



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



**LEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN  
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO  
EN GUATEMALA**

**LICENCIADO**

**PASCUAL RAMÍREZ MORALES**

**GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024**

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

**LEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO  
CONSUECUDINARIO EN GUATEMALA**



**PASCUAL RAMÍREZ MORALES**

previo a conferírsele el Grado Académico de  
**MAESTRO EN DEREHO CONSTITUCIONAL**

*(Magíster Scientiae)*

**Guatemala, octubre de 2024**



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

**MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL EXAMINADOR**

MSc. Mónica Lucrecia Ordoñez Villatoro  
Presidenta

MSc. Edwin Noel Peláez Cordón  
Vocal

Dr. Douglas Eduardo Herrera Arita  
Secretario

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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

Guatemala, 31 de octubre del 2023

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

Dr. Cáceres Rodríguez:

Según Acta del Consejo Académico de la reunión Ordinaria celebrada el 31 de mayo del 2017, en el Acta N°. 02-2017, Punto CUARTO, Inciso 4.4 y de la Acta N°. 13.2017, contenida en el Punto CATORCE, Inciso 14.10, se hace de su conocimiento que se ha facilitado la tutoría y revisión de la tesis intitulada **LEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN GUATEMALA** del maestrante **PASCUAL RAMÍREZ MORALES**, el cual se enmarca dentro de los contenidos teóricos metodológicos de la Maestría de **Derecho Constitucional**.

La tesis cumple con los requisitos establecidos en el 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, por lo tanto, extendemos el **DICTAMEN DE APROBACIÓN** para que pueda continuar con el proceso de tesis.

Se hace del conocimiento del maestrando Pascual Ramirez Morales que es su responsabilidad realizar la redacción del **informe final de investigación, según se indica en el Artículo 13** del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.

Así mismo, se deja constancia que la originalidad de los criterios vertidos en la tesis antes descrita son responsabilidad exclusiva del autor(a), según lo establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de esta Escuela de Postgrado en el "Artículo 5. Derechos de Autor".

Atentamente,

**Neri Arnoldo**  
**Méndez Cruz**  
Firmado digitalmente por  
Neri Arnoldo  
Méndez Cruz

---

Neri Arnoldo Méndez Cruz  
Tutor Jurídico  
Docente Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
USAC.

**Alba Plácida**  
**Méndez Girón**  
Firmado digitalmente por  
Alba Plácida  
Méndez Girón

---

Alba Plácida Méndez Girón  
Tutor Metodólogo  
Docente Escuela de Estudios de Postgrado  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
USAC.

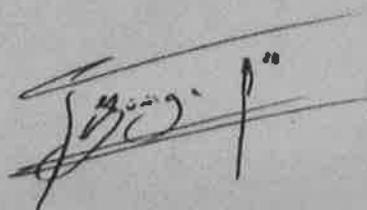
Ciudad de Guatemala, 03 de agosto de 2024

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

Señor Director:

Informo a usted que he revisado el trabajo de tesis titulado. LEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO EN GUATEMALA, del licenciado. **Pascual Ramírez Morales**. Con base en la revisión, identifiqué los aspectos ortográficos, (letras, tildes, signos de puntuación), sintácticos, de léxico, y algunos aspectos formales que necesitaban ser corregidos. Ahora, realizadas ya las correcciones necesarias, el trabajo de la estudiante puede pasar a la siguiente etapa del proceso establecido de la Escuela Superior de Estudios de Posgrado.

Atentamente,



Dr. Guillermo Zúñiga Diéguez  
Colegiado 2047. Cph





**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, 17 de septiembre del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que el Licenciado Pascual Ramírez Morales, aprobó el examen privado de Tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 143-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulada **“LEGITIMIDAD EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO EN GUATEMALA”**. 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**



**“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 Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado.**



## INDÍCE

### CAPITULO 1

#### Capítulo I. Derecho Consuetudinario

1.1. <b>Generalidades</b>	01
1.2. <b>Definiciones y aspectos doctrinarios relevantes</b>	07
1.3. <b>Inclusión Constitucional en América Latina</b>	15
1.3.1. Constitución de Paraguay	21
1.3.2. Constitución de Ecuador	22
1.3.3. Constitución de Colombia	23
1.3.4. Constitución de México	24
1.3.5. Constitución de Perú	25
1.3.6. Constitución de Bolivia	26
1.3.7. Constitución de Guatemala	28
1.4. <b>Fundamento Convencional del derecho consuetudinario</b>	29
1.4.1. Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes	30
1.4.2. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	31
1.4.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	32
1.4.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	33
1.4.5. Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	33
1.4.6. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Violencia Contra la Mujer	34
1.4.7. La Convención sobre los Derechos del Niño	34
1.4.8. Declaración sobre la Raza y Prejuicios Raciales	34
1.4.9. Declaración y programa de acción de la conferencia mundial contra el Racismo, la discriminación, la xenofobia y las formas conexas de la Intolerancia	36
1.4.10 Las reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en	





3.1.4. Bill of Rights de 1689	75
3.1.5. La Constitución de Virginia de 1776	76
3.1.6. La Declaración de Independencia de las Colonias Americanas de 1776	76
3.1.7. La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789	78
<b>3.2. Definición de Derechos Humanos</b>	79
<b>3.3. Características de los Derechos Humanos</b>	80
<b>3.4. Vinculación del derecho consuetudinario con los derechos humanos</b>	82
3.4.1 derecho a la libre determinación	84
3.4.1.1. Carta de las Naciones Unidas de 1945	84
3.4.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	85
3.4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	85
<b>3.5. Fallos de las Altas Cortes de Justicia en Guatemala</b>	87
3.5.1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia.	87
3.5.2. Fallos de la Corte de Constitucionalidad	89
<b>3.6. Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	96

## **CAPITULO 4**

### **Legitimidad en la Aplicación del derecho consuetudinario y su incidencia en Estado Constitucional y Democrático de Derecho en Guatemala**

<b>4.1. Generalidades</b>	98
<b>4.2. Legitimidad versus legalidad</b>	101
<b>4.3. Estado Constitucional y Democrático de Derecho</b>	104



- 4.4. Principios sobre sistemas de Justicia Indígena 110
- 4.5. Requisitos sine qua non para la aplicación legítima del derecho consuetudinario en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho 118

## CAPITULO 5

### Análisis Cuantitativo de los resultados de la investigación de campo respecto a la Legitimidad en la Aplicación del Derecho Consuetudinario en Guatemala

- 5.1. La población indígena de este municipio en cierta medida resuelve sus conflictos en su propia comunidad, sin necesidad de acudir ante autoridades competentes del Estado 122
- 5.2. Si se ha escuchado hablar de justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango. 123
- 5.3. Se aplica justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango . 124
- 5.4. Si las autoridades que aplican justicia indígena actualmente son nombradas por su comunidad, específica y legítimamente para ese fin. 124
- 5.5. Si es justo o correcto el procedimiento utilizado actualmente por las autoridades al aplicar justicia indígena. 125
- 5.6. Si es suficiente ser indígena y líder para ser autoridad indígena. 126
- 5.7. Si las autoridades que aplican justicia indígena conocen sobre el derecho de consuetudinario. 126
- 5.8. Si las autoridades que aplican justicia indígena actúan con independencia e imparcialidad 127



5.9. Si las autoridades indígenas respetan los derechos humanos al aplicar la justicia indígena

5.10. Si las autoridades indígenas deben de conocer los tratados internacionales en materia de derechos humanos

Conclusiones	130
Recomendaciones	132
Referencias	133



## INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Constitución Política de la República, el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; tiene como fin supremo la realización del bien común; tiene como deber garantizar a sus habitantes entre otros valores la justicia, la seguridad y la paz. Para hacer realidad dichos valores, el Estado se organiza, correspondiendo al Organismo Judicial con exclusividad por mandato constitucional de impartir justicia, a través jueces y magistrados; sin embargo, la misma Constitución preceptúa que el Estado reconoce, respeta y promueve entre otros aspectos las costumbres, tradiciones y formas de organización social de los grupos indígenas de ascendencia maya, es decir, reconoce la existencia del derecho consuetudinario o derecho indígena; por lo que, al hacer una interpretación armónica e integradora de las normas de la Constitución se concluye que en Guatemala existe pluralismo jurídico, es decir por un lado está el llamado derecho estatal y por el otro, el derecho consuetudinario o derecho indígena.

El derecho indígena en Guatemala no se practica con el mismo auge en todo el territorio nacional, en algunos lugares como el departamento de Sololá y Totonicapán, por ejemplo, se practica en gran medida, mientras que en otros como en las poblaciones del habla mam del área de noroccidente del país, no es así, pues en estas, se practica de manera escasa y en muy pocos casos existen autoridades indígenas investidas de autoridad para administrar justicia en el marco de dicho sistema jurídico, siendo otras las que se atribuyen esa potestad, verbigracia Consejos Comunitarios de Desarrollo y alcaldes auxiliares. Por tal motivo, se realiza la presente investigación para determinar cuán legítima es la aplicación del derecho consuetudinario en Guatemala. Para ello se planteó la siguiente hipótesis: ¿Cómo determinar la legitimidad en la aplicación del derecho consuetudinario en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango? El problema planteado se circunscribe al ámbito jurídico, doctrinario y social.

Se planteó como objetivo general determinar la legitimidad de la aplicación del derecho consuetudinario en Guatemala y como objetivos específicos los siguientes: primero, analizar cómo se aplica el derecho consuetudinario en la actualidad guatemalteca; segundo, identificar quienes aplican el derecho consuetudinario



actualmente en Guatemala y tercero, identificar los elementos sine qua non para la aplicación legítima del derecho consuetudinario en Guatemala.

Los métodos utilizados para la presente investigación son el analítico, sintético y deductivo. Las técnicas científicas utilizadas en esta encuesta, la investigación bibliográfica y el análisis.

El presente trabajo se desarrolla en cinco capítulos distribuidos de la siguiente manera: Primer capítulo, se denomina "Derecho consuetudinario", dentro del cual se abordan generalidades, definiciones, aspectos relevantes, su inclusión actual en el constitucionalismo latinoamericano, su fundamento convencional, constitucional y legal; el segundo capítulo se denomina "Autoridades que aplican el derecho consuetudinario", dentro del cual abordan los antecedentes de la figura de autoridad, definición de autoridad indígena y su clasificación, la jurisdicción indígena y las autoridades competentes y por último la competencia en el derecho consuetudinario; el tercer capítulo, se denomina "Derechos Humanos y Derecho Consuetudinario", dentro del cual se abordan los antecedentes de los derechos humanos, definición de derechos humanos, características de los derechos humanos, vinculación del derecho consuetudinario con los derechos humanos y fallos de las altas cortes de justicia en Guatemala así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho consuetudinario; el capítulo cuarto se denomina "Legitimidad en la aplicación del derecho consuetudinario y su incidencia en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho en Guatemala" en el cual se abordan las generalidades del tema, legalidad versus legitimidad, Estado Constitucional y Democrático de Derecho, principios sobre sistemas de justicia indígena en el marco del Estado Constitucional de Derecho y condiciones de aplicación legítima del derecho consuetudinario en el marco del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y el quinto capítulo contiene el análisis argumentativo y cuantitativo de los resultados de la investigación de campo.

Como se mencionó, en una población indígena existe diversos tipos de autoridades indígenas, sin embargo, autoridad indígena investida de jurisdicción indígena es muy diferente. En ese sentido, una de las dificultades encontradas en el desarrollo de la presente investigación es la casi nula existencia de autoridades indígenas en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, (ámbito



geográfico seleccionado), por ello no fue tomado en cuenta para la muestra. La dificultad encontrada es el escaso conocimiento de los Consejos Comunitarios de Desarrollo del lugar sobre el derecho consuetudinario, lo cual refleja el poco conocimiento del sistema jurídico en mención en la población en general; sin embargo, se puede concluir que el presente trabajo se desarrolló con éxito, teniendo la gran convicción que aportará en la solución del problema planteado.



## Capítulo 1

### Derecho Consuetudinario

#### 1.1. Generalidades

La humanidad desde el punto de vista filosófico consiste en una unidad y lucha de contrarios. Si se realiza una retrospectiva histórica sobre la evolución de ésta, se puede verificar que ha estado en constantes guerras desde la antigüedad, verbigracia, las civilizaciones griega, egipcia, babilónica, mesopotámica, persa, el Sacro Imperio Romano, la invasión napoleónica, española, británica, etc.

En el siglo XX no se puede dejar desapercibido I y la II guerra mundial que tanto daño provocó a la humanidad. Y en la actualidad, continúa la lucha hegemónica entre potencias, por un lado, occidente encabezado por Estados Unidos y por el otro, por China, Rusia, entre otros países. Dichas guerras, históricamente han influido grandemente en la configuración de los Estados y sus sistemas de organización.

Uno de los grandes legados de dichos conflictos entre civilizaciones e imperios está la configuración de los sistemas jurídicos actuales en los Estados del orbe; un gran ejemplo de ello es la influencia del derecho romano en los sistemas jurídicos de América Latina, el cual se materializó con la invasión europea en la región. A raíz de dicha invasión, surgió el modelo monista del derecho o la visión etnocentrista del derecho, donde se ha tomado como único paradigma el sistema occidental, invisibilizando sistemas jurídicos autóctonos existentes verbigracia el sistema jurídico Maya, Tolteca, Andino, entre otros.

Respecto al monismo jurídico, Asmat (2018) establece que:

La doctrina jurídica instituida con el llamado "Derecho Moderno", establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Es lo que se llama el "monismo jurídico", esto es, que a un Estado le corresponde un solo Derecho o sistema jurídico (...) (p.36). (Recuperadode<https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC-1712%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

Esta afirmación sostiene que el monismo jurídico apareció a partir del surgimiento del derecho moderno, donde se concibe que el Estado es el que ostenta el monopolio de la creación de las normas jurídicas para regular las relaciones sociales, invisibilizando la existencia de otras culturas, que en muchos casos poseen sus propios sistemas jurídicos.



El monismo jurídico es un modelo que tiene su origen en la cultura occidental y se implantó en el territorio que hoy se denomina América Latina como producto de la invasión, la conquista y colonización.

El derecho también es un fenómeno complejo, pues se va construyendo o va tomando dirección con base a los principios y valores de una sociedad. Por lo general, todas las sociedades son pluriculturales, en virtud que en ellas conviven varias culturas, muchas de ellas llevan consigo sus propios sistemas jurídicos, por ende, surge el denominado “pluralismo jurídico” que no es más que la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo Estado. Asmat (2018) indica que “El pluralismo jurídico o legal, a diferencia del monismo legal, permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico” (P.37). (Recuperado de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>). El espacio geopolítico del que hace referencia Asmat, es lo que comúnmente se conoce como Estado en la actualidad.

En la actualidad la teoría del monismo jurídico resulta anacrónico, más bien es pertinente hablar de pluralismo jurídico. Miceli (2012) respecto a pluralismo jurídico indica:

Para el pluralismo jurídico, el monismo es una teoría descriptivamente errada y normativamente poco fértil. Los pluralistas jurídicos consideran que el monismo, oscurece el hecho evidente de que dentro de los Estados modernos coexisten diversos ordenamientos jurídicos y elimina por definición el que, en ocasiones, sea normativamente adecuado que coexistan diversos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por ejemplo, para garantizar la paz en Estados compuestos por comunidades culturales radicalmente distintas (...) (p.61) (Recuperado de [https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14294/derecho\\_miceli\\_2012.pdf](https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14294/derecho_miceli_2012.pdf)).

De acuerdo a lo anterior, el pluralismo jurídico es un concepto que responde a la realidad pluricultural de un Estado, lo cual sirve como un instrumento que cobra relevancia principalmente en el mantenimiento de la paz en culturas radicalmente distintas.

Resulta pertinente entonces hablar en la actualidad sobre pluralismo jurídico en los Estados donde coexisten varias culturas, lo cual implica inclusión y convivencia



pacífica, tomando en cuenta también que el sistema jurídico de una cultura es apenas un elemento integrante de la misma. Ordóñez (sin fecha), indica que:

No reconocer la existencia del derecho indígena y consecuentemente con ello el pluralismo jurídico, con el argumento que el derecho indígena no es codificado o más bien escrito resulta a estas alturas falso, es francamente impertinente y un prejuicio, fruto de la fetichización del derecho en la ley. El derecho escrito o no escrito, está sujeto a su época y a la forma en que se configuran las relaciones económicas, sociales y culturales. Las formas jurídicas (...) no constituyen condiciones "naturales" ni "básicas" de la existencia humana (...) La codificación del derecho (...) en las sociedades occidentales, es un fenómeno relativamente moderno. (p. 580).

Con lo afirmado por el autor, se establece claramente la existencia del pluralismo jurídico en los Estados como el caso de Guatemala. La codificación del derecho desde el contexto occidental es un fenómeno moderno.

Guatemala es un Estado con diversidad cultural, debido a que coexisten en el territorio nacional cuatro culturas: ladina o mestiza, maya, xinca y garífuna; sin embargo, en virtud de la imposición de la cultura occidental, su sistema jurídico ha seguido una visión monista o etnocéntrica occidental, subordinando y en otros casos ignorando el derecho consuetudinario propio de los pueblos indígenas. La carta fundamental guatemalteca reconoce la existencia del derecho consuetudinario, por ende, el pluralismo jurídico. Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 66 establece: "Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los cuales figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social (...)". (1985). El reconocimiento del derecho consuetudinario o derecho indígena en Guatemala no es expreso ni extenso en la carta fundamental como sucede en las constituciones de otros Estados, son los tratados y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos los que constituyen su asidero fundamental. El Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, constituye un asidero fundamental del derecho consuetudinario en Guatemala, si bien es cierto su naturaleza es política, sin embargo, en la misma se reconoce expresamente dicho sistema jurídico por el Estado de Guatemala.



Existen distintas clasificaciones en cuanto a fuentes del derecho, es decir, criterios de donde emana el mismo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (s.f.) refiere que las fuentes del derecho se clasifican atendiendo los siguientes criterios duales: Fuentes directas: encierra en sí la norma jurídica y consiste básicamente la ley y la costumbre, y fuentes indirectas: son los documentos y publicaciones a través de los cuales se puede conocer el derecho o la doctrina que permite la comprensión de las normas jurídicas legisladas o contenidas en las precedentes judiciales. Fuentes internas: se refiere a la ley, la costumbre y la tradición; en tanto que las fuentes externas: son los elementos objetivos que se conocen por la libre investigación científica, que se sostiene en la razón y en la naturaleza de las cosas. Fuentes-acto: hacen referencia a normas que regulan la producción normativa y que tienen como objetivo crear o modificar el derecho vigente, siendo la constitución, la ley, el reglamento y las que derivan hacia normas de derecho internacional privado; mientras que las fuentes de hecho: son aquellas que constatan un hecho jurídico preexistente, entre las cuales está la costumbre y el precedente judicial. Fuentes formales: son las fuentes directas o inmediatas, tal como la ley y las fuentes materiales son: factores que nutren a las fuentes formales como la naturaleza de las cosas, la tradición, el interés social, la opinión popular, intereses económicos o políticos, entre otros, que dan origen a las normales formales. Fuentes estatales y fuentes extraestatales, la primera, en concreto hace referencia a la producción del derecho por los órganos del Estado y la segunda, sostiene que la producción del derecho proviene de instancias no estatales, tales como la propia sociedad (la costumbre), sectores sociales como pueblos indígenas, entre otras. También está la fuente escrita, en las que están las leyes y los reglamentos y las fuentes no escritas, donde se ubica a la costumbre y los principios generales del derecho. Existen también fuentes según la fuerza jurídica, dentro de esta clasificación se toma en cuenta la jerarquía de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, entre las cuales esta las fuentes constitucionales, primarias y secundarias. El ejemplo claro de las fuentes constitucionales es la Constitución que no puede ser contradicha por ninguna otra norma, las fuentes primarias son las normas que están en los escalones inferiores a la Constitución y en las fuentes secundarias el ejemplo más característico es el reglamento. Se refiere también que hay una fuente terciaria que está subordinada a las anteriores, un ejemplo de ello es la costumbre (*prater legem*) (p.162-164). (Recuperado de



<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/9.pdf>). Dentro de toda gama de clasificación sobre fuentes del derecho, las fuentes estatales y extraestatales así como las escritas y no escritas, tienen relación relevante con el tema abordado, toda vez que el derecho consuetudinario no emana de los órganos competentes del Estado, además, no está codificado.

El derecho estatal tiene una serie de clasificaciones atendiendo una serie de criterios, así existe derecho público y derecho privado, dentro de cada uno de ellos existen ramificaciones, por ejemplo, en el derecho público está el derecho penal, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho electoral, derecho tributario, entre otras; en tanto que, en el derecho privado esta verbigracia el derecho civil, derecho de familia. También está la división entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal; en el primero se puede mencionar a manera de ejemplos el derecho constitucional, penal, derecho civil, derecho de familia, derecho del trabajo, derecho tributario, derecho administrativo, y en el ámbito del derecho adjetivo o procesal está el derecho procesal constitucional, derecho procesal penal, derecho procesal civil, derecho procesal del trabajo, derecho procesal administrativo. Si bien es cierto, cada rama del derecho tiene sus instituciones, normas y principios específicos, sin embargo, todas esas ramas del derecho se sustentan sobre las instituciones, normas y principios de carácter general, en función de la armonía que debe de existir dentro de un sistema jurídico.

En cuanto al derecho consuetudinario hay dos aspectos fundamentales que hacer ver: primero, hay que tener claro que no es otra rama más del derecho dentro del modelo occidental, sino que se le reconoce como un sistema jurídico que tiene sus propias instituciones, procedimientos, principios y normas jurídicas y en segundo lugar, dentro del derecho consuetudinario no existe tal división o ramificación como se hizo mención en el derecho estatal, aunque sería interesante hacerlo para efectos de estudio y sistematización.

Se ha presentado una confusión radical en cuanto a la costumbre que se regula en la ley del Organismo Judicial de Guatemala y el derecho consuetudinario como sistema jurídico. La ley del Organismo Judicial de Guatemala en su artículo 2 preceptúa que "La ley es la fuente del ordenamiento jurídico (...) La costumbre regirá solo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada" (1989). Es fundamental hacer ver que la



costumbre aludida en dicha ley no hace referencia al derecho consuetudinario como sistema jurídico, sino que a las practicas reiteradas que se han dado dentro del mismo derecho estatal.

Según el criterio de algunos juristas, el derecho consuetudinario es un sistema jurídico. Caz (en Ochoa, 2002) dice:

En la Constitución de la República de Guatemala (art. 66) se habla (sic) de *costumbre* y la Ley del Organismo Judicial la refiere como *fuentes de derecho*, sin embargo, el derecho consuetudinario no se puede concebir como *costumbre* y no se le puede apreciar como *fuentes secundaria*; no debe vérsese como *práctica* sino como un *sistema jurídico*. (p.20). (Recuperado de <https://www.google.com.gt/books/edition/Derechoconsuetudinarioypluralismojur/lUL9LbusUC?hl=es-419&gbpv=1>).

El jurista hace mención de dos aspectos fundamentales, el primero hace énfasis que el derecho consuetudinario no es sinónimo de costumbre; segundo, que el derecho consuetudinario en sí no es fuente de derecho ni es una práctica, sino que es un sistema jurídico.

Para comprender de mejor manera qué se entiende de sistema jurídico, se citan a continuación algunas definiciones. Diccionario Jurídico (s.f.) establece que:

El sistema jurídico se conforma (...), por la totalidad de las normas que se correlacionan en virtud de la unidad que integran a partir de la Constitución, y se compone por una secuencia de conjuntos de normas vigentes en momentos distintos, identificables temporalmente por los cambios en el conjunto de normas jurídicas generales. (Recuperado de <http://diccionariojuridico.mx/buscar/?q=sistema+juridico&a=>).

Lo que resalta de dicha definición es que refiere que ese engranaje jurídico sistémico parte de la ley fundamental, desde la cual proviene esa unidad que debe de existir en ello, la cual sirve de parámetro de la constitucionalidad para el resto de las normas de categoría inferior.

La Universidad Latina de América (s.f.) define sistema jurídico como: "aquel conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo de un lugar y tiempo determinados (...)" (Recuperado de <https://www.unla.mx/blogunla/alguna-vez-te-has-preguntado-que-es-un->



sistema-juridico-y-por-que-es-importante-estudiarlos). Esta definición no solo circunscribe en indicar las normas jurídicas, sino que hace referencia de una serie de elementos como instituciones, métodos, procedimientos y reglas regales.

Las instituciones, en el derecho estatal se puede mencionar a manera de ejemplo las del sector justicia (Organismo Judicial, el Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Pública Penal, Procuraduría de los Derechos Humanos, Procuraduría General de la Nación) así como institutos procesales como el criterio de oportunidad, la suspensión condicional de la persecución penal; en tanto que en el caso del derecho indígena está verbigracia las alcaldías indígenas o alcaldías comunitarias, consejos, la figura del principal, las asambleas, así como figuras como las disculpas públicas, el perdón, el resarcimiento del daño.

Los métodos, en el derecho estatal están por ejemplo los métodos alternos de resolución de conflictos, los sistemas de valoración de la prueba y en el derecho indígena se puede mencionar la conciliación, el estudio de casos, el diálogo; procedimientos, en el derecho estatal son todos aquellos contemplados en las leyes de carácter procesal por ejemplo el procedimiento, común y los procedimientos especiales contemplados en el Código Procesal y en el caso del derecho indígena, el mecanismo de citación, notificación, discusión y sanción de hechos ilícitos la autoridades indígenas o en asamblea de vecinos; las reglas legales que constituyen básicamente las normas jurídicas contenidas en el elenco de leyes emanadas por autoridades estatales competentes, en tanto que en relación al derecho consuetudinario constituyen las normas jurídicas producidas en la comunidad, leyes y tratados internacionales.

## **1.2. Definiciones y aspectos doctrinarios relevantes**

El derecho consuetudinario ha sido objeto de estudio tanto por las ciencias jurídicas como por la antropología jurídica; ambas ciencias ofrecen literatura valiosa para el estudio del tema abordado. Stavenhagen (s.f.) define derecho consuetudinario como “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en un país determinado” (p.102). (Recuperado de [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20150308\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20150308_01.pdf)). La definición anterior es muy sencilla y clara; básicamente establece que el derecho



consuetudinario proviene de una tradición de un pueblo, que no está escrito, lo cual lo hace distinto del derecho estatal.

Gómez (como se cita en Colmenares, 2006), indica que “la definición (...) del derecho indígena, es decir, la capacidad que tienen los pueblos indígenas para aplicar sus propias normas de control social incluye: el sujeto de derecho, la soberanía y la autonomía, así como la territorialidad” (Gómez, citado en Colmenares, 2006, sección: Introducción, párr.8). (Recuperado de [https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S131562682006000300004#:~:text=Para%20esta%20autora%2C%20la%20definici%C3%B3n,autonom%C3%ADa%2C%20as%C3%AD%20como%20la%20territorialidad](https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131562682006000300004#:~:text=Para%20esta%20autora%2C%20la%20definici%C3%B3n,autonom%C3%ADa%2C%20as%C3%AD%20como%20la%20territorialidad)).

Lo anterior, quizá no es una definición como tal, tampoco se puede decir que es una capacidad; sin embargo, aporta elementos importantes como soberanía, autonomía y territorialidad que como instituciones figuran dentro del derecho consuetudinario.

Las normas del derecho consuetudinario son de tipo jurídico, sin embargo, algunos las catalogan como normas morales. Asmat (2018) define el derecho consuetudinario como el “conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social” (p.44). (Recuperado de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC1712%20ASMAT%20GOICOHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>). El derecho y la moral son dos áreas del conocimiento distintos, aunque se relacionan, por lo que no hay duda de que las normas de derecho consuetudinario son de tipo jurídico. Las de generalidad, uniformidad, regulación de intereses públicos y privados y su transmisión por herencia social son aspectos que caracterizan al derecho consuetudinario.

Por último, hay criterios que explican que el derecho consuetudinario, se sustenta sobre valores. Castillo (s.f.) argumenta que:

el derecho consuetudinario refiere a una estrecha relación entre lo que una sociedad considera correcto o justo: implica horizontes sociales de lo deseable y por ello tiene una directa relación con ciertos valores compartidos de manera relativa por los miembros de una sociedad en determinado momento histórico. A través de estas normas –implícitas o explícitas– los pueblos indígenas condensan formas de comportamiento y de resolución de conflictos que consideran adecuadas para



un cierto contexto (p.16). (Recuperado <https://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a2.pdf>).

Aunque la moral y la ética sean campos distintos del conocimiento, sin embargo, tienen relación con el derecho, pues lo correcto y justo son valores de los cuales gira las normas jurídicas en protección de los bienes jurídicos tutelados del conglomerado social.

Con base a las definiciones aportadas por diferentes autores, se puede concluir entonces que el derecho consuetudinario es un conjunto de instituciones, principios y normas jurídicas no codificadas, propio de una población indígena o grupo social especial, para resolver sus conflictos y resguardar sus bienes jurídicos tutelados.

Mayén (citado en Sieder, 1996) indica que las normas y prácticas del derecho consuetudinario deben ser ampliamente reconocidas como de carácter obligatorio para la comunidad, para ello deben ser socialmente aceptadas, respetadas, cumplidas y deben haber sido practicadas por generaciones. (Recuperado de <https://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2016/01/Derecho-consuetudinario-y-democratica-en-Guatemala-1996.pdf>). El reconocimiento de las normas consuetudinarias en la comunidad es un elemento que permite otorgarle legitimidad a las mismas, por tanto, garantiza su cumplimiento y obediencia por parte de sus miembros.

La norma jurídica consuetudinaria debe ser fiel expresión de la voluntad y necesidad del colectivo indígena. Irigoyen (citado en Sieder, 1996) identifica la legitimidad como uno de los elementos fundamentales, es decir el grado de su aceptación, su eficacia en regular las relaciones sociales y de resolver los conflictos. (Recuperado de <https://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2016/01/Derecho-consuetudinario-y-transicion-democratica-en-Guatemala-1996.pdf>). La legitimidad es quizá la característica más sobresaliente que puede poseer el derecho consuetudinario, en el sentido que, si las normas son la expresión fiel de la comunidad, las mismas serán obedecidas y cumplidas por sus miembros, inclusive si se llega al extremo de imponer sanciones, pues la misma ha de ser aceptada y cumplida.

Todo conglomerado social es como un organismo viviente, lo que significa que en su seno surgen nuevas formas de relación y nuevas necesidades, por tanto, es necesario crear nuevas normas para proteger bienes jurídicos conforme a la realidad actual. Sieder (1996) sostiene que:



Mientras que el reconocimiento social (legitimidad) constituye una necesidad en términos operativos para el buen funcionamiento del derecho consuetudinario, el hecho de que ciertas normas y prácticas no haya sido evidentes por generaciones o, aún más, el hecho de que su eficacia sea limitada, no necesariamente las excluye de la esfera del "derecho consuetudinario. (p.9). (Recuperado de <https://www.rachelsieder.com/wpcontent/uploads/2016/01/Derechoconsuetudinari-o-y-transicion-democratica-en-Guatemala-1996.pdf>).

Entonces, sí cabe la posibilidad de la producción de nuevas normas jurídicas dentro del derecho consuetudinario, cuando las condiciones actuales del conglomerado social así las requieran, principalmente en la actualidad, factores como la migración, las redes sociales, influyen en el actuar de la población, principalmente las nuevas generaciones. Esto no es nada nuevo, pues en cualquier sistema jurídico, las normas se crean, se reforman y se derogan, por lo que el derecho consuetudinario no es ajeno a esa realidad.

El derecho consuetudinario no solo sufrió la crisis durante la invasión europea, sino que recientemente se enfrentó a los conflictos armados internos. Sieder (1996) explica que el derecho estatal o las secuelas de la violencia han limitado la eficacia del derecho consuetudinario; por otra parte, establece que en el caso de Guatemala el derecho consuetudinario es probablemente mejor entendido como una serie de normas y prácticas que varían al interior y entre distintas comunidades del mismo origen etnolingüístico. (Recuperado de <https://www.rachelsieder.com/wpcontent/uploads/2016/01/Derecho-consuetudinario-y-transicion-democratica-en-Guatemala-1996.pdf>). Lo aseverado por Sieder es sumamente fundamental, pues como el derecho consuetudinario no está codificado (excepto la normativa nacional e internacional sobre la materia) pues no existen normas ni procedimientos legales establecidos que subsumen las prácticas sujetas al juzgamiento, por tanto, dichas normas y procedimientos pueden variar de una comunidad a otra; sin embargo, tienen un límite el cual consiste en el respeto a los derechos fundamentales establecidos en convenios internacionales en materia de derechos humanos.

El territorio es un elemento relevante en el derecho consuetudinario. Algunos sectores de la población indígena suelen relacionar pueblos indígenas con los territorios. Asmat (2018) indica que:



El Territorio Indígena, en su integridad, constituye uno de los temas de máximo interés para los pueblos indígenas y uno de los elementos centrales de su existencia colectiva (...) Asimismo, uno de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas es el derecho sobre los territorios que éstos ocupan, en tanto que, su reconocimiento legal y demarcación son considerados como base de su supervivencia física y cultural. Los pueblos indígenas tienen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas. Jurídicamente, sus principios estarían basados en el pensamiento y procesamiento de la cosmovisión, enmarcados dentro de un Derecho Mayor, un Derecho Propio o una Ley de Origen basada en la relación del hombre con la tierra, en sus dos componentes unidos, inherentes al ser, lo espiritual y lo material. Su territorio ancestral es descrito como una representación física de su cultura, espiritualidad e identidad. (p.25). (Recuperado de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC1712%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

Las poblaciones indígenas mantienen con los "territorios" una cohesión legal, antropológica, material, cultural y espiritual; no es un simple espacio físico donde viven y conviven. Por ello, existe un territorio que vincula a los pueblos indígenas donde ejercitan su sistema jurídico consuetudinario. Este elemento cobra relevancia en Guatemala, principalmente en casos de extracción minera, sobre los cuales se han pronunciado las altas cortes de justicia del país.

La oralidad es un elemento fundamental en el derecho consuetudinario, la palabra tiene un valor especial en los compromisos que se asumen en la comunidad. Ochoa (2012) al respecto indica

En sociedades de tradición oral como lo son las mayas, la fuerza de la palabra viva o en acción, regula muchos mecanismos de funcionamiento de la sociedad (...) La oralidad es un sistema que forma parte y es a la vez un elemento de la organización social (...) La normatividad al funcionar mediante un sistema oral, abre un campo de tensiones en su relación con la norma estatal, que posee una lógica dominada por la escritura. El *deber ser* en la legislación estatal está escrito. En la tradición occidental la ley fue confiada a las tablas no a la memoria de la gente. En las sociedades de tradición oral la búsqueda de certeza se mueve en un

terreno deliberativo. El paso de la norma oral a su codificación y escritura no puede verse como un proceso unidimensional o evolutivo, insinuando que a la larga el sistema oral va a evolucionar hacia el derecho ordinario y escrito. Este cambio fue impulsado por el Estado o por quien hizo sus veces en el pasado. La compilación que la escritura significa o implica, rebasa, con mucho, el problema de la certeza jurídica tampoco resuelve el proceso de comprensión de un sistema oral (p. 36 y 40). Recuperado de [https://www.google.com.gt/books/edition/Derecho\\_consuetudinario\\_y\\_pluralismo\\_jur/-lull9LbusUC?hl=es-419&gbpv=1](https://www.google.com.gt/books/edition/Derecho_consuetudinario_y_pluralismo_jur/-lull9LbusUC?hl=es-419&gbpv=1)

La oralidad es uno de los elementos del derecho consuetudinario, en ella gira la búsqueda de certeza mediante un proceso deliberativo. Es el método principal de resolución de conflictos en el derecho consuetudinario.

El estudio de casos es un elemento fundamental en el derecho consuetudinario. Sierra y Chenaut (citado en Sierra, 2018), sostiene que:

Dado que se trata de un derecho no escrito, la forma privilegiada para documentar el derecho consuetudinario ha sido el estudio de caso, por lo general a partir del seguimiento de disputas. El caso constituye una unidad de análisis accesible en la medida en que involucra no sólo mecanismos de resolución de controversias sino también el recurso a principios y valores que regulan los comportamientos de una colectividad en contextos específicos. (p. 159). Recuperado de [https://www. Scielo. org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1607-050X2018000200156](https://www.Scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2018000200156)).

En un derecho no escrito, donde no están establecidos los mecanismos a seguir, pues el estudio de casos resulta un método fundamental la resolución de conflictos. Esta característica es lo que hace similar el derecho consuetudinario al sistema anglosajón, el cual se basa en precedentes judiciales.

Stavenhagen (citado en Sierra (2018), sostiene:

Varias son las razones por las que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas en América Latina. En primer lugar, porque el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo, por lo que su estudio es un elemento fundamental para el mejor conocimiento de las culturas indígenas del continente. En segundo lugar, porque junto con la lengua, el derecho

(consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. (p. 101) (Recuperado de [https://www.Scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1607-050X2018000200156](https://www.Scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2018000200156)).

Queda claro entonces que el derecho consuetudinario es un elemento que integra una cultura, no solo de pueblos indígenas situados en América Latina sino de todas las culturas del orbe.

Asmat (2018) enumera algunas características del derecho consuetudinario, siendo las siguientes: 1) el derecho consuetudinario presupone un conjunto de normas: Aluden a la costumbre jurídica de los pueblos, satisface necesidades de convivencia. 2) Oralidad de las normas: característica que es propia del derecho consuetudinario, pues sus normas permanecen en la sabiduría popular, se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres. 3) Observancia general: no son usos aislados de determinados individuos del núcleo social, sino son manifestaciones cuya observancia va hacia todos sus miembros. 4) Uniformidad y permanencia en el tiempo: es decir que para que adopten el carácter de tales, deben de revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento de sus miembros, debe suponer una conciencia de actitudes, a efecto que uniforme la vida social y política de un pueblo o pueblos, dentro de uno o varios territorios. 5) Regula los intereses públicos y privados de una colectividad: es decir las normas jurídicas abarcan no solo el ámbito público (conflictos entre vecinos, conflictos que le compete a toda la comunidad, incluso entre comunidades) como aspectos del ámbito privado (conflictos entre pareja, familiares). 6) Se transmiten por herencia social: son expresiones que fluyen del pensamiento popular, de las manifestaciones de la vida diaria, son transmitidas de generación en generación por tradición oral. (Recuperado de <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC1712%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

La oralidad en el derecho consuetudinario es una característica que viene desde tiempos inmemoriales, toda vez que las normas jurídicas en este sistema no están escritas con formalidades tal como se conoce en el derecho estatal, sin embargo, la escritura es utilizada en el mismo para dejar registro de decisiones tomadas, por lo general plasmadas en actas. Con relación a la transmisión por herencia, pues debe de entenderse que una buena parte de las normas jurídicas establecidas en la comunidad, constituyen un legado que puede venir de generaciones anteriores; sin embargo, como



las sociedades son cambiantes y por el fenómeno de la migración, la globalización y la tecnología, surgen nuevas prácticas las cuales motivan la creación de nuevas normas jurídicas para proteger nuevos bienes protegidos.

Debido a que el derecho consuetudinario no está codificado, no existe un parámetro explícito de su contenido. Stavenhagen (citado en Bazán, 2005) propone el contenido del derecho consuetudinario así:

1). normas generales de comportamiento público; 2) mantenimiento del orden interno; 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros; 4) reglamentación sobre el acceso y la distribución de recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); 5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); 6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; 7) sanción a la conducta delictiva de los individuos; 8) manejo, control y solución de conflictos y disputas; y 9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública, (52). (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-2.pdf>).

La propuesta de Stavehagen, sirve como una guía para la regulación de las relaciones sociales, lo cual evidencia que el derecho consuetudinario no solo se limita en regular ilícitos penales, sino que abarca realmente todo; sin embargo, en Guatemala aun es una utopía creer que el derecho consuetudinario pueda conocer todo tipo de conflictos en el marco del derecho consuetudinario, por diversas razones, por ejemplo no cuenta con la infraestructura suficiente para atender las exigencias y responsabilidades que conlleva el mismo, principalmente en delitos graves (homicidio, asesinatos, etc.) por ello, es imperativo fortalecer las instituciones del derecho consuetudinario en todo el país y que pueda ampliar la cobertura de atención de casos; asimismo es necesario tal como se ha sugerido en reiteradas ocasiones por varios sectores de la sociedad, emitir una ley que establezca mecanismos de coordinación bilateral con el sistema estatal, a efecto de derivar casos hacia este último, por su gravedad y para la imposición de sanciones proporcionales conforme al derecho estatal.



### 1.3. Inclusión constitucional en América Latina

La Organización de los Estados Americanos OEA (2023) es el organismo regional más antiguo del mundo, fue fundada con el objetivo de lograr en sus Estados Miembros, como lo estipula el Artículo 1 de la Carta, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia". Hoy en día, la OEA reúne a los 35 Estados independientes de las Américas y constituye el principal foro gubernamental político, jurídico y social del hemisferio. Además, ha otorgado el estatus de Observador Permanente a 70 Estados, así como a la Unión Europea (UE). Para lograr sus más importantes propósitos, la OEA se basa en sus principales pilares que son la democracia, los derechos humanos, la seguridad y el desarrollo. (Recuperado de [https://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](https://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp))

Los Estados Americanos están integrados en el sistema regional de protección de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos), lo cual exige que los Estados miembros estén enmarcados bajo los mismos estándares internacionales en materia de derechos humanos. La mayoría de los Estados de América Latina miembros del sistema de protección regional, por no decir todos, tienen en su territorio, pueblos indígenas con características culturales y formas de organización social muy similares, con sistemas jurídicos propios. Por ello, es interesante revisar el reconocimiento de sus sistemas jurídicos en las constituciones de sus Estados.

Sierra (2018) indica que el Antropólogo Stavenhagen convocó en julio de 1987, a un grupo de académicos con el fin de impulsar investigaciones comparativas sobre el derecho consuetudinario indígena en México y en Latino América. En un estudio previo sobre el tema en la región, documentó el desconocimiento del derecho consuetudinario en las leyes nacionales, lo que consideraba una violación sistemática a los derechos humanos de los pueblos indígenas, en especial en el sector justicia. Estableció que la población indígena del continente americano ocupa las posiciones más bajas en los estudios socioeconómicos y en la estratificación social; por ello los gobiernos implementaron políticas públicas denominadas "indigenismo" con el objetivo de elevar su



nivel de vida. De acuerdo con los estudios realizados por dicho antropólogo en esa época existían en condiciones de sobrevivencia más de cuatrocientos grupos étnicos indígenas del continente; que la mayoría de las poblaciones indígenas en América Latina constituyen grupos de campesinos pobres, cuya situación proviene de un proceso histórico muy largo. (Recuperado de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1607-050X2018000200156](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2018000200156)).

Una acción fundamental del Estado, para elevar el nivel de vida de los pueblos indígenas en la región, es su inclusión en los ordenamientos jurídicos en los Estados.

En Guatemala, a pesar del tiempo transcurrido desde que Stavenhagen realizó dicha investigación, el reconocimiento jurídico del derecho consuetudinario no ha cambiado mucho, aún no existe una ley que regule el derecho consuetudinario, entre otros temas tal como lo preceptúa el artículo 70 constitucional. El único instrumento que marcó un hito en el derecho indígena en Guatemala es el acuerdo sobre Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas firmado el 31 de marzo de 1995, como producto de las negociaciones políticas del gobierno de Guatemala con Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca; sin embargo, dicho acuerdo es de carácter político y no jurídico, siendo necesario incorporar su contenido en una ley emitida por el organismo competente para que sea vinculante.

Según el acuerdo, el Gobierno de Guatemala, adquiere el compromiso de promover el derecho consuetudinario, al establecer que:

Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, el Gobierno se compromete a promover ante el organismo legislativo, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (Acuerdo sobre Identidad y derechos de los Pueblos Indígenas, 1995, apartado E. Derecho Consuetudinario, numeral 3) (Recuperado de <https://memoriavirtualguatemala.org/wp-content/uploads/2022/01/Acuerdo-Pueblos-Indigenas.pdf>)

Cuando el acuerdo hace referencia al término gobierno se refiere concretamente al Organismo Ejecutivo a través del presidente de la República, quien asume en su



momento el compromiso de presentar la iniciativas de ley ante el Congreso de la República, para positivizar el contenido del acuerdo; independientemente de ello, el Congreso de la República, por mandato constitucional y por el principio de reserva de ley, tiene la obligación de emitir una ley sobre la materia, tal como lo preceptúa el artículo 70 constitucional.

En virtud de la escasez normativa nacional sobre el derecho consuetudinario, existe una serie de lagunas existentes, las cuales solo han sido aclaradas por la jurisprudencia y doctrina legal por las altas cortes de justicia en Guatemala. Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) en la circular número 7-2012 dirigido a jueces y magistrados, lo siguiente:

Guatemala está organizada como Estado Constitucional de Derecho y como tal sus habitantes y sus autoridades, están sujetos al ordenamiento jurídico que regula las conductas y establece las formas de solución de conflictos, por lo que los jueces están obligados a aplicar el derecho en los casos sometidos a su conocimiento con responsabilidad, independencia e imparcialidad. En consecuencia, conforme la Constitución Política de la República y los Tratados y Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala, los pueblos indígenas tienen el derecho a la no discriminación y al reconocimiento de su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su idioma y sus costumbres, de conformidad con los siguientes instrumentos normativos: a) Declaración sobre la raza y Prejuicios Raciales. b) La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. c) El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. d) La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de la Intolerancia. e) La Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. f) Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad y g) Los Acuerdos de Paz, especialmente el Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos y el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Todas las disposiciones contenidas en los Tratados, Convenciones, Declaraciones anteriores, lo son sobre Derechos Humanos y sociales, en consecuencia tienen el carácter de indivisibles



e integrales y conforme el artículo 46 de la Constitución Política tienen preeminencia sobre el derecho interno, razón por la cual los jueces y juezas magistrados y magistradas deben aplicar la normativa citada en los casos concretos en los que intervienen personas indígenas, para garantizar el acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, así como promover la complementariedad y armonización del ordenamiento jurídico nacional integrado por el sistema jurídico oficial e indígena. En el sistema acusatorio, la jurisdicción penal actúa a petición de parte, sin embargo, conforme el principio jurídico universal *iura novit curia*, corresponde a los jueces aplicar el derecho al caso concreto, incluso cuando no se haya requerido por las partes (...). (párrafo 1-4 de la circular 7-2012, de Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala). (Recuperado de <http://www.oj.gob.gt/Archivos/CamaraPenal/Publicaciones/Circulares/2012/Circular%20CP-07-2012.pdf>).

Lo advertido por Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye el marco jurídico que debe ser aplicado por los y las administradoras de justicia estatal; sin embargo, dichos instrumentos jurídicos internacionales constituyen el mismo marco jurídico a tomar en cuenta en la aplicación del consuetudinario propiamente dicho.

Para acercarse a la realidad del derecho consuetudinario, es necesario estudiar su historia. Stavenhagen (1988) indica que:

No se puede entender la situación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas en América Latina sin hacer referencia a las modalidades de la conquista ibérica y a la inserción del continente y de sus habitantes originales en el sistema colonial. En efecto, la violación sistemática de los derechos humanos de los nativos del continente americano comenzó en el momento mismo de la invasión europea. Sus condiciones actuales, su relación con el Estado, sus problemas, carencias y demandas tienen su origen en el hecho de la conquista y en el establecimiento del sistema colonial (...) la situación de los indígenas de América sólo se fue definiendo a lo largo de un proceso jurídico e institucional (...) (p.10). (Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>)



Lo anterior, puede sonar repetitivo hasta aburrido, sin embargo, es imprescindible hacer acotación de ello, pues la realidad actual del derecho consuetudinario se debe en buena parte a dicho fenómeno histórico.

El derecho ha sido un instrumento que se ha encargado de configurar la situación de los pueblos indígenas. Stavenhagen (1988) indica que paulatinamente se fue estableciendo un conjunto de normas para encuadrar el comportamiento de la población indígena en un sistema de subordinación; fenómeno que en gran medida conforman aún hoy, por sus efectos históricos, las relaciones entre indígenas y no indígenas en América Latina, en diferentes facetas de la vida (militar, religioso, económico, político, educativo, etcétera). Sostiene que, en el ámbito político, diversas leyes, cédulas y ordenanzas, las cuales establecían la aceptación de los usos y costumbres indígenas, si las mismas no era claramente injustas, pero sobre todo que la resolución de conflictos no eran procesos tardados. (Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>)

La recopilación de las leyes de indias es un gran ejemplo de dicha configuración social indígena desde la instrumentalización del derecho. Los tratados internacionales en materia de derechos humanos configuran la situación actual de las poblaciones indígenas y sus sistemas jurídicos.

Existen extractos de ordenanzas dictados por los reyes españoles que regulan en esa época los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Stavenhagen (1988) cita que:

En la *Recopilación de Indias* se dice nuevamente: ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente *las aprobamos y confirmamos (...)* (p.14). (Recuperado de <https://www.Cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>).

De esta manera, se puede apreciar indicios en la legislación española (recopilación de indias) sobre al reconocimiento del derecho consuetudinario y con dicha recopilación fue culminando esencialmente la actividad legislativa de España con relación a los pueblos originarios de América.



Después de la independencia de los Estados de América Latina, hubo un cambio en la configuración de los sistemas jurídicos, sin embargo, la situación de marginalidad e inferioridad de la población indígena persiste. Stavenhagen (1988) indica que después de la independencia política de los Estados en América Latina, la población indígena obtuvo más derechos y libertades, se promulgaron nuevas leyes pero que en el fondo los dejaba en situación de marginalidad e inferioridad con relación a la población mestiza y blanca sobre diferentes facetas de la vida (política, cívica, económica); que la situación de los indígenas en las nuevas sociedades en la era republicana fue definida por su posición social en la estructura económica y las élites latinoamericanas los dejan en segundo plano en la resolución de conflictos. El Estado nacional en América Latina ha creado una legislación que determina la situación de la población indígena, la cual ha permitido que se perpetúe la discriminación y la subordinación de esa población al modelo nacional y los textos constitucionales, como base política e ideológica de un Estado, son la expresión de ese modelo nacional. Al final indica que, para esa época, pocas constituciones de América Latina hacen referencia a sus poblaciones indígenas y que, si existen algunas, son inclusiones recientes. (Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>).

La Constitución Política vigente en Guatemala, incorpora entre sus normas el reconocimiento del derecho consuetudinario, sin embargo, no es explícito, por ello muchos sectores sociales e indígenas, han hecho propuestas de reforma a la Constitución para incluir de manera clara la jurisdicción indígena, lo cual no se ha logrado, por tratarse de un punto álgido y por seguir conservando el paradigma jurídico occidental.

El derecho indígena, al igual que los derechos humanos, han sido producto de grandes luchas a través de la historia. La comisión Económica para América Latina CEPAL (2014) indica que:

La lucha de los pueblos indígenas (...) ha sido persistente en la historia (...) en las últimas décadas en un marco de derechos que se fundamenta en dos grandes hitos: el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (Núm. 169) de la OIT, que reconoce por primera vez sus derechos colectivos, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que plantea el derecho de dichos pueblos a la libre determinación (...) En el ámbito internacional existen dos mecanismos directos de protección de los derechos



humanos en América, incluidos los derechos de los pueblos indígenas: el sistema de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (...). El Convenio N.º 169 sobre pueblos indígenas y tribales (1989), de la OIT, tuvo un enorme impacto en las reformas constitucionales de los países de la región desde 1987 (...). (p.14-18). (Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b1b631f7-30df-46689047-6e2060cb30a6/content>).

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluye lo relativo a pueblos indígenas y su derecho a la libre determinación, el cual se puede hacer valer dentro del sistema universal y regional.

Ahora bien, para tener un panorama sobre la constitucionalización del derecho consuetudinario en América Latina, se analizarán algunas constituciones para verificar el nivel de su reconocimiento en las Constituciones de los Estados.

### **1.3.1. Constitución de Paraguay**

El Estado de Paraguay, reconoce el derecho consuetudinario en el capítulo V de su constitución bajo el epígrafe: De los pueblos indígenas. Constitución de la República de Paraguay preceptúa:

Artículo 62. De los Pueblos Indígenas y Grupos Étnicos. Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo. Artículo 63. De la Identidad étnica. Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena. Artículo 64. de la propiedad comunitaria. Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán



inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos. Artículo 65. del derecho a la participación. Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, esta Constitución y las leyes nacionales. Artículo 66. De la educación y la asistencia. El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural. Artículo 67.- De la exoneración. Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley. (1992) (Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_pry\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf)).

La Constitución establece los siguientes aspectos: el reconocimiento de la existencia previa de los pueblos indígenas frente a la fundación del Estado; el reconocimiento y garantía de su preservación y desarrollo de su identidad étnica; a la aplicación libre a sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa así como a la sujeción voluntaria a sus normas consuetudinarias y la regulación de conflictos de jurisdicción entre el sistema estatal y consuetudinario; la propiedad comunitaria; entre otros aspectos.

### **1.3.2. Constitución de Ecuador**

El Estado de Ecuador reconoce el derecho consuetudinario en el capítulo cuarto constitucional bajo el epígrafe: De la función judicial y justicia indígena, sección Segunda: Justicia Indígena. Constitución de la República de Ecuador establece:

Art. 171. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos



propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (2008) (Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)).

La regulación constitucional es clara, conciso y explícito en reconocer que el Estado de Ecuador reconoce la función jurisdiccional a los pueblos indígenas con base a su derecho propio, siempre que no contraríe la Constitución y derechos humanos internacionalmente reconocidos en instrumentos internacionales, su sujeción al control de constitucionalidad y el establecimiento de mecanismo de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

### **1.3.3. Constitución de Colombia**

El Estado de Colombia reconoce el derecho consuetudinario en el capítulo V constitucional, bajo el epígrafe: De las jurisdicciones especiales. Constitución de la República de Colombia establece:

ARTICULO 246. 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 la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional. ARTICULO 247. La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular. (2011). (Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>).

Los aspectos fundamentales contemplados en la Constitución Colombiana entre otros está el reconocimiento de las autoridades de los pueblos indígenas y la potestad de ejercer funciones jurisdiccionales; asimismo la existencia del mecanismo de coordinación



entre la jurisdicción especial, es decir el derecho indígena y con el derecho estatal.

#### **1.3.4. Constitución de México**

México es un Estado con riqueza en diversidad cultural, por ende, resulta interesante analizar la regulación constitucional en materia de poblaciones indígenas. Cabe mencionar que la Constitución Mexicana desarrolla ampliamente el tema abordado; sin embargo, solo se resaltarán los apartados relativos al derecho consuetudinario.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos preceptúa:

Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o



tribunales correspondientes. III. (...) VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia (...) VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público. (1917). (Recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>).

Los aspectos relevantes que se preceptúan en la carta fundamental del Estado Mexicano se pueden resaltar los siguientes: el reconocimiento de la composición pluricultural del Estado; la conservación de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; la conciencia de su identidad indígena, la cual debe ser criterio fundamental para determinar las disposiciones sobre pueblos indígenas; el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, la autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural así como la aplicación de sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos. La regulación constitucional del derecho consuetudinario en la Constitución Mexicana es más extensa e integral.

### **1.3.5. Constitución de Perú**

El Estado del Perú, regula el derecho consuetudinario en el capítulo VIII constitucional, bajo el epígrafe: Poder Judicial. Constitución Política del Perú preceptúa: Artículo 138.- Administración de Justicia. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes (...) Artículo 139.- Principios de la administración de justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1.



La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. La independencia en el ejercicio en la función jurisdiccional (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...) 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición en contraria de la ley (...) 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (...) Artículo 149.- 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 viole los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdiccional especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del poder judicial. (1993). (Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/perres17.pdf>)

La regulación constitucional es muy escasa, si bien es cierto reconoce la función jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas, de alguna manera ubica el derecho consuetudinario como un sistema supletorio, en defecto del sistema de justicia estatal.

### **1.3.6. Constitución de Bolivia**

Bolivia Es un Estado que resalta por su cultura y con mayor intensidad de población indígena, por ello resulta fundamental revisar el marco constitucional en lo referente al derecho consuetudinario. Constitución Política del Estado de Bolivia en su capítulo cuarto: Derechos de las Naciones y pueblos indígena originario campesinos, la cual preceptúa lo siguiente:

Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los



siguientes derechos: 1. A existir libremente. 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión. 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal. 4. A la libre determinación y territorialidad. 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado. 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios. 7. A la protección de sus lugares sagrados. 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios. 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados. 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas. 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo. 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo. 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales. 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan. 16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado. III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley. Artículo 31. I. Las naciones y pueblos indígenas originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y



colectiva. II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan. Artículo 32. El pueblo afro boliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos. (2009). (recuperado de <https://faolex.fao.org/docs/pdf/bol117795.pdf>.)

La Constitución boliviana desarrolla ampliamente la inclusión del derecho consuetudinario y contempla una serie de instituciones afines al mismo; incorpora entre otros aspectos, el reconocimiento nación y pueblo a los pueblos indígenas; reconoce un amplio catálogo de derechos, prácticas y costumbres y al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.

### **1.3.7. Constitución de Guatemala**

El derecho consuetudinario en Guatemala se encuentra regulado constitucional e implícitamente regulado en el capítulo II, bajo el epígrafe: Derechos Sociales; sección tercera bajo el epígrafe: comunidades indígenas. Constitución Política de la República de Guatemala (1985) establece lo siguiente:

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 entre hombres y mujeres, idiomas y dialectos. 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. 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. 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. Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección. (1985).

La Constitución guatemalteca, contiene muy poca regulación con relación al derecho consuetudinario; básicamente solo establece que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social. No reconoce de manera explícita la jurisdicción indígena, tal como sucede en otras constituciones, donde inclusive se establece su control constitucional, así como la existencia de una ley que define la coordinación entre los sistemas jurídicos coexistentes en el Estado. El artículo 70 constitucional preceptúa que una ley regulará lo relativo las comunidades indígenas, sin embargo, hasta el momento no existe. Es urgente y necesario la promulgación una ley que desarrolle los preceptos constitucionales, el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incorporar el contenido del Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos así como establecer mecanismos de coordinación bilateral, todo ello con la finalidad de fortalecer la justicia en general en Guatemala, pero principalmente para garantizar los derechos de los sujetos que figuran como sindicados así como agraviados en los procesos.

#### **1.4. Fundamento convencional del derecho consuetudinario**

El fundamento jurídico internacional sobre el tema de pueblos indígenas y derecho consuetudinario se encuentre dentro del elenco de tratados internacionales en materia de derechos humanos, los cuales han sido aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, por lo tanto, son de aplicación obligatoria en el país.

La Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s.f.) menciona que los instrumentos jurídicos internacionales específicos en materia de pueblos indígenas son: La Declaración de las Naciones Unidas sobre



Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, La Convención sobre los Derechos del Niño, La Convención sobre la Diversidad Biológica, La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Acuerdo de París), Acuerdo de Escazú. (Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/specialprocedures/srindigenouspeoples/internationalstandards-relating-indigenous-peoples>).

De todos los instrumentos jurídicos descritos se considera que los primeros siete se centran en el reconocimiento de la jurisdicción indígena y otras figuras afines; mientras que los últimos tres se enfocan más en aspectos biológicos, climáticos y de políticas públicas.

#### **1.4.1. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes**

Este convenio junto a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, constituyen un hito en el desarrollo del derecho consuetudinario en el plano internacional. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes establece, entre otros aspectos:

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (...) 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. (1989) (Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf)).

El convenio establece una serie de instituciones jurídicas, sin embargo, es fundamental que en lo que respecta a la aplicación de justicia dentro del sistema estatal, obliga a jueces y magistrados a tomar en consideración el derecho consuetudinario, así como el respeto que debe de existir en la conservación de instituciones propias entre ellos su sistema jurídico, siempre que respete derechos fundamentales definidos en la legislación nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

#### **1.4.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas**

Esta declaración junto al Convenio 169, constituyen instrumentos que han marcado un hito en la historia del derecho indígena en el plano internacional. La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece entre otros aspectos lo siguiente:

*(...) Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a si mismos diferentes y a ser respetados como tales (...)*  
*Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas (...)*  
*Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la*



Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación (...) *Artículo 3* Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación (...) *Artículo 4* Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales (...) *Artículo 5* Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (...) (2007). (Recuperado de [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf))

Básicamente la declaración contempla entre otros aspectos elementales la igualdad de los pueblos indígenas ante otros pueblos y el derecho que tienen a ser diferentes, el rechazo de la superioridad de una cultura sobre otra, el derecho a la libre determinación y el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones, entre ellas las políticas y jurídicas.

#### **1.4.3. Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, entre otros aspectos establece:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...) Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos (...) *Artículo 1.1*. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación (...) *Artículo 2. 1*. Cada uno de los Estados Parte en el presente 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 (...). (1966) (Recuperado de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)).

Resalta la importancia de los valores como la libertad, justicia y la paz en el mundo, que tienen como base el reconocimiento de la dignidad humana, la obligación de los



Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas y contempla el derecho a la libre determinación, la cual también es conocida también como libre autodeterminación o derecho de decidir, del cual se deriva el derecho de los pueblos indígenas de conservar sus instituciones entre ellas sus sistema jurídico.

#### **1.4.4. Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros aspectos establece: -

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...) Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos (...) Artículo 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. (1966). (Recuperado de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf))

Los derechos contemplados en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos son más de carácter formal-liberal, mientras que los derechos que contemplan el presente pacto se enfocan más en el ámbito social, relacionándose más con el surgimiento del Estado Social de Derecho.

#### **1.4.5. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, establece entre otros aspectos que

Considerando 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, distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional. Convencidos de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial (...) Reafirmando 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 (...). (Recuperado de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf)).

Esta convención, como su nombre lo indica, establece el compromiso de los Estados Parte de eliminación de todas las formas de discriminación racial.

#### **1.4.6. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer**

Esta convención no contempla alguna norma que reconozca el sistema jurídico consuetudinario, sino que contempla la obligación de los Estados Partes para la erradicación toda clase de discriminación contra la mujer la esfera de las instituciones públicas, fomentar la igualdad de entre hombres y mujeres, así como la erradicación de prácticas consuetudinarias basados en la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

#### **1.4.7. La Convención sobre los Derechos del Niño**

La convención, no desarrolla normas sobre administración de justicia en el derecho consuetudinario, se refiere básicamente al respeto a los derechos humanos del niño especialmente entre ellos la preservación o restablecimiento al derecho a la identidad, así como su origen étnico.

#### **1.4.8. Declaración sobre la Raza y Prejuicios Raciales**

La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios raciales, entre muchos aspectos, establece:

(...) Persuadida de que la unidad intrínseca de la especie humana y, por consiguiente, la igualdad fundamental de todos los seres humanos y todos los pueblos, reconocidas por las más elevadas manifestaciones de la filosofía, de la moral y de la religión, reflejan un ideal hacia el cual convergen hoy día la ética y la ciencia, Persuadida de que todos los pueblos y todos los grupos humanos, sea cual sea su composición y origen étnico, contribuyen con arreglo a su propio genio al progreso de las civilizaciones y de las culturas que, en su pluralidad y gracias a su interpenetración, constituyen el patrimonio común de la humanidad (...) Artículo primero (...) 1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad (...) 2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales; no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica discriminatoria, ni fundar la política de apartheid que constituye la forma extrema del racismo. 3. La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural. 4. Todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual, técnico, social, económico, cultural y político. 5. Las diferencias entre las realizaciones de los diferentes pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. Estas diferencias no pueden en ningún caso servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones y los pueblos (1978). (Recuperado de <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Instrumentos/Discriminacion/Prevendis5.pdf>).

La Declaración reconoce los principales valores sobre los cuales se sustenta la humanidad, que independientemente de la diversidad de pueblos, todos tienen en mismo origen, que todos están en condiciones de igualdad y que tienen derechos de ser diferentes.



#### **1.4.9. La Declaración y programa de acción de la conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de la intolerancia**

La Declaración establece una regulación bastante amplia, abarcando todos los pueblos del mundo que han sido discriminados durante la historia, pero se citan algunos extractos sobre pueblos indígenas

(...) 39. Reconocemos que los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación durante siglos y afirmamos que son libres e iguales en dignidad y derechos y no deberían sufrir ningún tipo de discriminación, particularmente por su origen e identidad indígenas, y destacamos la necesidad de tomar constantemente medidas para luchar contra la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que los afectan. 40. Reconocemos el valor y la diversidad de las culturas y el patrimonio de los pueblos indígenas, cuya singular contribución al desarrollo y pluralismo cultural de la sociedad y cuya plena participación en todos los aspectos de la sociedad, en particular en temas que les preocupan, son fundamentales para la estabilidad política y social y para el desarrollo de los Estados en que viven; 41. Reiteramos nuestra convicción de que la plena realización por los pueblos indígenas de sus derechos humanos y libertades fundamentales es indispensable para eliminar el racismo (...) 42. Insistimos en que para que los pueblos indígenas puedan expresar libremente su propia identidad y ejercer sus derechos no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación, lo que necesariamente implica el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. (2001) (Recuperado de [https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban\\_sp.pdf](https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf))

El reconocimiento a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, su contribución al desarrollo, y la erradicación de la discriminación, el racismo y cualquier forma de intolerancia solo es posible si se respetan los derechos humanos de los pueblos indígenas.

#### **1.4.10. Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad**



Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en lo que respecta a pueblos indígenas establece:

Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad (3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de (...) étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: (...) la pertenencia a comunidades indígenas. 4.- Pertenencia a comunidades indígenas (9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal. (...) Sección 6ª.- Sistema de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas (48) Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. (49) Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma.

(2008) (recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>).

De acuerdo a dichas reglas de Brasilia establece entre otros aspectos el reconocimiento de las condiciones de vulnerabilidad de las comunidades indígenas, la estimulación sus propias formas de administración de justicia, la armonización del mismo con el sistema de justicia estatal, basado en el respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales en materia de derechos humanos. De acuerdo a dichas reglas, el derecho indígena y estatal, deben de estar en un mismo plano, no debe de existir entre ellos subordinación alguna, sino que un marco de respeto mutuo y armonización.

## **1.5. Fundamento Constitucional y legal del derecho consuetudinario en Guatemala**

### **1.5.1. Constitución Política de la República de Guatemala**

Se caracteriza por ser una carta fundamental extensa, pues desarrollan de manera amplia su contenido, no obstante, en lo que respecta a la inclusión del derecho consuetudinario lo regula escasamente, sin reconocer expresamente el derecho indígena. Básicamente reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de las comunidades indígenas. No existe hasta el momento, a pesar del tiempo de vigencia de la Constitución, alguna ley que desarrolle tal precepto constitucional.

### **1.5.2. Decreto número 57-2002 del Congreso de la República de Guatemala**

El decreto concretamente tipifica el delito de discriminación, el cual viene a reformar el Código Penal guatemalteco.

El tipo penal de discriminación contiene supuestos que no solo se circunscriben únicamente en la discriminación en sus diferentes expresiones a poblaciones indígenas, sino que incluye otros supuestos, por ejemplo, por razón de la edad, religión situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil y otros motivos.

### **1.5.3. Decreto 51-92 del Congreso de la República. Código Procesal Penal**



Esta ley procesal, incorpora en su texto lo relativo al criterio de oportunidad, una institución procesal para desjudicializar casos, la cual incluye figuras propias del derecho consuetudinario como la aplicación de los usos y costumbres, así como la reparación del daño a la comunidad.

#### **1.5.4. Decreto 12-2002. Código Municipal**

El Decreto legislativo contempla que el municipio es la unidad básica de la organización territorial y espacio inmediato de participación ciudadana. Resalta su carácter multicultural, multiétnico y multilingüe. Incluye el derecho indígena en relación al ordenamiento territorial, elementos básicos del municipio, organización de vecinos, comunidades de los pueblos indígenas y sus relaciones entre sí, conflictos jurisdiccionales entre comunidades, Alcaldías Indígenas, Comunitarias o Auxiliares, consulta a las comunidades o autoridades indígenas en los asuntos de trascendencia del municipio, tierras comunitarias.

#### **1.5.5. Decreto número 27-2003. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

Incluye aspectos de derecho consuetudinario en la aplicación del principio interés superior del niño al tomar en cuenta sus vínculos éticos; sus derechos individuales y sociales del niño en el contexto de su origen étnico, entre otros.

#### **1.5.6. Decreto 24-2006. Ley del Día Nacional de los Pueblos Indígenas de Guatemala**

El objetivo de la ley es reconocer, valorar y exaltar la cultura Maya, Xinka y Garífuna, así como su importancia en la cultura y desarrollo del Estado; resaltando la igualdad de condiciones y su armonía con el pueblo no indígena guatemalteco.

#### **1.5.7. Acuerdo sobre identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas**

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la existencia del derecho consuetudinario, admite el desconocimiento del mismo por la legislación nacional, contempla el peritaje cultural, la jurisdicción indígena, su promoción en las universidades y en las instituciones del sector justicia, entre otros. (Recuperado de



<https://faolex.fao.org/docs/pdf/gua122086.pdf>). Después de la Constitución guatemalteca, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas es un compromiso político por excelencia donde el gobierno de Guatemala ha asumido compromisos claros con relación a la identidad de los pueblos indígenas, aunque es fundamental aclarar que, para materializar sus alcances, es necesario incorporar su contenido en una ley a efecto que sea vinculante.

Como corolario, la plataforma jurídica del derecho consuetudinario en Guatemala constituye los instrumentos internacionales ya analizados, la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes descritas con antelación.

## **Capítulo 2**

### **Autoridades que aplican el derecho consuetudinario**

#### **2.1. Antecedentes de la figura de la autoridad**

La autoridad es un concepto jurídico-político, que ha cobrado distintas acepciones a lo largo de la historia, por ello ha sido complejo comprenderlo; su institución es de obligatorio abordaje en los Estados actuales; la cual se encarna en diferentes personajes, verbigracia un agente de Policía, Juez, diputado, presidente de la República, alcalde municipal, fiscal del Ministerio Público. También existen otras, por ejemplo, un alcalde indígena, un alcalde comunitario o alcalde auxiliar. Pero ¿quién les confiere esa autoridad? ¿Su investidura es legal y legítima? ¿hasta dónde se extiende la autoridad conferida y cuáles son sus limitaciones? En virtud de la gran trascendencia que cobra dicho concepto, es necesario estudiarlo con profundidad para una mejor comprensión.

En principio, ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre otro, él nació libre como un regalo del cielo. La primera figura de autoridad establecida fue el paterfamilias, es decir la autoridad del padre sobre sus hijos, el cual tenía como limitaciones cuando los hijos llegan a la edad de autocorregirse.

De manera genérica, la autoridad proviene de dos fuentes: la que se origina de la fuerza y la violencia, y la que proviene del consentimiento del conglomerado social. El poder adquirido por medio de la fuerza no es más que una usurpación, la cual cambia algunas veces de naturaleza, cuando el mismo conglomerado social lo acepta y da su consentimiento a que continúe. El poder que viene del consentimiento del pueblo es el que conlleva condiciones de legitimidad, también tiene determinados límites, pues solo

Dios es el que tiene la autoridad absoluta sobre el hombre, sin embargo, él permite en pro del bien común, y del mantenimiento de la sociedad que los hombres establezcan entre ellos un orden de subordinación que obedezcan a uno de entre ellos pero que esa orden sea conforme a la razón y moderadamente.

Sin entrar a analizar a profundidad la civilización Romana, por su gran complejidad, pero resulta oportuno traer a colación a manera de ejemplo la figura de autoridad que se instituye en la antigua Roma. Cardozo (2019) indica:

La autoridad en la antigua Roma era compleja (...) Quizá la máxima autoridad era el *imperium*, el poder de mando del ejército romano. La *potestá* era el poder legal que correspondía a las distintas funciones de los cargos políticos. También existía la *auctoritas*, una especie de autoridad social intangible ligada a la reputación y el estatus. En el hogar romano cotidiano, la autoridad absoluta era el padre, conocido como *paterfamilias* (...) Aunque no se aplicaba a menudo en el último período en la República Romana, era un poder que el *paterfamilias* que podía ejercer. El papel del padre era absoluto. Eran los responsables de criar la siguiente generación que se presentaría a las elecciones y se convertiría en los próximos grandes hombres de roma. A menudo, los tipos de autoridad estaban entrelazados, como la autoridad militar y la legal. Por ejemplo, en el caso de los principales magistrados (cónsules y pretores) el mando sobre las legiones (*imperium*) era la máxima expresión de su poder legal (*potestas*). La *auctoritas* intangible ayudaba a ascender en el escalafón político y a cimentar alianzas políticas para alcanzar posiciones que permitieran obtener el *imperium* y la *potestas*. Cada tipo de autoridad desempeñaba un papel clave en la propia ciudad de Roma y en sus provincias imperiales. Los comandantes ejercían su *imperium* y ganaban nuevos territorios para un imperio en expansión, la *potestas* legislativa y administrativa de los distintos magistrados del gobierno romano era necesaria para el florecimiento de Roma, y la *auctoritas* de un individuo podía influir en decisiones importantes y dar forma a la vida política (...) A lo largo de los siglos, los distintos tipos de autoridad fueron el motor que impulsó la estructura social y política de la antigua Roma. (Recuperado de <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-1472/la-autoridad-en-la-antigua-roma-auctoritas-potesta/>).



De lo anterior, se puede resumir que, en la era del antiguo imperio Romano se establecen tres tipos de autoridad: el imperium, la potestas y la auctoritas, además de la figura de paterfamilias, de todas ellas, excepto las auctoritas, se desprenden indicios de poder absoluto, desprovisto de mayor sujeción al control de la ley de quienes ostentaban esos cargos.

Entre las tres clases de autoridad en antiguo imperio romano, se considera que el imperium se traducía en el poder absoluto. Diario Constitucional.cl (2021) al respecto indica:

Tres formas de entender el poder en la antigua Roma: Imperium, auctoritas y potestas. Se define el "imperium" como un poder absoluto propio de quienes tenían capacidad de mando, se trataba fundamentalmente, de los cónsules y los procónsules. Luego estaba la "potestas" que era el poder político capaz de imponer decisiones mediante la coacción y la fuerza. Y, por último, existía la "auctoritas" que era un poder moral, basado en el reconocimiento o prestigio de una persona (...). A final, indica el texto, todo se simplifica en que la "potestas" es la ley, se basa en un poder que no se cuestiona, se tiene y se ejerce. (Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/01/02/tres-formas-de-entender-el-poder-en-la-antigua-roma-imperium-auctoritas-y-potestas/#:~:text=Se%20define%20el%20%E2%80%9Cimperium%E2%80%9D%20como,la%20coacci%C3%B3n%20y%20la%20fuerza.>)

El imperium era el tipo de autoridad que en palabras en el contexto moderno se manejaba por magistrados, la potestas era la autoridad que ostentaban otros funcionarios públicos básicamente políticos quienes también tenían poder de decisión y las auctoritas era una autoridad moral que tenían personajes de reputación: De las tres clases de autoridad, las primeras dos poseen características de poder absoluto.

Una de las teorías que aún cobra auge en lo que respecta a la delegación de la autoridad de parte del pueblo a sus representantes, es la del contrato social. Rousseau (1999) indica:

Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural superan las fuerzas que cada individuo puede



emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser. Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar unidas y de conformidad (...) ¿cómo podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes." Tal es el problema fundamental cuya solución da el *Contrato social* (...) Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás (...) Si se descarta, pues, del pacto social lo que no es de esencia, encontraremos que queda reducido a los términos siguientes: "Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo." (...) Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad (...) La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y hoy el de *república o cuerpo político*, el cual es denominado *Estado* cuando es activo, *Potencia* en comparación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de *pueblo* y particularmente el de *ciudadanos* como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. (p,14-16). (Recuperado de [https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016\\_923am\\_579f698613e3b.pdf](https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf).)

El hombre, en su estado natural, no está sometido bajo reglas, sino que se hace valer la ley del más fuerte. Luego surge el estado social, en donde el hombre se organiza en comunidad, cede parte de sus libertades y sus derechos para convertirlo en bien común, y todos son sometidos bajo la autoridad conforme a las leyes del Estado. El concepto contrato social no es más que los individuos viven en sociedad en virtud de un pacto establecido. El concepto político de contrato social como modelo de Estado, no solo fue abordado por Rousseau, sino que, por varios personajes como Hobbes, Kant y cada uno de ellos le dieron diferentes matices.

Otra época histórica trascendental que sirve de antecedentes de la figura de autoridad es la monarquía que surge en la Edad Media (entre siglo XVI y XVIII). En la monarquía el rey era la autoridad absoluta. Existen diversos tipos de monarquía. Diario Constitucional.cl (s.f.) establece tres tipos: a) Monarquía absoluta: es la más antigua, característico de la edad media, en el rey converge el poder legislativo, ejecutivo y judicial. b) Monarquía Constitucional: surge de la Revolución Francesa de 1791, sistema que se instaura posteriormente en muchos Estados europeos durante el siglo XIX. En este sistema el rey ostenta el poder ejecutivo, no así el legislativo. Este tipo de monarquía es la evolución de la monarquía absoluta, surge ante las presiones del pueblo demandando la apertura de derechos y libertades. c) monarquía parlamentaria: en ella se indica que el rey reina, pero no gobierna, ninguno de los poderes del Estados (legislativo, ejecutivo y judicial) recae en él. Este tipo de monarquía en teoría se da la democracia plena, pues el rey no interviene en ninguno de los poderes y es la más común entre los tres tipos ya mencionados. (Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/temascivicos/monarquia/>)

La monarquía absoluta es el ejemplo claro de la concentración del poder o la autoridad en una sola persona, el monarca no está sujeto a la ley, sino solo bajo las leyes divinas.

La monarquía absoluta, como régimen más antiguo se desarrolló entre los siglos XVI y XVIII, principalmente en Francia y España. B@UNAM de la Coordinación de la Universidad Abierta, Innovación Educativa y Educación a distancia de la UNAM (2017) indica que las principales características de la monarquía absoluta son:

El poder del rey se originaba por derecho divino, por lo que se le consideraba representante de Dios en la tierra. La soberanía residía en el (sic) rey, y no en los ciudadanos o la nación. Un rey que controlaba todos los aspectos relativos al



gobierno. Su poder era ilimitado, tenía derecho a promulgar leyes, imponer justicia, establecer y cobrar impuestos, nombrar y destituir funcionarios, comandar el ejército, encargarse de la diplomacia y decidir sobre la paz o la guerra. (Recuperado de [https://uapas1.bunam.unam.mx/sociales/monarquia\\_absolutista/#:~:text=decisiones%20de%20gobierno,La%20monarqu%C3%ADa%20absolutista%20se%20desarroll%C3%B3%20principalmente%20en%20Francia%20y%20Espa%C3%B1a,de%20Dios%20en%20la%20Tierra](https://uapas1.bunam.unam.mx/sociales/monarquia_absolutista/#:~:text=decisiones%20de%20gobierno,La%20monarqu%C3%ADa%20absolutista%20se%20desarroll%C3%B3%20principalmente%20en%20Francia%20y%20Espa%C3%B1a,de%20Dios%20en%20la%20Tierra))

En el rey en la monarquía absoluta es en quien se concentra todo el poder, contra sus decisiones no existe recurso alguno, responde por sus actos únicamente ante Dios.

La humanidad al darse cuenta que el poder omnimodo da lugar a una serie de abusos, surge la teoría que promulga la distribución del poder y el sistema de frenos y contrapesos para mantener un equilibrio de poder. Guzmán (s.f.) indica que:

Los orígenes más remotos de la separación de poderes podemos encontrarlos incluso en Aristóteles. En la *Ética Nicomaquea* - no en *La Política*, como se cree erróneamente -, Aristóteles distinguió tres direcciones del poder del Estado: la que legisla, el soberano y el juez; a los cuales correspondía la deliberación, el mando y la justicia respectivamente y a las que correspondía a la organización política del momento. Ahora bien, como resultado del principio de separación de poderes, cada función del Estado (la legislativa, la ejecutiva y la judicial) ha de tener necesariamente un titular distinto, siendo dicho titular al que tradicionalmente se dio en llamar Poder, concepto que pasó a designar al organismo y a la porción del poder estatal que este organismo posee. El Poder Legislativo pasó a definir al Parlamento, el Poder Ejecutivo al Gobierno y el Poder Judicial a los Órganos Jurisdiccionales (...) Según Montesquieu, que es quien plasma con claridad por primera vez la separación de poderes, el reparto del poder del estado es necesario para evitar la acumulación en una sola mano que pueda ejercerlo de manera despótica. Para ello, debe dividirse en tres partes, cada una con una misión específica y diferente, que supongan un equilibrio y contrapesen la actuación de las demás. La división de poderes en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) y su adscripción a instituciones diferentes es garantía, según Montesquieu, contra un gobierno tiránico y despótico. "Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales de los nobles o del pueblo ejerciera los tres



poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares" (...) En la actualidad, el derecho constitucional no considera que existan diversos poderes del Estado, sino más bien un solo poder estatal que se manifiesta de varias maneras, a través del ejercicio de determinadas funciones. (Recuperado en <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/origenevolucion-separacion-poderes>).

Según Montesquieu la separación de poderes es una garantía contra un gobierno tiránico o despótico; sin embargo, se hace ver que el poder del Estado es único, el cual se manifiesta de varias maneras mediante la realización de diferentes funciones.

La Constitución y las leyes, surgen para limitar el poder y su abuso. Díaz (2012) indica:

Montesquieu sostenía que el hombre era un animal racional que cedía ante su impulsividad y que por su naturaleza tendía al mal, lo que se exteriorizaba en comportamientos egoístas y en la constante búsqueda del poder. Así, en el *Espíritu de las Leyes* (1748) señala que el hombre investido de poder abusa de él, lo cual, sin embargo, podía limitarse por medio de las leyes y la Constitución. De esta manera, sobre las formas de gobierno y respecto al control de poder planteaba que existían tres: La República, en la que el poder supremo se encontraba en manos del pueblo, y podía ser dividida en democracia y aristocracia: en la primera, el poder reside en la totalidad del pueblo; en la aristocracia, el poder reside solo en una parte del pueblo; en segundo lugar la Monárquica, que era gobernada según leyes establecidas y fijas por un solo individuo, quien dominaba el legislativo y el ejecutivo; y, finalmente, la Despótica, en la que todo el poder era concentrado por un sujeto, quien gobernaba a voluntad y no estaba sujeto a límites ni controles (...) Aun cuando el concepto de separación de poderes no es utilizado por Montesquieu, sostenía que cuando los poderes no estaban separados se perdía la libertad. Es este el valor buscado en su teoría, la libertad individual, cuyo mayor enemigo es el poder, porque como dijimos, todo poder tiende al abuso, por lo que mediante la división de su ejercicio en distintas funciones se pretende garantizar aquel valor supremo. Divide las clases de poder que existen en todo Estado en legislativo, en ejecutivo, que regula los asuntos relacionados con el derecho de las naciones, o federativo para Locke, y en

ejecutivo, que regula los asuntos relacionados con el derecho civil, e incorpora un tercer poder, el de juzgar. Así, la nueva división de los poderes del Estado de Montesquieu establece la existencia de un poder legislativo, que promulga, enmienda y deroga las leyes (...) un poder ejecutivo, que se encarga de las funciones de relaciones exteriores y seguridad interior, de la puesta en práctica de la ley; y un poder de juzgar, el cual se encarga de dirimir las diferencias entre los ciudadanos y castigar los delitos. (p. 254-255). (Recuperado de <http://www.Scielo.org.co/pdf/dere/n38/n38a09.pdf>)

Básicamente la nueva división de poderes del Estado según Montesquieu establece la existencia del poder legislativo, poder ejecutivo y el poder judicial o jurisdiccional.

De acuerdo al esbozo realizado, históricamente la figura de "autoridad", tiene diferentes matices en cada estadio y cultura, lo cual evidencia lo complejo que resulta comprenderla. Straehle (2016), al respecto menciona:

La autoridad es en definitiva un concepto elusivo que no se deja atrapar o encajar fácilmente en los límites de una definición. No se trata de una cuestión novedosa y, hace casi dos mil años, el historiador romano Dión Casio ya manifestó la imposibilidad de hallar un vocablo griego que tradujera el cúmulo de matices que se escondían detrás de la *auctoritas* romana. Por la misma razón, tampoco resulta fácil hacerlo respecto a los supuestos significados que esta palabra fue recibiendo y acumulando en el transcurso de las diversas épocas, en particular después de la ruina del Imperio romano (p. 19). (Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399927/ESPTESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

En ese sentido, el concepto de autoridad posee diferentes matices que fueron surgiendo a lo largo de la historia.

Lo que sí es cierto es que, todo conglomerado social debe obedecer ciertas reglas para la convivencia en armonía, en comunidad. Araujo (2015) manifiesta que:

ninguna sociedad puede subsistir, en rigor, sin algún modo de influencia posible en la conducta o ideas de otros, lo que implica un ejercicio de poder sobre ellos, que es lo mismo que decir que ninguna sociedad puede subsistir sin autoridad (...) La autoridad asociada al problema del poder (...) están íntimamente ligados aunque deben ser claramente distinguidos: la autoridad no es el ejercicio de poder



per se sino el fenómeno que permite un cierto tipo de ejercicio de poder. Nuestra historia occidental en los últimos siglos ha estado caracterizada por transformaciones estructurales que han modificado de manera importante el rostro de la vida social. No solo se han transformado las bases materiales, sino que también, han entrado en circulación, de manera contradictoria y agonística, es verdad, nuevos principios y modelos de sociedad que han puesto en cuestión formas convencionalmente aceptadas de concebir las relaciones sociales y los principios de autoridad que rigen las interacciones (...) (p.5, 6 y 8). (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/DialnetElEstudioDeLaAutoridadComoTareaActual-7073393.pdf).

Se colige entonces que para que haya una convivencia social, es necesario que exista autoridad que se encargue de vigilar el cumplimiento de las reglas establecidas para la existencia de la armonía social; la cual no es sinónimo de poder, sino que éste último es apenas un elemento de la primera. La figura de la autoridad en la historia occidental ha tenido transformaciones estructurales donde se han sentado nuevos principios y modelos sobre los cuales descansa la autoridad hoy en día.

Después de realizar una retrospectiva histórica sobre el concepto de autoridad con la intención de poner en contexto la magnitud de este; se realizará una aproximación para comprender el concepto autoridad dentro del contexto de las sociedades actuales. Castillero (2017) de manera genérica define autoridad como:

el tipo de relación de poder e influencia que se establece entre dos o más personas mediante la cual uno de los agentes posee poder para modificar las formas de actuar o pensar de otras personas o seres, pudiendo la persona que la ejerce tomar decisiones que son obedecidas en mayor o menor medida y con mayor o menor grado de aceptación por parte de los demás. (Recuperado de <https://psicologiaymente.com/social/tipos-de-autoridad>).

Esta definición es genérica, sin embargo, aporta una idea clara y precisa de lo que se comprende del concepto autoridad.

La definición que interesa es la que se encuentra en el ámbito de las ciencias jurídicas y sociales. Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales (2023) define autoridad como: "Atribución conferida por la ley a ciertas personas, para que éstas puedan ejercer la función de mando, encaminada a lograr el cumplimiento de la ley o funciones de las



instituciones” (Recuperado de <https://leyderecho.org/autoridad/>). De acuerdo a esta definición, la ley es el instrumento fundamental por medio del cual se otorga autoridad a ciertos agentes quienes para ejercerla sobre otros para el cumplimiento de lo establecida en la misma ley.

Existen aspectos fundamentales que identificar dentro del concepto de autoridad. Weber (citado en Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales, 2023) define autoridad como:

La capacidad de un individuo o institución de asegurar el cumplimiento de otros basándose en la posesión de un derecho reconocido a reclamar legítimamente la obediencia. Se obedece a la autoridad porque se cree que el individuo o la institución que da las órdenes tiene el derecho de hacerlo. (Recuperado de <https://leyderecho.org/autoridad/>)

La obediencia de los subordinados es un elemento fundamental en una relación de poder justificado de manera legítima.

Existen diversos tipos de autoridad. Weber (citado en Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales, 2023) propuso una topología de autoridad en tres partes (tres tipos ideales de autoridad):

Autoridad tradicional — que descansa en la creencia establecida de la santidad de las tradiciones y la legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo ellas. La autoridad tradicional se basa en la historia, el mito y el ritual. Autoridad racional-legal — que descansa en la creencia de la legalidad de los patrones de las reglas normativas y el derecho de aquellos elevados bajo esas reglas a emitir órdenes. La autoridad racional-legal, según Weber, está fundada en los principios democráticos y en un marco legal al que están sujetos todos los individuos e instituciones. Autoridad carismática — que descansa en la devoción a la santidad, el heroísmo y el carácter de una persona, y a las reglas normativas ordenadas por él o ella. La autoridad carismática, según Weber, está fundada en la creencia en las cualidades excepcionales y la misión inspiradora de un líder. Asociada a cada relación de autoridad hay una determinada estructura administrativa. La autoridad tradicional conduce a la gerontocracia, el patriarcalismo y el feudalismo. La autoridad racional-legal conduce a estructuras de las que la más desarrollada es la burocracia. La autoridad carismática conduce a una estructura más personal de



un líder y sus devotos seguidores. (Recuperado de <https://leyderecho.org/autoridad/>).

Resulta interesante la clasificación que propone Max Weber en cuanto a la autoridad tradicional la cual se basa sobre las tradiciones y sobre la legitimidad de quienes la ostentan. Sin entrar a profundidad, toda vez que se desarrollará más adelante, sin embargo, este tipo de autoridad se relaciona con la que ostentan las autoridades indígenas, la cual se basa en tradiciones y principalmente en la legitimidad del cargo. Por otra parte, la autoridad racional-legal, se encaja al modelo de los Estados modernos como el caso de Guatemala, pues las relaciones entre gobernantes y gobernados se basan en el imperio de la Constitución y las leyes del país.

En el ámbito psicológico se sostiene que existen otros tipos de autoridad. Castillero (2017) sostiene que existen doce tipos de autoridad (en la familia y en la sociedad). Tipos de autoridad según su procedencia: 1) Autoridad formal: es ejercido debido la posición del agente, es la que depende del puesto o estatus quo. 2) Autoridad Moral: aquella que es otorgada con base al respeto por las cualidades manifestadas por el líder, ya sea por su experiencia o por sus características morales. Tipos de autoridad según Max Weber: 3) autoridad tradicional: el poder se confiere a través de la tradición y la costumbre. Las órdenes de los superiores son justificadas por los propios subordinados. 4) autoridad carismática: se basa en la capacidad de carisma de la persona al mando, nace del respeto y la admiración de las características de la persona líder. 5) autoridad racional (burocrática o legal): las personas obedecen este tipo de autoridad debido a que sus decisiones se toman conforme a las decisiones sociales, aceptándose como legítimas. Relaciones de poder ejercidas en familia: 6) autoridad autoritaria o coercitiva: Se basa en la dominación y el ejercicio de la fuerza; se acepta, debido el miedo al castigo o retirada de recompensas. 7) autoridad democrática: Es uno de los tipos de autoridad más valorados, existen límites a la conducta que son claros y definidos, se valora y se toma en cuenta la opinión de cada miembro, hay generación e implementación de ideas innovadoras, los comportamientos son sancionados, sin embargo, han sido consensuados previamente por todos. Se aplica principalmente en la familia y en empresas cooperativas. 8) autoridad



inconsistente: se ejerce de manera poco coherente, variando las normas y los órdenes, no teniendo su seguimiento los mismos resultados según el momento o las circunstancias. Sus límites no están claros. Supone un elevado de confusión y puede generar desobediencia a la larga. 9) autoridad permisiva o laissez-faire: en este tipo de relaciones de poder no existe una limitación o regulación propiamente dicha, o bien ésta es débil. El subordinado puede hacer lo que le plazca, no habiendo un ejercicio de autoridad propiamente dicho. Otros tipos (siendo algunos considerados subtipos de las ya mencionadas anteriormente). 10) autoridad operativa: no es ejercida sobre las personas en sí, sino respecto a una determinada temática o acción. Da derecho de actuar de determinada manera o tomar decisiones respecto a determinados aspectos. 11) autoridad administrativa: las personas obedecen debido a la pertenencia a un grupo específico, que en principio está comprometido a aceptar dichas órdenes. Se asemeja a la autoridad racional, pero en este caso no se llega a plantear si se siguen preceptos legales. 12) autoridad informal: no nace de la posición social, sino de la predisposición a organizarse y a aceptar las órdenes de otro. La autoridad puede pasarse de un sujeto a otro, no habiendo un reconocimiento formal de éste. Nace de la aceptación mutua, asemejándose a la autoridad carismática, personal y moral. (Recuperado de <https://psicologiymente.com/social/tipos-de-autoridad>).

Al realizar un estudio comparativo, se establece que el sistema jurídico guatemalteco se subsume en: la autoridad moral y tradicional, específicamente en ámbito del derecho consuetudinario, pues uno de los aspectos fundamentales que se debe de tomar en cuenta en la elección de las autoridades indígenas es que sean personas de respeto y liderazgo en su comunidad así mismo conforme a la costumbre y la tradición de los pueblos; burocrática o legal, pues en ella encaja el sistema jurídico formal estatal, toda vez que las relaciones sociales y de poder están enmarcados dentro de un ordenamiento jurídico emanado por el Estado y en la autoridad democrática, pues la población es quien ostenta el poder pero lo delega en sus autoridades para que éstas puedan gobernar y administrar las relaciones sociales de la población conforme a la ley. Cabe mencionar que la autoridad autoritaria o coercitiva es una de las modalidades que cobro relevancia en los modelos de organización política en el pasado, la cual se concentraba en el monarca o soberano, sin sujeción alguna a la ley, sino que solo al



poder divino; más adelante, surge la autoridad burocrática o legal y democrática, las cuales encajan en el modelo de Estados modernos.

Hermida (2000) con relación a los tres tipos de ideales de autoridad que propone Max Weber, indica:

La autoridad legal-racional constituye la forma explícita del derecho a dictar órdenes y a que éstas sean obedecidas, en virtud de la ocupación de un cargo o posición dentro de un sistema de normas deliberadamente estructuradas que establecen derechos y deberes. La autoridad tradicional existe cuando una persona -un rey o un jefe tribal, por ejemplo- ocupa una posición superior de mando, de acuerdo con una tradición de larga data, y es obedecida porque todos aceptan el carácter sagrado de la tradición. La idea de la autoridad carismática (...) significa aquella autoridad basada en la posesión de cualidades personales excepcionales que ocasionan que una persona sea aceptada como líder (...) En el caso de la autoridad legal-tradicional, se deduce de un conjunto de normas que definen explícitamente derechos y deberes. En el caso de la autoridad tradicional sucede lo mismo, aunque aquí las normas no se "promulgan" sino que surgen; es decir, no han sido deliberadamente formuladas por considerarlas deseables o necesarias, sino que se han desarrollado gradualmente a lo largo de un período de tiempo, en el cual una práctica consuetudinaria se ha ido solidificando hasta convertirse en una regla normativa (...) Cuando se ejercita efectivamente la autoridad, la persona que la detenta es capaz de que los demás hagan lo que les exige. Pero no podemos decir que su poder sea idéntico a su autoridad, ni tampoco que sea la consecuencia de la mera posesión de la autoridad, sino más bien del reconocimiento de su autoridad por parte de aquellos de quienes ordena (p.185-189). (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/poder-y-autoridad-0.pdf).

Entre esas tres tipologías de autoridad, la racional-legal y la tradicional son de fundamental trascendencia para la temática que se aborda, pues en la primera encaja el sistema jurídico estatal, en virtud que existe un ordenamiento jurídico escrito donde se establecen derechos y obligaciones; mientras que en la autoridad tradicional encaja el derecho consuetudinario, pues por lo general las normas son de larga data, y es obedecida por el carácter tradicional que tienen.

Ahora bien, como se pudo afirmar, el concepto autoridad se relaciona con otros conceptos, entre ellos el poder. Es fundamental encontrar las similitudes y diferencias existentes entre dichos conceptos para evitar confusiones. Goodwin (citado en Hermida, 2000) indica que “en cualquier situación política normal y en todas las instituciones estatales, el poder y la autoridad coexisten y se apoyan el uno al otro, y entre ambos condicionan la conducta de los ciudadanos” (p.180). (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/poder-y-autoridad-0.pdf). Es decir, ambos conceptos se relacionan y se dirigen en a los ciudadanos.

Una clara diferencia que se hace ver entre los conceptos autoridad y poder, es que el primero es de iure, es decir de derecho; en tanto que el poder es de facto, es decir de hecho; sin embargo, es necesario abordarlo con otro poco más de profundidad con el objetivo de comprenderlo y diferenciarlos de mejor manera. Hermida (2008) indica:

Puede ser que un sujeto esté bajo la autoridad y la influencia de otro sujeto, y por tanto bajo su poder; pero puede ocurrir también que esté bajo su autoridad y, sin embargo, no bajo su poder. Lo entenderemos mejor con el siguiente ejemplo tomado Oppenheim: El gobierno de Atenas tenía autoridad sobre Sócrates, el prototipo de persona autónoma, quien de un modo independiente había llegado a la convicción moral de que había que obedecer las leyes de Atenas, aunque fuesen ilegales (es decir que no debía escapar de su prisión aun cuando estaba convencido de que su juicio era ilegal). De este modo Atenas no tenía influencia sobre Sócrates, aunque sí poder para castigarle. Si, por otro lado, la creencia de Sócrates de que debía obedecer fielmente las leyes del gobierno hubiese sido alentada por el gobierno -por ejemplo, mediante persuasión racional o adoctrinamiento- Sócrates estaría bajo la autoridad y la influencia del gobierno y, por tanto, también bajo su poder. (p.182). (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads /poder-y-autoridad-0.pdf).

Autoridad y poder son dos conceptos diferentes, aunque se relacionan, un individuo puede estar bajo la autoridad de un funcionario del Estado, pero puede estar bajo la influencia de otra persona que ostenta la misma calidad o no necesariamente. En ambos casos se da la obediencia, solo que en la autoridad se da además la legitimidad de las acciones del agente de autoridad toda vez que los mismos subordinados reconocen sus funciones delegadas, en tanto que en el poder sí existe obediencia, pero

no necesariamente legitimidad. Sin embargo, el poder también es un elemento manifestación de la autoridad para hacer cumplir la voluntad de la autoridad. Un ejemplo muy claro es el uso de la fuerza pública que utiliza la Policía Nacional Civil cuando se ha agotado el diálogo en casos de bloqueo u otros actos que alteran el orden público. Otro ejemplo del uso de la fuerza legítima es en los casos de lanzamientos y desalojos efectuados por un juez competente.

Bodenheimer (citado en Villegas, 2015) en un sentido sociológico define poder como "(...) la capacidad que tiene un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos" (p.29). Existe una relación de subordinación, entre el que ostenta el poder y los destinatarios.

Montesquieu (citado en Villegas, 2015) por su parte, en su libro El Espíritu de las leyes, indica "todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella; irá cada vez más allá, hasta que encuentre una barrera" (p.29). De igual manera existe subordinación entre el que la ostenta y el destinatario.

Villegas (2015) con relación a la barrera a la que hace referencia Montesquieu indica:

Esa barrera es el derecho, es la ley; y tanto gobernantes como gobernados, deben someterse al imperio de la ley (...) Si la ley es el freno que controla el ejercicio del poder, existen dos fenómenos que implican su no observancia: la anarquía y el despotismo. (p.29 y 30).

La anarquía hace referencia a la conducta del sujeto detenta el poder que no se somete a ninguna regla, mientras que el despotismo se refiere a la negación del imperio de la ley, es decir el detentador del poder ejerce un poder ilimitado sobre los demás.

Otro concepto fundamental que hay que comprender es el de "soberanía" pues se encuentra constitucionalizado en el Estado de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala (1985) preceptúa: "Artículo 141.- Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial (...) Artículo 152. Poder público. El poder proviene del pueblo (...)" (p.60 y 63).

Por la relación que tiene el concepto autoridad y poder con el de "soberanía" es fundamental su comprensión. Bodin (citado en Juri, 2019) indica que "la soberanía es el

poder absoluto y perpetuo de una República". (Recuperado de <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs3/index.php/scripta/article/view/3594/2890>).

Una definición más amplia y reciente es necesaria para una mejor comprensión del concepto. Enciclopedia Jurídica (2020) indica lo siguiente:

Al comienzo del Estado moderno, el concepto surge como elemento defensivo de su independencia frente a otros poderes (Imperio, Iglesia, seres feudales); posteriormente, la idea de soberanía sirve para fortalecer y extender el poder del monarca absoluto. En su doble vertiente de poder supremo en el interior e independiente del exterior, la soberanía constituye en adelante atributo esencial del Estado (...) Es el atributo básico del Estado, compendiando la suma de potestades supremas sobre el territorio y población integrados en la estructura nacional correspondiente. Si al comienzo del Estado moderno el concepto de soberanía sirve para subrayar el poder supremo del Estado frente a otros poderes que podían irrogarse potestades superiores (Iglesia o el Imperio), actualmente la soberanía es una cualidad que sólo puede predicarse del Estado como expresión de su poder supremo en el interior del mismo y de su independencia en el exterior y frente a los demás Estados. En cuanto al fundamento de la soberanía, que inicialmente se identifica con el poder divino de los monarcas o soberanos, se reconoce ahora la legitimación de la soberanía en la base nacional o popular (...) la soberanía es un elemento modal de la estructura dinámica de la forma política moderna (...) Es un elemento o atributo del estado y una cualidad del poder (...) El titular de la soberanía cambia según las épocas históricas y los lugares, puede ser un monarca absoluto, como ocurría en los estados absolutistas, o su equivalente contemporáneo, es decir, el dictador o jefe supremo de los estados totalitarios. Puede ser también un grupo y, finalmente, el pueblo, en los estados constitucionales y democracias, en general (...) como cualidad del poder (...) Ese poder es el Poder constituyente y reside en la Nación o pueblo, quien confiere poder de autoridad o dominación a sus representantes, con el fin del ejercicio concreto del poder constituido. (Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/soberania/soberania.htm>).

Se concluye que la soberanía se puede entender en primera instancia desde dos dimensiones: Interna y externa. La primera se refiere al poder supremo que ostenta el



pueblo en un territorio determinado, en tanto que la segunda, se traduce en la independencia que tiene el Estado frente a otros Estados. Por otro lado, la soberanía se entiende como una cualidad o un atributo del Estado y como una cualidad del poder. El titular de la soberanía depende de las épocas históricas y lugares, por ejemplo, en los regímenes totalitarios o absolutistas la ostenta el monarca y en las democracias o estados constitucionales la ostenta el pueblo. Ese poder que posee el pueblo es el poder constituyente y el poder constituido es el que ostentan los representantes.

A estas alturas, se puede responder las interrogantes que se plantearon al principio de este capítulo en cuanto a la personificación de la autoridad en diferentes personajes. Pues antiguamente la autoridad se personificaba en el rey, luego surge la teoría de la división de poderes, el cual consiste en la repartición y equilibrio del poder en tres: poder legislativo, ejecutivo y judicial.

En el caso del Estado de Guatemala, se sigue la tríada clásica de la división de poderes, pues la carta fundamental indica que soberanía radica en el pueblo, se delega para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es fundamental aclarar que en cada uno de dichos organismos no sólo existe un personaje a quien se le delega esa fracción de poder, sino que a su vez el poder se delega a una serie de funcionarios. En el Organismo Legislativo los bloques legislativos, bancadas y cada uno de los diputados al Congreso de la República ostentan una fracción de poder o autoridad. En el Organismo Ejecutivo la autoridad o el poder no solo se concentra en el presidente de la República, sino que éste lo delega a los ministros, directores generales, entre otros. Y, por último, en el Organismo Judicial la fracción de poder no solo la ostentan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, sino estos a su vez la delegan a los magistrados de sala y demás jueces.

Como un agregado y con el fin de garantizar el equilibrio de poder, en las reformas constitucionales de 1993 en Guatemala, se crearon órganos extrapoder, siendo la Corte de Constitucionalidad, el Ministerio Público, la Contraloría General de Cuentas, la Procuraduría de los Derechos Humanos y el Tribunal Supremo Electoral.

El esquema de autoridad y/o poder guatemalteco, tal como quedó escrito, se desarrolla dentro de la tipología racional-legal que propone Max Weber, es decir se encuentra regulado en el sistema jurídico estatal; asimismo también existe y se ejerce



dentro sistema jurídico consuetudinario que se subsume en la autoridad tradicional como otra tipología tal como se analiza con antelación.

## **2.2. Definición de autoridad indígena y su clasificación**

Los conceptos "indígenas, nativos, pueblos originarios hace referencia a un grupo social en particular que tiene características especial que la diferencia de otras culturas que conviven en un mismo Estado. Díaz (2015) al respecto indica:

(...) Indígena (...) en sentido amplio, se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por oriunda (es decir, originario de un lugar). Con el mismo sentido se utiliza, con mayor frecuencia, el término equivalente nativo, presente en expresiones como "idioma nativo". También es habitual escuchar el utilizar términos como pueblos originarios, en sentido estricto y más habitualmente, se aplica la denominación indígena a las etnias que preservan las culturas tradicionales no europeas. Con este alcance, se denomina indígenas a los grupos humanos que presentan características tales como: pertenecer a tradiciones organizativas anteriores a la aparición del estado moderno, y pertenecer a culturas que sobrevivieron la expansión planetaria de la civilización europea, naciones nativas o aborígenes. (p.8) (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LaFormacionEnLaJusticialIndigenaComoAlternativaFren-5456402.pdf).

Pueblos indígenas, pueblos originarios o nativos se refiere entonces a un grupo humano cuya existencia es prolongada previo a la formación de los Estados modernos por influencia de la expansión de la civilización europea. El término indígena puede ser objeto de discusión, sin embargo, no es objeto del presente trabajo abordarlo.

Uno de los aspectos fundamentales para la definición de autoridades indígenas es la representación que tienen de su o sus comunidades. Ayuda.gt (s.f.) sostiene que son autoridades indígenas las personas que representan sus comunidades, responsables de mantener la armonía y convivencia comunitaria e imparten justicia conforme al derecho ancestral. (Recuperado de <https://ayuda.gt/p/acercate-a-las-autoridades-indigenas>).

Los pueblos indígenas como colectividad especial, tienen características que los distingue. Llasag (2006) define pueblos indígenas como: "colectividades agrupadas en



comunidades con formas de vida propia, con un territorio definido, con creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, de resolución de conflictos y de socialización (p.751) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2.pdf>). Esta definición ofrece con toda claridad qué se entiende por pueblos indígenas y los elementos que los identifica como tal. Resulta fundamental explicar cada uno de dichos elementos: comunidades con formas de vida, creencias y prácticas sociales propias: hace referencia a una realidad en cuanto practicas peculiares, su cosmovisión, su relación con la naturaleza, su vestimenta, su idioma. El territorio, es el espacio geográfico que ocupan los pueblos indígenas. Gobierno propio: se refiere a sus propias formas de administración de sus bienes y servicios, un ejemplo muy claro es la forma en que gestionan y administran agua. Resolución de conflictos: poseen su propio sistema jurídico que sirve como marco para resolver conflictos.

Los pueblos indígenas si bien es cierto forman parte como población de un Estado, sin embargo, por ser una colectividad especial que cuenta con un sistema jurídico propio, por tanto, desde ese contexto, poseen cierto grado de autonomía. Sánchez (citado por Llasag, 2006) indica:

La autonomía (...) implica que el grupo puede tomar las decisiones que son vitales para su permanencia como grupo, que deben darse las condiciones para que estas decisiones puedan ser tomadas en cuenta (...) y que no debe haber intervenciones en la toma de decisiones (p.751). (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2.pdf>).

En Guatemala, la resolución de conflictos en el marco del derecho consuetudinario indígena, debe de ser respetada por el Estado, toda vez que éste reconoce, respeta y promueve las formas de organización social de los pueblos indígenas.

El hecho que los pueblos indígenas poseen autonomía en sus territorios, no significa que tienen libertad de realizar actos a su sabor y antojo; más allá de su voluntad y sus decisiones, existen límites los cuales se deben de respetar. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), preceptúa:

Artículo 8.2 establece: 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 (...) 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 en los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (p. 30-32) (Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf)).

Los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional están contemplados en la Constitución Política de la República de Guatemala, tales como la libertad e igualdad, derecho a la vida, al debido proceso, a la integridad, los mismos están internacionalmente reconocidos en los convenios internacionales en materia de derechos humanos que han sido aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala.

La Corte Suprema de Justicia como máxima autoridad nacional en la administración de justicia en Guatemala, ha pronunciado una serie de fallos en materia de derecho consuetudinario. Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia (2013) en doctrina legal sienta que:

El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, al igual que el derecho oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades, procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser pilar de la convivencia, debe responder a la dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlos a institutos propios de sistemas hegemónicos, nacidos en realidades sociales distintas. De esa cuenta, los únicos límites legítimos que puede soportar son: a) Los Derechos Humanos, porque éstos responden al logro de una conquista histórica de toda la civilización humana, que como tal trasciende cualquier comunidad; b) que toda sanción impuesta en el marco del derecho indígena para ser válida quiere que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo, que no sea arbitraria, ni consista en lesión física, ni constituye un exceso en el uso de la



fuerza. (primer párrafo, doctrina legal en expediente número 01004-2012-01524, Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala).

Las prácticas que se dan en los pueblos indígenas que se salen de dichos parámetros pueden ser inconstitucionales, inclusive constitutivos de ilícitos penales.

En los pueblos indígenas, existe una serie de autoridades. Ayuda.gt (s.f.) las autoridades indígenas se clasifican así: 1) Autoridades electas: alcalde indígena, alcalde Comunitario/Auxiliar, Comité o junta de seguridad. 2) Personas reconocidas por su conocimiento científico-social-espiritual, edad y experiencia de trabajo: Comadronas, Curanderos y curanderas, Ancianos y ancianas de la comunidad, Lideresas y líderes comunitarios, Hueseros, Guías espirituales, Cofrades, Catequistas, Defensoras y defensores de derechos humanos. 3) Otras autoridades: Consejos Comunitarios de Desarrollo (COCODES). 4) Otras instituciones: Bomberos voluntarios, Bomberos municipales, Centros de salud, directores y docentes de escuelas. Todas ellas para asumir el cargo, deben de cumplir con los requisitos de honorabilidad, legitimidad, confianza y trayectoria comunitaria y en la resolución de conflictos prevalecerán los principios de dialogo, respeto y consenso. (Recuperado de <https://ayuda.gt/p/acercate-a-las-autoridades-indigenas>).

En ese sentido, en los pueblos indígenas existe una serie de autoridades indígenas, funciones diferentes, sin embargo, es fundamental resaltar que hay autoridades electas por la comunidad (verbigracia las alcaldías indígenas o comunitarias) y que están investidas de jurisdicción, es decir, quienes tiene la potestad delegada por el pueblo para impartir justicia en el marco del derecho consuetudinario.

### **2.3. La jurisdicción indígena y las autoridades competentes**

La jurisdicción es la potestad que tiene el Estado de impartir justicia, por medio de jueces y magistrados. Alsina (citado en Aguirre, (2013) respecto a la jurisdicción indica que "(...) la jurisdicción o sea la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones" (p.80). De lo anterior se colige que el Estado es titular de la jurisdicción, la cual se delega a los órganos jurisdiccionales, para que éstos conozcan y resuelvan cuestiones litigiosas.



Constitución Política de la República de Guatemala (1985) en su artículo 203 preceptúa:

La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado (...) Los magistrados y los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución y a las leyes (...) La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que le ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de Justicia (p.90).

La norma constitucional citada, es explícita y rotunda en establecer que la administración de justicia corresponde a Jueces y Magistrados; es decir ellos son los titulares de la jurisdicción, como una de las funciones principales del Estado.

Por otro lado, la misma norma constitucional regula lo relativo a comunidades indígenas. Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 66 preceptúa: "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 (...)" (1985).

La Constitución guatemalteca no es explícita ni extensa al reconocer e incorporar el derecho consuetudinario como bien lo contemplan las Constituciones de otros Estados; sin embargo, ese es el fundamento constitucional del mismo en Guatemala, tal como advierten las altas cortes de justicia del país. Para robustecer el reconocimiento del derecho consuetudinario en Guatemala, el Estado de Guatemala ratifica el diez de abril de mil novecientos noventa y seis el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, el cual a la vez se complementa con la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. No obstante, esa disparidad constitucional en cuanto a la regulación de dos sistemas jurídicos distintos se aclara mediante el principio de que las normas de la constitución no deben de entenderse de manera aislada, sino que de manera integral y que la interpretación de sus normas debe ser armónica.



De acuerdo con lo dicho con antelación se reafirma que en Guatemala existe la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena. La Oficina del Alto Comisionado de DDHH Guatemala (2017) plantea que:

La jurisdicción indígena es el derecho que tienen los Pueblos Indígena a resolver cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. (recuperado de <https://www.acnur.Org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1>).

La jurisdicción indígena es un derecho, pero además una potestad que tienen los pueblos indígenas derivado del derecho a la libre determinación, sustentado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la cual tiene como fin la resolución conflictos internos de los pueblos indígenas a través autoridades electos legítimamente para ello, mediante métodos que tradicionalmente han utilizado para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Las autoridades indígenas con jurisdicción se caracterizan por su elección legítima por la comunidad y aplican sanciones mediante procedimiento igualmente legítimo. Cámara Penal, de la Corte Suprema de Justicia (2013) indica:

El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, al igual que el derecho oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades, procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para garantizar la armonía y pervivencia de cada comunidad (...) De esa cuenta, los únicos límites legítimos que pueden soportar son: (...) que toda sanción impuesta en el marco del Derecho indígena para ser válida quiere que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo (...) (primer párrafo, doctrina legal. Expediente de Casación número 01004-2012-01524, Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia de Guatemala).

Tomando en cuenta que el Estado, reconoce, respeta y promueve las formas de organización social de los pueblos indígenas, lo cual da lugar a que los mismos se organizan conforme sus propias costumbres, por tanto, la autoridad a quien se le delega la administración de justicia puede ser una alcaldía indígena o una alcaldía comunitaria inclusive en otra figura que determine la comunidad, lo fundamental de esto es que haya



sido nombrado de manera legítima, mediante procedimiento legítimo. Pueden existir otras autoridades indígenas en la comunidad, pero si no les ha sido conferida esa potestad de impartir justicia mediante procedimiento legítimo, no tienen legitimidad para hacerlo, tal es el caso de los Consejos Comunitarios de Desarrollo y los alcaldes auxiliares, que en muchos casos se atribuyen la potestad de resolver conflictos en la comunidad, sin tenerlo, lo cual podría ser ilegal y que podría conllevar violación de derechos humanos.

Las autoridades indígenas con potestad de impartir justicia no las elige el Estado, sino que son electos por el pueblo al que pertenecen, en ejercicio de la autonomía que les asiste. Tampoco hay una escuela o universidad donde se les forma para aprender de jurisdicción, aunque sería conveniente contar con esos recursos para fortalecer el conocimiento y la aplicación del derecho consuetudinario en Guatemala y su armonía con el sistema ordinario. Actualmente existen universidades del país que cuentan con maestrías sobre derecho consuetudinario y otras carreras, sin embargo, están más enfocados a profesionales universitarios y no a autoridades indígenas que por lo general, no tienen estudios universitarios.

La producción de las normas jurídicas en el marco del derecho consuetudinario no está delegada a un órgano en especial como sucede en el derecho estatal (democracia representativa), sino que corresponde a la asamblea comunal o al pueblo (democracia directa).

La jurisdicción conlleva intrínsecamente poderes que tienen como fin el cumplimiento de las decisiones del Juzgador en cada uno de los peldaños dentro de un proceso. Llasag (2006) establece:

La teoría clásica de derecho procesal establece como elementos de la jurisdicción: la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponden a cada autoridad, que presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones (*notio*), la facultad de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento (*iudicium*) y la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas sus decisiones (*imperium*). Si la Constitución Política reconoce la jurisdicción a los pueblos indígenas, debe entenderse que estos elementos (*notio*, *iudicium*, e *imperium*) también son constitutivos de ella. (p. 753). (recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2.pdf>).

El autor aborda la jurisdicción desde el contexto de la ley procesal y desde la carta fundamental del Estado de Ecuador, sin embargo, en Guatemala no deja de cobrar relevancia, pues la jurisdicción indígena como figura reconocida en la Constitución (tanto en su aspecto formal y material), conlleva los poderes que en la justicia estatal implica la misma.

En la doctrina, se enumera y se definen cada uno de los elementos de la jurisdicción. Alsina (citado en Aguirre, 2013) al respecto indica:

NOTIO: o sea el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada (...)  
VOCATIO: o sea la facultad de obligar a las partes a comparecer en juicio, con la consiguiente sanción de la rebeldía, o bien, del abandono. (...) COERTIO: el empleo de medidas de fuerza para el cumplimiento de las resoluciones dictadas en el proceso, sobre las personas (...) IUDICIUM: (...) facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis, con carácter definitivo, con efectos de cosa juzgada. Y (...) EXECUTIO: o sea el imperio para la ejecución de las resoluciones judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública. (p. 87 y 88).

Las autoridades indígenas pueden hacer uso de dichos elementos o poderes jurisdiccionales, conforme al procedimiento y principios del sistema del derecho consuetudinario.

#### **2.4. La competencia en el derecho consuetudinario**

La competencia es la potestad específica que tiene un órgano jurisdiccional para conocer un asunto determinado. Alsina (citado en Aguirre, 2013) indica:

La jurisdicción es la potestad de administrar justicia y la competencia fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer aquella facultad. Los elementos de la jurisdicción están fijados en la ley con prescindencia de todo caso concreto; la competencia, en cambio, debe determinarse en relación a cada juicio. De ahí que pueda definirse la competencia como *la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado*. (p. 88 y 89).

Dentro del derecho procesal guatemalteco, existe una clasificación de la competencia. Aguirre (2013) establece las siguientes:

*Competencia por razón del territorio.* Es la más ostensible, pues por razón de la extensión territorial de los Estados, resulta más cómoda la administración de



justicia, dividiendo el territorio estatal en jurisdicciones, que, por lo general coinciden con las divisiones político-administrativas (...) *competencia por razón de la materia*. El mismo imperativo de la división del trabajo y la diversidad de litigios en cuanto a su naturaleza, hace que por categoría se agrupen aquellos que tienen mayor analogía, apareciendo así, los penales, los civiles, los mercantiles, los laborales, etc., que dan origen a una nueva división de la competencia: por razón de la materia (...) *Competencia por razón de grado*. Se da en los sistemas de organización judicial con varias instancias, para la revisión de las decisiones, en virtud de los recursos oportunos. (...) *Competencia por razón de la cuantía*. La importancia económica de los litigios determina mayores formalidades procesales, para unos juicios y conocimiento diverso, en cuanto a los Tribunales jerárquicos. Esta necesidad motiva esta clase de competencia. (...) *Competencia por razón de turno* (...) competencia a quienes se les fija determinados días para la recepción de las causas nuevas, a fin de hacer una distribución equitativa del trabajo, entre los mismos. Así un juez no obstante ser competente para entender de una causa civil, debe negarse a intervenir si es iniciada fuera del turno que le ha sido asignado. (p. 90, 91 y 92).

Las clases de competencia relacionadas se aplican en todas las ramas del derecho, salvo excepciones; por ejemplo, en cuanto a la competencia por razón de la cuantía, se da más en el ramo civil y familia, entre otras, pues en derecho penal, la calificación de los ilícitos penales se da entre faltas y delitos, delitos graves y delitos menos graves.

En lo que respecta al derecho consuetudinario indígena, previo a arribar los argumentos sobre el tema de la competencia es necesario advertir algunas aristas que se consideran necesarios.

Derecho estatal y derecho consuetudinario indígena, son dos sistemas jurídicos totalmente diferentes, surgen de realidades diferentes y no existe subordinación alguna entre ellos. Cuando se advierte que entre dichos sistemas jurídicos no existe subordinación alguna implica que el sistema jurídico estatal no es parámetro para el análisis del derecho consuetudinario y viceversa, sino que se deben de analizar desde sus propias realidades.

La jurisdicción en el derecho estatal proviene del Estado, en tanto que en el derecho indígena proviene del pueblo indígena. La competencia en el derecho estatal es la delimitación de la jurisdicción para conocer casos en concreto de acuerdo con diferentes criterios de distribución de las actividades de administración de justicia, tal como se dijo, sin embargo, tal distribución no se da de la misma manera en el derecho indígena.

Al revisar el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que son los instrumentos internacionales referentes en cuanto a la regulación del derecho consuetudinario, solo hacen referencia con mucho énfasis que el derecho consuetudinario se aplica a los miembros de los pueblos indígenas; asimismo, hacen mención de los términos “tierras, territorios y hábitat” de los pueblos indígenas, sin embargo, no es muy preciso, se refiere más a la tenencia de la tierra, los recursos naturales y el medio ambiente, entre otros aspectos, pero que se pueden utilizar como parámetros para establecer la demarcación territorial de aplicación del derecho indígena.

A nivel nacional, en los pocos instrumentos jurídicos existentes (Constitución Política de la República de Guatemala, Acuerdo Sobre Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas, principalmente), se orienta en el mismo sentido.

Tomando en cuenta lo analizado en relación a los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales y lo que han establecido algunos estudiosos de la materia, se puede colegir que en el derecho consuetudinario indígena la competencia se clasifica en tres: competencia material, personal y territorial.

#### **2.4.1. Competencia material**

En el derecho consuetudinario por su naturaleza, no existe esa clasificación de la competencia, no existen autoridades indígenas que conocen específicamente asuntos penales y autoridades que conocen solo asuntos civiles o de familia, sino que conocen todo tipo de casos sin distinción alguna. El convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, ambos referentes en la regulación del derecho consuetudinario en el plano internacional no contemplan la

división de los asuntos por competencia, tampoco limitan el conocimiento de algún asunto, por tanto, en el derecho indígena se puede conocer todo tipo de asuntos.

#### **2.4.2. Competencia personal**

La competencia personal se determina por la pertenencia étnica de una persona. Las autoridades indígenas por lo general conocen y resuelven los conflictos que surgen entre los miembros de la misma comunidad. El criterio básico para identificar que una persona es miembro de la comunidad indígena es el hecho que la misma persona se identifique como miembro de la comunidad y que esa comunidad también lo considere como miembro. En una comunidad indígena se suele considerar miembro a una persona que participa activamente en la vida comunitaria (asambleas, aportes económicos, trabajo comunitario, entre otros). Sin embargo, en un caso en concreto se pueden presentar muchas situaciones en combinación con la competencia territorial y otras circunstancias. Llasag (2006) indica los siguientes supuestos:

1. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de ese pueblo. En este caso no hay duda de que la competencia es de la autoridad de ese pueblo indígena.
2. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo indígena y los hechos ocurren fuera del territorio de ese pueblo. En este caso, generalmente conoce la autoridad del pueblo indígena al que pertenecen los infractores.
3. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con otro miembro del mismo pueblo y los hechos ocurren en el territorio de otro pueblo indígena. En este caso pueden darse varias situaciones. a) que sea conocido y resultado por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenecen los infractores; b) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; c) que sea conocido por las autoridades de los dos pueblos indígenas; d) que las autoridades de ambos pueblos, de mutuo acuerdo decidan la competencia.
4. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio del pueblo indígena de uno de los infractores. En este caso también se dan también varias posibilidades.



- a) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; b) que sea conocido por las autoridades de los dos pueblos indígenas; c) que las comunidades de los ambos pueblos (sic), de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
5. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren en el territorio de un tercer pueblo indígena. En este caso las posibilidades son: a) que sea conocido y resuelto por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece uno de los infractores; b) que sea conocido por la autoridad del pueblo indígena donde se produjeron los hechos; c) que sea conocido por las autoridades de los tres pueblos indígenas; d) que las autoridades de los tres pueblos, de mutuo acuerdo, decidan la competencia.
6. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un miembro de otro pueblo indígena y los hechos ocurren fuera de los territorios de los pueblos indígenas. En este caso pueden darse varias situaciones. a) que sea conocido y resuelto por la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece uno de los infractores, b) que sea conocido por la autoridad de los dos pueblos indígenas; c) que las autoridades de ambos pueblos de mutuo acuerdo decidan la competencia.
7. Un no indígena comete una infracción en contra de un miembro de un pueblo indígena, en territorio de éste. En este evento, de manera general conoce y resuelve la autoridad del pueblo indígena al cual pertenece la víctima, excepto si la conducta no está sancionada en el sistema jurídico indígena.
8. Un miembro de un pueblo indígena tiene un conflicto con un no indígena y los hechos se producen fuera de los pueblos indígenas. En estas circunstancias deben tomarse en consideración tres cuestiones: a) Que la conducta solo este sancionada por el ordenamiento nacional y no por el sistema jurídico indígena. En este evento, a su vez debería tomarse en cuenta al menos dos circunstancias: a.1) que el miembro del pueblo indígena, de manera accidental, haya entrado en relación con una persona no indígena y que, por su particular cosmovisión, no le fue dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerable reprochable. En este caso el juez debería aplicar lo dispuesto

en el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT y devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia ética; a.2) que el miembro del pueblo indígena por su especial relación con la cultura conociera el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el sistema judicial estatal, en cuyo caso será competencia del juez estatal. b) que la conducta sea sancionada por los dos ordenamientos jurídicos; en esta circunstancia será de competencia de la jurisdicción nacional, tomado en consideración la conciencia étnica del miembro del pueblo indígena y del grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar el tipo de sanción que se le impondrá, teniendo en cuenta lo expuesto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT (...); c) que la conducta sea sancionada únicamente por el ordenamiento jurídico indígena, en este caso debe ser de competencia de la autoridad indígena a la que pertenece. Como regla general, si la autoridad estatal es competente, en el momento de juzgar "a los miembros de los pueblos indígenas debe considerar su cultura y costumbres, conforme lo establece el artículo 9 del Convenio 169 de la OIT (...) si se imponen sanciones, éstas deben ser preferentemente alternativas a la cárcel, por así ordenarlo (sic) el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT.

9. Dos no indígenas tienen conflictos entre sí y los hechos se producen en el territorio de un pueblo indígena. En este caso debería ser de competencia de las autoridades estatales. En este evento pueden darse tres situaciones: 1) que la conducta sea sancionada por el sistema jurídico nacional, caso que debe ser conocido y resuelto por la autoridad estatal; 2) que la conducta sea sancionada por los dos ordenamientos jurídicos, en este evento será de competencia de la autoridad estatal; o 3) que la conducta sea sancionada únicamente por el sistema jurídico indígena, en cuyo caso deberá conocer la autoridad indígena.
10. También se dan conflictos entre dos pueblos indígenas, caso en los cuales generalmente recurren a una organización de segundo o tercer grado. (p.56-57) (Recuperado de untitled(corteidh.or.cr).

Resulta fundamental tomar en cuenta en la administración de justicia guatemalteca desde el sistema del derecho consuetudinario los supuestos ya enumerados, si bien es cierto, se aborda desde el contexto de otro Estado, sin embargo, todos los sistemas



jurídicos de los pueblos indígenas de América coinciden por lo tanto tales supuestos pueden aplicarse perfectamente en el derecho indígena guatemalteco.

### **2.4.3. Competencia territorial**

El convenio 169 de la Organización del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, como referentes en el ámbito internacional en la regulación del derecho consuetudinario, no establecen con claridad lo relativo a la competencia territorial del derecho indígena, aunque en diferentes apartados abordan lo relativo a territorio, tierras, recursos naturales y hábitat de los pueblos indígenas, así como espacios culturales, que son conceptos claves que determinan la competencia territorial. Llasag (2006) indica que: “la competencia para la regulación de la administración de justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas (...) El convenio 169 de la OIT conceptualiza territorio como “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, pero también se debería de entender así a los espacios tradicionales de las actividades económicas y culturales del pueblo indígena, como los mercados a donde concurren mayoritariamente los miembros de los pueblos indígenas (p. 758).

Se puede colegir que las tierras, territorios y hábitat y los espacios históricos y culturales determinan la competencia territorial de aplicación del derecho consuetudinario.

Díaz (2015) en cuanto a la competencia territorial indica: “Por lo que en el ámbito de aplicación de la justicia indígena se aplica únicamente al tratarse de: un conflicto dentro de su comunidad, y que los actores del mismo sean personas miembros de la comunidad”.(p.9) (recuperadodefile:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LaFormacionEnLaJusticiaIndigenaComoAlternativaFren-5456402.pdf).

El concepto comunidad es en primera instancia parámetro fundamental para establecer la competencia para la resolución de conflictos en el marco del derecho consuetudinario indígena en Guatemala, sin dejar a un lado las reglas de la competencia antes descritas.

En el derecho consuetudinario indígena existen métodos de resolución de conflictos, uno de ellos es el estudio de casos. Ayuda.gt (s.f.) establece:



La persona que denuncia el hecho debe relatar el caso ante las autoridades indígenas. Para mediar un conflicto las autoridades indígenas deben escuchar tanto la versión de la víctima como la del agresor, para conocer la verdad del hecho. Si el agresor acepta haber cometido la falta, se analizarán cuáles serán las medidas que solucionen el conflicto. Las autoridades indígenas dialogan con la víctima para analizar de qué manera se repara el daño. La reparación puede ser en el ámbito social, moral, económico, o psicológico. Las autoridades indígenas se aseguran de que el agresor cumpla con el acuerdo. (Recuperado de [https://ayuda.gt/p/acercate-a-las-autoridadesindigenas#:~:text=Las%20autoridades%20ind%C3%ADgenas%20representan%20a,justicia%20seg%C3%BAn%20el%20derecho%20ancestral](https://ayuda.gt/p/acercate-a-las-autoridadesindigenas#:~:text=Las%20autoridades%20ind%C3%ADgenas%20representan%20a,justicia%20seg%C3%BAn%20el%20derecho%20ancestral).)).

Resulta interesante el tema de la reparación a la víctima, pues en el derecho estatal, la figura de la reparación digna es novedosa, en tanto que en el derecho consuetudinario es un tema de larga data.

El derecho consuetudinario, como cualquier otro sistema jurídico, tiene principios sobre los cuales se fundamenta. Gregor (2007) señala algunos principios básicos:

**Integralidad:** al analizar el conflicto, no se revisa sólo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales. **Comunitario y público:** la comunidad juega un papel importante, ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en una asamblea o reunión general. El proceso de perdón y resarcimiento sucede frente a los ojos de todos, lo que le otorga más valor y sostenibilidad. **Armonía y equilibrio:** el restablecimiento de la armonía, no el castigo son el fin último de la justicia. **Oralidad y celeridad:** el proceso de administración de justicia, generalmente, es oral y no escrito, aunque al firmarse un acuerdo, puede haber un acuerdo escrito y un acto público. El procedimiento resulta muy rápido en comparación con cualquier juicio ordinario. **Reconciliación:** la justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación, el restablecimiento de las relaciones entre las partes (si es posible). **Restitución:** el delincuente tiene que recuperar el daño causado, por ejemplo, devolviendo el ganado que ha robado. **Dinamismo:** por el hecho de que el derecho indígena no está escrito y por su característica oral, es dinámico y se adapta a muchas situaciones posibles. No



hay "asuntos pendientes por falta de legislación". (p.113). (Recuperado de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=9033>)

Estos principios realmente son sencillos pero que constituyen una luz en la conducción de la resolución de conflicto en el derecho consuetudinario.

### **Capítulo 3**

#### **Derechos Humanos y Derecho Consuetudinario**

##### **3.1. Antecedentes de los derechos humanos**

Históricamente, el ser humano ha sido víctima de una serie de vejámenes, pasando en gobiernos autoritarios, monárquicos y además como consecuencia de una serie de conflictos entre Estados. Consciente de ello, emprende una serie de luchas, en búsqueda de tratos en condiciones de dignidad frente al Estado; esas aspiraciones no fueron llamados derechos humanos, sino hasta después de la segunda guerra mundial.

El conjunto de derechos humanos tal como se conoce en la actualidad, se fueron conquistando paulatinamente, incorporándose en declaraciones, principalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948, la cual no es vinculante para los Estados de acuerdo al derecho internacional, por ello, las Naciones Unidas adopta dos tratados internacionales en materia de derechos humanos los cuales son: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, con sus respectivos protocolos, los cuales junto a la Declaración mencionada, hacen lo que se conoce como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

La Constitución y los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos obligan al Estado garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos y a la vez establece límite de su actuación frente a ellos.

Los derechos humanos son derechos que no se mantienen estáticos, sino que van adquiriendo nuevos matices conforme pasa el tiempo de acuerdo con la realidad social.

Para comprender de manera integral el tema de los derechos humanos es imperativo realizar un recorrido en la historia, analizar su condición actual y establecer nuevos desafíos que presenta en la actualidad.

La idea de los derechos humanos se puede remontar desde la antigüedad, los hebreos o la Grecia Clásica ya hablaban de una ley natural. En el Derecho Romano se



hablaba de derechos naturales del hombre. Muchos estudiosos del derecho constitucional se han referido a la historia constitucional anglosajona y angloamericana como los antecedentes más relevantes de donde han surgido los derechos humanos.

### **3.1.1. La Carta Magna Inglesa de 1215**

Uno de los documentos medievales de mayor trascendencia y el más importante dentro de la evolución del reconocimiento de los derechos humanos en la historia occidental es la Carta Magna Inglesa. Lara (2016) al respecto indica:

El surgimiento de la Carta Magna producto de una protesta contra el gobierno arbitrario del rey Juan Sin Tierra. Los abusos se reflejaban en el incremento de las obligaciones feudales (tributo) y en la disminución de los derechos y los privilegios. El reinado de Juan Sin Tierra se puede dividir en tres periodos, cada uno de los cuales está marcado por su notable ineficiencia para gobernar: la guerra contra Francia, la disputa contra la Iglesia y la crisis con los barones. En este ambiente surge la Carta Magna, como un instrumento jurídico tendiente, a limitar el poder arbitrario del rey. En este documento se dio gran importancia a la protección de las libertades individuales y se acudió a él cuando se vieron amenazadas tales libertades por un poder despótico. Su estructura es compleja y contiene un minucioso detalle de los derechos concretos que el rey garantiza, y de los titulares, también concretos, de esos derechos. En síntesis, puede verse la raíz de esos dos principios que han de ser el tema de la discusión política de la historia inglesa hasta finales del siglo XVIII: el sometimiento del rey al derecho. (p.26) (Recuperado de [https:// portalciudadano. Diputados .gob .mx/ documents/ Declaracion-de-Derechos.pdf](https://portalciudadano.diputados.gob.mx/documents/Declaracion-de-Derechos.pdf)).

La Carta Magna es el primer instrumento que marca un hito en la historia constitucional inglesa, pues en ella se rompe ese poder omnímodo que ostenta el rey.

La Carta Magna es un cambio de paradigma, significa el sometimiento del rey al derecho, la imposición de límites de su actuación, evitando la perpetración de la violación de la ley y tradiciones frente a la nobleza y los barones de la época. La importancia de la Carta Magna implica la base de las libertades constitucionales, el sometimiento del gobierno al respeto de la ley y que el poder del Estado no es absoluto.



### 3.1.2. The Petition of Rights (Petición de Derechos) de 1628

La The Petition of Rights, es decir la petición de derechos, es otra conquista de derechos que surge en Inglaterra, frente a los atropellos del rey. Lara (2016) al respecto menciona:

Este documento al igual que la Carta Magna, surge como respuesta a los atropellos cometidos durante el reinado de Carlos I, rey de Inglaterra. La situación económica por la cual atravesaba Inglaterra era desastrosa; por tal motivo el rey emitió una serie de medidas tendientes a recabar dinero para hacerle frente a la situación. En julio de 1626 emitió una carta en la que apelaba a la buena fe de los súbditos, solicitando cierta cantidad de dinero a manera de donación (...) dicho pedimento no tuvo éxito, por lo cual el rey creó, inmediatamente por decreto un tributo (...) En septiembre del mismo año Carlos I nombró una comisión, que se encargaría de recolectar un préstamo forzoso. Aquellos que se rehusaron a pagar el préstamo fueron puestos en prisión por órdenes del rey (...) Bajo estas circunstancias, llevaron al tribunal el problema de la legalidad del apriamiento en un escrito de *habeas corpus* (...) el cual, llegó a ser de cardinal importancia en los derechos humanos al enfocarse sobre el derecho a la libertad personal, y condujo directamente a la Petición de Derechos. (p.28) (Recuperado de <https://portalciudadano.diputados.gob.mx/documents/Declaracion-de-Derechos.pdf>).

La petición de derechos se considera antecedente constitucional de lo que hoy se conoce en la actualidad como *habeas corpus* o exhibición personal en la legislación constitucional.

### 3.1.3. La ley de Habeas Corpus de 1679

Como se puede notar, en la The Petition of Rights, ya se abordaba el *habeas corpus* o la libertad individual de los individuos, sin embargo, dicha petición no tuvo la fuerza esperada, por ello, se dicta la ley de Habeas Corpus en 1679. Lara (2016) al respecto indica:

El origen del *habeas corpus* es incierto, sin embargo, podría remontarse al interdicto romano *homo libero exhibendo* (...) Durante la época Medieval los tribunales articularon una serie de escritos tendientes a asegurar la libertad de los prisioneros bajo fianza, en cierto tipo de casos. A pesar de los intentos dichos



documentos no tuvieron gran efectividad, por lo cual rápidamente cayeron en desuso a finales del siglo XVI. Por ello, cuando la libertad del sujeto se veía amenazada por el despotismo de los reyes Estuardos en el siglo XVIII, los abogados de aquel entonces recurrían constantemente al escrito de *habeas corpus* como el mejor remedio para evitar las aprehensiones arbitrarias. No fue sino hasta 1679 cuando la mencionada institución adquirió su verdadera relevancia como resultado de las pugnas existentes entre el parlamento y los Estuardos. (p29-30) (Recuperado de <https://portalciudadano.diputados.gob.mx//Declaracion-de-Derechos.pdf>)

La ley de *habeas corpus* se dicta con el propósito de garantizar la efectividad del principio de libertad individual, la cual sirvió como un instrumento jurídico expedito en protección de la libertad individual ante los magistrados.

#### **3.1.4. Bill of Rights de 1689**

Es otra ley promulgada dentro de la historia del constitucionalismo de Inglaterra. Lara (2016) al respecto menciona:

La declaración de derechos (The Bill of Rights) inglesa es el resultado de una intensa lucha del pueblo inglés contra el absolutismo de Jaime II. Dicha declaración fue promulgada el 16 de diciembre de 1689, con el triunfo de la llamada "Gloriosa Revolución" (...) *The Bill of Rights* fue el principal documento que se obtuvo de la revolución (...) Si bien es cierto que en *The Bill of Rights* se aseguran y reafirman antiguos derechos y libertades reconocidos anteriormente, el rasgo que lo diferencia de los anteriores documentos medievales es su enunciado general; esto es en *The Bill of Rights* las libertades ya no son concebidas como exclusivas y estamentales en régimen de derecho privado, sino como libertades generales en el ámbito del derecho público (...) (p.30). (Recuperado de <https://portalciudadano.diputados.gob.mx/documents/Declaracion-de-Derechos.pdf>).

Uno de los aspectos que hace diferente el *Bill of Rights* de los otros documentos medievales, en la lucha contra el poder omnímodo del rey en Inglaterra, es que los derechos logrados aquí se conquistan para la generalidad de los ciudadanos y no para

un grupo estamental como sucede con la carta Magna, la cual no fue una conquista de todos los estamentos sociales sino únicamente de nobles y barones.

Básicamente los documentos referidos constituyen dentro del constitucionalismo inglés los antecedentes paradigmáticos de los derechos humanos, en ellos se constata la valentía tanto del parlamento como de los súbditos de poner límites a los actos abusivos de la monarquía absoluta que imperaba en la época.

Otro fenómeno moderno que sirve como antecedente histórico de los derechos humanos constituye el movimiento independentista de los Estados Unidos de América frente a los abusos de los reyes de Gran Bretaña.

### **3.1.5. La Constitución de Virginia de 1776**

Fue la primera declaración angloamericana, la cual contiene la manifestación de independencia del buen Pueblo de Virginia del reino de Gran Bretaña. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776) establece respectivamente:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad. II. Que todo poder es inherente al pueblo y, en consecuencia, procede de él (...). (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>).

Este precepto planteado desde un punto de vista iusnaturalista, reconoce ciertos derechos imprescriptibles e inalienables, tales como la vida, libertad y la igualdad, así como la búsqueda de la felicidad. Esta carta ha sido fundamental en el constitucionalismo de Estados Unidos de América, pues ella ha sido base de otras declaraciones. Es fundamental mencionar que la Constitución trata de la independencia de la Colonia de Virginia (una de las trece colonias británicas), la cual invitaba a las demás colonias hacer lo mismo.

### **3.1.6. La Declaración de Independencia de las Colonias Americanas de 1776**

Los cimientos de este fenómeno, como se pudo analizar, vienen de la Constitución de Virginia, ya en ese entonces, ya se invitaba a las demás colonias (13 colonias) a que



siguieran el mismo camino hacia la independencia. Declaración de independencia (1776) establece:

Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno, que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia claro está, aconsejará que no cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio a someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar a ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad. (Recuperado de [https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/decla\\_1776.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf))

La manifestación contenida en dicha declaración de independencia es el sentir de las trece colonias frente a repetidos agravios y usurpaciones del rey de la Gran Bretaña, quienes luego de una serie de peticiones haciendo ver su situación y demandando justicia al rey, quien hizo oídos sordos, no les quedó más que declararse libres e independientes. Tal manifestación, está cargada de mucho optimismo y valentía del pueblo estadounidense y estatuye que por ley natural los hombres son libres, que tienen derechos inalienables, como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos están constituidos para garantizar tales derechos, cuyo poder viene del pueblo y cuando el mismo no cumple con su misión el mismo pueblo tiene el derecho de abolirlo.

Como se puede ver, el precedente de los derechos humanos en la cultura occidental surge en gran medida en Inglaterra, los cuales tuvieron efecto en el movimiento independentista de las trece colonias británicas asentadas en el norte de América, luego



la influencia de este último se traslada a Francia, especialmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

### **3.1.7. Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789**

Francia recurrió en 1789 a la abolición de la monarquía absoluta y a crear las bases de la primera república francesa y los articulados de esta declaración sirve de base a la Constitución francesa de 1791. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) establece en su preámbulo:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, le recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder Legislativo y del poder Ejecutivo, al poder ser comparados a cada instante con la meta de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e incontestables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos (...) artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (...) Artículo 2º. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la Libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Artículo 3º. El origen de la soberanía reside esencialmente en la nación (...)  
(Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/5120-4518-1-PB.pdf).

Esta declaración, marca un hito en la humanidad, incorpora en un instrumento jurídico los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para conservarlo en la historia de los miembros del Estado y como un recordatorio tanto de sus derechos y sus deberes. La declaración conlleva dos aspectos: los derechos del hombre que implica la esfera individual del individuo frente al Estado y los derechos del ciudadano constituyen las prerrogativas del individuo como miembro del Estado.

Existen otros instrumentos que sirven como antecedentes del surgimiento de los derechos humanos en el movimiento francés, entre ellos se puede mencionar la Constitución Francesa de 1793, la cual establece la garantía social.

Una característica que distingue a todo ese movimiento inglés, norteamericano y francés alrededor de la noción de derechos humanos es que se plantea desde un contexto formal liberal; los derechos si bien es cierto están positivizados en las constituciones, sin embargo, en la realidad social, no se cumplen; surge entonces una corriente del constitucionalismo social, que garantiza los derechos sociales, económicos y culturales de las clases populares, ejemplo de ello, es la Constitución Mexicana de 1917.

### **3.2. Definición de Derechos Humanos**

Existe una serie de definiciones de derechos humanos, a continuación, se hará mención de algunas de ellas, cada una con su respectivo análisis.

CNDH México (s.f.) define los Derechos Humanos como: “el conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona (...)” (Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>).

Esta definición resalta que los derechos humanos constituyen un conjunto de prerrogativas, es decir, privilegios o gracia inherentes a la dignidad humana de la persona, lo cual repercute en su desarrollo integral.

Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s.f.) define derechos humanos como: “(...) los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos (...)” (Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>). Es decir, son derechos que adquiere el ser humano por el hecho de existir y ser parte de una sociedad.

Naciones Unidas (s.f.) indica que “Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición” (Recuperado de <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>). Esta definición denota el carácter universal de los derechos humanos, sin hacer cualquier clase de distinción.



Defensoría del Pueblo de Ecuador (s.f.) indica que "Los derechos humanos son facultades, libertades y atributos que tiene todas las personas por su condición humana (Recuperado de <https://www.dpe.gob.ec/derechos-humanos-y-de-la-naturaleza/>). Esta definición advierte tres aristas de los derechos humanos, como facultad, como libertad y como atributo por el hecho de ser humano.

Analizadas estas definiciones, se puede decir que los derechos humanos constituyen un conjunto de prerrogativas y atributos necesarios que adquiere el ser humano desde que existe, los cuales los coloca en condiciones de dignidad.

La definición de los derechos humanos se debe buscar desde su situación ontológica, es decir el ser en sí de la persona humana.

### **3.3. Características de los Derechos Humanos**

Mediavilla (2021) resume que los derechos humanos tienen las siguientes características:

1. Son derechos intrínsecos. Es decir, todas las personas los tienen por el hecho de nacer.
2. Son derechos irrenunciables. Nadie puede renunciar a ellos, ni siquiera por propia voluntad, y por eso mismo son también intransferibles.
3. Son derechos inalienables. Por lo que nadie suprimir bajo ninguna circunstancia ni se puede despojar de ellos a ninguna persona.
4. (...) son derechos universales (...) todas las personas tienen los mismos derechos sin discriminación alguna y que se aplican a cualquier persona de cualquier parte del mundo (...)
5. Son derechos interdependientes. La estrecha relación entre derechos o grupo de derechos también es clave, ya que el avance de uno favorece el progreso de los demás, mientras que la privación de uno perjudica al ejercicio del resto. El desarrollo integral de las personas es un todo, y, por ejemplo, su derecho a la educación no será efectivo si no tiene a la vez otros derechos -a la salud, al trabajo, a la vivienda, a la libertad de expresión, de tránsito, etcétera- para poderlo disfrutar plenamente (...).
6. indivisibles. Todos los derechos humanos merecen la misma atención y tienen la misma vigencia. Ni se puede prescindir de uno, ni se puede disfrutar de uno a costa de otro, porque todos ellos se encuentran unidos y forman parte de un todo, de una misma construcción.
7. Progresivos. Una vez conseguido un avance en el ejercicio y la tutela de un derecho humano, ya no se podrá eliminar, limitar ni



restringir posteriormente. Al contrario, se debe seguir progresando en su cumplimiento, porque la propia filosofía de los derechos humanos obliga a su constante mejoría. 8. Son derechos imprescriptibles. Los derechos humanos no prescriben, no tiene fecha de caducidad por ningún motivo. 9. Son derechos inderogables. Aunque esta característica admite matices. Algunas normas internacionales, regionales o nacionales de derechos humanos contemplan la posibilidad de que esa inderogabilidad no afecte por igual a todos los derechos y legitiman a los Estados para que, de forma excepcional, puedan derogar algunos. En todo caso, hay un grupo de derechos que deben ser respetados siempre, sin excepción, como el derecho a la vida; a no ser esclavizado o a no ser torturado; a no recibir tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; y a la no discriminación por motivos de raza, religión, origen social o de cualquier otra índole. 10. Son derechos en constante evolución: "la tercera generación". La Declaración Universal de 1948 fue la conclusión de un proceso evolutivo y el resultado de un momento histórico concreto, por lo que su contenido se sigue viendo como mejorable, tanto en la descripción de los principios recogidos como con la posible inclusión de nuevos derechos. De hecho, se ha ido actualizando parcialmente con posteriores declaraciones temáticas, fueran o no acompañadas de convenciones, acuerdos o pactos para hacerlos vinculantes. Los llamados de tercera generación componen una lista aún abierta que incluye los derechos a un medio ambiente saludable, al desarrollo, a la paz, a la autodeterminación de los pueblos (...) y esa nueva tercera generación, empieza a escucharse referencias a una cuarta generación y a una 'generación especial' de derechos de colectivos como mujeres, menores, personas refugiadas o LGTBI. (Recuperado de ¿Cuáles son las características de los derechos humanos? (amnesty.org)).

Tanto las definiciones como la descripción de las características de los derechos humanos ayudan a comprender la naturaleza de los derechos humanos, y sirven como guía para todo aquel funcionario o empleado público que tiene en sus manos darles vida a esos derechos plasmados en ese elenco de instrumentos jurídico en materia de derechos humanos.



### 3.4. Vinculación del derecho consuetudinario con los Derechos Humanos

Los pueblos indígenas son seres humanos que gozan por igual de dichas prerrogativas como las demás civilizaciones del mundo.

Al analizar las características de los derechos humanos, resulta fundamental hacer mención que los mismos son progresivos, por ejemplo, los derechos de tercera generación entre los cuales está el derecho a la autodeterminación de los pueblos.

Desde ese contexto, si el derecho consuetudinario, es un derecho que se sustenta en la libre determinación de los pueblos, siendo este último protegido por instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, por tanto, su abordaje debe ser desde el contexto de los derechos humanos.

La libre determinación de los pueblos, derecho de autodeterminación o derecho de decidir, algunos estudiosos lo catalogan como un derecho y otros como un principio, independientemente de ello, es una institución jurídica protegida por el derecho internacional. El Centro de Información Jurídica en Línea CIJUL (s.f.) define autodeterminación como:

Un principio sustantivo de un derecho inmanente de los pueblos y de las naciones que tutela la libre organización de los mismos a efecto de conformar una entidad jurídico-política propia, de su autogobierno y la libre opción de sus sistema social y político con plena independencia y autonomía y sin ingerencias (sic) de otro u otros pueblos, naciones o Estados. (párrafo segundo, tema: Principio de Autodeterminación de los Pueblos Indígenas a la Luz del Derecho Internacional. Informe de Investigación CIJUL, apartado: a) concepto de Autodeterminación. (Recuperadofile:///C:/Users/pc/Downloads/principio\_de\_autodeterminacion\_de\_los\_pueblos\_indigenas\_a\_la\_luz\_del\_derecho\_internacional%20(1).pdf).

La libre determinación es un concepto que se vincula con los pueblos y con los Estados, que les permite una libre organización como entidad jurídico-político, independiente de otros pueblos, naciones o Estados.

Ahora, corresponde analizar la definición del concepto pueblo. El Centro de Información Jurídica en Línea CIJL (s.f.) indica:

(...) la ONU misma no ha logrado proporcionar y sobre el cual no existe acuerdo entre especialistas. Hay quienes afirman que "pueblo" es un concepto sociológico, semejante al de "nación", que se refiere a grupos humanos, que comparten



identidades étnicas y culturales (lengua, religión costumbres...) (sic) mientras que otros insisten en que "pueblo" es un concepto político y legal referido al conjunto de poblaciones de un territorio o de un estado, independientemente de sus elementos étnicos y culturales. En la práctica, la ONU se ha inclinado por la segunda interpretación, mientras que muchos grupos étnicos y nacionales (minorías, así como comunidades indígenas y tribales) sostienen que le corresponde al grupo mismo, decidir si es o no "pueblo" y si desea ejercer el derecho de libre determinación 8lo (sic) cual constituye precisamente uno de sus derechos fundamentales (párrafo cuarto, tema: Principio de Autodeterminación de los Pueblos Indígenas a la Luz del Derecho Internacional. Informe de Investigación CIJUL, apartado: a) concepto de Autodeterminación.(Recuperado de file:/// C:/ Use rs/pc/Downloads/principio\_de\_autodeterminacion\_de\_los\_pueblos\_indigenas\_a\_l a\_luz\_del\_derecho\_internacional%20(1).pdf).

Se colige que "pueblo" es un concepto que se aborda en diferentes contextos; es un concepto sociológico porque tiene que ver con grupos humanos que comparten identidades idénticas; es un concepto político, porque implica la configuración propia de una forma de organización y autogobierno y por último es un concepto legal, en virtud que para protegerse como grupo humano dentro de su propia organización, existen instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que los protege, verbigracia, la Carta de las Naciones Unidas, El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, los cuales son vinculantes para los Estados Partes.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, también se ha ocupado a estudiar el derecho a la autodeterminación y se ha pronunciado con relación al concepto de "pueblo". De Zayas (s.f.) comenta:

El concepto de "pueblo" nunca se ha definido de manera concluyente, a pesar de su frecuente utilización en los foros internacionales. Los participantes en una reunión de expertos de la UNESCO en 1998 sobre el derecho de autodeterminación (...) hicieron suya la denominada "definición de Kirby", según la cual se reconoce como "pueblo" a todo grupo de personas con una tradición histórica común, una identidad étnica o racial, homogeneidad cultural, unidad



lingüística, afinidad religiosa o ideológica, conexión territorial o una vida económica común. A ello debe añadirse un elemento subjetivo: la conciencia de ser un pueblo y la voluntad de ser reconocido como tal. (p.6) (Recuperado de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IntOrder/CartaAbiertaLibreDeterminacion.docx>).

Se concluye entonces que pueblo es un grupo humano que comparte una serie de rasgos comunes que los diferencian plenamente de otros grupos.

### **3.4.1. Derecho a la libre determinación**

El derecho a la libre determinación de los pueblos es conocido en el derecho internacional como de carácter *ius cogens*, es decir derecho imperativo frente a cualquier norma tradicional en el derecho internacional, de acuerdo al derecho internacional. Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados artículo 53:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (1969). (Recuperado de [https://www.idpp.gob.gt/images/Bibliotecavirtual/Convenciones/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_el\\_Derecho\\_de\\_los\\_Tratados.pdf](https://www.idpp.gob.gt/images/Bibliotecavirtual/Convenciones/Convencion_de_Viena_sobre_el_Derecho_de_los_Tratados.pdf)).

De manera sucinta se establece que los instrumentos internacionales que contemplan la regulación del derecho a la libre determinación de los pueblos están:

#### **3.4.1.1. La Carta de las Naciones Unidas de 1945**

La Carta ha sido ratificada por 193 Estados parte de las Naciones Unidas, por lo tanto, están obligados a su fiel cumplimiento. Carta de las Naciones Unidas (1945) establece:

Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son (...) 2. Fomentar entre las naciones nociones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otros (sic) medidas adecuadas para fortalecer la paz universal (recuperado en



[https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf)). Es fundamental hacer la aclaración que la norma internacional citada, se refiere a las naciones no Estados. Una nación según el Diccionario de la Real Academia Española (s.f.) en su tercera acepción es “Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común” (Recuperado de <https://dle.rae.es/naci%C3%B3n%20?m=form>).

En ese sentido, en un Estado pluricultural, se podría hablar de varias naciones o pueblos a la vez.

#### **3.4.1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966**

El pacto en su artículo 1 establece en sus incisos respectivos lo siguiente:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. (Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>).

Es a través del derecho a la libre determinación, que los pueblos consiguen libertad para configuración política propia y para su desarrollo integral (económico, social y cultural).

#### **3.4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966**

El artículo 1 del pacto establece que:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica



internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. (Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>).

De igual manera, el pacto establece el asidero convencional sobre la libertad que tienen los pueblos de configurar su propia organización política, su propio gobierno en búsqueda de su desarrollo integral. Un aspecto relevante que menciona el pacto es que los pueblos, así tienen derechos, también son titulares de obligaciones.

En fin, existe una serie de instrumentos jurídicos que sirven como fundamento en el plano internacional de la libre determinación, entre ellos están los tratados, resoluciones, declaraciones, e informes de las Naciones Unidas y de sus órganos e instituciones como comité de Derechos Humanos, o bien resoluciones u opiniones del Tribunal Internacional de Justicia.

Como ya se hizo alusión, una buena parte de los Estados en la actualidad son pluriculturales y pluriétnicos, dentro de ellos los pueblos cuentan con idioma, tradiciones y formas de vida, así como sistema jurídico propio. En ese orden de ideas, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales, se fundamenta en el derecho o principio internacional al derecho a la autodeterminación o la libre determinación de los pueblos. Los instrumentos internacionales imponen a los Estados Parte, la obligación de respetar y de promover tal derecho. Aunque no existe una definición oficial del concepto "pueblo" en el derecho internacional, sin embargo, los autores coinciden que hace alusión a un conjunto de personas que conviven en un lugar determinado que comparten una tradición e identidad étnica en común.

En el caso del Estado de Guatemala, tiene tres obligaciones constitucionales claras, las cuales consisten en reconocer, respetar y promover entre otras aristas, las formas de organización social de los pueblos indígenas.



### **3.5. Fallos de las Altas Cortes de Justicia en Guatemala**

La Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, como máximos cortes de la administración de justicia en Guatemala, se han pronunciado sobre diferentes temas relacionados con pueblos indígenas y el derecho consuetudinario, entre ellos, la autodeterminación, el territorio, derecho a consulta, justicia maya, doble persecución, pluralismo jurídico, etc. Por ello, el análisis se circunscribirá en la doctrina legal, jurisprudencia y criterios sirven como parámetros en la aplicación del derecho consuetudinario tanto dentro del sistema oficial como desde la jurisdicción indígena propiamente.

#### **3.5.1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia**

La Corte suprema de Justicia, como máximo tribunal en la justicia ordinaria en Guatemala, ha sentado doctrina legal sobre diferentes aristas del derecho consuetudinario. Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2010) en doctrina legal sentado en expediente número 27-2010, de fecha diez de marzo de dos mil once establece:

En cumplimiento del artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado reconoce de los grupos indígenas de ascendencia maya, sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, como la personalidad con la que actúa en representación de los intereses de sus integrantes; de conformidad también con la legislación internacional que así lo registra. (Recuperado de [http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=17577](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=17577)).

Se advierte el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y aspectos relacionados a los mismos tales como sus formas de organización social y sus formas de vida.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) en doctrina legal sentada en expediente número 1848-2012, de fecha veintinueve de enero de dos mil trece establece:

El derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al igual que el derecho estatal involucra sus propias normas, instituciones, autoridades,



procedimientos, sanciones y coacciones, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de la comunidad, este derecho es esencialmente oral, carente de formas y reconciliador. Las autoridades indígenas ejercen sus funciones de justicia y conciliación aplicando sus propias formas y procedimientos para la solución de conflictos internos de conformidad con su derecho, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos. (Recuperado de [http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=20334](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=20334)).

La doctrina legal hace alusión de dos sistemas jurídicos, el estatal y el indígena, ambos contienen una serie de elementos que estatuyen todo un sistema jurídico como tal. Advierte que como limite en la aplicación del derecho indígena consiste en que la misma no sea contraria a la Constitución y a los derechos humanos.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) sentó doctrina legal en expediente número 1524-2012, de fecha seis de noviembre de dos mil doce:

El Derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, al igual que el Derecho oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades, procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser pilar de la convivencia, debe responder a la dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlos a institutos jurídicos propios de sistemas hegemónicos nacidos en realidades sociales distintas. De esa cuenta, los únicos límites legítimos que puede soportar son: a) los Derechos Humanos, porque éstos responden al logro de una conquista histórica de toda la civilización humana, que como tal, trasciende cualquier comunidad; b) que toda sanción impuesta en el marco del Derecho indígena para ser válida quiere que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo, que no sea arbitraria ni consista en lesión física, ni constituya un exceso en el uso de fuerza. (Recuperado de [http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=19793](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=19793)).

Esta doctrina legal, aclara un error de tipo etnocentrista occidental, en el sentido que, por mucho tiempo, incluso en la actualidad en el imaginario de algunos sectores, existe subordinación del derecho consuetudinario al derecho oficial, lo cual es incorrecto.

Por otro lado, advierte que para el juzgamiento en el derecho indígena únicamente están los siguientes límites legítimos: a) El respeto a los Derechos, pues como ya se estudió han sido una conquista titánica en la historia de la humanidad frente a sistemas monárquicos absolutos, en donde el rey era el omnímodo representante de Dios en la tierra y que sus decisiones estaban sujetas únicamente a ese poder divino; b) que la sanción impuesta en el marco del derecho indígena sea impuesta por autoridad comunal legítima, es decir electa por la comunidad de manera genuina en asamblea y c) que dicha sanción provenga de un procedimiento legítimo; d) que la sanción no se arbitraria, no consista en lesión física, ni constituye un exceso en el uso de la fuerza. Contrario sensu, si en la aplicación del derecho indígena se vulneran dichos parámetros o límites, significa que se estaría cayendo en actos inconstitucionalidades incluso en la comisión de delitos.

Si bien es cierto que las autoridades indígenas no son funcionarios públicos, sin embargo, cuando aplican justicia indígena, sus actos están sujetos al control constitucional y convencional.

El respeto a la coexistencia del pluralismo jurídico implica el fomento de un nuevo paradigma, de una cultura democrática y un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La Corte advierte nuevamente que no debe existir subordinación entre los sistemas jurídicos coexistentes. Por mucho tiempo ha existido una ideología tradicional formal, en donde solo se ha concebido la justicia desde el modelo de justicia occidental, sin embargo, ya es tiempo de hacer una consideración diferenciada necesaria tomando en cuenta el carácter plural de la sociedad guatemalteca.

### **3.5.2. Fallos de la Corte de Constitucionalidad**

La Corte de Constitucionalidad como máximo tribunal guatemalteco en la justicia constitucional, ha emanado fallos sobre derecho consuetudinario. Corte de Constitucionalidad (2009) en expediente 3300-2009, de fecha veintiuno de octubre de dos mil diez, establece:

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. 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. (...) los juzgadores debieron expresar las razones de hecho por las que a su juicio la sanción impuesta al ahora amparista devenía de su sistema jurídico maya, como también debieron sustentar si quien la impuso fue la autoridad indígena realmente reconocida por la comunidad para ese fin y en todo caso razonar si conforme a su derecho consuetudinario el procedimiento jurídico para aplicar la sanción efectivamente fue el correcto. (p.7 y 8) (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>).

La Corte de Constitucionalidad vuelve a advertir, el reconocimiento del derecho consuetudinario en Guatemala. No existe una ley que regule la coordinación que debe de existir entre el sistema jurídico oficial y consuetudinario, por ello, las decisiones jurisdiccionales constituyen ese puente que debe de establecer la armonía entre ambos sistemas. En esta sentencia, el máximo tribunal constitucional advierte que los órganos jurisdiccionales del sistema de justicia oficial al someter un hecho a su conocimiento deben tomar en cuenta las instituciones propias del derecho consuetudinario. Por aparte, cuando se han impuesto sanciones a los sindicatos, los jueces deben de realizar un estudio minucioso, si efectivamente las mismas se han impuesto conforme al derecho consuetudinario, que se haya impuesto por autoridad y mediante procedimiento legítimo.

Corte de Constitucionalidad (2016) en expediente número 1467-2014 de fecha diez de marzo de dos mil dieciséis, sostiene:

Precisamente, para garantizar real y efectivamente los derechos humanos de los pueblos indígenas guatemaltecos debe hacerse acopio del respeto a sus costumbres y formas de organización social, lo que incluye, necesariamente, el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico propio, por medio del que se dirimen los conflictos suscitados en el seno de esas comunidades, permitiendo así la transición de un Estado con visión (sic) monista –basado en la existencia de un solo sistema jurídico occidental– a una pluralista –en la que coexisten



coordinadamente ambos sistemas jurídicos, oficial e indígena. - Debe acotarse que la alusión a derecho indígena supone la existencia de múltiples sistemas que provienen de los pueblos de origen maya (...) Es decir, que es insostenible la pretensión de la existencia de un derecho indígena propio y único, que resulte aplicable a todos los pueblos originarios que habitan en el territorio del país; ello atendiendo a la realidad cultural, histórica y social. Es de señalar que la exigencia del reconocimiento expreso del pluralismo jurídico deviene no solo del contenido de los artículos citados de la Constitución formal, sino también de la observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos que, a partir de la sentencia dictada por esta Corte en el expediente 1822-2011, deviene obligatoria y vinculante por formar parte de la materialización del Texto Supremo -bloque de constitucionalidad (...) Ahora bien, 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. Expediente 1467-2014. 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. (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>).

Se advierte la transición del monismo al pluralismo jurídico y la coordinación que debe de existir entre ambos; que los actos en el marco del juzgamiento en el derecho consuetudinario están sometidos bajo control jurisdiccional por medio de la garantía del amparo y que no existe un derecho consuetudinario con único procedimiento, sino que cada comunidad indígena puede poseer un procedimiento propio, el cual puede diferir de un pueblo a otro. Por último, el máximo tribunal constitucional establece ciertos elementos que se deben de tomar en cuenta en la aplicación del derecho consuetudinario, siendo los siguientes: a) personal, es decir el sistema se debe de aplicar a miembros de la comunidad; b) territorial, es decir el hecho debe ser cometido dentro de la comunidad, c) institucional, la aplicación de justicia indígena debe ser reconocido en la comunidad y d) objetivo, es decir que el hecho que se juzgue afecte los intereses de la comunidad.

Corte de Constitucionalidad (2017) en expediente número 2906-2017, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, establece:

En ese sentido, resulta pertinente resaltar que el origen de las municipalidades o alcaldías indígenas se remonta a la época colonial y su estela se extiende hasta tiempos contemporáneos, funcionando con organización y conformación definida en una significativa cantidad de comunidades rurales, en las que son percibidas como legítimas e importantes autoridades locales que, en términos generales, coadyuvan a la resolución de conflictos comunitarios y con frecuencia actúan como intermediarios ante las manifestaciones de poder público oficial. De esa cuenta, no se trata de una mera forma de cohesión social y natural, sino de una institución genuina que persiste como parte de la tradición histórica de los pueblos indígenas, distinta de la corporación municipal prevista en la ley ordinaria. Es vital tener presente la naturaleza de las municipalidades o alcaldías indígenas en cuanto son



instituciones que dimanán de la costumbre ancestral de esos pueblos, pues aquellas tienen valor como ente representativo de una identidad cultural propia (...) Es así que, cuando estas estimen afectados sus intereses o derechos, las comunidades indígenas pueden promover, *motu proprio*, las acciones administrativas y judiciales previstas en la normativa legal atinente, mediante sus instituciones representativas tradicionales. (p.10 y 11) (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>).

Las municipalidades o alcaldías indígenas son figuras tradicionales prototipo de administración de justicia en el marco del Derecho Consuetudinario en Guatemala. Dicha Figura no es un invento actual, sino que es de larga data, pues sus orígenes provienen desde la época colonial; tienen una organización definida y son percibidas como legítimas por las comunidades y pueden por decisión propia promover acciones administrativas y judiciales en defensa de los intereses de sus miembros. Como se mencionó, las normas del derecho consuetudinario no están codificadas, sus procedimientos no son iguales pero similares; lo mismo sucede con la denominación de sus autoridades, pues además de las municipalidades indígenas o las alcaldías indígenas, pueden existir otras figuras comunitarias creadas para ese fin; en ese sentido, puede ser también un consejo de líderes, consejo de ancianos, entre otras figuras, lo fundamental es que los miembros electos ostenten el título de autoridad con nombramientos provenientes de la voluntad general de la o las comunidades o pueblos de manera legítima.

Corte de Constitucionalidad (2017), en expediente 943-2017, de fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete, establece:

Esta Corte, para la solución del presente caso estima oportuno citar, en lo conducente, las consideraciones contenidas en el fallo de diez de marzo de dos mil dieciséis, emitido en el expediente 1467-2014. En el que se reconoce que 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 postcolonial; 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. La Constitución Política de la República de Guatemala, en el artículo (...) Precisamente, para garantizar real y efectivamente los derechos humanos de los pueblos indígenas guatemaltecos debe hacerse acopio del respeto a sus costumbres y formas de organización social, lo que incluye, necesariamente, el reconocimiento de la existencia de un sistema jurídico propio, por medio del que se dirimen los conflictos suscitados en el seno de esas comunidades, permitiendo así la transición de un Estado con visión monista –basado en la existencia de un solo sistema jurídico occidental– a una pluralista –en la que coexisten coordinadamente ambos sistemas jurídicos, oficial e indígena–. Debe acotarse que la alusión a derecho indígena supone la existencia de múltiples sistemas que provienen de los pueblos de origen maya y de aquellos no descendientes que habitan el país, que, si bien comparten valores en común, cada uno posee características singulares que los tornan diversos, pero que, al compartir una similar historia social y política, han formado una unidad colectiva respecto al derecho estatal. Es decir, que es insostenible la pretensión de la existencia de un derecho indígena propio y único, que resulte aplicable a todos los pueblos originarios que habitan en el territorio del país; ello atendiendo a la realidad cultural, histórica y social. Es de señalar que la exigencia del reconocimiento expreso del pluralismo jurídico deviene no solo del contenido de los artículos citados de la Constitución formal, sino también de la observancia de los estándares internacionales en materia de derechos humanos que, a partir de la sentencia dictada por esta Corte en el expediente 1822-2011, deviene obligatoria y vinculante por formar parte de la materialización del Texto Supremo –bloque de constitucionalidad. Así, es necesario traer a colación lo establecido en los diferentes cuerpos normativos Internacionales (P11-14) (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>).

La cultura maya en Guatemala tiene costumbre y tradiciones, procedentes de tres momentos históricos: época precolonial, época colonial y época postcolonial, por ello en la actualidad el reto fundamental es construir un Estado inclusivo, el cual reconozca la diversidad y riqueza cultural, donde exista una sana convivencia social y respeto



recíproco de la identidad cultural. Un dato fundamental acotado por el máximo tribunal constitucional es que para el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas necesariamente deviene el reconocimiento del derecho indígena, permitiendo así una transición de un Estado con visión monista hacia uno con visión pluralista, donde coexistan coordinadamente ambos sistemas jurídicos -oficial e indígena-. Conforme los argumentos vertidos por el máximo tribunal constitucional, existe la exigencia del reconocimiento expreso del pluralismo en la Constitución formal y en el bloque de constitucionalidad.

Debido a la relación que guarda el concepto de bloque de constitucionalidad con el derecho consuetudinario indígena, es necesario hacer acopio de la definición que ha hecho el máximo tribunal de este. Corte de Constitucionalidad (2012) en expediente número 1822-2011, define bloque de constitucionalidad como:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. (p.14) (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>).

El bloque de constitucionalidad, adopto carácter vinculante en Guatemala a partir de la sentencia dentro del expediente 1822-2011 de la Corte de Constitucionalidad, el cual se integra, además del texto formal de la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala, la jurisprudencia tanto de la Corte de Constitucionalidad así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el cual constituye como parámetro de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ordinario en un Estado. Entre los instrumentos internacionales pertenecientes el bloque de constitucionalidad está: El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, los cuales guardan relación con el derecho consuetudinario.



### 3.6. Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el caso *Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, establece:

Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económica y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres. (.42) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

Cuando no se garantiza el acceso a la justicia a miembros de comunidades indígenas de acuerdo a su derecho consuetudinario, se considera discriminación en el marco de la Convención Americana de los Derechos Humanos. En aras de cumplir con dicho estándar internacional es imperativo que los Estados cumplan dicho extremo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005, establece:

En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. (p.7) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

El Estado tiene la obligación de proteger a la población indígena como grupo vulnerable, tomando en cuenta su propio sistema jurídico y sus particularidades propias.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014), *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014, establece:

204. La Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como

afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres. (p.168) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

En la sentencia, la Corte advierte el pleno reconocimiento de una etnia, dentro de la cual se encuentran inmersos los pueblos indígenas, quienes comparten características propias que conforman su identidad cultural, entre las cuales se encuentra su sistema jurídico consuetudinario.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, establece:

194. A fin de garantizar la no repetición de la violación a los derechos de los miembros del pueblo Saramaka al reconocimiento de la personalidad jurídica, propiedad y protección judicial, el Estado debe llevar a cabo las siguientes medidas: b) otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones. (p.238). (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

Esta sentencia en particular reconoce a los pueblos indígenas, entre otros aspectos la personalidad y capacidad jurídica colectiva, así como el acceso a la justicia en el marco de su derecho consuetudinario.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, establece:

4. otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación



de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra, y 5. respeto de los mecanismos internos de decisión de controversias en materia indígena, los cuales se encuentren en armonía con los derechos humanos. (p.53) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

La protección que se debe de dar a los pueblos indígenas como grupo vulnerable debe ser de manera diferenciada de acuerdo con su contexto. Advierte que se deben respetar los mecanismos que utilizan para la resolución de sus controversias.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346, establece:

Además, en lo que respecta a pueblos indígenas y tribales, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. (p.97) (Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>).

Se reitera nuevamente la obligación del Estado de otorgar protección especial y efectiva a los pueblos indígenas como grupos vulnerables con sistema jurídico propio.

## Capítulo 4

### Legitimidad en la aplicación del derecho consuetudinario y su incidencia en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho en Guatemala

#### 4.1. Generalidades

De acuerdo a la Constitución y la jurisprudencia, el Estado de Guatemala reconoce el pluralismo jurídico, esto es la coexistencia de un sistema jurídico estatal y del sistema jurídico consuetudinario indígena.

Una administración de justicia que se desarrolla en el marco constitucional, ya sea desde el sistema oficial o desde la jurisdicción indígena, conduce a un Estado Constitucional de derecho. Para comprender de mejor manera la magnitud y la trascendencia de la aplicación correcta del derecho consuetudinario y su incidencia en el Estado Constitucional de Derecho, es necesario abordarlo con mayor profundidad.



El Estado es un ente de carácter jurídico-político organizado para cumplir sus fines y deberes por el cual ha sido fundado. Se integra por un conglomerado social, asentado en un territorio y sujeto a un gobierno. La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, en su artículo 1 establece que: “El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: 1. Población permanente. 2. Territorio determinado. 3. Gobierno. 4. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados”. (1933) (Recuperado de <https://www.dipublico.org/14602/convencion-sobre-derechos-y-deberes-de-los-estados-septima-conferencia-internacional-americana-montevideo1933/>).

Los elementos “población” y “territorio”, cobran gran relevancia en un Estado con diversidad cultural.

La población es el conjunto de personas que habita en un territorio. Es una realidad, que los Estados por lo general poseen una población perteneciente a diversas culturas o grupos étnicos, con identidad propia. Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 66 establece que “(...) Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya (...)”. (1985). Dicha norma constitucional constituye el fundamento que reconoce el carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe del Estado.

Es de conocimiento nacional e internacional que en Guatemala conviven varios pueblos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) respecto al Estado de Guatemala indica: “Actualmente es una sociedad multiétnica, pluricultural y multilingüe donde conviven los pueblos indígenas maya, xinka y garífuna, y los ladinos. El primero está conformado por 22 comunidades sociolingüísticas diferenciadas” (p.24) (Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>).

Los pueblos indígenas poseen una protección jurídica en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En el plano nacional, existe un escaso reconocimiento constitucional, pero robustecido por la jurisprudencia de los máximos tribunales del país.

Es imprescindible comprender qué se entiende por pueblos indígenas. Piñacue (citado en Agredo, 2006) indica:

Se entiende por pueblos indígenas los grupos, comunidades, parcialidades e individuos descendientes de los pobladores originarios de América que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural, manteniendo usos y valores de su



cultura tradicional, así como instituciones de gobierno, de control social y sistemas normativos propios. (p.29). (Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3217/321727225006.pdf>)

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocen por virtud del derecho de autodeterminación que los pueblos indígenas poseen sus propias formas de administrar justicia.

Los pueblos indígenas están asentados en espacios geográficos que por lo general se conoce como "territorios indígenas". Piñacue (citado en Agredo, 2006) indica: Se entiende por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio. (p. 29) (recuperado de [http://vip.Ucaldas.edu.co/lunazul/downloads/Lunazul23\\_6.pdf](http://vip.Ucaldas.edu.co/lunazul/downloads/Lunazul23_6.pdf)).

De lo anterior se coligen dos aspectos, el primero se relaciona a los espacios físicos poseídos de forma regular y permanente por los pueblos indígenas y por el otro lado, se hace ver los espacios físicos que, aunque no estén poseídos de manera regular y permanente, sin embargo, constituyen su hábitat o ámbito tradicional para el ejercicio de sus actividades conforme a su forma de vida y cosmovisión. Un ejemplo del segundo caso constituye los lugares ocupados por campesinos del grupo sociolingüístico mam, en los departamentos de Escuintla, Retalhuleu, Suchitepéquez. Los territorios indígenas comprendidos en ambos casos poseen protección jurídica.

Desde el contexto de los Estados modernos, los territorios no constituyen espacios desligados del Estado, sino que constituye parte integrante de éste, por lo que entre ellos debe de existir una armonía y coordinación, la cual debe de partir desde la carta fundamental del Estado que por lo general se denomina Constitución. Aragón (citado por Ruiz, 2009) respecto a la constitución establece:

hablar de Constitución tiene sentido cuando se le concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo (...) la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. La importancia entonces de la Constitución radica en que sólo si existe control de la actividad



estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa. Una constitución es un texto jurídico que organiza la estructura y funcionamiento del Estado, prescribiendo reglas de encuadramiento del proceso del poder político, es decir, como se obtiene, se ejerce, se distribuye y se controla el poder. La Constitución no contiene otra cosa que las normas fundamentales que institucionalizan el ejercicio del poder político. Con el transcurso del tiempo se fue reconociendo que la mejor manera de impedir la arbitrariedad era haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas --"La Constitución"-- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. (p.5) (Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)).

La Constitución como instrumento de fundación y organización del Estado, debe de establecer reglas claras pero integrales para la convivencia armónica en un Estado principalmente con carácter pluricultural y multiétnico. La Constitución Política Guatemalteca reconoce escasamente lo relacionado a pueblos indígenas; no contempla figuras fundamentales, entre los cuales está el concepto "territorios indígenas", el cual resulta fundamental en la realidad actualidad de los Estados.

#### **4.2. Legitimidad versus legalidad**

Las normas jurídicas de forma general deben poseer dos características fundamentales: que sean legales y legítimas. En el primer caso, la norma para que cobre vigencia debe de cumplir todas las fases de su formación y en el segundo caso, la dicha norma legal debe de responder a las necesidades o intereses de los ciudadanos de un Estado. Una ley puede ser legal, pero no legítima. En cuanto a norma jurídica, Muñoz (citado en Villegas, 2015) dice:

La norma jurídica es aquella que fija la ordenación lógica de las obligaciones o deberes y de las facultades privativas del ser humano para la consecución de sus fines, y de aquellas reglas que imponen la exigibilidad de las relaciones esenciales a la vida de la sociedad constituida. (p.150).

De acuerdo con esta definición, existen normas jurídicas establecidas dentro de una sociedad constituida, las cuales establecen facultades y obligaciones o deberes, para la consecución de sus fines, los cuales se resumen en el bien común.

Dentro del modelo jurídico occidental, una norma jurídica es legal cuando se cumplen las etapas de su formación. Villegas (2015) respecto a la formación de ley en Guatemala indica: "Las etapas de la formación de la ley son: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia" (p. 96). Sin entrar a analizar a profundidad, se considera que una norma contenida en una ley es legal si cumple con cada uno de dichas etapas; sin embargo, una norma legal no necesariamente es justa y legítima.

La legitimidad, es la contraparte de la legalidad de una norma jurídica. La legitimidad es la genuina representación de los valores de una sociedad incorporados en una norma jurídica vigente y positiva. Villegas (2015) indica que:

Explicar la legitimidad de la norma es entrar en el campo de lo valorativo, principalmente en el campo de lo justo. La legitimidad puede explicarse, en primera instancia, como existencia, si el procedimiento de elaboración se ajusta a criterios y prácticas democráticas; y en segunda, si la norma se adecúa a los postulados democráticos. Esta idea tiene que ver indudablemente con los ideales políticos. (p. 158).

De acuerdo a dicho autor, una norma legal es legítima si se ajusta a valores y principios de una sociedad, principalmente, si se ajusta a las exigencias de la justicia y si su elaboración responde a los cánones democráticos de quienes deben de participar en su elaboración, inclusive de la población tomando en cuenta sus necesidades, intereses y su participación.

Por su parte, Soriano (citado en Villegas, 2015), indica:

Una norma posee legitimidad, si su contenido prescrito concuerda con los valores jurídicos predominantes en la sociedad a la que se aplica. En ese orden de ideas, una norma podrá ser válida y eficaz porque se hace cumplir por parte del Estado, pero es ilegítima si es contraria al interés de la sociedad. Una norma contra la sociedad es ilegítima (p. 159).

El elemento fundamental que proporciona la definición de Soriano es que la legitimidad de la norma descansa en los valores jurídicos predominantes en una



sociedad. Una norma jurídica puede ser válida, pero si no responde a los intereses de la sociedad, no es legítima.

Ahora bien, en cuanto al análisis de la norma jurídica en el marco del sistema jurídico indígena o consuetudinario, se considera que la legalidad de la norma jurídica se da al momento de que la misma se propone, se discute y es aprobada por la comunidad en general; en tanto que la legitimidad se determina si la norma jurídica responde a los valores democráticos e intereses generales de la comunidad. Ordóñez (sin fecha) en cuanto a la legitimidad y legalidad del derecho consuetudinario indica:

El sistema jurídico indígena tiene legitimidad y legalidad en su mundo, lo que demuestra que es un sistema, es decir, que tiene una concepción del mundo, una manera de vivir o hacer su vida y una manera de regular normativamente su existencia; cuenta con operadores de derecho especializados, cuyos cargos se ejercen con base en una designación colectiva, y para lo que se requiere conocimientos y experiencia, solvencia política y moral y al contrario de otros sistemas no gozan de antejuicios ni fueros de beneficio alguno, como en la experiencia de las comunas, como puede ser nombrado puede ser destituido si incurre en faltas; su base procedimental es el método de estudio de casos y los estudios de carácter socioeconómico, sociológicos y la administración de justicia es pública y permite al denominado *amicus curia* (el pueblo puede hacer valer su opinión ante el juez). Se resuelven los conflictos vía la equidad, el consejo, la disculpa pública, y el perdón, la conciliación, la reparación del daño, y la búsqueda del equilibrio con la naturaleza y la paz social como un elemento básico de la armonía. (p.588 y 589).

La legitimidad y legalidad de la norma en el marco del derecho indígena de acuerdo al criterio del autor citado, se relaciona más a la cosmovisión indígena, a su manera de vivir, en donde la justicia es pública, su base procedimental es el estudio de casos y permite la aplicación de la figura *amicus curia*, es decir donde se acepta la opinión del pueblo ante las autoridades que imparten justicia. Advierte las alternativas de resolución de conflictos que básicamente se caracteriza como conciliador, reparador y por la búsqueda del equilibrio con la naturaleza y como la comunidad.

El Juzgamiento en el marco del derecho consuetudinario indígena está sujeto al control constitucional de acuerdo a parámetros del bloque de constitucionalidad, el cual



está integrado por las normas y principios contenidos en la Constitución, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y así como la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad del Estado Guatemalteco.

#### **4.3. Estado Constitucional y Democrático de derecho**

A lo largo de la historia, el Estado como manifestación de poder, ha sido objeto de una serie de tratamientos en diferentes estadios, según su sujeción, ya sea al mandato de un rey o monarca o a su sujeción a la ley y sus matices. En un primer estadio se puede hablar de un gobierno monárquico, en donde el que gobierna es el monarca, quien no está sujeto a la ley, solo sujeto ante los mandatos divinos, pero que exige a sus súbditos se cumpla la misma en su totalidad. Posteriormente, se logra someter al rey o monarca a la ley, limitando así su poder, surge así lo que se denomina como Estado de Derecho que no es más que la sujeción del Estado al derecho y ya no al rey o monarca. Witker (2016) respecto al Estado de Derecho indica:

Básicamente que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; la ley es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones, contrariamente a lo que ocurría en la monarquía absoluta, donde el monarca era *legibus solutus*. (p.32). (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>).

La transición del Estado monárquico al Estado de derecho es un cambio de paradigma del Estado, es la sujeción del mismo a la ley, y no bajo el poder del rey o monarca.

Pero el Estado de derecho desde el contexto liberal, el Estado solo respeta los derechos civiles y políticos sin importar las condiciones de vida de los ciudadanos en su generalidad; por ello surgen movimientos sociales en diferentes regiones del mundo entre el siglo XIX y XX exigiendo al Estado que debe ocuparse de los derechos sociales, económicos y culturales, siendo la Constitución Política Mexicana de 1917, un claro ejemplo en cuanto al reconocimientos de los derechos sociales, sin dejar de respetar los civiles y políticos; con esto se da la transición del Estado liberal de derecho a un Estado social de derecho.

Más adelante, los ciudadanos al darse cuenta de que el Estado es figura de representación, pero no de participación de los ciudadanos, emprenden sus luchas y

surge un nuevo matiz llamado Estado Democrático y social de derecho, donde el concepto democracia es más inclusivo en todos los niveles. Witker (2016) dice al respecto:

El entendimiento del Estado democrático y social de derecho es un reforzamiento del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero es también un reconocimiento a nivel teleológico, por parte del Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado democrático y social de derecho es un Estado (sobre todo) democrático, en que la democracia es entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: por un lado, democracia política como método de designación de gobernantes y por el otro, participación activa de los gobernados; y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad. (p.33) (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>).

Se puede colegir que, los derechos humanos civiles y políticos, se establecen en un Estado de derecho liberal, en tanto que los derechos sociales, económicos y culturales, se conquistan estando ya en un Estado social y democrático de Derecho.

Luego del Estado liberal de derecho y Estado social y democrático de derecho, surge otro cuestionamiento sobre la justiciabilidad de los derechos civiles y político, así como los sociales, económicos y culturales, por tanto nace el denominado Estado legalista del derecho, donde concretamente hace referencia de un órgano competente de producción de la norma jurídica como lo es el poder legislativo; sin embargo queda el cuestionamiento de la objetividad de quien las aplica, es decir de la imparcialidad que debe tener el juzgador al aplicar la norma; surge entonces el denominado neoconstitucionalismo. Witker (2016) describe el neoconstitucionalismo como “una corriente de interpretación y aplicación del propio derecho constitucional y, por extensión, del derecho mismo (...) (p. 35) (Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>).

Dentro de este contexto se transita hacia la configuración de un Estado Constitucional de derecho, donde el parámetro de interpretación de la ley, lo marca la Constitución.

Algunos autores advierten que cuando se utiliza el concepto de estado de derecho se hace referencia fundamentalmente al principio de legalidad, es decir el sometimiento

del poder a la ley, pero se indica que, en la actualidad, no es suficiente hablar de la sujeción de la autoridad y sus detentadores a la ley, sino que es necesario que ajusten su actuación al marco de la constitución. Ruiz (2009) al respecto comenta que:

El problema con el concepto de Estado de Derecho, es que no queda claro, si dentro de esta expresión, también estamos entendiendo a la Constitución. Es por ello que, en doctrina, se distinguen dos conceptos, el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. El primero, está centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política, el segundo centrado en la Constitución, reconociéndosele además de naturaleza programática, fuerza vinculante. (p.3)(Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)).

El estado de derecho se relaciona con el principio de legalidad, aun existiendo la constitución, solo que desde su aspecto pragmático y político; en tanto que en el Estado Constitucional de Derecho el eje principal es la Constitución, no solo en su aspecto pragmático, político sino de carácter vinculante en su aplicación.

Existen otros criterios que explican el modelo de Estado que ha existido en la historia. Ávila (2009) explica:

podríamos afirmar que hay tres modelos de estado (...) a. En el estado absoluto, la autoridad (monarca, rey, emperador, inca) determina las normas y la estructura del poder. El poder se encuentra concentrado en una persona o en una clase política (...) En el estado absoluto no hay procedimientos para hacer la ley ni tampoco para aplicarla de forma que evite la discrecionalidad y la arbitrariedad. b. En el estado de derecho, la ley determina la autoridad y la estructura de poder. Este sistema, en apariencia, es menos autoritario y más democrático que el anterior. El poder se divide en teoría en tres: el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo. Sin embargo, en la práctica, el poder se encuentra concentrado en una clase política que es la que conforma el parlamento. Recordemos que el estado de derecho es la síntesis de una pugna de poderes de quienes ejercían el poder económico (burguesía) y el político (aristocracia) (...) los límites del Estado los impone el parlamento: el ejecutivo solo puede hacer lo que la ley establece y el judicial "es boca de la ley" (...) c. En el estado constitucional,

la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad, y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos (...); orgánica porque determina los órganos que forman parte del estado y que son llamados a garantizar el derecho; procedimental porque se establecen mecanismos de participación (...) tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas (...) (p.778) (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf).

En la configuración de los modelos de Estado, se juegan intereses políticos, por tanto, el poder. De acuerdo al modelo de estado de derecho, donde el parámetro es la sujeción a la ley, el órgano competente en producir las normas puede hacerla a su conveniencia, pudiendo ser legal pero no justas ni legítimas; he ahí la importancia del estado constitucional de derecho, pues en ello los parámetros de actuación tanto del órgano competente que produce la ley como el que la aplica, se basan en parámetros enmarcados por la Constitución del Estado.

La trascendencia del estado constitucional de derecho en el contexto del derecho indígena estriba en la protección de derechos fundamentales de los individuos. Ferrajoli (citado en Cajica, s.f.) indica que "el llamado "Estado constitucional de derecho" o modelo garantista (...) tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos". (p.133) (Recuperado de file:///C:/Users/pc/Downloads/574-531-1-PB.pdf)

El juzgamiento desde la jurisdicción indígena también debe girar alrededor del respeto los derechos humanos de individuos miembros de los pueblos indígenas. En no muy pocas comunidades indígenas, se desconoce el derecho indígena histórica, filosófica y sistemáticamente, en ellas se actúa a veces por emoción en la imposición de sanciones desproporcionales a sus miembros, principalmente de carácter pecuniario, actos que riñen con los derechos humanos. El recurso que tiene ese miembro del pueblo indígena agraviado ante cualquiera de esas arbitrariedades o abusos es recurrir a solicitar protección constitucional por medio de la garantía del amparo, así como denunciar a los responsables ante las instancias penales correspondientes para su investigación, procesamiento y sanción.

Ruiz (2009) parafraseando las ideas de Luigi Ferrajoli, indica que hay dos formas de entender el derecho, la primera, desde el positivismo jurídico, el cual sostiene que el



criterio de reconocimiento tanto de la existencia y la validez de la forma de producción de las leyes; mientras que desde el punto de vista del constitucionalismo jurídico la condición de la validez de las leyes se vincula con la sustancia de las decisiones, o sea la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos en la Constitución. En ese sentido, desde el positivismo jurídico se habla cómo establecer las reglas del derecho, en tanto que, desde el constitucionalismo jurídico, además del establecimiento de dichas reglas se establece su contenido. En el Estado Constitucional de derecho, la consecuencia es la sujeción de las leyes a la constitución, no solo en la forma de producción, sino que, en los significados normativos producidos, lo que implica esto es que si bien una norma formalmente válida, y que por lo tanto nace la vida jurídica, sin embargo, puede ser inválida porque su significado contradice las normas constitucionales. (Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)).

Se puede colegir que el positivismo jurídico se circunscribe en la existencia y el aspecto formal de la producción de la ley, mientras que el constitucionalismo jurídico se fija en la existencia, la forma y que el contenido sea acorde a la constitución.

Ruiz (2009) enumera ciertos elementos que permiten identificar el Estado constitucional del derecho: a) Carácter vinculante de la Constitución Política. No obstante que la Constitución es una norma política que organiza y limita el ejercicio del poder, agrega que es una norma jurídica vinculante tanto para los poderes públicos como para los propios particulares sin excepción alguna, es una norma a la cual se debe de ajustar la realidad; es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. En el estado de derecho el parámetro es la ley (principio de legalidad); en tanto que en el estado constitucional de derecho la norma máxima y base de interpretación es la constitución (principio de constitucionalidad). Esa transición es en pro de la mejor defensa de la dignidad de la persona. b) supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. Sostiene que la constitución no solo es una norma jurídica, sino que es la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico de mayor importancia dentro del sistema de fuentes, cuyos efectos se despliega en todo el ordenamiento jurídico de un estado, ella condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa un criterio de interpretación prioritario, la omnipresencia de la constitución



está en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos. c) eficacia y aplicación inmediata de la constitución. Como su nombre lo indica, las normas de la constitución son de carácter inmediato y eficaz gracias a su carácter vinculante sin necesidad de un desarrollo legislativo para desplegar su fuerza vinculante, si los preceptos constitucionales resultan relevantes en un proceso determinado, su aplicación debe ser obligatoria. d) la garantía jurisdiccional de la constitución hace referencia a la exigibilidad judicial o jurisdiccional del cumplimiento de la constitución, esto implica reconocer la competencia de los jueces para resolver conflictos con base al ordenamiento jurídico incluido la constitución, pudiendo concretarse a través del control concreto y de control abstracto. e) denso contenido normativo la constitución está formada por un denso contenido normativo formado por principios, derechos y directrices, bajo los cuales se deben de ajustar las decisiones de autoridad tomadas. f) rigidez constitucional, hace referencia a la rigidez en cuanto a la modificación del texto constitucional. (Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)).

Se colige que, en el marco del Estado constitucional de derecho, las normas de la constitución, además de políticas son de carácter jurídicas, por tanto, las mismas deben ser tomadas en cuenta como un criterio prioritario de interpretación, tanto para los órganos que producen la ley como para lo que la aplican, para que tengan eficacia inmediata en casos determinados. La interpretación de la constitución desde el estado constitucional de derecho no requiere de una norma infraconstitucional para su aplicación.

El estado constitucional de derecho también tiene trascendencia en el ámbito democrático en un Estado. Ruiz (2009) al respecto explica que:

Como podemos advertir, el Estado Constitucional de Derecho se configura por el conjunto de normas, gracias a las cuales, por un lado, todos los poderes se encuentran sujetos a la ley y, por otro lado, también están sujetos a normas sustanciales (Constitución) que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos. Todo ello nos lleva a concluir que el Estado Constitucional de Derecho no es un concepto intrascendente e inútil, sino un concepto que permite enriquecer y ampliar el concepto tradicional de democracia, pues ayuda a transitar de una visión



formalista a una visión material, sustancial. En otras palabras, democracia ya no será elecciones periódicas y el respeto a determinados procedimientos, sino que democracia también significará respeto a un conjunto de derechos, principios y valores constitucionales. (p.11) (Recuperado de ([https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_dearecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_dearecho_ponencias_LIMA.pdf))).

Un gran ejemplo de democracia desde el modelo garantista, es decir desde el estado constitucional de derecho, es el reconocimiento de la coexistencia del pluralismo jurídico (sistema jurídico oficial y consuetudinario indígena), desde ese contexto se transita hacia el estado constitucional y democrático de derecho.

En el derecho constitucional y democrático de derecho se hace énfasis en la vigencia y respeto de los derechos humanos. Bobbio, como se citó en Cáceres, (2011) afirma que entre las características que posee un Estado Democrático de Derecho esta “la vigencia y respeto de los derechos humanos” (p. 29). La administración de justicia tanto desde el sistema oficial como en el sistema consuetudinario de derecho, queda claro que es elemental la vigencia y el respeto de los derechos humanos.

#### **4.4. Principios sobre sistemas de justicia indígena**

La Comisión Internacional de Justicia (2021) es una entidad internacional compuesta por 60 eminentes jueces y abogados alrededor del mundo, tiene por misión la protección y promoción de los derechos humanos. Fue establecida en 1952 y goza de estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. Busca asegurar el desarrollo progresivo y la aplicación efectiva, entre otros aspectos, el derecho internacional de los derechos humanos y asegurar los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. La Comisión ha establecido un conjunto de principios que los denomina “Principios sobre los sistemas de justicia indígena y otros consuetudinarios o tradicionales, los derechos humanos y el estado de derecho”, los cuales tienen como objeto ayudar a los actores de los sistemas de justicia indígenas y otros sistemas tradicionales o consuetudinarios. La Comisión sostiene que los principios forman parte un esfuerzo internacional más amplio para promover la igualdad en el acceso a la justicia, para todas las personas incluyendo la consecución del objetivo de desarrollo sostenible 16 de las Naciones Unidas, con el fin de garantizar que



todos los sistemas jurídicos funciones conforme el derecho internacional de los derechos humanos y el Estado de derecho en general. (Recuperado de [https://www.icj.org/wpp/content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary\\_Sp\\_Marzo-2021.pdf](https://www.icj.org/wpp/content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary_Sp_Marzo-2021.pdf)).

Comisión Internacional de Juristas (2021) indica, sobre los principios sobre los sistemas de justicia indígena y otros consuetudinarios o tradicionales, los derechos humanos y el estado de derecho, y los describe por segmentos de la siguiente manera:

Primera parte. El estado de derecho, la protección jurídica de los derechos humanos y el acceso a la justicia: 1. Todo Estado debe respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción, sin discriminación alguna. A fin de salvaguardar y promover los derechos humanos, los Estados deben orientar las medidas basadas en el respeto y la promoción del Estado de derecho y en la igualdad de acceso a la justicia para todos. 2. La ley debe garantizar un acceso igual y efectivo a la justicia para todas las personas y asegurarlo en la práctica, incluyendo de manera específica el derecho a un recurso efectivo y a la reparación de las violaciones y abusos de los derechos humanos y en relación con otros delitos similares y con los agravios de naturaleza civil. 3. Todos los individuos y órganos de la sociedad deben ser conscientes y promover el respeto de los derechos humanos y las libertades universales, y esforzarse por asegurar progresivamente su reconocimiento y observancia universales y efectivos, incluso en el contexto de los sistemas de justicia indígena y otros sistemas tradicionales o consuetudinarios.

Segunda parte. funciones y responsabilidades con respecto a los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios: 4. Las instituciones estatales y otras partes interesadas deben reconocer, incluso formalmente, que los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios, pueden desempeñar un papel importante en el orden jurídico nacional, incluido el hecho de que esos sistemas pueden contribuir a la igualdad de acceso a la justicia y a la protección jurídica de los derechos humanos y a garantizar el imperio de la ley. A este respecto, los sistemas de justicia indígenas deben recibir un reconocimiento oficial, y ese reconocimiento debe considerarse para otros sistemas de justicia tradicionales o consuetudinarios, cuando proceda. 5. Los jueces, fiscales, abogados y otras personas que trabajen en los sistemas oficiales de justicia del



Estado, deben conocer y tratar de comprender, en sus propios términos, cualquier sistema de justicia indígena u otro tradicional o consuetudinario que exista dentro de su jurisdicción o que sea concurrente a ella, y considerar si las adaptaciones de procesales o de otro tipo a sus propias prácticas podrían promover el acceso equitativo a la justicia para todos con respecto a cualquiera de esas comunidades. Los jueces u otros responsables de la toma de decisiones que trabajan en los sistemas de justicia indígenas u otros tradicionales o consuetudinarios, deben tener en cuenta en general los marcos jurídicos nacionales e internacionales que puedan ser pertinentes para los asuntos que puedan ser llamados a decidir, en particular en lo que respecta a los derechos constitucionales y los derechos humanos, y considerar si la adaptación a sus propias prácticas promovería la igualdad de acceso a la justicia para todos y el disfrute en pie de igualdad para todas las personas de todos sus derechos humanos. 6. Los Estados, en coordinación con las comunidades indígenas y otras comunidades tradicionales, deberían tratar de establecer claridad jurídica sobre las esferas de la autoridad jurisdiccional concurrente, prevalente o exclusiva de los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios, respetando al mismo tiempo los derechos internacionalmente reconocidos de los pueblos indígenas. 7. Los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios deben tratar de garantizar y defender los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el imperio de la ley en el sentido más amplio posible. Estas responsabilidades son particularmente importantes en relación con los procedimientos que constituyen, o son análogos a, la sentencia y sanción penal, o que afecten de otra manera los intereses fundamentales de las partes. 8. En determinadas circunstancias, cuando un sistema de justicia indígena u otro tradicional o consuetudinario funciona de manera incompatible con las normas internacionales de derechos humanos, el derecho internacional de los derechos humanos puede permitir o incluso exigir la intervención de las instituciones estatales. La abolición unilateral o la interferencia injustificada con un sistema de justicia indígena por parte de las autoridades de un Estado es incompatible con las normas internacionales de derechos humanos, en particular con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.



Tercera parte: derecho a un juicio justo, a la independencia judicial y a la imparcialidad 9. Los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios, deben respetar y asegurar las garantías fundamentales de justicia que comprenden el derecho a un juicio justo cuando la participación de una parte en el sistema de justicia no es consensual o cuando el proceso sea similar a uno penal. 10. Todos los tipos de sistemas de justicia, incluyendo los de carácter indígena, tradicional o consuetudinario, deberían cumplir los estándares internacionales de independencia e imparcialidad cuando adoptan decisiones sobre una base no consensual con consecuencias similares a las de un juicio civil o penal. Todos los tipos de sistemas de justicia se enfrentan a diversos desafíos para lograr plenamente y mejorar su coherencia con los estándares internacionales de independencia e imparcialidad; los responsables de la toma de decisiones y las autoridades pertinentes de todos los sistemas judiciales, en cooperación con otros actores y con el apoyo de estos, según proceda, deberían tratar de adaptar sus prácticas a una mayor armonía con esas normas.

Cuarta parte: penas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos 11. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe toda tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, independientemente de la naturaleza del sistema de justicia. Todos los sistemas de justicia, incluyendo los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios, deben comprometerse a eliminar la tortura y otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Quinta parte: no discriminación y los derechos de las mujeres, de los niños y de otros grupos marginados 12. Todas las personas deben ser tratadas como iguales ante la ley y recibir igual protección de la ley sin discriminación alguna. De conformidad con el principio de la no discriminación, debe garantizarse en todo momento el goce en condiciones de igualdad de los derechos de las personas que corren mayor riesgo de discriminación u otras violaciones y abusos de los derechos humanos, incluso mediante medidas positivas y adaptaciones cuando sea necesario. 13. Los derechos de la mujer deben considerarse y protegerse por igual en todos los tipos de sistemas judiciales, incluyendo los sistemas de justicia indígenas o tradicionales y consuetudinarios, y los jueces, las personas



encargadas de adoptar las decisiones y otras autoridades pertinentes, deben aplicar las intervenciones apropiadas para garantizar la igualdad de la mujer. Las mujeres tienen derecho a la igualdad de acceso a la oportunidad de actuar como responsables de la toma de decisiones en todo tipo de sistemas de justicia, incluidos los sistemas de justicia indígena u otros sistemas de justicia tradicionales o consuetudinarios. Deben eliminarse todas las barreras discriminatorias que impidan o limiten la participación de las mujeres en cualquier sistema de justicia, incluidos los procesos de justicia indígena u otros procesos de justicia tradicional o consuetudinaria, ya sea como responsables de la toma de decisiones o como testigos, partes, defensoras u observadoras. 14. Los derechos de los niños y niñas deben protegerse en todos los sistemas judiciales, incluidos los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios. En las cuestiones relativas a los niños y niñas, los jueces, los responsables de tomar decisiones y otras autoridades relevantes en todos los tipos de sistemas de justicia, deben velar por que el interés superior del niño sea una consideración primordial. El derecho del niño a ser escuchado en cualquier procedimiento que le afecte es de una importancia fundamental.

Sexta parte: coordinación entre los sistemas judiciales 15. Los sistemas oficiales de justicia del Estado y los sistemas de justicia indígenas y otros tradicionales o consuetudinarios, deben procurar una mayor coordinación entre sí a fin de garantizar la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho. Las características de dicha coordinación deben adaptarse cuidadosamente al particular contexto social, cultural e institucional. (p.2-38) (Recuperado de [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary\\_Sp\\_Marzo-2021.pdf](https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary_Sp_Marzo-2021.pdf)).

Todos los principios fueron formulados de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros instrumentos emanados por el sistema de Naciones Unidas.

El principio número 1 fue formulado conforme lo preceptuado por los instrumentos jurídicos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los tratados regionales, la Declaración de la reunión



de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho en los planos nacionales e internacionales de las Naciones Unidas de 2012.

El principio número 2, fue formulado conforme el objetivo de desarrollo sostenible número 16 de las Naciones Unidas referente a la paz, justicia e instituciones fuertes, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3, 14 y 26), Principios y Directrices Básicos de la ONU sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derechos Internacional Humanitario a Interponer Recursos y a Obtener Reparaciones, la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder.

El principio número 3 fue formulado conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (preámbulo), La Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993 (considerando), La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 1, 34 y 46.2 y 46.3), Observación número 31 del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (respecto al artículo 2), informe año 2019 del Relator de los Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. número A/HRC/42/37.

Los principios 4 y 5 fueron formulados, entre otros instrumentos, conforme La Declaración de las Naciones Unidas, de 2012 de la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General sobre el Estado de Derecho a nivel nacional e internacional, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 8 y 9), La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 5, 34, 40, 46.2); pronunciamientos de Comité de Derechos Humanos, Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité de los Derechos del Niño; La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (artículo XXII), el informe de Relator de los Derechos Humanos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas identificado como A/HRC/42/37 de 2 de agosto de 2019; Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículo 34, 46.2).

Principio número 6, conforme la Observación General 2007 sobre la obligación de los Estados de garantizar el derecho a un juicio justo conforme el artículo 14 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración de las Naciones Unidas sobre

Pueblos Indígenas, informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37.

Principio número 7 y 8, para su formulación se utilizaron como fundamento los instrumentos jurídicos relacionados al principio número 3, además, informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37.

Principio número 9, conforme Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Principios y Directrices sobre el Derecho a un Juicio Justo y a la Asistencia Jurídica en África, entre otros instrumentos en materia de derechos humanos.

Principio número 10, entre otros, están los estándares Internacionales sobre Independencia e imparcialidad establecidos en instrumentos internacionales, Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, Observación del Comité de Derechos Humanos respecto al artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Principio número 11, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Derecho Internacional consuetudinario de derechos humanos y el derecho humanitario, observación del Comité de Derechos Humanos respecto al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Comisión Internacional de Juristas (2021) al respecto comenta:

Aparte de las situaciones de conflicto armado, en las que el derecho internacional humanitario se aplica más ampliamente, la prohibición de la tortura en virtud del derecho internacional aplica principalmente a los actos "infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que está implícito en el artículo 7 del PIDCP que los Estados "deben tomar medidas positivas para impedir que particulares o entidades inflijan torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes a las personas que estén en su poder" o La CIJ se opone a la pena de muerte en todos los casos, sin excepción, por constituir una violación del derecho a la vida y del derecho a no sufrir penas crueles, inhumanas o degradantes. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado que "la pena de muerte no puede conciliarse con el pleno respeto del derecho a la vida, y la abolición de

la pena de muerte es deseable y necesaria para mejorar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos". Citando el artículo 6(2) del PIDCP, el Comité ha declarado que los tribunales de justicia consuetudinaria no son instituciones judiciales que ofrezcan suficientes garantías de un juicio imparcial como para juzgar delitos sancionables con la pena de muerte (24) (Recuperado de [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary\\_Sp\\_Marzo-2021.pdf](https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary_Sp_Marzo-2021.pdf)).

En muchas comunidades indígenas se cometen actos de linchamiento, en otros casos cometen actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ello no es aceptable en ningún sistema jurídico, toda vez que es obvio que esos actos van claramente en contra de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Principio número 12 se analiza conforme Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1, 3, 14.1 y 26), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37.

Principio número 13 se analiza conforme Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2,3,14.1, 25, 26); Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21.2), Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (artículo 1, 2, 5), Recomendación número 33 del Comité de la Convención CEDAW, informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37.

Principio número 14 se analiza conforme la Convención sobre los Derechos del niño (artículos 1, 2.2, 3.1, 12.1, 12.2, 40; Observación general número 12 y 24 del Comité de los Derechos del Niño, informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37.

Principio número 15, se analiza conforme el informe de Relator Especial sobre derechos de pueblos indígenas número A/HRC/42/37, Declaración de las Naciones sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (artículo 39).



#### 4.5. Requisitos sine qua non para la aplicación legítima del **derecho consuetudinario** en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de **Derecho**

Hablar de estado constitucional de derecho, no solo le incumbe al poder estatal (legislativo, ejecutivo y judicial), si bien es cierto que en primera instancia se hace referencia a ellos, sin embargo, bajo la envergadura de dicha figura no escapan otras instituciones o personas que de alguna manera sus actos tienen relevancia en un contexto jurídico, tal es el caso de las autoridades indígenas, que administran justicia. Si bien es cierto las normas jurídicas dentro del derecho consuetudinario no están codificadas, sin embargo, no por ese formalismo dejan de tener esa calidad, por tanto, las mismas deben de producirse y aplicarse bajo los parámetros constitucionales.

El sistema jurídico oficial, está regulado desde la constitución y un elenco de leyes que sirve como plataforma jurídica. Cuando una ley emanada por el órgano competente contraría la constitución o en su caso un acto de autoridad contraviene derechos fundamentales, se recurre a mecanismos de control denominados garantías constitucionales, para evitar la amenaza o restaurar un derecho conculcado, específicamente se recurre a la inconstitucionalidad de ley como garantía de la supremacía constitucional; a la figura del amparo como garantía contra la arbitrariedad y a la exhibición personal como garantía a la libertad individual; en resumen, las garantías constitucionales son la confrontación de la actuación de la autoridad con los parámetros de constitucionalidad establecidos en la Constitución.

En el ámbito del derecho consuetudinario indígena las normas jurídicas no están codificadas, las decisiones de autoridad no están sujetas a medios de impugnación como sucede en el sistema oficial; sin embargo, por más sencillos que parezcan se deben sujetar a parámetros constitucionales.

Si bien los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la constitución Política reconocen a la población indígena su propio sistema jurídico, esto no significa que los pueblos indígenas estén desligados totalmente del Estado o que sus miembros puedan tomar decisiones a su conveniencia, pues en ciertos casos sus decisiones pueden violar derechos humanos, por lo tanto, es necesario que dichas actuaciones estén sujetas a control constitucional.



Las altas cortes de la administración de justicia en Guatemala, han manifestado en reiterados fallos los parámetros dentro de los cuales se debe abordar el derecho indígena, ya sea en el sistema oficial como en el sistema indígena. Corte de Constitucionalidad (2009) en expediente 3300-2009, de fecha veintiuno de octubre de dos mil diez, establece:

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. 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. (...) los juzgadores debieron expresar las razones de hecho por las que a su juicio la sanción impuesta al ahora amparista devenía de su sistema jurídico maya, como también debieron sustentar si quien la impuso fue la autoridad indígena realmente reconocida por la comunidad para ese fin y en todo caso razonar si conforme a su derecho consuetudinario el procedimiento jurídico para aplicar la sanción efectivamente fue el correcto. (p.7 y 8) (Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>).

El análisis a que hace referencia la máxima corte constitucional es cuando los hechos son conocidos en la jurisdicción estatal; sin embargo, los mismos parámetros se deben tomar en cuenta dentro del derecho consuetudinario indígena propiamente dicho. Un elemento trascendental que no se puede dejar desapercibido es que los jueces dentro de la jurisdicción estatal deben realizar un estudio y análisis profundo sobre la legitimidad de la autoridad indígena y del procedimiento utilizado por la misma en su juzgamiento y no darlo por aceptada prima facie.

En congruencia con la sentencia citada del máximo tribunal constitucional, la Corte Suprema de Justicia también se ha manifestado al respecto. Cámara Penal de la Corte



Suprema de Justicia (2012) sentó doctrina legal en expediente número 1524-2012, de fecha seis de noviembre de dos mil doce:

El Derecho indígena como forma de organización social reconocida en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, al igual que el Derecho oficial, involucra sus propias normas, instituciones, autoridades, procedimientos, sanciones y coacción, necesarias para asegurar la armonía y pervivencia de cada comunidad. Al ser pilar de la convivencia, debe responder a la dinámica social y sus necesidades, por lo que es incorrecto supeditarlos a institutos jurídicos propios de sistemas hegemónicos nacidos en realidades sociales distintas. De esa cuenta, los únicos límites legítimos que puede soportar son: a) los Derechos Humanos, porque éstos responden al logro de una conquista histórica de toda la civilización humana, que como tal, trasciende cualquier comunidad; b) que toda sanción impuesta en el marco del Derecho indígena para ser válida quiere que sea dictada por autoridad comunal legítima, en un procedimiento igualmente legítimo, que no sea arbitraria ni consista en lesión física, ni constituya un exceso en el uso de fuerza. (Recuperado de [http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=19793](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=19793)).

Esta doctrina, legal es enfática y precisa en establecer los límites de actuación de la autoridad en el derecho consuetudinario indígena. Las decisiones que se salen de esos parámetros podrían ser inconstitucionales y estar sujetos a control constitucional, sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que podría aparejar.

Para fortalecer el Estado Constitucional y Democrático de Derecho en Guatemala, desde la faceta del derecho consuetudinario indígena es necesario tomar en cuenta una serie de facetas.

Existe suficiente plataforma jurídica principalmente en el plano internacional, que sirven de sustento del derecho consuetudinario indígena, sin embargo, se considera que no es suficiente para fortalecer un Estado de Derecho Constitucional y Democrático, sino es necesario implementar políticas y mecanismos de Estado para que el juzgamiento en el derecho consuetudinario indígena, inclusive dentro del sistema oficial, sea apegado a los parámetros constitucionales y estándares internacionales en materia de derechos humanos y de derecho indígena.



## Capítulo 5

### **Análisis Cuantitativo de los resultados de la investigación de campo respecto a la Legitimidad en la Aplicación del Derecho Consuetudinario en Guatemala**

La investigación de campo es aquella actividad que consiste en acudir a recabar información directa sobre el tema de investigación en el lugar y población objeto de estudio. InvestigaciónCientífica.org (s.f.) al respecto dice:

La investigación de campo es aquella donde se extrae información por recolección de datos u observación de forma directa, dentro del entorno natural de las personas u objeto de estudio. Es decir, se investiga a partir de datos originales o primarios. Una de las herramientas utilizadas para investigar en campo, son las entrevistas o encuestas (Recuperado de <https://investigacioncientifica.org/que-es-la-investigacion-de-campo/>).

La investigación de campo se caracteriza por realizarse en el lugar del problema de investigación, recabando datos originales, mediante herramientas idóneas.

La medición es una herramienta que se utiliza en la investigación de campo. Carmines & Zeller (citado en Hernández, Fernández y Baptista, 2014) define medición como:

El proceso de vincular conceptos abstractos con indicadores empíricos, el cual se realiza mediante un plan explícito y organizado para clasificar (y con frecuencia cuantificar) los datos disponibles (los indicadores), en términos del concepto que el investigador tiene en mente (p. 199) (recuperado de <https://www.uncuyo.edu.ar/ices/upload/metodologia-de-la-investigacion.pdf>)

Existe una serie de instrumentos que sirven al investigador para realizar la medición de resultados. Hernández, Fernández y Baptista (2014) respecto a instrumentos de medición, indica

En la investigación disponemos de múltiples tipos de instrumentos para medir las variables de interés y en algunos casos llegan a combinarse varias técnicas de colección de los datos. A continuación, describimos brevemente las más usuales (...) cuestionarios (...) (p. 217) (Recuperado de <https://www.uncuyo.edu.ar/ices/upload/metodologia-de-la-investigacion.pdf>).

El cuestionario es una herramienta básica para la recolección de información en una investigación de campo.



Para comprobar científicamente los resultados de la investigación efectuada sobre el problema "Legitimidad en la Aplicación del Derecho Consuetudinario en Guatemala" se procedió a realizar una investigación de campo para obtener resultados.

La especificación del problema planteado en la investigación es el siguiente: ¿Cómo determinar la legitimidad en la aplicación del derecho consuetudinario en el municipio de San Ildefonso Ixtlahuacán, departamento de Huehuetenango? La hipótesis que se formula es: La legitimidad en la aplicación del derecho consuetudinario en Guatemala se determina con prácticas no violatorias a los derechos humanos, realizadas por autoridad indígena legítima y mediante procedimiento legítimo. El problema se delimitó en tres ámbitos: jurídico, doctrinario y social.

En la investigación de campo se tomaron en cuenta dos unidades de análisis: 1) Abogados que se desenvuelven en el municipio. 2) Integrantes del Consejos Comunitarios de Desarrollo del municipio. Es fundamental aclarar que en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, es casi nula la existencia de alcaldías indígenas, por tal motivo no fue posible tomarlo en cuenta. En el caso de los abogados, por la profesión que tienen, tienen conocimientos científicos sobre el tema, mientras que los Consejos Comunitarios de Desarrollo, si bien es cierto no son autoridades que imparten justicia indígena, conocen la realidad social de sus comunidades, por tanto, la información que aportan es valiosa.

El cuestionario, está compuesto por de diez ítems, los cuales se describen a continuación, cada uno con los resultados obtenidos.

### **5.1. La población indígena de este municipio en cierta medida, resuelve sus conflictos en su propia comunidad, sin necesidad de acudir ante autoridades competentes del Estado**

En el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán departamento de Huehuetenango, predomina la población maya mam. Municipalidad del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango (2018) de dicho municipio "La población (...) Predomina la población (...) el pueblo maya en un 93.38%" (p.13) (Recuperado de [https://portal.segeplan.gob.gt/segeplan/wp-content/uploads/2022/08/1309\\_PDM\\_OT\\_San \\_ldefonso\\_Ixtahuacan.pdf](https://portal.segeplan.gob.gt/segeplan/wp-content/uploads/2022/08/1309_PDM_OT_San_Ildefonso_Ixtahuacan.pdf)).

Queda evidente que la población de dicho municipio es predominantemente mam.



De acuerdo con la investigación de campo realizada, se constata que existe en las comunidades indígenas de dicho municipio mecanismo de resolución de conflictos ante las cuales los vecinos acuden a solventar su situación jurídica. Al consultar a los Consejos Comunitarios de Desarrollo, el 100% indica que la población indígena del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, en cierta medida resuelve sus conflictos en su propia comunidad, sin necesidad de acudir a las instancias estatales. Por otro lado, al consultar a los abogados, sobre el mismo extremo, se manifiestan de manera categórica en el mismo sentido, toda vez que el 100% de los encuestados afirma que la población indígena de dicho municipio, en cierta medida resuelve sus conflictos en su propia comunidad. Ambos datos obtenidos, confirman categóricamente la existencia en la población indígena de dicho municipio un mecanismo de resolución de conflictos, haciendo alusión al derecho consuetudinario, lo cual evita en buena medida que las personas pertenecientes a la población indígena acudan a las instancias estatales, verbigracia, Juzgado de Paz, Ministerio Público, Oficina de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Centro de Mediación departamental, Juzgados de Primera Instancia, entre otras.

## **5.2. Si se ha escuchado hablar de justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango**

Existe en el conocimiento popular del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, la noción sobre la existencia de lo que comúnmente se conoce como “derecho consuetudinario, justicia indígena o justicia maya”, lo cual se confirma con el resultado de la investigación de campo realizada, pues el 70% de los integrantes de los Consejos Comunitarios de Desarrollo consultados indica que efectivamente ha escuchado hablar de justicia indígena, en el municipio; en contraste un 30% de los consultados indica que no han escuchado hablar del tema. Por su parte, de los abogados consultados sobre el mismo extremo, el 100% indica que efectivamente en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, se ha escuchado hablar de justicia indígena. Con lo anterior, queda confirmado que en la población del municipio en mención sí tiene conocimiento de la existencia del derecho consuetudinario.

### **5.3. Se aplica justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango**

La existencia del derecho consuetudinario o justicia indígena y su aplicación son dos aspectos diferentes. El derecho indígena abarca principios, instituciones, procedimientos y normas jurídicas indígenas, tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como otros instrumentos emanados por el sistema de las Naciones Unidas, los cuales se deben de tomar en cuenta al ser aplicado en el juzgamiento de personas en el marco de dicho sistema jurídico. Dentro de ese contexto, al efectuar la investigación de campo, de conformidad con la encuesta dirigida a integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo, se constata que el 70% de los consultados indica que en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, no se aplica la justicia indígena; en similar sentido se manifiestan los profesionales del derecho, toda vez que un 60% de los consultados indica que en el lugar no se aplica el derecho consuetudinario. En contraste, el 30% de los Consejos Comunitarios de Desarrollo y el 40% de los abogados respectivamente indican que sí se aplica justicia indígena en el municipio. En conclusión, se puede decir que la aplicación del derecho indígena en el lugar, es escasa, existiendo una buena parte de la población que desconoce su existencia.

### **5.4. Si las autoridades que aplican justicia indígena actualmente, son nombradas por su comunidad específica y legítimamente para ese fin**

El derecho consuetudinario o derecho indígena es un sistema jurídico, dentro del mismo existen varios procedimientos como tantos pueblos y comunidades indígenas existentes. El derecho indígena no se conoce ni se aplica con igual auge en todos los pueblos indígenas, sino que varía en gran medida de uno a otro, pues en algunos (pueblo Quiché ubicado principalmente en el departamento de Quiché, Quetzaltenango y Totonicapán; pueblo Kakchikel ubicado principalmente en el departamento de Sololá, Chimaltenango y el departamento de Guatemala inclusive) el derecho consuetudinario se aplica con mucho auge; sin embargo, en otros pueblos como el maya mam, principalmente en la población establecida en el área de Huehuetenango, no se aplica con esa misma intensidad; una muestra de ello es lo que se refleja en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, en donde se puede verificar

la escasa existencia de autoridades indígenas con jurisdicción para impartir justicia, lo cual se puede demostrar con lo afirmado por el 70% de integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo consultados, quienes indican que las autoridades que aplican justicia indígena actualmente no son nombradas para ese fin; afirmación que se refuerza con el 100% de los abogados consultados al indicar que en el municipio aludido no existen autoridades indígenas nombradas para ejercer la jurisdicción indígena. En contraste, un 30% de los integrantes del Consejos Comunitarios de Desarrollo consultados indica que sí existen autoridades indígenas actualmente nombrados para aplicar el derecho indígena en el municipio. Se puede concluir que se evidencia en cierta medida la existencia y la aplicación del derecho consuetudinario en dicho municipio, sin embargo, se verifica que la falta de autoridades indígenas investidas de jurisdicción para aplicar el derecho consuetudinario, salvo excepciones.

#### **5.5. Si es justo o correcto el procedimiento utilizado actualmente por las autoridades al aplicar justicia indígena**

Algunas prácticas aplicadas bajo el amparo del derecho indígena o consuetudinario tales como el azote, castigos físicos, el destierro, entre otras han sido objeto de discusión en diferentes escenarios, en el sentido que si realmente forman parte o no del sistema jurídico en mención. Así como estos, podrían existir otras prácticas injustas o incorrectas en la aplicación del derecho consuetudinario. De acuerdo con la investigación de campo realizada en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango se consultó a Consejos Comunitarios de Desarrollo del lugar, donde se verifica que el 90% indica que es injusto o incorrecto el procedimiento utilizado por las autoridades que aplican justicia indígena actualmente. Por su parte, de los abogados consultados, el 100% emite el mismo parecer. En contraste, un 10% de integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo consultado indica lo contrario, es decir manifiesta que el procedimiento aplicado actualmente en la justicia indígena es justo y correcto. En conclusión, se puede decir que, si bien es cierto que en dicho municipio se aplica el derecho indígena, por autoridades indígenas (investidas o no de jurisdicción indígena), sin embargo, el procedimiento aplicado no es justo o correcto, lo cual evidencia, por una parte, el desconocimiento del sistema jurídico indígena, así como posibles violaciones a los derechos humanos de las personas que se juzgan.

#### **5.6. Si es suficiente ser indígena y líder para ser autoridad indígena**

Para la aplicación correcta del derecho indígena es necesario además de ser miembro y líder del pueblo indígena, conocer los principios, instituciones, procedimientos, normas consuetudinarias, tratados internacionales en materia de derechos humanos, otros instrumentos emanados por el sistema de las Naciones Unidas y la legislación nacional sobre la materia. Para confirmar lo anterior, como resultado de la investigación de campo realizada, se logra verificar que el 60% de integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo consultados indica que no es suficiente ser indígena y ser líder para ser autoridad indígena, mientras que el 40% indica lo contrario, es decir, sí es suficiente ser indígena y ser líder para ser autoridad indígena. Los abogados consultados sobre el mismo aspecto dan una respuesta categórica, toda vez que el 100% indica que no es suficiente ser miembro indígena y tener liderazgo para ser autoridad indígena. En conclusión, se puede afirmar que ser autoridad indígena es un cargo de gran envergadura dentro del sistema de derecho consuetudinario, se trata de administrar justicia, por tanto se requiere de otros factores como el conocimiento sistemático de los principios, instituciones, procedimientos, normas consuetudinarias, tratados internacionales en materia de derechos humanos, otros instrumentos emanadas por el sistema de las Naciones Unidas sobre pueblos indígena y la legislación nacional pertinente, esto con el fin de administrar una justicia legítima, que garantice la efectividad de los derechos humanos bajo parámetros constitucionales y convencionales.

#### **5.7. Si las autoridades que aplican justicia indígena conocen sobre el derecho consuetudinario**

Si bien es cierto, ser miembro de un pueblo indígena y tener liderazgo son dos aspectos fundamentales para ser autoridad indígena para aplicar justicia en el marco del derecho consuetudinario, sin embargo, no son suficientes, es necesario conocer otros aspectos como los principios, instituciones, procedimientos, tratados internacionales en materia de derechos humanos, otros instrumentos emanados por el sistema de las Naciones Unidas, así como la legislación nacional que regula el tema del derecho indígena. Para constatar si las autoridades que aplican justicia indígena conocen sobre derecho consuetudinario, se procedió a efectuar una investigación de campo, consultando a Consejos Comunitarios de Desarrollo, donde el 80% indica que las



autoridades que aplican justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, no conocen sobre derecho consuetudinario. En contraste, un 20% indica que las autoridades indígenas que aplican el derecho consuetudinario sí conocen del tema. Por su parte, los abogados consultados, dan una respuesta contundente, toda vez que el 100% indica que las autoridades indígenas que aplican justicia indígena no conocen sobre derecho consuetudinario. En conclusión, se puede colegir que las autoridades indígenas que aplican justicia en el sistema del derecho consuetudinario en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango carecen de conocimientos jurídicos sobre el mismo. Si bien es cierto que los pueblos indígenas por su pertinencia étnica tienen derecho a aplicar su sistema jurídico propio, sin embargo, forman parte de la organización política actual llamada Estado, por lo tanto, están sujetos a la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos.

#### **5.8. Si las autoridades que aplican justicia indígena actúan con independencia e imparcialidad**

El derecho consuetudinario se caracteriza por su celeridad, su poco formalismo y por ser económico; sin embargo, también existe en él ciertas desventajas, en donde su independencia e imparcialidad pueden verse comprometidos o afectados en virtud que son de la misma comunidad y se relaciona constantemente con su entorno familiares y social. Para verificar tal aspecto en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, se procedió a efectuar una investigación de campo, consultando a los Consejos Comunitarios de Desarrollo y profesionales del derecho del lugar, en donde el 70% y 80% de los consultados respectivamente manifiestan que las autoridades indígenas que aplican el derecho indígena no actúan con independencia e imparcialidad; en contraste el 30% y 20% de dichos grupos consultados respectivamente, indican que dichas autoridades actúan con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. De lo anterior, se puede colegir que existe un buen margen de desconfianza en la actuación de las autoridades indígenas del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango al aplicar justicia, lo cual podría repercutir en la aplicación ilegítima en su aplicación y en la vulneración de derechos humanos de sus miembros.

### **5.9. Si las autoridades indígenas respetan los derechos humanos al aplicar la justicia indígena**

El respeto a los derechos humanos es uno de los estándares internacionales a cumplir en todos los sistemas jurídicos, verbigracia el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la igualdad, libertad de acción, derecho de defensa y al debido proceso, detención legal, no declaración contra sí y parientes, derecho a la presunción de inocencia, inviolabilidad de la vivienda, libertad de locomoción, derecho a la propiedad. En el juzgamiento desde el sistema de justicia indígena, es necesario respetar los derechos humanos de los miembros de la comunidad como seres que tienen prerrogativas inherentes como personas, por lo tanto, las autoridades, deben de tomar en cuenta como estándar internacional el respeto a esos derechos tanto para el sindicado como para el agraviado que figuran en los casos. Para verificar si se respetan los derechos humanos en la aplicación de justicia indígena en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, se procedió a realizar una investigación de campo, para ello se consultó a Consejos Comunitarios de Desarrollo y profesionales del derecho del lugar obteniendo los siguientes resultados: el 60 y 80% de los consultados respectivamente, indican que las autoridades indígenas no respetan los derechos humanos al aplicar el derecho consuetudinario. En contraste, el 40% y 20% de los grupos referidos respectivamente indican que en la aplicación del derecho consuetudinario en el municipio referido sí se respetan los derechos humanos. En conclusión, se puede afirmar que no existe certeza ni confianza en la aplicación del derecho consuetudinario en el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, por el irrespeto a los derechos humanos, siendo un éste un bastión fundamental en el Juzgamiento de las personas en los sistemas jurídicos, en este caso el derecho consuetudinario.

### **5.10. Si las autoridades indígenas deben de conocer los tratados internacionales en materia de derechos humanos**

El respeto a los derechos humanos constituye un estándar internacional en cualquier sistema de administración de justicia. En el derecho consuetudinario propiamente es imperativo que las autoridades investidas de jurisdicción indígena conozcan los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros



instrumentos. Con la finalidad de verificar dicho extremo, se procedió a la investigación de campo, por ello se consultó tanto a integrantes de Consejos Comunitarios de Desarrollo como a los profesionales del derecho del lugar, el cual se pudo comprobar que ambos grupos consultados, el 100% indicó que es necesario que las autoridades indígenas conozcan sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En conclusión, se constata que es imperativo que las autoridades indígenas del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, conozcan sobre instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, específicamente sobre pueblos indígenas, así como la legislación nacional, con el fin de fortalecer la aplicación de justicia en el marco del derecho consuetudinario.



## CONCLUSIONES

1. El Estado de Guatemala reconoce la existencia del derecho consuetudinario como forma de organización social de los pueblos indígenas de conformidad con la Constitución Política de la República y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos; sin embargo, el mismo no se aplica de manera homogénea en todos los pueblos indígenas existentes en el país, en algunos de ellos se aplica con auge y por autoridades con legitimidad para hacerlo; mientras que en otros su conocimiento y aplicación es muy escasa, inclusive por autoridades indígenas que no tienen legitimidad para hacerlo.
2. Las Alcaldías Indígenas o comunitarias son por lo general, las autoridades indígenas con investidura legítima para aplicar el derecho consuetudinario en los pueblos indígenas, pudiendo existir otra autoridad con otra denominación, lo fundamental es que las mismas sean electas legítimamente por la comunidad o el pueblo, con delegación de esa investidura o esa potestad de impartir justicia.
3. Actualmente, los jueces y magistrados del Organismo Judicial, como administradores de la justicia en el derecho estatal, al conocer hechos por razón de su competencia, están obligados a aplicar el derecho consuetudinario de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con el fin de evitar una doble persecución y por no violentar derechos humanos.
4. En Guatemala existe actualmente una regulación deficiente del derecho consuetudinario en la Constitución Política de la República, existe un mecanismo de coordinación bilateral entre éste y el derecho estatal y no se encuentra establecido expresamente su sometimiento al control constitucional.
5. La aplicación legítima de la justicia en el marco derecho consuetudinario en los pueblos indígenas se realiza por medio de autoridades indígenas legítimas con investidura para ese fin, mediante un procedimiento legítimo, respetando en todo momento los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.
6. En el municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango, existe una precaria aplicación del derecho consuetudinario en la población

indígena y lo poco que se practica, en muchos casos lo hacen autoridades indígenas sin potestad específica para ese fin, lo cual carece de legitimidad.





## RECOMENDACIONES

1. Con base en la obligación que tiene el Estado de reconocer, respetar y promover las formas de organización social de los pueblos indígenas, es necesario implementar políticas específicas que tengan como objetivo fortalecer el conocimiento del derecho consuetudinario y su aplicación legítima de acuerdo con la Constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos, en todos los pueblos indígenas existentes en territorio nacional.
2. En el marco de una aplicación legítima del derecho consuetudinario en los pueblos indígenas existentes en el territorio nacional, es imperativo existan alcaldías indígenas, alcaldías comunitarias u otro análogo, electos legítimamente por la comunidad o el pueblo, con investidura o potestad delegada para impartir justicia.
3. Los jueces y magistrados, al conocer un hecho por razón de jurisdicción y competencia, que previamente haya sido juzgado por autoridades competentes en el marco del derecho indígena, deben, antes de resolver; contar con un peritaje cultural o antropológico, a efecto de poseer en sus manos información científica para tomar una decisión apegada a derecho con pertinencia cultural.
4. Es imperativo reformar la Constitución Política de la República de Guatemala, a efecto de incluir en su texto una regulación explícita y más desarrollada sobre el derecho consuetudinario, un mecanismo de coordinación bilateral entre éste y el derecho estatal, así como la regulación expresa de su sometimiento al control constitucional.
5. Para tener un control efectivo y eficaz sobre la aplicación legítima de la justicia en el marco del derecho consuetudinario por las autoridades indígenas, se recomienda la creación de un órgano de control a cargo de la Secretaría de Pueblos Indígenas del Organismo Judicial.



## REFERENCIAS

### LIBROS FÍSICOS

Aguirre, M. (2013). *Derecho Procesal Civil de Guatemala. Tomo I*. Guatemala. Editorial VILE.

Cáceres, L.E. (2011). *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix.

Villegas, R.A. (2017). *Temas de Introducción al Estudio del Derecho y de Teoría General del Derecho*. Guatemala. Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala

Villegas, R.A. (2017). *Teoría de la Constitución*. Guatemala. Ediciones y Servicios Gráficos El Rosario.

### LIBROS ELECTRÓNICOS

Colmenares, R. (2006). *El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela*. Recuperado de: [https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-62682006000300004#:~:text=Para%20esta%20autora%2C%20la%20definici%C3%B3n,autonom%C3%ADa%2C%20as%C3%AD%20como%20la%20territorialidad](https://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682006000300004#:~:text=Para%20esta%20autora%2C%20la%20definici%C3%B3n,autonom%C3%ADa%2C%20as%C3%AD%20como%20la%20territorialidad)

Comisión Económica para América Latina CEPAL (2014). *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Recuperado de <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b1b631f7-30df-4668-9047-6e2060cb30a6/content>

Comisión Internacional de Justicia (2021). *Principios sobre los sistemas de justicia indígenas y otros consuetudinarios o tradicionales, los derechos humanos y el estado de derecho*. Recuperado de [https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary\\_Sp\\_Marzo-2021.pdf](https://www.icj.org/wp-content/uploads/2022/06/Principles-and-Commentary_Sp_Marzo-2021.pdf)



- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Recuperado de <https://www.uncuyo.edu.ar/ices/upload/metodologia-de-la-investigacion.pdf>
- Miceli, P. (2012) *Derecho Consuetudinario y Memoria. Práctica Jurídica y Costumbre en Castilla y León. (Siglos XI-XIV)*. Recuperado de [https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14294/derecho\\_miceli\\_2012.pdf](https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/14294/derecho_miceli_2012.pdf)
- Municipalidad del municipio de San Ildefonso Ixtahuacan, departamento de Huehuetenango (2018). *Plan de desarrollo Municipal y ordenamiento territorial del municipio de San Ildefonso Ixtahuacán, departamento de Huehuetenango*. Recuperado de recuperado de [https://portal.segeplan.gob.gt/segeplan/wp-content/uploads/2022/08/1309\\_PDM\\_OT\\_San\\_Ildefonso\\_Ixtahuacan.pdf](https://portal.segeplan.gob.gt/segeplan/wp-content/uploads/2022/08/1309_PDM_OT_San_Ildefonso_Ixtahuacan.pdf)
- Ochoa, C. (2002). *Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico*. CHOLSAMAJ. Primera Edición. Impreso en Guatemala. Recuperado de: [https://www.google.com.gt/books/edition/Derecho\\_consuetudinario\\_y\\_pluralismo\\_jur/-lulL9LbusUC?hl=es-419&gbpv=1](https://www.google.com.gt/books/edition/Derecho_consuetudinario_y_pluralismo_jur/-lulL9LbusUC?hl=es-419&gbpv=1)
- Rousseau, J. J. (1999). *El Contrato Social o Principio de Derecho Político*. Recuperado de [https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016\\_923am\\_579f698613e3b.pdf](https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf).
- Ruiz, J.C. (2009). *Diálogo Regional: Estado de derecho en el marco de la descentralización en los países andinos*. Recuperado de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFF0525786A007A97A1/\\$FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFF0525786A007A97A1/$FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)
- Sieder, R. (1996). *Derecho Consuetudinario y Transición Democrática en Guatemala*. Recuperado de <https://www.rachelsieder.com/wp-content/uploads/2016/01/Derecho-consuetudinario-y-transicion-democratica-en-Guatemala-1996.pdf>.
- Sierra, M.T. (2018). *Del derecho consuetudinario a la justiciabilidad de los derechos indígenas. El legado de Rodolfo Stavenhagen a la antropología jurídica*.



Recuperado

[https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1607-050X2018000200156](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2018000200156)

Stavenhagen, R. (1988). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*.

Recuperado de <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-indigena-y-derechos-humanos-en-america-latina-924449/>

Stavenhagen, R. (s.f.) *Curso: Antropología Jurídica y Género. Apartado: Derecho*

*Consuetudinario Indígena en América Latina*. Recuperado de: [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20150308\\_01.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20150308_01.pdf)

## PAGINAS WEB

Ayuda.gt (s.f.). Recuperado de <https://ayuda.gt/p/acercate-a-las-autoridades-indigenas>

Bazan, F. (2005). *Estado del Arte del Derecho Consuetudinario: El caso del Perú*.

Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08062-2.pdf>

B@UNAM de la Coordinación de la Universidad Abierta, Innovación Educativa y

Educación a distancia de la UNAM (2017). Recuperado de [https://uapas1.bunam.unam.mx/sociales/monarquia\\_absolutista/#:~:text=decisiones%20de%20gobierno.-](https://uapas1.bunam.unam.mx/sociales/monarquia_absolutista/#:~:text=decisiones%20de%20gobierno.-)

,La%20monarqu%C3%ADa%20absolutista%20se%20desarroll%C3%B3%20principalmente%20en%20Francia%20y%20Espa%C3%B1a,de%20Dios%20en%20la%20Tierra

Cardozo, A. (2019). *La autoridad en la antigua Roma: auctoritas, potestas, imperium y el*

*paterfamilias*. Recuperado de <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-1472/la-autoridad-en-la-antigua-roma-auctoritas-potesta/>

Castillero, O. (2017). *Los 12 tipos de autoridad (en la familia y en la sociedad). El poder,*

*las imposiciones, y la sumisión entre personas pueden llegar de muchas formas diferentes*. Recuperado de <https://psicologiymente.com/social/tipos-de-autoridad>



- CNDH México (s.f.) *¿Que son los derechos humanos?* Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>
- Diario Constitucional.cl (s.f.). Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/temas-civicos/monarquia/>
- Diario Constitucional.cl (2021). Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/01/02/tres-formas-de-entender-el-poder-en-la-antigua-roma-imperium-auctoritas-y-potestas/#:~:text=Se%20define%20el%20%E2%80%9Cimperium%E2%80%9D%20como,la%20coacci%C3%B3n%20y%20la%20fuerza>
- Diccionario de la Real Academia Española (s.f.). Recuperado de <https://dle.rae.es/naci%C3%B3n%20?m=form>
- Diccionario Jurídico (s.f.). Recuperado de <http://diccionariojuridico.mx/buscar/?q=sistema+juridico&a=>
- Enciclopedia Jurídica (2020) Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/soberania/soberania.htm>
- Investigación Científica.org. (s.f.). Recuperado de <https://investigacioncientifica.org/que-es-la-investigacion-de-campo/>
- Mediavilla, M. (2021). *10 características de los derechos humanos*. Recuperado de [¿Cuáles son las características de los derechos humanos? \(amnesty.org\)](https://www.amnesty.org/es/que-son-las-caracteristicas-de-los-derechos-humanos/)
- Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s.f.). Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-indigenous-peoples/international-standards-relating-indigenous-peoples>
- Oficina del Alto Comisionado de DDHH Guatemala (2017). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1>
- Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (s.f.). Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>



Organización de los Estados Americanos (2023). Recuperado de [https://www.oas.org/es/acerca/quienes\\_somos.asp](https://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp)

Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales (2023) Recuperado de <https://leyderecho.org/autoridad/>

Universidad Latina de América (s.f.). Recuperado de <https://www.unla.mx/blogunla/alguna-vez-te-has-preguntado-que-es-un-sistema-juridico-y-por-que-es-importante-estudiarlos>

Naciones Unidas (s.f.). Recuperado de <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights>

### REVISTA Y ARTÍCULOS

Agredo, G. A. (2006). *El territorio y su significado para los pueblos indígenas*. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3217/321727225006.pdf>

Araujo, K. (2015). *Presentación: El estudio de la autoridad como tarea actual*. Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-ElEstudioDeLaAutoridadComoTareaActual-7073393.pdf>

Ávila, R. (2009). *Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional del Derecho y Justicia*. Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf>

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (s.f.). *Las Fuentes del Derecho*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3260/9.pdf>

Cajica, G. (s.f.). *Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrático. Comentarios a un texto de Ferrajoli*. Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/574-531-1-PB.pdf>

Castillo, M. (s.f.) *Pueblos Indígenas y Derecho Consuetudinario. Un debate sobre las Teorías del Multiculturalismo*. Recuperado de <https://www.scielo.org.mx/pdf/na/v22n71/v22n71a2.pdf>

De Zayas, A. (s.f.). *Apuntes prácticos para la apreciación de actividades y alegaciones relativas al ejercicio pacífico y democrático del derecho de libre determinación de los pueblos*. Recuperado de



<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IntOrder/CartaAbiertaLibreDeterminacion.docx>

- Díaz, E. (2012) *Desarrollo histórico del principio de separación de poderes*. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n38/n38a09.pdf>
- Díaz, E. (2015). *La formación en la justicia indígena como alternativa frente al pluralismo jurídico*. Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-LaFormacionEnLaJusticiaIndigenaComoAlternativaFren-5456402.pdf>
- Gregor, C. (2007). *Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos*. Recuperado de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=9033>
- Hermida, C. (2000). *Poder y Autoridad*. Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/poder-y-autoridad-0.pdf>
- Juri, Y. 2019). *La soberanía como fundamento de la república en Jean Bodin: una perspectiva jurídica*. Recuperado de <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs3/index.php/scripta/article/view/3594/2890>
- Lara, R. (2016). *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*. Recuperado de <https://portalciudadano.diputados.gob.mx/documents/Declaracion-de-Derechos.pdf>
- Llasag, R. (2006). *Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-2.pdf>
- Witker, J. (2016). *Estado Constitucional de Derecho*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>

## INFORMES

- Centro de Información Jurídica en Línea CIJUL (s.f.). *Informe de Investigación. CIJUL. Tema: Principio de autodeterminación de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional*. Recuperado de [file:///C:/Users/pc/Downloads/principio\\_de\\_autodeterminacion\\_de\\_los\\_pueblos\\_indigenas\\_a\\_la\\_luz\\_del\\_derecho\\_internacional%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/principio_de_autodeterminacion_de_los_pueblos_indigenas_a_la_luz_del_derecho_internacional%20(1).pdf)



Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Situación de Derechos Humanos en Guatemala*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Guatemala2016.pdf>

Defensoría del Pueblo de Ecuador (s.f.). Recuperado de <https://www.dpe.gob.ec/derechos-humanos-y-de-la-naturaleza/>

## TESIS

Asmat, M. del R. (2018). *Las Políticas de Estado y su Trascendencia Jurídico Penal en la Prevención de Delitos Cometidos en Comunidades Nativas al Amparo del Derecho Consuetudinario*. Recuperado de: <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7558/BC-1712%20ASMAT%20GOICOCHEA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Straehle, E. (2016). *Hannah Arendt: Una lectura desde la autoridad*. Recuperado de [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399927/ESP\\_TESIS.pdf?sequence=1](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/399927/ESP_TESIS.pdf?sequence=1)

## BLOG

Guzmán, C. (s.f.). *Origen y la Evolución de la Separación de Poderes*. Recuperado de <https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/origen-evolucion-separacion-poderes&isAllowed=y>

## NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. (1995). Recuperado de <https://memoriavirtualguatemala.org/wp-content/uploads/2022/01/Acuerdo-Pueblos-Indigenas.pdf>

Carta de las Naciones Unidas. (1945). Recuperado en [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/carta\\_nu.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf)

Circular número 7-2012 de Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia. Recuperado de <http://www.oj.gob.gt/Archivos/CamaraPenal/Publicaciones/Circulares/2012/Circular%20CP-07-2012.pdf>

Constitución Política de la República de Guatemala. Diario de Centro América. (1985).



- Constitución de la República de Paraguay. (1992). Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2\\_pry\\_anexo3.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_pry_anexo3.pdf)
- Constitución de la República de Ecuador. (2008). Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Constitución de la República de Colombia. (2011). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). Recuperado de <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)
- Constitución Política del Estado de Bolivia. (2009). Recuperado de <https://faolex.fao.org/docs/pdf/bol117795.pdf>.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Recuperado de [https://www.idpp.gob.gt/images/Biblioteca-virtual/Convenciones/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_el\\_Derecho\\_de\\_los\\_Tratados.pdf](https://www.idpp.gob.gt/images/Biblioteca-virtual/Convenciones/Convencion_de_Viena_sobre_el_Derecho_de_los_Tratados.pdf)
- Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados (1933). Recuperado de <https://www.dipublico.org/14602/convencion-sobre-derechos-y-deberes-de-los-estados-septima-conferencia-internacional-americana-montevideo-1933/>
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1989). Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf)
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia. (1776). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>
- Declaración de independencia. (1776). Recuperado de [https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/decla\\_1776.pdf](https://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf)
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. (1789). Recuperado de <file:///C:/Users/pc/Downloads/5120-4518-1-PB.pdf>



- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). Recuperado de [https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_es.pdf](https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf)
- Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales. (1978). Recuperado de <http://ww2.oj.gob.gt/cursos/COMPILACION3/docs/Instrumentos/Discriminacion/Preventis5.pdf>
- Decreto número 57-2002 del Congreso de la República de Guatemala. (2002). Recuperado de <https://docs.costa-rica.justia.ccm/nacionales/reformas/decreto-no-57-2002-nov-9-2002.pdf>
- Decreto 51-92 del Congreso de la República. Código Procesal Penal y sus reformas. (1992)
- Decreto 12-2002 del Congreso de la República. Código Municipal (2002). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6698.pdf>
- Decreto número 22-2008. Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer. (2008).
- Decreto número 27-2003. Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (2003). Recuperado de [http://www.oas.org/dil/esp/ley\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_la\\_ninez\\_y\\_adolescencia\\_guatemala.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/ley_de_proteccion_integral_de_la_ninez_y_adolescencia_guatemala.pdf)
- Decreto 24-2006. Ley del Día Nacional de los Pueblos Indígenas de Guatemala. (2006). Recuperado de <https://mcd.gob.gt/wp-content/uploads/2013/08/decreto-24-2006-ley-del-dia-nacional-de-los-pueblos-guatemala.pdf>
- Ley del Organismo Judicial (1989).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Recuperado de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Recuperado de [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr\\_S.P.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cescr_S.P.pdf)



Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad. (2008). Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

#### SENTENCIAS:

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2010) en doctrina legal sentado en expediente número 27-2010, de fecha diez de marzo de dos mil once. Recuperado de

[http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=17577](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=17577)

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) en doctrina legal sentada en expediente número 1848-2012, de fecha veintinueve de enero de dos mil trece. Recuperado de

[http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=20334](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=20334)

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia (2012) sentó doctrina legal en expediente número 1524-2012, de fecha seis de noviembre de dos mil doce. Recuperado de [http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal\\_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH\\_DOCUMENTO\\_ID=19793](http://ww2.oj.gob.gt/camarapenal_juris/expediente/frExpediente.aspx?ACTUALIZAR=2&ORIGEN=B&TH_DOCUMENTO_ID=19793)

Corte de Constitucionalidad (2016) en expediente número 1467-2014 de fecha diez de marzo de dos mil dieciséis. Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>

Corte de Constitucionalidad (2017) en expediente número 2906-2017, de fecha veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete. Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>

Corte de Constitucionalidad (2017), en expediente 943-2017, de fecha veintiuno de junio de dos mil diecisiete. Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>.

Corte de Constitucionalidad (2012) en expediente número 1822-2011. Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>



- Corte de Constitucionalidad (2009) en expediente 3300-2009, de fecha veintiuno de octubre de dos mil diez. Recuperado de <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfConsJurCC.aspx>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010), en el caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014), Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007) Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015) Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C No. 346. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo11.pdf>