no conviene hacer porque, de lo contrario, no se hace el bien sino el mal, pueden usarse en el ámbito religioso como equivalentes al término pecado correspondiente a la cultura occidental; o en el ámbito moral y jurídico como equivalentes al término infracción. Lo mismo ocurre con los términos aapave' (Ixil), mak (K'iche'), qa' (Mam) y majk (Poqomchi'), que denominan la situación o el estado de una persona que ha quebrantado una norma, se usan en el ámbito religioso y en el jurídico como equivalentes del término culpa; pero debe observarse que en el español también se usa el mismo término en los dos ámbitos, lo cual hace suponer que el derecho occidental ha tomado prestado el término culpa del ámbito religioso. (IDIES, 2021, s. p.)

Por lo anterior, se hace eco de lo manifestado por el autor Cea Egaña (2004)

Que es a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivado del nuevo carácter normativo de ésta, se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema, irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas. (s. p.)



4.6. Análisis de la aceptación de resoluciones de tribunales indígenas por el

Poder Judicial

Se presenta en este apartado un análisis sobre el caso denominado “Comitancillo”, Expediente 1467-2014, Sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala el diez de marzo de dos mil dieciséis, en la acción constitucional de amparo promovida por Humberto Rafael Hidalgo Caballeros, en calidad de abogado defensor público de Esvin Abel García Cardona, contra la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia.

Acto reclamado: resolución de uno de octubre de dos mil doce, dictada por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, que declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y, como consecuencia, revocó el sobreseimiento decretado en el proceso que se sigue contra Esvin Abel García Cardona por el delito de Violación.

Violación que denuncia: al derecho de protección a los grupos étnicos, así como al respeto de sus costumbres y tradiciones.

Agravios que se reprochan al acto reclamado: estimó vulnerado el derecho enunciado, pues la autoridad reprochada revocó el sobreseimiento decretado por el juez de primera instancia, no obstante que su defendido **ya fue juzgado por la comunidad indígena a la que pertenece, en atención a sus costumbres**, tal como se consignó en las actas respectivas que se incorporaron al proceso, en las que consta el procedimiento por el que se le impusieron distintas sanciones, con participación de la comunidad y de las autoridades ancestrales, en acuerdo con la parte agraviada. Además, la Sala objetada certificó lo conducente contra los miembros de la comunidad que participaron en su juzgamiento, sin tomar en cuenta que los artículos 66

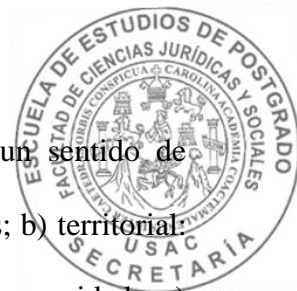


constitucional y 9 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establecen el derecho de las comunidades indígenas de resolver sus conflictos de acuerdo a sus costumbres, como ocurrió en el caso concreto, en el que su defendido fue juzgado conforme el derecho indígena.

En esencia, el poder judicial constitucional estimó:

- Sistema jurídico propio de los pueblos indígenas

Existe vulneración constitucional cuando la autoridad cuestionada desconoce la existencia del derecho indígena y pretende someter a proceso judicial a un miembro de un pueblo originario, no obstante fue juzgado por los mismos hechos por sus autoridades tradicionales, conforme a las costumbres propias de su cultura (...) partiendo del pleno reconocimiento del derecho indígena, que conlleva la potestad que tienen los pueblos originarios para resolver sus conflictos sociales conforme a su propio derecho, es preciso señalar que ello implica: i) la existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas que ejercen esa función; ii) la potestad que tienen los mismos pueblos y sus autoridades para establecer normas y procedimientos propios; iii) la necesaria adecuación del derecho indígena, sus normas y procedimientos a los derechos y garantías que establece la Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad; y iv) el esfuerzo que debe efectuar el Estado para dictar las pautas de coordinación y cooperación entre el derecho indígena y el sistema de justicia oficial. En ese sentido, para viabilizar el ejercicio del derecho indígena, en respeto y coordinación con las diferentes culturas que habitan el país, esta Corte estima necesario, como pauta del pluralismo jurídico, definir los elementos que deben concurrir para su aplicación: a) personal: consiste en que los



sujetos interesados deben ser miembros, así como poseer y mantener un sentido de pertenencia a su comunidad, esto es, a su cultura, costumbres y tradiciones; b) territorial: los hechos deben ocurrir dentro del territorio que pertenece a la comunidad; c) institucional: debe existir y ser reconocido un sistema de resolución de conflictos propio, que integre sus usos, costumbres y procedimientos, comúnmente conocidos y aceptados por los miembros de la comunidad; y d) objetivo: el conflicto debe afectar los intereses de la comunidad de que se trate, por lesionar un valor protegido por su cultura. Finalmente, es de puntualizar que los actos realizados en aplicación del derecho indígena y, sobre todo, las decisiones adoptadas por sus autoridades tradicionales –de la misma forma que las resoluciones de la justicia estatal– pueden ser sometidas a control de constitucionalidad por medio del amparo; ello, para garantizar el respeto y pleno goce de los derechos que prevé la Constitución y las normas que integran el bloque de constitucionalidad. (Corte de Constitucionalidad, 2016, Expediente 1467-2014. Fecha de sentencia: 10/03/2016, s. p.)

En este caso particular, respecto de las sanciones impuestas por la jurisdicción indígena, la Honorable Corte de Constitucionalidad también estimó:

(...) las sanciones impuestas en el derecho indígena, no pueden ser calificadas prima facie como vulneradoras de derechos humanos, en tanto que para su análisis es indispensable conocer los aspectos sociales y culturales de la comunidad en la que se aplican, cuestión que puede obtenerse, verbigracia, por medio de un peritaje cultural o jurídico antropológico, que permita comprender la cosmovisión indígena y su sistema normativo propio, lo que, incluso, podría variar dependiendo de la comunidad indígena de que se trate; en todo caso, “...lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los



tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar solo desde el punto de las normas del sistema ordinario...". (Corte de Constitucionalidad, 2016, Expediente 1467-2014. Fecha de sentencia: 10/03/2016, s. p.)

- En el caso de las Tejedoras Indígenas, el poder constitucional judicial resolvió

(...) lo ideal para proteger los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales es un cuerpo normativo específico que responda a las aspiraciones de protección permanente –no temporal– de las tejedoras indígenas (...) el estado de cosas inconstitucional que se produce por la ausencia de una normativa protectora de la propiedad intelectual colectiva de los derechos indígenas (...) exhortar a los diputados del Congreso de la República a que emitan la ley específica que brinde la necesaria protección a los conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales de esas comunidades (...). (Corte de Constitucionalidad, 2017, Expediente. 2112-2016. Fecha de sentencia: 17/10/2017, s. p.)

(...) la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, sus creaciones textiles representativas son manifestación propia de su cultura y cotidianidad; además, son producto de la herencia de conocimientos tradicionales, por lo que su protección debe ser regulada en cuerpo normativo ad hoc que atienda a sus características propias y que no supedite a las comunidades a formalidades que les son ajenas. (Corte de Constitucionalidad, 2017, Expediente 2112-2016. Fecha de sentencia: 17/10/2017, s. p.)



- Conocimientos ancestrales

(...) se puede referir que los conocimientos tradicionales indígenas son aquellos que son heredados por los pueblos originarios y que pertenecen colectivamente a los integrantes de esas comunidades, precisamente por ser parte de su patrimonio cultural, que es reflejo de su identidad y cosmovisión. Por su parte las expresiones tradicionales culturales constituyen las formas como se materializan esos conocimientos. Debe tenerse presente que los conocimientos referidos guardan importancia desde el punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que los han creado y ahora ejercen, mantienen y velan por preservar. Estos derivan de prácticas que se generan, conservan y transmiten en un contexto tradicional y se asocian claramente a la cultura de comunidades que los conservan y los transmiten intergeneracionalmente, siendo celosas depositarias de estos, por lo que su apropiación individual o uso indebido conlleva un perjuicio para los pueblos a los que les corresponde su titularidad (...). (Corte de Constitucionalidad, 2017, Expediente 2112-2016. Fecha de sentencia: 17/10/2017, s. p.)

La Corte considera que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se debe proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que éstos puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Ésta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Párr. 172.)



En relación con litigios resueltos por la Honorable Corte de Constitucionalidad derivados a la protección de tierras y cooperativas agrícolas indígenas en su derecho a la libre determinación y derecho de consulta, ha resuelto:

- Propiedad ancestral

El régimen constitucional, empero, también contempla, tanto a nivel nacional como internacional, previsiones que impiden que el beneficio de unos pueda producir perjuicios, algunos incluso irreversibles, al hábitat natural y cultural de individuos o comunidades. Tal es el caso de los artículos 58, 66, 67 y 97 Constitucionales y el Convenio 169 (...). Para el caso, es necesario conciliar el aprovechamiento racional de los recursos naturales no renovables con el respeto a derechos sustanciales de cualquier persona y conglomerado social, en especial cuando se trata de miembros de grupos marginados de los procesos de decisión del poder público. Lo que se requiere es que, por una parte, se identifiquen y, como consecuencia, se observen y atiendan adecuadamente los intereses legítimos de los afectados o potencialmente afectados; y que, por la otra, se prevengan reparos injustificados a proyectos solventes de desarrollo para la Nación. Para estimar a una comunidad representativa de pueblos indígenas susceptible de afectación directa por la realización de algún proyecto, operación o actividad, no es indispensable que el lugar en el que se planea instalar la infraestructura o la maquinaria requeridos para el efecto, se halle precisamente dentro de linderos de propiedad formalmente reconocida a la comunidad en referencia, porque el objeto de protección de la consulta no se circunscribe, ni se refiere principalmente, a la esfera patrimonial –en la connotación civilista de la expresión–, sino aglutina elementos de naturaleza heterogénea enraizados en la cosmovisión propia de los pueblos indígenas y en el fenómeno de marginación que



han padecido, respecto a los procesos de decisión del poder público y del acceso a servicios básicos –aun cuando se registren algunos avances en el orden político y social–.

En definitiva, de lo antes relacionado se colige que resultará procedente la consulta a pueblos indígenas cuando se prevean disposiciones de poder público, sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, en el entendido de que esto último se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan llegar a tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.–, a fin de prevenir que se produzca de modo y con intensidad tales que conlleven detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna (...). (Corte de Constitucionalidad, 2016, *Expediente 3753-2014*. Fecha de sentencia: 12/01/2016, s. p.)

- Derecho de consulta

Esta Corte ha apuntado en oportunidades anteriores (...) que el soporte normativo de la consulta a los pueblos indígenas acerca de medidas estatales susceptibles de causarles afectación reside en una serie de instrumentos internacionales de los cuales el Estado de Guatemala (...). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho notar que la consulta regulada en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo se ha consolidado como principio general del Derecho Internacional, habida cuenta que muchos países miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de reformas en su normatividad interna y de los pronunciamientos emanados de sus más altas cortes de justicia, han respaldado su protección (...). Así concebida, la prerrogativa en referencia conlleva para el Estado, con relación a las acciones gubernamentales que podrían afectarles directamente, la obligación de implementar e institucionalizar procedimientos mediante los cuales, se



genere de buena fe, en forma sistemática y acorde a sus tradiciones ancestrales, una dinámica de información, participación y diálogo con sus legítimos representantes, con el propósito de concertar acuerdos sobre las medidas que se proyecta realizar (...). El reconocimiento de la consulta prevista en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, como parte del catálogo de derechos fundamentales protegidos en el control de convencionalidad, demanda del Estado de Guatemala, en general, la realización de cualesquiera modificaciones estructurales que sean necesarias, en sus instituciones y legislación interna, para darle eficaz cabida en el contexto nacional; así lo han expresado este mismo Tribunal (...) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), es importante esclarecer si en el decurso de los procedimientos administrativos por los que se tramitaron esas autorizaciones, se produjo alguna diligencia a la que sea dable atribuir el carácter de consulta válidamente efectuada. Para ese cometido es necesario, en primer lugar, recapitular, en síntesis, los elementos definitorios de la consulta, de acuerdo a lo preceptuado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, y el desarrollo interpretativo que sobre su normativa han efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...); la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (...) y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (...): **A.** Carácter previo a la medida gubernativa. **B.** Comprende un verdadero diálogo en el que privan la buena fe, la comunicación constante, la transparencia, el entendimiento y el respeto mutuos; no se agota con la sola información. **C.** Orientada al objetivo de arribar a acuerdos, con el



consenso como vía para la toma de decisiones; no se trata de que una parte se imponga a la otra. **D.** Se concreta mediante procedimientos culturalmente apropiados, en los que se respetan las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, especialmente en cuanto a sus instituciones representativas. Esos estándares de derecho internacional ya han quedado reflejados en la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia. (Corte de Constitucionalidad, 2017, *Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017*. Fecha de sentencia: 26/05/2017, s. p.)

(...) cuando las leyes tuvieren un objeto concreto y específico relacionado con los pueblos indígenas y tribales, protegidos por el Convenio 169 (...), sería viable que la función legislativa tuviera apoyo en las adecuadas consultas que le permitan emitir una legislación acorde con las garantías a los derechos y libertades de las indicadas poblaciones, en armonía con los intereses de la Nación guatemalteca (...) Por otra parte, cuando alguno de estos poblados resintiera afectación por la aplicación de la ley, siempre tendrá a su alcance exigir que, en su propia comunidad, se proceda a realizar las consultas reconocidas por el citado Convenio 169, como expresión de su voluntad para que el Estado tome las disposiciones necesarias que protejan sus intereses y para que compartan de manera efectiva sus beneficios. (Corte de Constitucionalidad, 2013, *Expediente 1008-2012*. Fecha de sentencia: 28/02/2013, s. p.)

- Sentencia estructural Caso Oxec

Toda situación debe ser resuelta y, para ello, debe integrarse la normativa vigente, para así superar la ausencia de un procedimiento de consulta a pueblos indígenas en Guatemala, estableciéndose por medio del fallo los lineamientos que deberán



desarrollarse –en concordancia con los estándares internacionales– aplicables no solo para el caso objeto de examen, sino para todo conflicto que a futuro se suscite vinculado a ese tópico, mientras no exista una legislación específica respecto del tema, y de esa manera prevenir denuncias con relación al derecho de mérito, garantizando su efectividad en el país, lo que solamente puede lograrse poniendo en marcha al aparato estatal y en donde tengan participación proactiva –de forma armónica y coordinada– varias autoridades públicas, con el objeto de garantizar que el Estado cumpla con sus obligaciones en los ámbitos nacional e internacional en materia de derechos humanos. (Expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017)

En aras de evitar que continúe la omisión de desarrollar una legislación que garantice el derecho en mención, se opta por compeler a los Diputados del Congreso de la República de Guatemala a que, en el plazo de un año contado a partir de notificada esta sentencia, se produzca el proceso legislativo a efecto de asegurar que en el citado plazo se apruebe la normativa legal atinente al derecho de consulta. (Soto, 2021, s. p.)

- Sentencia Caso Mina San Rafael (diversos efectos)

Como parte de los efectos del citado fallo estructural, se dispuso también ordenar al Congreso de la República que emitiera la legislación que efectivizara el goce del derecho de consulta. No puede afirmarse, por consiguiente, que la decisión de que en aquel asunto pudieran continuarse ejecutando labores, forme parte de las pautas generales replicables que esta Corte incluyó en su fallo. Y esto no podría ser de otra manera porque, en todo caso, los efectos que en cada asunto particular sometido a su conocimiento debe conferir este Tribunal a sus fallos, específicamente en relación a la situación jurídica de las



licencias que ya han sido otorgadas sin observar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, es una situación que debe decidirse vis a vis. La decisión que debe asumir el Tribunal dependerá de la ponderación que efectúe de las circunstancias propias de cada asunto. [Expediente 4785-2017]. (Soto, 2021, s. p.)

- Sentencia Caso Mina Fénix

Las circunstancias descritas conllevan a esta Corte a concluir que, dentro del expediente administrativo que sirve de antecedente al presente amparo, solo pudo tenerse por cumplido el requisito de presentación de Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental respecto del área de seis punto veintinueve kilómetros cuadrados (6.29 Km²), no así en la restante extensión sobre la cual también le fue extendida la licencia. Debe comprenderse, con toda certeza, que el requisito de presentación previa del citado instrumento ambiental únicamente se puede comprender cumplido respecto de esa área menor, no así en cuanto a la totalidad del polígono de explotación pretendido.

Cabe resaltar que la gestión de la entidad CGN, en la que requirió que le fuera otorgada licencia para realizar actividades de explotación minera en el área de doscientos cuarenta y siete punto nueve mil novecientos setenta y ocho kilómetros cuadrados debió, en todo caso, conllevarle la obligación de presentar Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental respecto de toda la extensión territorial pretendida y, además, obligaba a que el ministerio de Energía y Minas, previo a disponer medida administrativa que afectara la totalidad de ese polígono, cumpliera con la obligación de consultar a los pueblos indígenas radicados en esa área. [Expediente 697-2019]. (Soto, 2021, s. p.)



- Nulidad de actos administrativos:

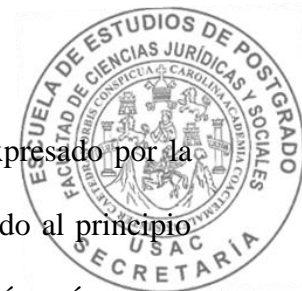
El citado Ministerio, previo a acceder a otorgar la autorización que se le formule, debe i) tener en cuenta el impacto acumulado que pueda provocar el otorgamiento de esa licencia y ii) observar el pronunciamiento de este Tribunal, contenido en el Considerando III del presente fallo, relativo a la presencia de pueblos indígenas en esa área y, con base en ello, agotar el proceso de consulta con todos los pueblos indígenas establecidos en el área que comprenda la medida administrativa. Tal y como fue declarado en la sentencia dictada en el expediente 4785-2017, la licencia que se otorgue con inobservancia de esa exigencia será nula. [Expediente 697-2019]. (Soto, 2021, s. p.)

- Relación del derecho con el medio ambiente sano

Derivado del impacto que los proyectos mineros provocan en el medio ambiente, en este fallo se dispondrán las medidas necesarias que permitan el resguardo del medio ambiente del área en el que se encuentra ubicado el proyecto cuya licencia se cuestiona. Esta decisión encuentra su fundamento en el hecho de que, por la relación especial que los pueblos indígenas poseen con la tierra, en estos casos cobra especial relevancia la protección al derecho a un ambiente sano. [Expediente 697-2019]. (Soto, 2021, s. p.)

4.7. Ante la observancia de una reforma constitucional, ¿cómo se resolvería el problema jurídico y el problema de coordinación y dialogo ante los tribunales locales y nacionales?

El problema jurídico y el problema de coordinación y dialogo referido, se resolvería con el reconocimiento constitucional expreso del pluralismo jurídico y de la personalidad jurídica de



los pueblos originarios y, ante esa observancia, al amparo del marco jurídico expresado por la corte de constitucionalidad en sentencias de casos de jurisdicción indígena, aunado al principio constitucional que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación así como a estándares internacionales reconocidos por Guatemala en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, se pueden establecer algunos criterios básicos sobre los cuales debe regirse la coordinación entre las dos jurisdicciones:

- 1) Que debe realizarse respetando la diversidad de justicias existentes, es decir, que debe hacerse bajo principios interjurisdiccionales en los que sea posible la interculturalidad.
- 2) Que por ser un proceso de doble vía se requiere aprender a coordinar, indígenas como no indígenas.
- 3) Que se debe hacer propiciando nuevos modos de desarrollar formas de intercambio jurisdiccional.
- 4) Que debe ser una relación interjudicial que posibilite la construcción y desarrollo de distintas prácticas, lógicas y conocimientos jurídicos en contexto con la diversidad cultural, étnica y jurídica.
- 5) Que debe realizarse garantizando siempre la protección, defensa y promoción de los derechos de la diversidad cultural y étnica de los pueblos indígenas, en particular la potestad que tienen de impartir justicia de acuerdo con sus sistemas jurídicos, derechos propios, usos y costumbres. (García, 2021, s. p.)

Para el caso de la coordinación interjurisdiccional entre el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya, debe aplicarse la doctrina de los dos eslabones:



1. Control de constitucionalidad.

➤ Órganos domésticos.

2. Control de convencionalidad.

➤ Órganos Internacionales. (Sosa, 2021, s. p.)

De acuerdo con las Declaraciones Internacionales sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, para una verdadera coordinación interjurisdiccional se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Primero: que el problema de los pueblos indígenas de América es de interés público. De carácter continental y relacionado con los propósitos afirmados de solidaridad entre todos los pueblos y gobiernos del mundo.
- Segundo: que no son aconsejables los procedimientos legislativos y prácticas que tengan origen en conceptos de diferencias raciales y con tendencias desfavorables para los pueblos indígenas. El principio básico en este sentido es la igualdad de derechos y de oportunidades para todos los grupos de la población americana.
- Tercero: todas las medidas o disposiciones que se dicten para garantizar los derechos y proteger cuanto sea necesario a los grupos indígenas, deben ser sobre el respeto a los valores positivos de su personalidad histórica y cultural y con el fin de elevar su situación económica y la asimilación y el aprovechamiento de los recursos de la técnica moderna y de la cultura universal.



Para hablar de la creación de una verdadera coordinación interjurisdiccional, se debe hacer un análisis de fondo con visión y criterio multidisciplinario del concepto jurídico, antropológico, sociológico, etnológico, histórico, cultural y cósmico espiritual, es decir, para concebir la idea y su explicación consecuentemente.

Existen condiciones para hablar de la constitucionalización de determinados sistemas jurídicos, como el caso que nos ocupa de la coordinación interjurisdiccional.

Para el autor Alfonso Santiago son 7 el número de esas condiciones:

- i) Incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales;
- ii) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional;
- iii) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es ya considerada como un conjunto de normas “programáticas”, sino “preceptivas”;
- iv) La “sobre interpretación” de la Constitución, ya que su texto es interpretado extensivamente deduciéndose de ella principios implícitos;
- v) La aplicación directa de las normas constitucionales, sin necesidad de la mediación legislativa, que también se extiende a las relaciones entre particulares;
- vi) La interpretación de las leyes y normas inferiores en conformidad con la Constitución;
- vii) La presencia e influencia de la Constitución en el debate político.



Complementariamente, cabe destacar la centralidad que los derechos fundamentales o derechos humanos comienzan a tener en la vida jurídica y política. Pasan a ser considerados como valores que impregnan todo el ordenamiento político-jurídico del Estado y extienden también su influjo a las relaciones privadas. De este modo, se verifica una omnipresencia constitucional que impregna, satura e invade la totalidad del ordenamiento jurídico. Se reconocen y detallan minuciosamente los derechos constitucionales de las personas y los grupos sociales, y se consagran las garantías jurídicas que los hacen efectivos: del principio que establecía que los derechos humanos valían en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos, que ahora cuentan con las necesarias garantías constitucionales para hacerlos efectivos. De ese modo, se establece y difunde una cultura jurídica inspirada en derechos antes que en normas o deberes jurídicos. Esta nueva realidad lleva al crecimiento del rol y de la importancia de la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental. (Santiago, 2021, s. p.)

4.8. Análisis de las normas constitucionales identificadas en el presente trabajo de investigación

- Marco Nacional

- Artículos Constitucionales:



- **Artículo 2º. - Deberes del Estado.** Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Deberes del Estado y obligación de tomar medidas “(...) [el Estado] debe garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, para lo cual debe adoptar las medidas que a su juicio sean convenientes según lo demanden las necesidades y condiciones del momento, que pueden ser no sólo individuales sino también sociales. (Corte de Constitucionalidad, 2010, Expediente 1205-2008. Fecha de sentencia: 17/02/2010, s. p.)

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párr. 167)

- **Artículo 4º. - Libertad e igualdad.** En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.



(...) cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. Párr. 268)

- Igual protección ante la ley

(...) el principio de igualdad (...) hace imperativo que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma, lo cual impone que todos los ciudadanos queden sujetos de la misma manera a las disposiciones legales, sin clasificarlos, ni distinguirlos, ya que tal extremo implicaría un tratamiento diverso, opuesto al sentido de igualdad preconizado por el texto supremo; sin embargo, para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias (...). (Corte de Constitucionalidad, 2006, Expediente 2243-2005. Fecha de sentencia: 01/06/2006, s. p.)

- **Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana.** Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. Serán

nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.



Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en éste, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es incita respecto de la persona humana. Esto es así, porque es también aceptado que los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, propicio para el libre desarrollo de la personalidad. En una Constitución finalista, como lo es aquélla actualmente vigente en la República de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Constitución (...) o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun y cuando no figuren expresamente en este último texto normativo. (Corte de Constitucionalidad, 2006, Expediente 1356-2006. Fecha de sentencia: 11/10/2006, s. p.)



- **Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional.** Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Bloque de constitucionalidad

Partiendo de la existencia del bloque de constitucionalidad, dentro del que figura la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tomando en cuenta que el Estado de Guatemala se encuentra sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, por ello, resulta obligatoria la observancia de sus sentencias, es preciso traer a colación el fallo emitido por ese tribunal regional de Derechos Humanos el catorce de marzo de dos mil uno, dentro del caso Barrios Altos vs. Perú, en el que consideró: ‘...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos’ (Criterio que ha reiterado, entre otras, en las sentencias de veinticuatro de noviembre de dos mil diez y veinticuatro de febrero de dos mil once, dentro de los casos Gomes Lund y otros vs. Brasil, y Gelman vs. Uruguay, respectivamente). (Corte de Constitucionalidad, 2016, Expediente 3438-2016. Fecha de sentencia: 08/11/2016, s. p.)

(...) la interpretación jurídica en un Estado Constitucional de derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los



preceptos de la Constitución, lo que implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados, están obligados a interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan de la Ley Fundamental y del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad. Al referirnos al bloque de constitucionalidad se hace referencia a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías y sirven, como medidas de control de constitucionalidad de los preceptos normativos y de los actos de autoridad. Su función esencial es la de servir como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. (Corte de Constitucionalidad, 2016, Expediente 4-2016. Fecha de sentencia: 26/05/2016, s. p.)

Por vía del “bloque de constitucionalidad”, se realiza el análisis confrontativo que requieren las acciones de inconstitucionalidad verificando si, en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad no sólo conforme a normas de la Constitución (...), sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. (Corte de Constitucionalidad, 2015, Expediente 1006-2014. Fecha de sentencia: 26/11/2015, s. p.)

- **Artículo 58.- Identidad cultural.** Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el que se desarrollan simultáneamente diversas culturas, cada una con

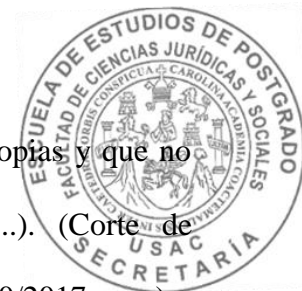


costumbres y tradiciones propias, algunas que datan de tiempos precoloniales, otras de la época colonial y las que se desarrollaron en el Estado poscolonial; de ahí que el gran reto de la Guatemala actual es lograr la existencia de un Estado inclusivo que reconociendo la diversidad y riqueza cultural, construya las bases que permitan su coexistencia y desarrollo armónico, con la finalidad de lograr una sana convivencia social que, basada en el respeto recíproco de la identidad cultural de todas las personas que habitan el país, haga viable alcanzar su fin supremo que es la realización del bien común. (Corte de Constitucionalidad, 2016, Expediente 1467-2014. Fecha de sentencia: 10/03/2016, s. p.)

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C Núm. 346. Párr. 115)

- **Artículo 59.- Protección e investigación de la cultura.** Es obligación primordial del Estado proteger, fomentar y divulgar la cultura nacional; emitir las leyes y disposiciones que tiendan a su enriquecimiento, restauración, preservación y recuperación; promover y reglamentar su investigación científica, así como la creación y aplicación de tecnología apropiada.

(...) la cosmovisión propia de los pueblos indígenas, sus creaciones textiles representativas son manifestación propia de su cultura y cotidianidad; además, son producto de la herencia de conocimientos tradicionales, por lo que su protección debe ser

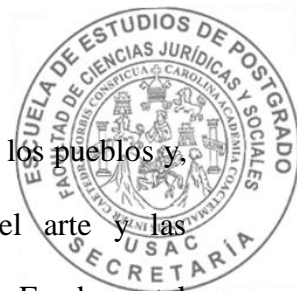


regulada en cuerpo normativo ad hoc que atienda a sus características propias y que no supedite a las comunidades a formalidades que les son ajenas. (...). (Corte de Constitucionalidad, 2017, Expediente 2112-2016. Fecha de sentencia: 17/10/2017, s. p.)

- **Artículo 60.- Patrimonio cultural.** Forman el patrimonio cultural de la Nación los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país y están bajo la protección del Estado. Se prohíbe su enajenación, exportación o alteración salvo los casos que determine la ley.

(...) los conocimientos tradicionales indígenas son aquellos que son heredados por los pueblos originarios y que pertenecen colectivamente a los integrantes de esas comunidades, precisamente por ser parte de su patrimonio cultural, que es reflejo de su identidad y cosmovisión. Por su parte las expresiones tradicionales culturales constituyen las formas como se materializan esos conocimientos. Debe tenerse presente que los conocimientos referidos guardan importancia desde el punto de vista cultural, intelectual y espiritual para las comunidades que los han creado y ahora ejercen, mantienen y velan por preservar. Estos derivan de prácticas que se generan, conservan y transmiten en un contexto tradicional y se asocian claramente a la cultura de comunidades que los conservan y los transmiten intergeneracionalmente, siendo celosas depositarias de estos, por lo que su apropiación individual o uso indebido conlleva un perjuicio para los pueblos a los que les corresponde su titularidad. (Corte de Constitucionalidad, 2017, Expediente 2112-2016. Fecha de sentencia: 24/10/2017, s. p.)

Es universalmente aceptado que el patrimonio cultural de un país también se compone de todos los vestigios de actividad humana existentes en un entorno físico determinado, los



cuales son fuente invaluable de información sobre la vida y costumbres de los pueblos y, también, sobre la evolución histórica de los oficios, las técnicas, el arte y las manifestaciones espirituales. Atendiendo a esa circunstancia, la normativa Fundamental de Guatemala establece que conforman el Patrimonio Cultural de la Nación “los bienes y valores paleontológicos, arqueológicos, históricos y artísticos del país”, los que quedan bajo la protección del Estado. (Corte de Constitucionalidad, 2010, *Expediente 2099-2008*. Fecha de sentencia: 29/04/2010, s. p.)

Sección Tercera

Comunidades indígenas

- Artículo 66.- Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Convenio 169 de la OIT

(...) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, por tratarse de un tratado internacional en materia de Derechos Humanos, forma parte de la Constitución material o bloque de constitucionalidad guatemalteco, que esta Corte ha identificado como el conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, comprendiendo tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos



fundamentales contenidos en la Constitución formal; garantizando así la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, consolidando la garantía de los Derechos Humanos en el país (...). (Corte de Constitucionalidad, 2015, Expediente 5955-2013. Fecha de sentencia: 25/11/2015, s. p.)

Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe y que el referido Convenio [169 de la OIT] estaba destinado a servir como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impedían a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos para que, por lo menos, los disfrutaran en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad, y que dicho Convenio constituía un instrumento jurídico internacional complementario, que venía a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución (...), lo cual tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional. Este instrumento es sólo uno de varios que, sumados, evidencian el esfuerzo que se ha venido realizando para la protección de los pueblos indígenas y para lograr que gocen de un tratamiento que no sea separatista. (Corte de Constitucionalidad, 2011, Expediente 3217-2010. Fecha de sentencia: 15/11/2011, s. p.)

(...) tal convenio [Convenio 169], considerado en su integridad, propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena y reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala (...). (Corte de Constitucionalidad, 2009, Expediente 3878-2007. Fecha de sentencia: 21/12/2009, s. p.)



(...) esta Corte ha establecido que las comunidades asentadas en los diferentes municipios de nuestro país, están facultadas para acudir ante la justicia constitucional en procura de la defensa de los derechos e intereses que colectivamente comparten, por medio de las personas a las que reconocen representatividad de acuerdo a sus prácticas y costumbres. (Corte de Constitucionalidad, 2019, Expediente 1052-2017. Fecha de sentencia: 14/05/2019, s. p.)

- Artículo 67.- 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. Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema.

Relación de los pueblos indígenas con su territorio

(...) la especial protección que la Carta Magna dedica al derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas (...), en congruencia con el significativo papel que juega la tierra en su cosmovisión. Esto último ha sido reconocido a nivel internacional, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) puntualizando además que el argumento de que las tierras en disputa estén siendo debidamente explotadas no basta para vedar esa posibilidad, habida cuenta de que bajo el mismo "... subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras



tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos (...)”.

(Corte de Constitucionalidad, 2011, Expediente 1101-2010. Fecha de sentencia: 04/05/2011, s. p.)

- Artículo 68.- Tierras para comunidades indígenas. Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo.

(...) el Reglamento impugnado regula las condiciones que debe tener un terreno o predio para ser declarado como tierra comunal, estableciendo que son necesarias la posesión, la pertenencia histórica y la administración especial; condiciones que deben concurrir obligatoriamente para que proceda la declaración de tierra comunal a favor de una comunidad indígena. Las condiciones aludidas, están vinculadas con el mandato otorgado al Registro de Información Catastral en el artículo 65 de la Ley del Registro mencionado (...) y el Convenio 169 (...), circunstancias que se produjeron, y que se pueden constatar al analizar el texto de la norma impugnada. (Corte de Constitucionalidad, 2010, Expediente 4334-2009. Fecha de sentencia: 01/06/2010, s. p.)

- Artículo 69.- Traslación de trabajadores y su protección. Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades, serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio.

- Artículo 70.- Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección.



Marco Jurídico Internacional

a) Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

(Reconocimiento de sistemas jurídicos)

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a



los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

c) Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones,

procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.



2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar



medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Normas constitucionales aplicables para la integración del pluralismo jurídico en Guatemala.

A) La primera sin reforma constitucional.

El artículo 70 de la Constitución Política de la República de Guatemala estipula: *“Ley específica. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección”*

Desde la vigencia de nuestra constitución hasta la fecha, ha existido un vacío legislativo al no promulgarse la ley

SECCIÓN TERCERA

Formación y Sanción de la Ley

Artículo 174.- Iniciativa de ley. Para la formación de las leyes tienen iniciativa los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.

Iniciativa de ley “(...) la iniciativa de ley regulada en el artículo 174 de la Constitución (...), es una facultad que tienen en primer término, los diputados del Congreso (...), seguidos por el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, **la Universidad de San Carlos de Guatemala** y el Tribunal Supremo Electoral, y si bien, cada ente tiene un conocimiento particularizado sobre alguna materia, esto no lo obliga a ejercer dicha facultad, ya que la obligación de legislar corresponde con exclusividad al Congreso (...)”.



(Corte de Constitucionalidad, 2007, Expedientes acumulados 2265-2006, 2443-2006 y 2451-2006. Fecha de sentencia: 28/03/2007, s. p.)

Debe entenderse que esta iniciativa si bien corresponde a los diputados en forma singular, lo que significa que uno sólo de ellos posee derecho de iniciativa de ley ante el Congreso, no implica que el mismo quede limitado a su planteamiento individualizado, pues las formas parlamentarias reconocen la formación de grupos, bloques, copatrocinios o comisiones congresiles que le pueden dar mayor fuerza y consistencia a las iniciativas. De esta forma, si un sólo diputado tiene iniciativa de ley, es propio que pueda tenerla una suma de voluntades de diputados que forman una Comisión del Congreso, que, por disposiciones de su ley orgánica y de régimen interior, están formadas exclusivamente por diputados, como se colige de lo preceptuado en los artículos 38, 40 y 42. Además, según reza la última frase del artículo 36 de la respectiva ley, las Comisiones del Congreso (...) pueden promover asuntos por su propia iniciativa. (Corte de Constitucionalidad, 1988, Expediente 154-88. Fecha de sentencia: 12/07/1988, s. p.)

La Universidad de San Carlos de Guatemala, tiene la oportunidad de elaborar una iniciativa de ley en el marco del cumplimiento del Artículo 70 constitucional. La formulación de una ley específica que regule lo relativo a las materias de los pueblos indígenas originarios, convocando para el efecto a las mesas de dialogo integradas por profesionales capaces e idóneos, expertos en la materia y que pertenezcan a cada uno de los pueblos que coexisten en Guatemala, es decir, el maya, el ladino o mestizo, el xinca y el garífuna.



B) Con reforma constitucional

TÍTULO VII

Reformas a la Constitución

CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 277.

Iniciativa. Tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución: a) El Presidente de la República en Consejo de Ministros; b) Diez o más diputados al Congreso de la República; c) La Corte de Constitucionalidad; y d) El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos. En cualquiera de los casos anteriores, el Congreso de la República debe ocuparse sin demora alguna del asunto planteado.

Artículo 278.

Asamblea Nacional Constituyente. Para reformar este o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente. En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse y se comunicará al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.



Artículo 279.

Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente. La Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República podrán funcionar simultáneamente. Las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente son las mismas que se exigen para ser Diputado al Congreso y los diputados constituyentes gozarán de iguales inmunidades y prerrogativas. No se podrá simultáneamente ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente y al Congreso de la República. Las elecciones de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, el número de diputados a elegir y las demás cuestiones relacionadas, con el proceso electoral se normarán en igual forma que las elecciones al Congreso de la República.

Artículo 280.

Reformas por el Congreso y consulta popular. Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución. Si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.

Límites de la consulta popular “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados



hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24/02/2011. Párrafo 239.

Artículo 281.

Artículos no reformables. En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.

En ambos casos pueden aplicarse los Derechos de los pueblos indígenas a la consulta, consentimiento previo, libre e informado regulado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



169. Reconocimiento de la diversidad cultural y compatibilidad constitucional del Convenio

Reconocimiento de diversidad cultural y étnica dentro de la unidad nacional

(...) Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que, al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno y que en forma global no contradicen ningún precepto constitucional (...).

- Diversidad étnica y cultural

Respeto a identidad indígena

(...) el Estado de Guatemala, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, idiomas, dialectos de los pueblos indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse (...).

Complementariedad con la Constitución

(...) instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone, sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional (...).



- Compatibilidad de la Constitución el Convenio 169 de la OIT

Igualdad formal y material.

(...) si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores (...) el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales (...).

Participación en planificación, discusión y decisión.

(...) interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala, así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad...). [Exp. 199-95 (Opinión consultiva solicitada por el Congreso de la República antes de aprobación del convenio)]

- Justificación del derecho de consulta

La consulta como garantía de igualdad.

(...) la instauración de la consulta previa de los pueblos indígenas surgió como resultado de la conciencia internacional de la necesidad de abogar, de manera especial, por la salvaguardia de los intereses de grupos humanos que por factores ligados a su identidad



cultural, han sido históricamente relegados de los procesos de decisión del poder público y del funcionamiento de las estructuras estatales (...) como garantía de igualdad o de equiparación, en cuanto a la aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida (...). [Exps. 2567-2015, 3753-2014 y 411-2014 (Casos licencias de exploración minera "Tajumulco II", "Chocoyos" y "Los Cimientos", respectivamente), entre otros].

¿Cuándo procede efectuar la consulta?

Dos presupuestos básicos según el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT:

(...) para que la consulta sea procedente es necesario que concurren dos componentes: por un lado, que determinadas acciones o decisiones del poder público encuadren en el concepto genérico de medidas administrativas o legislativas; y por otro, la circunstancia de que pueda razonablemente preverse que el proyecto, operación o actividad cuya autorización se pide originará afectación directa de poblaciones indígenas (...).

Resulta procedente la consulta a pueblos indígenas cuando se prevean disposiciones de poder público, sean legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente, en el entendido de que esto último se determina en función de la incidencia que esas medidas puedan llegar a tener en sus condiciones de vida –sea de índole social, económica, espiritual, ambiental, sanitaria, alimentaria, etc.–, a fin de prevenir que se produzca de modo y con intensidad tales que conlleven detrimento de su identidad cultural y su subsistencia digna. (Expedientes 1149- 2012, acumulados 156/159-2013, acumulados 4957/4958-2012 y 411-2014).



4.9. Dentro de los contextos sociales, políticos y jurídicos, se amplía y concreta la experiencia comparada de los países identificados en este trabajo en los que se aplica el pluralismo jurídico

4.9.1. Constituciones plurinacionales convencionalizadas en Latinoamérica

Para el caso de Colombia, el Artículo 246 de su Constitución Política, promulgada en 1991, regula que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a las Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.

Para el caso de Perú, el Artículo 149 de su Constitución Política, promulgada en 1993, determina que las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias de Poder Judicial.

Para el caso de Bolivia, el Artículo 171 de su Constitución Política, promulgada en 1994, establece que:

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean



contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado. (s. p.)

Para el caso del Ecuador, el artículo 191 de su Constitución Política, promulgada en 1998, regula que:

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional. (s. p.)

Para el caso de Venezuela, el Artículo 260 de su Constitución Política, promulgada en 1999, estipula que:

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que solo afecten a sus integrantes según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. (s. p.)

La instauración del Pluralismo Jurídico ha venido evolucionando por ciclos:

El Primer Ciclo corresponde al periodo 1982-1988 en el eje emergente del multiculturalismo y el derecho a la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas.



En este primer ciclo se integran en sus conceptos normativos constitucionales, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987 y Brasil en 1988.

En el contexto normativo internacional en 1982 surge el Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y la revisión del Convenio 107.

En el contexto nacional es evidente la influencia de países latinoamericanos con diversidad cultural, así como la presencia indígena en el contexto bélico y post-bélico.

Aspiran a ser reconocidos como sujetos de derechos comunidades indígenas de Nicaragua, grupos étnicos de Guatemala, poblaciones indígenas del Brasil y pueblos aborígenes del Canadá.

En ese sentido se reconocen la Multiculturalidad y derechos aborígenes en Canadá; el derecho a la identidad cultural en Guatemala y Nicaragua y en este último país también se reconocen la multiétnicidad y las autonomías (aunque sea solo en el papel ya que actualmente persiste la dictadura férrea de Daniel Ortega y su consorte Vicepresidenta, únicamente comparable con la del dictador Anastasio Somoza de Debayle); el reconocimiento de los pueblos indígenas en Brasil.

En un Segundo Ciclo correspondiente al periodo 1989-2005 se pasa de la nación Multicultural al Estado Plurinacional y el reconocimiento del Pluralismo Jurídico Interno en países tales como:

- Colombia 1991.



- México 1992.
- Perú 1993.
- Bolivia 1994-2004.
- Argentina 1994.
- Ecuador 1998.
- Venezuela 1999.

Adopción del Convenio 169 de la OIT sobre derechos de los pueblos indígenas en 1989. México lo ratifica en 1991 y le siguen todos los países andinos.

Se da la articulación de movimientos indígenas, se formulan políticas neoliberales, se postulan reformas estructurales de Estado, existe reducción de derechos sociales, se da apertura a las transnacionales, existe más cohesión en las comunidades indígenas de los pueblos originarios, como en el caso del Perú.

Se reafirma el derecho a la identidad y a la diversidad cultural. Se da la definición de Nación Multicultural en el caso de Colombia, del Estado Pluricultural en Perú, de la República Multicultural en Bolivia,

Se definen los conceptos de derechos colectivos indígenas, del pluralismo jurídico con autoridades propias, aplicación de su propio derecho consuetudinario, con determinación de su propia justicia y jurisdicción, respetando el derecho de consulta, participación y libre determinación.



El Tercer Ciclo correspondiente del periodo 2006 a la fecha conlleva el reconocimiento del Estado Plurinacional conformado por naciones, nacionalidades indígenas y nuevos derechos. Bolivia lo evolucionó del periodo 2007-2009 y Ecuador en el 2008.

Aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General en 2007, previamente por el Consejo de Derechos Humanos en 2006.

Se verifica el fenómeno social de alta presencia indígena en constituyentes, evidenciándose el fracaso de las políticas neoliberales y la presión para que el Estado retome su responsabilidad social.

Se da el reconocimiento, derivado de la presión, de la responsabilidad social del Estado, con el reconocimiento de nuevos derechos sociales como el acceso al agua, el cuidado del medio ambiente para el buen vivir como derechos difusos, como en el caso del Ecuador.

El reconocimiento de derechos individuales, derechos grupales, derechos colectivos de los pueblos originarios, de las comunidades indígenas, de las naciones y nacionalidades indígenas, así como el reconocimiento de autonomías indígenas, los derechos de defensa y de garantías en Bolivia, y el hecho de que la jurisdicción indígena debe respetar los derechos de las mujeres en el Ecuador. (Fajardo, 2021, s. p.)

4.9.2. Análisis del pluralismo jurídico

Para Barrios (2021),



Estudiar la historia de Guatemala, privilegiando la “visión de los vencidos”, nos permite conocer la evolución de los procesos humanos y sus productos, incluido el racismo, la discriminación étnica, la configuración del Estado y el derecho como el principal instrumento de protección de las élites de poder.

En operadores del sistema de justicia, lo anterior puede resultar de importancia, considerando que la aplicación de la ley implica ponerla en contacto con el contexto, aplicar sus principios y procedimientos para un fin determinado: la tutela efectiva de garantías individuales y colectivas. (Barrios, 2021)

Para poder entender al sistema jurídico maya, se debe entender la cosmovisión maya.

Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, en el que se desarrollan simultáneamente diversas culturas, cada una con costumbres y tradiciones propias, algunas que datan de tiempos precoloniales, otras de la época colonial y las que se desarrollaron en el Estado poscolonial. Está integrada por cuatro grandes pueblos: el maya, el ladino o mestizo, el xinca y el garífuna.

La idea de que dos o más sistemas jurídicos distintos coexistan en un mismo plano de igualdad dentro de un mismo Estado, fue el tema central de la presente investigación y, en específico, el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya.

Actualmente es el monismo jurídico el que domina en nuestro país, un solo sistema jurídico oficial como creador del derecho y del poder coercitivo del Estado. Conceptualmente el monismo se entrelaza con el liberalismo occidental y la idea de la separación de poderes y está



comprometido con los principios de igualdad, unidad política y seguridad jurídica, y considera fundamentales los valores de la libertad individual y el orden dentro de la comunidad política.

Para el monismo jurídico liberal, seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales, esto es, con los mismos derechos y obligaciones básicos. Por esta razón, el monismo jurídico liberal, exige que el soberano expida, en principio, normas que estén dirigidas a todos los ciudadanos y que pretendan regir sus acciones por largos periodos de tiempo. De esta forma, los ciudadanos podrán precisar fácilmente las normas que controlan sus conductas y generar expectativas razonables sobre cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actos. Del mismo modo, los ciudadanos podrán determinar cuáles cursos de acción están prohibidos jurídicamente y, por tanto, cuál es el margen que les deja el derecho para el ejercicio de su autonomía de la voluntad. Para el monismo jurídico, el orden y la unidad política de una nación solo pueden garantizarse si existe un único ordenamiento jurídico promulgado por un soberano único. La pluralidad de sistemas jurídicos, para esta perspectiva teórica, genera solamente confusión, desorden y conflicto, reiterando que la unidad política del Estado-nación se reúne en torno a un único sistema jurídico.

Ante tales circunstancias, habría que precisar el horizonte normativo al que se enfrentaría el pluralismo jurídico si llegara a implementarse con el sistema jurídico oficial, dadas las prácticas del derecho consuetudinario que le son atribuibles.

El pluralismo jurídico es una corriente de pensamiento en la que se determina que el sistema jurídico oficial, no es el único sistema jurídico del Estado, ya que, como el sistema jurídico maya, es un “derecho vivo”, paralelo al orden normativo del Estado y que ha venido evolucionando espontáneamente en la vida cotidiana de los pueblos originarios desde la época



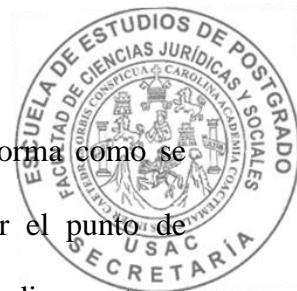
precolombina como una forma de autorregulación y que ha llegado a ser más importante para las comunidades mayas que el propio derecho creado y sancionado oficialmente, ya que el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma.

El sistema jurídico oficial está tan arraigado, que la sociedad ladino-mestiza reconoce solamente como derecho al que emana del Estado con el poder de coerción, y lo demás solo serían usos y costumbres.

El pluralismo jurídico postula la idea de que existen otros centros de producción jurídica que no depende necesariamente del derecho sancionado oficialmente. En ese sentido, el sistema jurídico maya es un hecho objetivo e incontestable y tiene presencia paralelamente con el orden jurídico oficial y existe en la realidad social, es decir, es un fenómeno social objetivo y evidente y no es necesario probar que está allí en virtud de su presencia histórica notoria que demuestran la enorme confianza y certeza acerca de la realidad empíricamente verificable acerca de la existencia del sistema jurídico maya.

La distinción entre el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya no será fácil de aplicar en el conocimiento jurisdiccional de casos concretos. Lo anterior se puede apreciar con nitidez en el debate en torno a si es posible hablar de la existencia de pluralismo jurídico dentro de un mismo sistema, lo que ha dado lugar a dos perspectivas: aquellos que niegan la posibilidad de un pluralismo jurídico intra-sistémico y aquellos que lo afirman.

No hay que caer en el error de pensar que se incluyan dentro de un mismo sistema normas pertenecientes a otro, lo cual no sería otra cosa que un ajuste de un sistema (el sistema jurídico oficial) cuya ideología básica es el monismo jurídico.



El pluralismo jurídico es el resultado de un examen analítico sobre la forma como se construyen dichos sistemas jurídicos en un mismo Estado. Se debe encontrar el punto de equilibrio para resolver los problemas que se presenten a través de pensamientos divergentes o colaterales y, en dicha solución pueden intervenir los investigadores académicos de los diferentes grupos sociales.

En Guatemala existe un pluralismo jurídico social, en que el sistema oficial no reconoce oficialmente al sistema jurídico maya no obstante estar presente vivencialmente, lo cual debe cambiar hacia un pluralismo jurídico formal que se presenta en aquellos casos en que el Estado reconoce la existencia de distintos sistemas jurídicos y, su vínculo equilibrado, sería la propia constitución y los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los derechos de los pueblos indígenas, desde el cual se reconozca la legalidad, la legitimidad y el ámbito de aplicación de ambos sistemas jurídicos.

Debe aceptarse que el sistema jurídico maya es la manifestación de un pueblo que forma parte esencial de la sociedad y que por ello están en pie de igualdad con el derecho oficial.

El carácter pluralista e igualitario no se pierde cuando existen principios o reglas de coordinación dirigidas a establecer las competencias de cada uno de los sistemas presentes. Es este tipo de pluralismo el que debe ser defendido e impulsado en un ordenamiento jurídico que se precie de ser tolerante con los órdenes jurídicos alternativos presentes en la sociedad.

Debe reconocerse el hecho de que en Guatemala han coexistido y coexisten el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya.

Es un hecho que el sistema jurídico maya es un auténtico “Derecho” que el Estado no reconoce como tal y que, por el contrario, éste lo vincula de manera negativa y degradada como derecho consuetudinario.



Dado que ambos sistemas jurídicos responden a lógicas diferentes se hace necesario el estudio analítico y comparativo para el fortalecimiento y construcción del pluralismo jurídico que necesariamente dará como resultado modificaciones en la estructura jurídica y política del Estado.

Se debe construir un modelo de análisis para abordar las formas de interacción entre el sistema jurídico oficial y el sistema jurídico maya, definiendo los tipos ideales de relación a efecto de que coexistan autónomamente considerados, sin lesionarse.

CONCLUSIÓN



Sí es posible la coexistencia del sistema jurídico oficial, el sistema jurídico maya y otros sistemas jurídicos locales a través de una reforma constitucional que contenga el reconocimiento expreso del pluralismo jurídico y de la personalidad jurídica de los pueblos originarios, de jurisdicciones y competencias distintas que puedan interactuar coordinadamente en un mismo plano de igualdad, reconociendo la unidad del Estado de Guatemala dentro de su diversidad cultural, pluriétnica y multilingüe, cimentando los fundamentos de las realidades sociales, las causas primeras y los fines supremos de un verdadero Estado Plurinacional de Derecho, describiendo, sistematizando, interpretando y valorando normas de derecho positivo vigente, creando instituciones adecuadas e idóneas que realicen estas tareas con una perspectiva pluralista universal y profunda que respete y garantice la debida aplicación de los derechos humanos fundamentales que se reconocen a cada uno de sus habitantes y ciudadanos en forma individual y colectiva desde la norma suprema y estándares internacionales.

Se considera que debe darse un nuevo enfoque inclusivo de todos los sectores sociales a través de un verdadero derecho constitucional pluralista que representa cambios estructurales en el país reconociendo a los pueblos indígenas, garífunas y xincas como sujetos de derechos con una efectiva participación política, debiendo respetarse su derecho a la consulta en los asuntos que les atañen para romper con su exclusión histórica.

Asimismo, debe reconocerse su personalidad a través de la constitución en donde se plasme en la norma suprema el pluralismo jurídico y se aplique la convencionalidad de las leyes que les sean favorables, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos Humanos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos



Humanos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para hacer una referencia a la creación de un sistema, se debe hacer un análisis de fondo con visión y criterio multidisciplinario del concepto jurídico, antropológico, sociológico, etnológico, histórico, cultural y cósmico espiritual, es decir, para concebir la idea y su explicación consecuentemente.

Los conceptos jurídicos que se aplican a nivel nacional a todas las comunidades etnolingüísticas son ajenos al sistema ancestral maya, garífuna y xinca. No obstante, no se ha dado la oportunidad de generar un régimen transitorio que garantice la igualdad de sistemas de justicia en Guatemala a pesar de ser reconocida su multiétnicidad, multiculturalidad, y su multilingüismo.

La socialización y politización de la discusión técnica y jurídica de la aplicación del pluralismo jurídico es la técnica ideal para buscar nuevos derroteros para la progresividad de los sistemas de justicia en un país diverso como lo es Guatemala.

El pluralismo jurídico es un fenómeno moderno del Derecho que se confronta con el sistema jurídico oficial; lo que pretende es validar un reconocimiento a las diversidades culturales, y sobre esa base, admitir un Estado plural conformado por varias autonomías jurisdiccionales, pero todas sometidas a la Constitución.

Ahora bien, el pluralismo es un modelo político, jurídico y social en el que se reconocen espacios políticos con identidad propia, estructuras sociales y políticas locales, autoridades jurisdiccionales autónomas con características propias pero sometidas a la Constitución y a Estándares Internacionales en materia de Derechos Humanos.



Los elementos del sistema jurídico vigente en Guatemala que se verían afectados para lograr el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico, serían el elemento formal normativo que incluye las normas escritas; el elemento estructural integrado por la existencia de normas escritas o no escritas y que no necesariamente fueron promulgadas por el órgano Legislativo, pero que son aplicadas por quienes administran justicia; y el elemento político cultural en donde se emplazan las reglas no escritas o no formalmente promulgadas, que se van creando del contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, los usos, las costumbres, las tradiciones orales, y las relaciones entre estas.

Ante lo expuesto, este investigador considera que se debe crear un Organismo Judicial Indígena que regule las jurisdicciones y competencias de los sistemas jurídicos mayas, garífunas y xincas.

Para concluir, según las premisas y principios investigados y sobre la base de los derechos de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es que se ha determinado que una de las formas para integrar el pluralismo jurídico en Guatemala, sería la de estructurar una Asamblea Plurinacional Constituyente formada por los cuatro pueblos que existen en el país, con profesionales del Derecho capaces e idóneos, conocedores y expertos en el sistema jurídico oficial y en el sistema jurídico maya, garífuna y xinca, sin excluir profesionales de las ciencias afines al Derecho, que carezcan de prejuicios y se despojen del racismo.



BIBLIOGRAFÍA



Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. (2000) *Memorias del Congreso Internacional*

Indígena. S. E.

Alsina, Hugo. (1962) *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*.

Compañía Argentina Editores.

Amory, Frederic. (1999) Euclides da Cunha and Brazilian Positivism. *Luso-Brazilian Review*.

36(1).

Antinori, E. (2006). *Conceptos Básicos del Derecho*. Editorial de la Universidad del Aconcagua.

Arias Schreiber, Fidel Tubino. (2011) Pluralismo jurídico y diversidad cultural. *Revista IUS ET*

VERITAS. 42. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ariza Santamaría, Rosembert. (2015) El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase

del colonialismo jurídico en los estados constitucionales. *Revista Insurgencia*. Volumen I.

Arzú., M. E. (2019) *La metamorfosis del Racismo*. Editorial Maya 'Wuj.

Atienza, M. (2005) *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*.

Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Ávalos Quispal, Mario. (2011) *Acceso de los Pueblos Indígenas al Sistema de Justicia Oficial:*

El caso del Municipio de Chimaltenango. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias

Penales de Guatemala.

Badeni, Gregorio. (2006) *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I*. 2da. ed. Editorial.



Barrios, J. I. (2021). Desarrollo Histórico Social de los pueblos originarios en la construcción del Estado. *Diplomado de Especialización de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. Secretaría de Pueblos Indígenas del Organismo Judicial de Guatemala.

Bianchi, Alberto. (2002) *Control de Constitucionalidad. Tomo I*. Editorial Abaco.

Bidart Campos, German. (1989) *El derecho constitucional del poder*. Editorial Ediar.

Blume Fortini, Ernesto. (2009) *El proceso de Inconstitucionalidad en el Perú*. Editorial ADRUS.

Bonilla Hernández, Pablo Andrés. (2007) *Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado*. 2da. ed. (S.E.).

Brage Camazano, Joaquín. (2005) *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Burgoa, Ignacio. (1946) *El juicio de amparo*. Editorial Jurídicas, S. del R.L.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. (2012) *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Editorial Heliasta.

Cafferata Nores, José. (1998) *La prueba en el proceso penal*. Ediciones Desalma.

Ceballos Melguizo, Ramiro. (2011) La idea del Pluralismo Jurídico. *Revista Temas*. 5. Universidad Santo Tomás Colombia.

Cesano, José Daniel. (2017) *El Derecho Penal Comparado y sus Métodos*. Trabajo presentado en la Academia Nacional de Buenos Aires el 5/07/2017.



Chacón Castro, Rubén. (2001) *Pueblos Indígenas de Costa Rica: 10 años de Jurisprudencia Constitucional Análisis y Compilación. Programa de apoyo jurídico a poblaciones rurales Papric, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena.* (s. e.)

Chinoy, Ely. (1968) *La Sociedad. Una introducción a la sociología.* Fondo de Cultura Económica.

Climent Durán, Carlos. (2005) *La valoración de la prueba.* Editorial Tirant Lo Blanch, S.L.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017) *Situación de los Derechos Humanos en Guatemala: Diversidad, desigualdad y exclusión.* OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017) *Visita in loco a Guatemala, 31 de julio al 4 de agosto de 2017, reuniones con organizaciones de la sociedad civil en Alta Verapaz.* (S. E.)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017) *Visita in loco a Guatemala, 31 de julio al 4 de agosto de 2017, reuniones con organizaciones de la sociedad civil y otras. Reunión con la Ministra de Trabajo y Previsión Social, Aura Leticia Teleguario, y el Representante Permanente de Guatemala ante la OEA, Emb. Gabriel Aguilera.* (S. E.)

Cordón Aguilar, Julio César. (2009) *El tribunal constitucional de Guatemala. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.* (S. E.)

Correas, Oscar. (S. F.) *El pluralismo jurídico. Un desafío al Estado contemporáneo.* Dialnet-ElPluralismoJuridicoUnDesafioAlEstadoContemporaneo-5073127.



Corso Masías, Alfredo. (1984) *El tribunal de garantías constitucionales*. Editorial Artes Gráficas

ADES, S.R. Ltda.

Cueto Rúa, Julio César. (1994) *Fuentes del Derecho*. (S. E.)

De Sousa Santos, Boaventura. (2003) *Por una Concepción multicultural de los derechos humanos. Reconocer para libertar*. Editorial Civilizacao brasileira.

Diccionario Actual. (S. E.) <https://diccionarioactual.com/equidad-social/>.

Donini, Massimo. (2001) *Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional y límites. La experiencia Italiana*. *Revista Penal*. (S. E.)

Echandia, Hernando Devis. (1981) *Teoría general de la prueba judicial*. Editorial Victor P. de Zavalía.

Egaña, J. L. (2004) *Sobre el Estado Constitucional de Derecho como paradigma jurídico*. *Revista de Derecho (Valdivia) XVI*. (S. E.)

Estado De Guatemala. (2017) *Comunicación del Estado de Guatemala, “Aportes del Estado de Guatemala para integrar el proyecto de informe sobre Situación de Derechos Humanos en Guatemala”*. (S. E.)

Esteva Gallicchio, Eduardo Gregorio. (2006) *La inconstitucionalidad de oficio en el derecho constitucional uruguayo*. *Revista semestral Centro de Estudios Constitucionales*. (S. E.)

Fajardo., R. Y. (20 de Septiembre de 2021). *Pueblos Indígenas y acceso a la Justicia*. *Pueblos Indígenas y acceso a la Justicia*. Guatemala., Guatemala., Guatemala.: EEJ.



Fernández, E. (1995) *Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?*

Filosofía, Política y Derecho. Editorial Marcial Pons.

Ferrajoli, Luigi. (1995) *El derecho y la razón, teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S. A.

Fix-Zamudio, Héctor. (1982) *La Constitución y su defensa. Ponencia en Coloquio Internacional realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México*. (S. E.)

Fix-Zamudio, Héctor. (1982) *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. 2da. ed. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México.

Fix-Zamudio, Héctor. (1989) La modernización de los estudios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

García Amado, Juan Antonio. (1985) *Teoría del Sistema Jurídico y Concepto de Derecho. Anuario de filosofía del derecho*. 2.

file:///C:/uSER/hmENDIZABAL/Downloads/Dialnet-

TeoriasDelSistemaJuridicoYConceptoDeDerecho-142066%20(2).pdf.

García Laguardia, Jorge Mario. (1983) *La defensa de la Constitución. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

García Máynez, Eduardo. (1984) *Introducción al Estudio del Derecho*. (S. E.)



García Pelayo, Manuel. (S. E.) *Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal de Garantías Constitucionales a debate*. Consejo Latinoamericano de justicia constitucional.

García, P. I. (23 de Septiembre de 2011). *Ponencia sobre Sisema Jurídico propio o Derecho Maya Kiche' del Pueblo Indígena de Totonicapan*. IDPP.

García Ramírez, Sergio; Morales Sánchez, Julieta. (2011) Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. 24. (S. E.)

Garzón López, Pedro. (2013.) Pluralismo Jurídico. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. 5. Universidad Carlos III.

Gascón Inchausti, Fernando. (2011) Características de los Grandes Sistemas de Investigación Penal del Derecho Comparado. *Cuadernos Digitales de Formación, Instrucción Penal en el Derecho Comparado*. (S. E.)

Giacomette Ferrer, Ana. (2006) La declaratoria de inconstitucionalidad de oficio. *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucional*. (S. E.)

Gobierno De La República De Guatemala. (2017) *Guía Operativa para la implementación de la Consulta a los Pueblos Indígenas*. (S. E.)

Gómez, Claudio D. (2003) *Control de Constitucionalidad de Oficio en la C.S.J.N- Dr. La Ley*. (S. E.)

González Vides, Jorge. (S. F.) *Realidad y Reflexión*. Universidad Francisco Gavidia.



Gozáini, Osvaldo Alfredo. (1994) *La justicia constitucional: Garantías procesales y tribunal constitucional*. Editorial Desalma.

Guastini, Ricardo. (2016) *La sintaxis del derecho*. Editorial Marcial Pons.

Gutiérrez, Sirvent; Spanjaerd, Margadant. (2011) *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*.
<http://estudiosdelderecho.blogspot.com/2011/09/unidad-1-sistemas-juridicos.html>.

Fecha de consulta: 05 de julio del 2017.

Häberle, Peter. (2007) *El Estado constitucional*. Editorial Astrea.

Haro, Ricard; Bazán, Víctor (coord.) (1996) “Perspectivas del control de oficio de constitucionalidad”. *Desafíos del control de constitucionalidad. (Obra colectiva)*. (S. E.)

Hernández Valle, Rubén. (2005) *Introducción al Derecho Procesal Constitucional. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Porrúa.

Hertel, Christian. (2009) *Sistemas Jurídicos del Mundo*. Alemania: 2009. Disponible en:
http://www.notarius.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf.

Iannello, Pablo. (2015) *Pluralismo Jurídico. Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, volumen uno*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3875>

Chacón, Ruben; Paniagua, Álvaro; Herrera, Marjorie. (2012) Capítulo 7: Reconocimiento y exigibilidad de los pueblos indígenas en Costa Rica: una aproximación. *Informe Estado de la Nación, 18*. Programa Estado de la Nación Informe del Estado de la Nación.
<https://repositorio.conare.ac.cr/handle/20.500.12337/102>



Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. (2011) *El sistema jurídico maya*.
http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2011/sis_maya/7.pdf

Irigoyen, Raquel. (1995) *Estado de la cuestión de las investigaciones en Derecho: el “Derecho” puesto en cuestión*. CEDYS.

Iturralde, Diego. (2000) *Pueblos Indígenas en América Latina y reformas neoliberales. Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe*. 4.

Ixchú García, Pedro. (2016) *Pluralismo Jurídico: Fortalecimiento del Estado de Derecho desde la Democracia. XXIV Congreso Jurídico 2016, Reformas Constitucionales al Sector Justicia*. Colegio de Abogados y Notarios Junta Directiva 2015-2017.

Kant, Immanuel. (1989) *Metafísica de las costumbres*. Traducción de A. Cortina y J. Conill. Editorial Tecnos.

Kelsen, Hans. (1995) *Teoría pura del Derecho*. Traducción de R. J. Vernengo. Editorial Porrúa.

León Alvarado, Juan. (2000) *Mecanismos de Coordinación entre el Sistema de Justicia Indígena y el Sistema de Justicia Oficial. Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Ponencias y Resoluciones del Congreso Internacional Guatemala, diciembre 2000*. Instituto de Derecho Comparado en Ciencias Penales. Editorial Serviprensa, S. A.

Manzini, Vincenzo. (1952) *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas Europa-America.

Marcial González, Robert. (2007) *Declaración de inconstitucionalidad de oficio: ventajas e inconvenientes. Revista Iberoamericana de derecho Procesal Garantista*. (S. E.)



Máynez, E. G. (1984). *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa S.A.

Mendoza, L. R. (2012). *Introducción al Estudio del Derecho*. Tercer Milenio.

Ministerio de Educación. *Expresión Artística*. (2021) <https://www.mineduc.gob.gt/DIGECADE/>

Miranda Torres, Roxana Paola. (2014) El pluralismo jurídico en México (el caso de las comunidades precuauhtémicas). *Revista Perspectiva Jurídica UP*. 3. Facultad de Derecho Universidad Panamericana Campus Guadalajara. <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-3/el-pluralismo-juridico-en-mexico-el-caso-de-las-comunidades-precuauhtemicas#:~:text=En%20nuestro%20pa%C3%ADs%20el%20pluralismo,y%20no%20hemos%20apreciado%20su>

Molina Barrios, Ramiro; Vadillo Pinto, Alcides. (2007) *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Bolivia, una aproximación a las normas, contextos y procesos*. (S. E.)

Morales Toj, Jorge; et al. (2001) *Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Ponencias y Resoluciones del Congreso Internacional*. (S. E.)

Morales Toj, Jorge. (2000) *El derecho indígena y el sistema jurídico oficial de Guatemala. Mecanismos de Coordinación entre el Sistema de Justicia Indígena y el Sistema de Justicia Oficial. Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Ponencias y Resoluciones del Congreso Internacional Guatemala*. Instituto de Derecho Comparado en Ciencias Penales. Editorial Serviprensa S. A.



Morineau Iduarte, Marta. (2002) *El Derecho Comparado. Evolución de la familia Romano Canónica*. UNAM <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/5.pdf>.

Muñoz Conde, Francisco. (2000) *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Editorial Hammurabi.

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Décima edición. Editorial Temis, 2006.

Nogueira Alcalá, Humberto. (S. F.) *La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los tribunales constitucionales en América del Sur*. http://enj.org./portal/biblioteca/principios_fundamentales/cpc/4.pdf. (S. E.)

Oficina Internacional Del Trabajo. (2016) *Guía para el fortalecimiento de capacidades de los empleadores en el Convenio #169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*. (S. E.)

Ossorio, Manuel. (2006) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Editorial Heliasta.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. (2000) *Justicia y Pueblos Indígenas*. 2da. ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales, Magna Terra Editores.

Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando. (2005) *Justicia y Pueblos Indígenas. Pluralismo Jurídico, Interculturalidad y Derechos Humanos en Guatemala*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Instituto de la Defensa Pública Penal.



Ordóñez Reyna, Aylín. (2014) Actualidad de la Justicia Constitucional Guatemalteca. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 4. Pluralismo Jurídico*. Editorial Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.

Pacheco, Máximo. (1990) *Teoría del Derecho*. Editorial Jurídica.

Padilla, Luis Alberto. (2014) La investigación sobre el derecho consuetudinario indígena en Guatemala. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 4. Pluralismo Jurídico*. Editorial Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.

Palma Ramos, Danilo A. (1998) *El sistema jurídico maya, una aproximación*. Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales IDIES.

Par Usen, Mynor. (2008) *Filosofía Maya. Módulo de Interculturalidad*. 1ra. ed. Editorial Servi Prensa, S. A.

Peces Barba, Gregorio; Fernández, Eusebio; De Asís, Rafael. (2010) *El Concepto de Derecho*. (S. E.)

Pereira-Orozco, Alberto. (2015) *Derecho Procesal Constitucional*. 3ra. ed. Ediciones Pereira.

Pereira-Orozco, Alberto. (2015) *Derecho Constitucional*. 3ra. ed. Ediciones Pereira.

Pérez Ruiz, Yolanda. (2001) *Para leer valoración de la prueba*. Fundación Myrna Mack.

Pizarro Rodríguez, R. (2021) *Auditoría a la democracia*. (S. E.)
<http://auditoriaalademocracia.org>: 8039519



Plascencia Villanueva, Raúl. (1995) Los medios de prueba en materia penal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 83. Universidad Nacional Autónoma de México.

Poroj Subuyuj, Oscar Afredo. (2012) *El Proceso Penal Guatemalteco. Tomo II*. Magna Terra Editores.

Pueblos Indígenas Y Afrodescendientes. (2012) *Sistema de Naciones Unidas para Nicaragua*. (S. E.)

Reyes Illescas, Miguel Ángel. (2000) El derecho consuetudinario: más allá de la comunidad pequeña. Solares, Jorge. (Comp.) *Pluralidad jurídica en el umbral del siglo*. Flacso.

Ricci, Francisco. (1981) *Tratado de las Pruebas*. La España Moderna.

Ripert, Georges; Planiol, Marcel. (1931) *Traite pratique de droit civil francais*. Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence.

Rivera S., José Antonio. (2014) Los pueblos indígenas originarios en el nuevo sistema constitucional boliviano. Nash Rojas, Claudio. (Comp.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 4. Pluralismo Jurídico*. Editorial Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.

Rosales, Moisés. (2000) Problemas Teóricos y políticos sobre el pluralismo jurídico. *Administración de Justicia y Pueblos Indígenas. Ponencias y Resoluciones del Congreso Internacional Guatemala. Instituto de Derecho Comparado en Ciencias Penales*. Editorial Serviprensa, S. A.



Sáenz Juárez, Luis Felipe. (2004) *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala*. Corte de Constitucionalidad.

Sagüés, Néstor Pedro. (2007) Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poderes. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Sagüés, Néstor R. (1992) Prólogo. Bianchi, Alberto B. *Control de constitucionalidad*. Editorial Ábaco.

Sagüés, Néstor R. (1981) *La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas (Un problema de sociología judicial)*. Editorial La Ley.

Santiago, A. (2021). *Filosofía del derecho constitucional, perspectiva continental*.
<http://biblio.juridicas.unam.mx>: www.juridicas.unam.mx

Santiago Quim, Juan. (2013) *Hacia el Pluralismo Jurídico en Guatemala*. 1ra. ed. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

Silvel, Elías. (S. F.) *La lucha por el territorio y la autonomía indígena en Guatemala*.
<http://courseware.url.edu.gt/>

Sosa, M. H. (2021) *Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*. EEJ.

Soto, R. A. (2021) *El derecho de consulta y al consentimiento de los pueblos indígenas*. EEJ.



Steiner, Cristián. (2014) Presentación. En: Nash Rojas, Claudio. (Comp.) *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. 4. Pluralismo Jurídico*. Editorial Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer.

Universidad de La Rioja. (2001) *Revista Penal*. 8. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/19124>

Legislación:

Asamblea Nacional Constituyente. (1985) *Constitución Política de la República de Guatemala*. (S. E.)

Congreso de la República de Guatemala. (1973) *Código Penal. Decreto 17-73*. (S. E.)

Congreso de la República de Guatemala. (1989) *Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89*. (S. E.)

Figueroa Sarti, Raúl. (2012) Congreso de la República de Guatemala. (1992) *Código Procesal Penal. Decreto 51-92. Concordado y anotado con la jurisprudencia constitucional*. F y G Editores.

Presidencia de la República de Guatemala. (1963) *Código Civil. Decreto Ley 106*. (S. E.)

Presidencia de la República de Guatemala. (1963) *Código Procesal Civil. Decreto Ley 107*. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1990) *Gaceta 18. Expediente 280-90, sentencia 19/10/90*.

Corte de Constitucionalidad. *Gaceta 89. Expediente 928-2007. Sentencia 03/09/2008*. Corte de Constitucionalidad.



Corte de Constitucionalidad. (1992) *Gaceta* 24. Expediente 113-92. Sentencia 19/05/92. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2008) *Gaceta* 88. Expediente 1099-2008. Sentencia de fecha 24 de junio de 2008. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2008) *Gaceta* 53. Expediente 410-99. Sentencia de fecha 20 de julio de 2008. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2009) *Gaceta* 94. Expediente 206-2009. Sentencia de fecha 14 de octubre de 2009. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2004) *Gaceta* 73. Expediente 2266-2003. Sentencia de fecha 2 de agosto de 2004. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta* 97. Expediente 413-2010. Sentencia de fecha 22 de julio de 2010. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2011) *Gaceta* 102. Expediente 3217-2010. Sentencia de Fecha 15 de noviembre de 2011. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta* 98. Expediente 3300-2009. Sentencia de fecha 21 de octubre de 2010. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta* 96. Expediente 2099-2008, Sentencia de fecha 29 de abril de 2010. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2008) *Gaceta* 89. Expediente 2896-2007. Sentencia de fecha 08 de julio de 2008. (S. E.)



Corte de Constitucionalidad. (2004) *Gaceta 71. Expediente 607-2003, Sentencia de fecha 12 de enero de 2004.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2006) *Gaceta 81. Expediente 941-05, Sentencia de fecha 05 de septiembre de 2006.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2013) *Gaceta 107. Expediente 1008-2012, Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2011) *Gaceta 102. Expediente 3217-2010. Sentencia de fecha 15 de noviembre 2011.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2011) *Gaceta 100. Expediente 1101-2010, Sentencia de fecha 4 de mayo de 2011.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta 99, Expediente 2229-2010, Sentencia de fecha 8 de febrero de 2010.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1995) *Gaceta 37, Expediente 199-95, Opinión Consultiva de fecha 18 de mayo de 1995.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1990) *Gaceta 18. Expediente 280-90. Sentencia de fecha 19/10/90.*
(S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1986) *Gaceta 1. Expediente 12-86. Fecha de sentencia 17/09/1986.* (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta 95. Expediente 1205-2008. Sentencia de fecha 17/02/2010.* (S. E.)



Corte de Constitucionalidad. (1988) *Gaceta* 8. *Expediente* 87-88. *Sentencia de Fecha* 26/05/1988. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2006) *Gaceta* 82. *Expediente* 1356-2006. *Sentencia de fecha* 11/10/2006. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1992) *Gaceta* 25. *Expediente* 68-92. *Sentencia de fecha* 12/08/1992. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (1988) *Gaceta* 8. *Expediente* 87-88. *Sentencia de fecha* 26/05/1988. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2010) *Gaceta* 95. *Expediente* 1462-2009. *Sentencia de fecha* 23/02/2010. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2009) *Gaceta* 94. *Expediente* 3183-2009. *Sentencia de fecha* 10/11/2009. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2011) *Gaceta* 101. *Expediente* 387-2010. *Sentencia de fecha* 7/07/2011. (S. E.)

Corte de Constitucionalidad. (2009) *Gaceta* 94. *Expediente* 3878-2007. *Sentencia de fecha* 21/12/2009. (S. E.)

Legislación extranjera y otros instrumentos legales internacionales

Constitución Política de Nicaragua.

Constitución Política del Perú.



Constitución Política de la República de Bolivia.

Código Civil Peruano.

Código Penal Peruano.

Código Procesal Penal Peruano.

Código de los Niños y Adolescentes Peruanos.

OIT. Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Convenio sobre Diversidad Biológica.

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013) *Compendio Normativo y Jurisprudencial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Nativas.*