

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

**EL PERITAJE CULTURAL, HACIA UNA JURISDICCION
MULTIETNICA, PLURICULTURAL Y MULTILINGUE**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JUSTO VINICIO SOLORZANO LEON

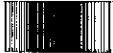
Previo a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1997



14
(3285)
4

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

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I:	Lic. Saulo De León Estrada
VOCAL II:	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III:	Lic. William René Méndez
VOCAL IV:	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V:	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO:	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

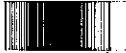
Presidente:	Lic. Oscar Hugo Mendieta Ortega
Vocal:	Lic. Luis Alfredo González Rámila
Secretario:	Lic. Oscar Mauricio Villalta González

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Víctor Manuel Hernández Salguero
Vocal:	Lic. Adrián Antonio Miranda Pallez
Secretario:	Lic. César Rolando Solares Salazar

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).





11/11/2020

11/11/2020

11/11/2020

CIUDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
1 Universidad, Zona 12
Ciudad, Guatemala

3710-97
FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

10 SET. 1997

RECIBIDO
HORA 19 Minutos 20
OFICIAL

septiembre 9 de 1997



Licenciado
José Francisco De Mata Vela, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala

Señor Decano:

Actuando en función de asesoría y atendiendo al encargo que se me hiciera por medio de providencia del 26 de febrero de 1997 del Decanato, he revisado detenidamente la redacción final del trabajo de Tesis, titulado: "EL PERITAJE CULTURAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO GUATEMALTECO", presentado por el Bachiller JUSTO VINICIO SOLORZANO LEON.

El presente trabajo es una propuesta objetiva que ayuda a la actividad jurisdiccional del Estado, desde la perspectiva étnica y cultural. Y cabe preguntarnos: somos todos los guatemaltecos, iguales ante los órganos jurisdiccionales? ¿Cómo funciona nuestra legislación en los procesos judiciales cuando se le cita, oye y condena a una persona que pertenece a un pueblo indígena? o como lo plantea el compañero Solórzano León: "¿Se toma en cuenta la cultura de esa persona, su cosmovisión, las normas sociales que rigen su comunidad, no se aplica la ley escrita ciegamente por igual para todos?".

En la coyuntura actual y en donde se habla de una transición política hacia la democracia una de las iniciativas importantes es el Peritaje Cultural. Es urgente y necesario legislar la figura del Peritaje Cultural en el Estado de Guatemala, por "concurrir en él los factores antropológicos, jurídicas y políticos que vienen a plantear su implementación en el ordenamiento jurídico del país".

La fundamentación teórica-básica del trabajo las encontramos en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT y en el acuerdo de Paz: Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas; instrumentos que el bachiller Solórzano León estudió profundamente y maneja adecuadamente.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



La investigación se basa en la investigación bibliográfico-documental, p
ante la ausencia de trabajos específicos sobre la temática, el compañero realizó
trabajo encomiable al recolectar información a través de entrevistas con Abogad
Jueces y Antropólogos nacionales y extranjeros, así como la lectura de diferen
bibliografía y la asistencia a eventos.

Podríamos argumentar más sobre el mismo, pero esa no es mi labor. El trab
es interesante y fue desarrollado con deseo, responsabilidad y conciencia. Adem
el esfuerzo en el mismo, hace que los objetivos y la hipótesis se cumplan y
verifiquen en las conclusiones.

En síntesis: el esfuerzo se debe reconocer. La temática es nueva y
abordaje adecuado. El mismo se diferencia de la mayoría de trabajos que
realizan en esta unidad académica; por lo tanto, es un aporte valioso para
Universidad, y nuestra Facultad.

Por lo expuesto, opino que el trabajo de tesis elaborado por el Bachil
Justo Vinicio Solórzano León, debe de ser aceptado por nuestra Facultad y conti
con su trámite respectivo.

Sin otro motivo que el expuesto, me suscribo de usted atentamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Julio Héctor Ramírez Molina
Asesor de Tesis
Area Social e Introdutoria

JHRM/aedea

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
GUATEMALA



DEPARTAMENTO DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Universidad, Zona 12
A. Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES; Guatemala, diecisiete de septiembre de mil
novecientos noventa y siete.-----

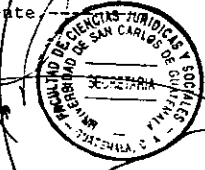
Atentamente, pase al LIC. MARIO ESTUARDO GORDILLO
GALINDO, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis
del Bachiller JUSTO VINICIO SOLORZANO LEON y en su
oportunidad emita el dictamen correspondiente.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

ALHI.





Alvarez, Gordillo, Mejia, Asociados

Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
ABOGADO Y NOTARIO

3867-97



Guatemala, 25 de septiembre de 1,997.-

97
m

Lic. JOSE FRANCISCO DE MATTA VELA
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

25 SET. 1997

RECIBIDO
Hora: 16:30
OFICIAL

Señor Decano:

En atención a la providencia de fecha diecisiete de septiembre del año en curso en virtud de la cual se me encomendó revisar el trabajo de tesis del Bachiller JUSTO VINICIO SOLÓRZANO LEÓN, me permito informar a usted:

Con el estudiante Solórzano León, convenimos en modificar el título de su trabajo, demoninándolo "EL PERITAJE CULTURAL, HACIA UNA JURISDICCION MULTIETNICA, PLURICULTURAL Y MULTILINGUE", estimando que se ajusta mas a la temática y razon de la investigación.

El trabajo es guiado con el objetivo de analizar el peritaje cultural y su necesidad de aplicación y legislación en Guatemala.

La investigación cumple con todos los requisitos que exige el reglamento específico, pero se caracteriza fundamentalmente por su originalidad y aporte personal del autor, además que es de un profundo caracter jurídico y social, pues trata de un tema que resurge de los acuerdos de paz suscritos entre la guerrilla y el gobierno de Guatemala y de aplicación jurisdiccional.

Comparto la opinión del señor Asesor de Tesis, que el presente trabajo se diferencia de la mayoría que se presentan en nuestra facultad y que el mismo es un aporte valioso;

En virtud de todo lo anterior, estimo que el trabajo de tesis del Bachiller Solórzano León, puede ser discutido en el Examen Público de Tesis.

Sin otro particular, atentamente;

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
Revisor



1. The first part of the document is a list of names and titles, including the names of the authors and the titles of their works. This list is organized in a table format with columns for the author's name, the title of the work, and the year of publication.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES; Guatemala, uno de octubre de mil novecientos
noventa y siete.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza
la Impresión del Trabajo de Tesis del Bachiller JUSTO
VINICIO SOLORZANO LEON intitulado "EL PERITAJE CULTURAL,
HACIA UNA JURISDICCION MULTIETNICA, PLURICULTURAL Y
MULTILINGUE". Artículo 22 del Reglamento de Exámenes
Técnico Profesional y Público de
Tesis.-----

alhi.

J. J.



DICATORIA

A Dios.

A mis padres, Miguel Angel Solórzano Monzón y Carmen León Barrios.

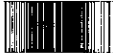
A mis hermanos, Jorge Fernando, Miguel Estuardo y Juan José.

A mi familia en general, pero especialmente a mis sobrinos Marcela, Juan Pablo, Rocio y José Miguel, y a mi tío Roderico León Barrios.

A mis amigos.

A los diferentes pueblos que conforman Guatemala.

A la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.



INDICE

	Pág.
. Introducción	i
 Capítulo I	
. Generalidades del Peritaje Cultural	1
1. Fundamentos	1
2. Antecedentes Constitucionales en América Latina	2
2.1. Constitución de Argentina	3
2.2. Constitución de Colombia	3
2.3. Constitución de Ecuador	3
2.4. Constitución de Nicaragua	3
2.5. Constitución de Paraguay	3
2.6. Constitución de Perú	4
2.7. Constitución de Brasil	4
2.8. Constitución de Costa Rica	4
2.9. Constitución de Panamá	5
2.10. Constitución de Guatemala	5
3. Función del Peritaje Cultural	5
4. Principio Básico del Peritaje Cultural	6
. Jurisprudencia sobre el principio de igualdad de la Corte de Constitucionalidad	6
4.1. Opinión Consultiva sobre el Convenio 169	7
4.2. Opinión Consultiva de fecha 21 de junio de 1996	7
4.3. Sentencia de fecha 12 de enero de 1995	8
4.4. Sentencia de fecha 1 de abril de 1991	9
4.5. Otras sentencias en el mismo sentido	9
5. Aplicación del Peritaje Cultural	9
 Capítulo II	
. Implementación del Peritaje Cultural	11
1. Definición de Peritaje Cultural	11
. Elementos que conforman el concepto	
1.1. El Peritaje o Prueba de Expertos	14
1.2. Cultura	15
1.3. Peritaje Cultural	16
1.3.1. Definición del concepto	16
1.3.2. Elementos de la definición	17
2. Factores que implementan la aplicación del Peritaje Cultural.	18
2.1. Factores Antropológicos	18
2.1.1. Cultura	18
a. Elemento natural	19
b. La comunidad racial	19
c. Elemento histórico	20
2.1.2. Etnia	22
a. Marco etnográfico	24

b. Marco geográfico	25
2.2. Factores Jurídicos	26
2.2.1. Legislación Nacional	26
a. Epoca pre-independiente	27
b. Epoca independiente	29
c. Epoca liberal	32
d. Epoca dictatorial	33
e. Epoca de cambio	33
f. Epoca del conflicto armado interno	34
g. Epoca de transición hacia la democracia	34
2.2.2 Derecho Consuetudinario	37
a. Definición	37
b. Contenido del derecho consuetudinario	38
c. El derecho positivo en Guatemala	39
d. Casos concretos en Guatemala	40
2.2.3 Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Guatemala	45
. Antecedentes del Convenio 169	45
. Decreto que aprueba el Convenio 169	47
. Contenido del Convenio 169	49
. Comentario analítico del Convenio 169	49
2.3. Factores Políticos	54
. Cronología de la negociación de paz	54
. Contenido del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas	56
. Comentario analítico del Acuerdo	57

Capítulo III

. Análisis de la aplicación y legislación del Peritaje Cultural	61
1. El pluralismo jurídico de facto	62
2. La homogeneidad jurídica de juris	62
3. El Peritaje Cultural como un derecho humano de segunda generación	63
4. Excepción al principio Iuria Novit Curia	64
5. Comprobación de la hipótesis	65

Capítulo IV

. El Peritaje Cultural como medio de prueba en los procesos judiciales de Guatemala	67
1. Generalidades	67
2. Anotaciones históricas de la peritación en general	67
3. Objeto de la peritación, y el caso especial del Peritaje Cultural	68
4. Características del Peritaje Cultural	69
4.1. Actividad humana	69
4.2. Actividad procesal	69
4.3. Actividad calificada	69
4.4. Encargo judicial	70
4.5. Pertinencia	70

4.6. Hechos especiales	70
4.7. Declaración de ciencia	70
4.8. Operación valorativa	70
4.9. Medio de prueba	70
5. Fundamento del merito probatorio del Peritaje	70
6. Requisitos mínimos para la existencia jurídica del Peritaje Cultural	70
6.1. Acto procesal	70
6.2. Acto jurisdiccional	71
6.3. Intuito Personae	71
6.4. Especialidad	71
6.5. Pertinencia	71
6.6. Imparcialidad	71
6.7. Objetividad	71
6.8. Derecho de defensa	71
6.9. Formalidades mínimas	71
7. Clases de Peritaje Cultural	71
8. El Perito Cultural	72
8.1. Carácter libre u obligatorio del cargo	72
8.2. Deber de actuar como perito	72
8.3. Imparcialidad del perito	72
8.4. Designación del perito	72
8.5. Derechos del perito	73
8.6. Responsabilidades del perito	73
8.7. El dictamen	73
9. Naturaleza jurídica del Perito Cultural	73
9.1. El perito como un testigo	73
9.2. El perito como un juez	74
9.3. El perito como un auxiliar del juez	74
10. Diferencia entre Perito Cultural y testigo, juez, jurado, consultor técnico, traductor y arbitro.	74
10.1. Perito y testigo	74
10.2. Perito y consultor técnico	74
10.3. Perito y árbitro	75
10.4. Perito y jurado	75
10.5. Perito e intérprete o traductor	75
10.6. Perito y juez	75
11. El Peritaje Cultural, su procedimiento	76
11.1. En materia civil y mercantil	76
11.2. En materia penal	76
11.3. En materia laboral	76
11.4. En materia administrativa	76
11.5. En materia constitucional	76
12. Ejemplo de un caso concreto de Peritaje Cultural en Guatemala, en el ámbito penal.	76
. Conclusiones	87
. Recomendaciones	91
. Bibliografía	93



INTRODUCCION

En la coyuntura actual de nuestro país, teniendo de fondo el fin del conflicto armado interno más largo de Latinoamérica y la transición política hacia la democracia, a la par de un movimiento internacional en favor de los derechos humanos individuales y colectivos, es oportuno proponer y plantearse soluciones científicas que ayuden a la actividad jurisdiccional del Estado. Pese a mis pocas aptitudes, estimo pertinente realizar esta investigación, con el objeto de hacer una construcción jurídica acorde a la realidad socio-cultural del país, idea que surge del estudio del ordenamiento jurídico guatemalteco y su doctrina, que desde mi perspectiva chocan con la realidad cultural de Guatemala, lo que genera en mí diversas interrogantes, entre ellas: ¿Es la legislación vigente la voluntad expresa de la población guatemalteca? ¿Ignoran los legisladores y Jueces la realidad socio-cultural del país? ¿Es la justicia cercana al concepto que de ella tienen los ciudadanos guatemaltecos? ¿Somos iguales los guatemaltecos, frente a los Organos Jurisdiccionales?. ¿Cómo funciona nuestra legislación en los procesos judiciales cuando se cita, oye y condena a una persona que pertenece a un pueblo indígena? ¿Se toma en cuenta la cultura de esa persona, su cosmovisión del mundo, las normas sociales que rigen su comunidad, o se aplica la ley escrita ciegamente por igual para todos?.

Las presiones de organismos internacionales y de los movimientos indígenas hacia los Estados para lograr el reconocimiento y respeto de los derechos colectivos, el inicio de la Campaña Continental en conmemoración de los 500 años de Resistencia Indígena, Negra y Popular, el Premio Nóbel de la Paz otorgado a la Indígena guatemalteca, de la étnia Quiché, Rigoberta Menchú, la proclamación del Decenio Internacional para los Pueblos Indígenas del mundo de 1994 al 2004, ha generado y permitido la discusión del tema indígena en el país, así como su inclusión en los acuerdos de paz, la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, y la presentación al Congreso de la República de anteproyectos de la Ley sobre Comunidades Indígenas, que desarrollan el artículo 70 de la Constitución Política de Guatemala.

Dentro de estas iniciativas surge la figura del Peritaje Cultural, poco mencionada y desconocida en el ámbito jurídico guatemalteco, y la que doctrinariamente ha sido relacionada únicamente al proceso penal, como una manera de tomar en cuenta las costumbres y prácticas comunitarias del sujeto procesal que pertenezca a un pueblo indígena, al momento de dictar sentencia.

Ello motivó a realizar esta investigación y plantearme el problema: ¿Por qué es necesario aplicar y legislar el Peritaje Cultural en el Estado de Guatemala?.

En respuesta al problema definido formule la hipótesis en sentido afirmativo, es decir: Es necesario aplicar y legislar el Peritaje Cultural en el Estado de Guatemala, por concurrir en él, los factores antropológicos, jurídicos y políticos que vienen a plantear su implementación en el ordenamiento jurídico del país.

Dichos factores, que constituyen las variables de nuestra hipótesis, a pesar de tener el carácter de ser dependientes entre si, los desarrollare individualmente, con el objeto de analizar detenidamente la complejidad jurídica y antropológica de Guatemala, y así comprobar en su conjunto la hipótesis planteada.

El Peritaje Cultural, se ha conocido doctrinariamente como una institución que se aplica en el área penal, pero nuestra tesis propone ampliar su aplicación en todos los ámbitos de validez material, del ordenamiento jurídico guatemalteco, y por esto decidimos titularle "El Peritaje Cultural, hacia una Jurisdicción Multiétnica, Pluricultural y Multilingüe".

El lector encontrará un trabajo que trata de ser libre y apartado del tradicionalismo, porque estudiaremos instituciones jurídicas a la par de la realidad socio-cultural del país, sin ser óbice mi desconocimiento de la antropología jurídica; haré uso de ella, dada la característica étnica y cultural de Guatemala.

Con el presente trabajo persigo despertar la curiosidad sobre el tema no como un esnobismo, sino con el fin de remover el pensamiento conservador y conformista del jurista guatemalteco, y así los jurisconsultos y legisladores con creatividad e intelecto logren formar una corriente jurídica guatemalteca, acorde a la realidad del país.

Esta investigación ha sido guiada por el objetivo general de analizar el Peritaje Cultural y sus perspectivas en el ordenamiento jurídico guatemalteco y específicamente para describir los antecedentes históricos del Peritaje Cultural en América Latina, estudiar los factores que lo plantean, elaborar una definición del Peritaje Cultural, y determinar ¿Por qué es necesario su aplicación y legislación en Guatemala?, así como analizar el procedimiento que debe seguirse en los casos concretos.

Es así, como este trabajo quedó organizado en cuatro capítulos:

En el primero, se presentan los aspectos teóricos y metodológicos, y los antecedentes constitucionales de América Latina que orientaron al trabajo, así como se desarrolla y analiza el principio de igualdad como base del Peritaje Cultural.

En el segundo, se construye una definición del Peritaje Cultural, y se desarrollan los factores que implementan su aplicación, como lo son: a. El antropológico, el cual trabajamos a nivel cultural y étnico, tratando de entender el significado de los términos multiétnico y pluricultural en virtud de las consecuencias jurídicas que los mismos conllevan. b. En el factor jurídico, estudiamos y analizamos los antecedentes de la legislación nacional desde la época pre-independiente hasta nuestros días, así como se examina al derecho consuetudinario y presentan casos concretos del mismo en Guatemala; y, se hace un comentario analítico del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, relacionando su historia y alcances jurídicos en el país. c. Como factor político, considere de gran utilidad hacer una breve referencia de la negociación de paz en Guatemala, para terminar con un comentario analítico

el Acuerdo de Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas, firmado entre el Gobierno y la U.R.N.G.

En el tercero, se hace el análisis de los factores desarrollados en el capítulo anterior, con el objeto de resolver el problema planteado en la investigación, que es: ¿Por qué es necesario legislar y aplicar el Peritaje Cultural en Guatemala?.

Y en el cuarto y último, se trabaja concretamente sobre el instituto del Peritaje Cultural, se hacen anotaciones históricas de la peritación en general, se estudia el objeto de la peritación y el caso especial del Peritaje Cultural, se dan algunas características del mismo, y se examina el valor probatorio del Peritaje en un proceso judicial, así como se exponen los requisitos mínimos para que se de la existencia jurídica del Peritaje Cultural, se estudia quien es el Perito Cultural, quien podría serlo en Guatemala, así como sus derechos, obligaciones, naturaleza jurídica y diferencias con otros medios de prueba. Se expone el punto de vista del autor sobre el procedimiento a seguir en la aplicación del Peritaje Cultural en cualquier ámbito de validez material, por último para ilustración del lector se expone un caso concreto de Peritaje Cultural en el ámbito penal, realizado en Guatemala.

Recomiendo, que al leer el presente trabajo de tesis el lector tenga a la mano la Constitución Política de la República de Guatemala, el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, y el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, lo que será de gran utilidad para una mejor comprensión de esta investigación.

A lo largo del proceso de investigación me encontré con el problema de la falta de bibliografía sobre el tema específico, y no habiendo nada escrito sobre el Peritaje Cultural, me vi forzado a realizar una fuerte actividad de recolección de información a través de entrevistas con abogados y Antropólogos nacionales y extranjeros, así como la lectura de diferentes obras, folletos, artículos de revistas y periódicos, asistencia a seminarios y conferencias, lo que me dio un panorama general sobre el tema y me ayudó a poder estructurar el presente trabajo de tesis.

Finalizo agradeciendo a las personas que colaboraron en el desarrollo de este trabajo, principalmente a los Licenciados José Vicente Osorio, Julio Ramírez Molina y Mario Gordillo Galindo, por su valiosa asesoría y orientación profesional en el transcurso de la investigación. Sirva el presente como un reconocimiento a mis padres Licdo. Miguel Angel Polzozano Monzón y Carmen León Barrios, como mínimo abono de mi gran deudo.



CAPITULO I

GENERALIDADES DEL PERITAJE CULTURAL

1. Fundamentos. 2. Antecedentes Constitucionales en América Latina. Función del Peritaje Cultural. 4. Principio básico del Peritaje Cultural. 5. Aplicación del Peritaje Cultural.

FUNDAMENTOS.

Siendo la situación de Guatemala muy particular dentro del conjunto de países multiétnicos, en nuestra investigación aplicaremos diversas teorías jurídicas para explicar el fundamento del Peritaje Cultural, entre ellas, el principio de igualdad ante la ley, como un derecho humano de primera generación, y, el respeto a la cultura, identidad, religión, organización social y económica de los pueblos indígenas y tribales, no derechos humanos de segunda generación, conocidos como derechos colectivos.

Como primer antecedente, recordemos la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, base y origen de la cultura y derecho occidental, declaración que influyó en la independencia de América Latina. Esta declaración fue aprobada el 26 de agosto de 1791 por la Asamblea Nacional Francesa, siendo firmada por el Rey (que se encontraba en el exilio) el 5 de septiembre de 1791 e incorporada por la Asamblea Nacional al encabezamiento de la Constitución de 1791, que en su artículo 1º de su párrafo final establece que: "Los límites de la libertad solo deben ser determinados por la ley, basada en el principio de que la ley es la expresión de la voluntad general de un pueblo", de esta premisa fundamental debemos analizar si efectivamente el ordenamiento jurídico guatemalteco es la expresión del pueblo de Guatemala, o de un sector de dicho pueblo, examen que realizaremos en el factor jurídico.

En el transcurso del presente trabajo haremos un análisis del período en el que nuestra legislación positiva entró en vigencia, del cuerpo legislativo y autoridades electas en los últimos 36 años, que fue el período de creación de la mayor parte de legislación vigente por los gobiernos de facto, así como de la marginación de la población indígena al voto y marginación al pueblo analfabeto, personas que no contaron con documento de identificación, no inscritas en los padrones electorales, que vivían en los centros de votación, en este caso la mayoría del pueblo indígena), si recordamos la Constitución del año 1965 (primera Constitución elaborada dentro del marco del Conflicto Armado guatemalteco), fue elaborada por una Asamblea Nacional Constituyente, cuyos diputados fueron "electos" de una lista única, integrada por personas designadas oficialmente, por lo que se tuvo una representación oficial, pero no nacional. Nos rigen un Código Civil y Procesal Civil producidos por un Gobierno de facto, del Jefe de Gobierno Enrique Peraltza (1971), y un Código Penal influido en su creación por la guerra interna (1960-1996) y externa (guerra fría que finaliza en 1989), por lo que no podemos afirmar que nuestras leyes actuales son la expresión de la voluntad general. ¿En donde encontramos entonces la voluntad

general del pueblo de Guatemala?, la respuesta a ésta interrogante lamentablemente, es en sentido negativo, es decir, la voluntad general del pueblo de Guatemala, no se encuentra plasmada en el ordenamiento jurídico vigente, esto se deriva de muchas causas políticas, entre ellas principalmente los Regímenes Militares que gobernaron Guatemala en las últimas décadas, la nula participación de la población y particularmente de la indígena en la actividad política del país, el analfabetismo y otras por el lector conocidas, que traen como consecuencia la producción de un ordenamiento jurídico ajeno a la realidad socio-cultural de Guatemala, creado y pensado por un sector hegemónico de la población guatemalteca, que le da las características de una legislación homogénea (pensada para un grupo social de una misma naturaleza), que se aplica a una realidad heterogénea (compuesta por grupos sociales de diversa naturaleza).

Guatemala, es un pueblo fraccionado y polarizado por tantas contradicciones de carácter económico, social y cultural. Siendo nuestro país un estado multiétnico, pluricultural y multilingüe (como lo afirman los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y como será concebido constitucionalmente), los legisladores deberían tomar en cuenta la heterogeneidad de la población guatemalteca al producir leyes, y los juzgadores deberían también tomarla en cuenta al aplicar la ley a personas de diversas culturas, organización social, costumbres, idiomas y cosmovisión.

2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES EN AMERICA LATINA.

El Peritaje Cultural, surge como una institución dentro del derecho occidental, como consecuencia del movimiento constitucionalista de las últimas tres décadas, el cual se ha basado en la protección de los Derechos Humanos de carácter individual y colectivo, los que son conocidos doctrinariamente como derechos de primera y segunda generación respectivamente, y también como producto de la preocupación internacional de proteger la diversidad cultural, la que podemos observar en diferentes tratados y convenios, así como las presiones políticas ejercidas por los grupos indígenas organizados local, nacional y regionalmente. Dichas situaciones logran la protección, reconocimiento y respeto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Las normas constitucionales, base del ordenamiento jurídico en un país son desarrolladas por la legislación ordinaria, el reconocimiento de los pueblos indígenas y el respeto a su cultura, debe partir de la Constitución Política de la República, tal como se ha hecho en varios países de América Latina, como Colombia, Paraguay, Bolivia, en los que existen diferentes étnias y por ende diversas culturas, quienes constitucionalmente han reconocido la multiétnicidad de su nación y como consecuencia el respeto a la cultura, religión, organización social y económica, y a la identidad propia de cada pueblo, produciendo una Constitución que refleja la realidad cultural del país, y cuyas normas deben desarrollarse por los legisladores.

Podemos decir entonces que el principal antecedente jurídico de

Peritaje Cultural lo constituye las normas constitucionales, pues al reconocer éstas la existencia de los pueblos indígenas, su cultura e identidad, el Estado se obliga junto con sus Organos que al ejercer la función pública encomendada por la ley, debe tomar en cuenta dichos derechos, con el objeto de lograr la armonía social y convivencia pacífica entre las diversas culturas que conforman la nación.

La regulación constitucional de los derechos indígenas se da en algunos países de América Latina, los que estimo pertinente mencionar, para comprender la necesidad e importancia de normar constitucionalmente los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, pues una vez reconocidos en la Carta Magna, máxima expresión jurídica del país, deben desarrollarse por la legislación ordinaria en los diferentes ámbitos de validez material y espacial. Nombraremos algunos casos mencionados por la Corte de Constitucionalidad (1), y otros referidos en la obra de la Licenciada Magdalena Gómez, especialista en Antropología Jurídica (2).

Regulación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, en América Latina:

2.1. La Constitución de la Nación de Argentina, promulgada el veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, reconoce la pre-existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas en su artículo 75; además en 1985 se creó la Ley 23.302 de Política Indígena y Apoyo a Las Comunidades Aborígenes;

2.2. La Constitución Política de Colombia, promulgada en mil novecientos noventa y uno, dentro de su organización como República unitaria, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana;

2.3. La Constitución de Ecuador, reformada en mil novecientos ochenta y tres, reconoce en la unidad del Estado Soberano, Independiente y Democrático, como idioma oficial el castellano, estableciendo que el quichua y otras lenguas aborígenes forman parte de la cultura nacional, dándole a el castellano el carácter de lengua de relación intercultural;

2.4. La Constitución Política de la República de Nicaragua, promulgada el diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y seis, reconoce que "Las lenguas de las Comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley", así como en su artículo 180 establece que las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales;

2.5. La Constitución del Paraguay, promulgada el veinte de junio de mil novecientos noventa y dos, que en opinión de la Corte de Constitucionalidad es uno de los países que mejor desarrolla los derechos

1. Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial No. 37. p. 9-13
2. Gomez, Magdalena. Derechos Indígenas. p. 35-39

de los pueblos indígenas, en su artículo 62 reconoce la existencia de los pueblos indígenas, en el 63 reconoce y garantiza el derecho de éstos a preservar y desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat, teniendo derecho a aplicar sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, pudiéndose sujetar a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. En los Conflictos Jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena, el 64 garantiza el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria de la tierra; proveyéndoles gratuitamente el Estado de esas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo estarán exentas de tributos; prohibiendo la remoción o traslado de su hábitat en el expreso consentimiento de los mismos; el artículo 65 garantiza el derecho de los pueblos indígenas a participar en la vida económica, social, cultural y política del país de acuerdo con sus usos consuetudinarios, con la Constitución y las leyes; el 66 prevé que el Estado respetará las peculiaridades de los pueblos indígenas, especialmente lo relativo a la educación formal, atendiendo la defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural; el 67 establece que: 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; el 77 regula lo relativo a la enseñanza en los comienzos del proceso escolar, la cual se realizará en la lengua oficial materna del educando; y finalmente el 140 establece que el Paraguay es un país pluricultural y bilingüe, y que sus idiomas oficiales son el castellano y el guaraní;

2.6. La Constitución de Perú, del año de mil novecientos noventa y tres, se reconoce el derecho que tiene toda persona a su identidad étnica y cultural, el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, además señala que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, permite a las autoridades que con el apoyo de las Rondas Campesinas puedan ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario;

2.7. En Brasil, Se reconoce a los indios su organización social, sus derechos originarios sobre la tierra que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión marcarlas, protegerlas y hacer respetar todos sus bienes. Asimismo señala La Constitución de Brasil: las características de las tierras ocupadas tradicionalmente por los indios, además de la posesión tienen derecho a usufructo sobre sus bienes, para aprovechar recursos indígenas se necesita autorización del Congreso, las tierras son inalienables, intransferibles e imprescriptibles, se declaran nullos los actos que tengan por objeto el dominio, ocupación o exploración de las tierras indígenas.

2.8. En Costa Rica, hay una Ley Indígena, que concede personalidad jurídica a las comunidades indígenas. Se constituyen las tierras que ocupan en carácter de reservas, concediéndoles la propiedad de las mismas

El carácter de inalienables e intransmisibles. Se declara la reubicación de personas no indígenas que posean de buena fe tierras dentro de las reservas indígenas. Se declara que "Los recursos minerales que se encuentren en el subsuelo de estas reservas son patrimonio del Estado de las Comunidades Indígenas, dicha ley fue declarada de Interés Nacional y de Orden Público".

9. En Panamá, La Constitución Política de 1972, señala que: las lenguas originarias serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación, El Estado promoverá la alfabetización bilingüe. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas para promover la participación económica, social y política. Se Organizan territorios indígenas en comarcas, sujetos a legislación especial. Y en 1953 se decretó la ley número 16, por la cual se organiza la comarca de Santas y se reconoce el estatuto indígena,

10. En Guatemala se regulan algunos derechos de los pueblos indígenas los artículos 58, y del 66 al 70, lo que desarrollaremos en el factor jurídico.

En otros países como Chile y México se tiene otras regulaciones, y estudian actualmente reformas a su legislación.

En un país con tanta variedad cultural, sería difícil y complejo crear una legislación adecuada a cada cultura, es más razonable crear un conjunto de leyes que sean la base del respeto a las diferentes culturas en sus diversas manifestaciones con el fin de lograr una convivencia pacífica, siendo dicha base, desde el punto de vista jerárquico la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, a esta legislación base la nominaremos legislación nacional, la cual en algún momento dado puede chocar con las normas o convencionalismos sociales de una étnia o grupo cultural, e incluso penalizar ciertas prácticas culturales, es en este momento cuando entra a jugar su rol el Peritaje Cultural, como formula para solucionar estas divergencias tomando en cuenta: la legislación nacional, tratados internacionales aprobados y ratificados por Guatemala, las normas sociales, cultura y costumbres de un grupo social determinado (en nuestro caso de una étnia).

. FUNCION DEL PERITAJE CULTURAL.

El peritaje cultural, puede utilizarse como un instrumento que resuelve el choque de la dicotomía entre la legislación nacional y las normas sociales de una cultura determinada. Es importante buscar puntos de enlace entre la legislación nacional y el derecho consuetudinario de las diversas étnias en nuestro país, para evitar así una confrontación étnica que en este tiempo después de la caída del muro de Berlín, ha surgido en diversos países, que históricamente, antes del fin de la guerra fría, tenían una posición ideológica que sostener o apoyar (izquierda-socialista ó derecha-capitalista y mercantilista), y ahora quedan desprotegidos y confundidos, entre las ideas de nación, soberanía e independencia, lo que ha creado diversos conflictos desde la ex-Yugoslavia, hasta los problemas en Ruanda y Burundi.

A partir del presente momento histórico el jurista debe encontrar instrumentos jurídicos que permitan una convivencia multiétnica pluricultural, en base al respeto mutuo y tolerancia.

4. PRINCIPIO BASICO DEL PERITAJE CULTURAL.

El principio sobre el que descansa el instituto del Peritaje Cultural es el de igualdad, el cual se puede interpretar en una forma superficial como aquel principio que busca la aplicación de la ley por igual a toda la población sin distinciones de ningún tipo, pero una interpretación más profunda nos llevará a conclusiones diversas.

A través del derecho consuetudinario adjetivo y sustantivo, los diversos grupos étnicos del país, resuelven sus conflictos sociales mediante los mecanismos creados conforme su costumbre, cualquier conflicto que surja dentro del grupo étnico es solucionado por él mismo, y sus miembros son juzgados por su propia cultura y de conformidad con sus valores, pero que sucede cuando un conflicto social se trata de resolver a través de los procedimientos que señalan la legislación nacional, el miembro de la étnia se convierte en un sujeto procesal del ordenamiento jurídico vigente, y es juzgado conforme la cultura y valores que dicho ordenamiento protege, y en base al principio de igualdad, es juzgado igual como cualquier persona, no tomando en cuenta que tiene una cultura diversa a la que regula el sistema legal guatemalteco.

El principio de igualdad, es regulado por el artículo 4o. de la Constitución Política de la República, que dice: "En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí."

Según este principio todos los seres humanos en Guatemala son iguales ante la ley y así son juzgados, como iguales, aún no siendo iguales en diferentes aspectos, que pueden ser económicos, sociales y culturales. Esto nos pone dos interrogantes:

- i. ¿Se viola el principio de igualdad, cuando se trata como iguales a quienes no lo son cultural, económica y socialmente, en un proceso judicial?
- ii. ¿Estaríamos ante una violación del principio de igualdad si tomamos en cuenta la situación cultural de un sujeto procesal en un juicio determinado al momento de dictar sentencia?

A las preguntas el autor responde, a la primera, que si existe una violación al principio de igualdad, al tratar como iguales a quienes no lo son, y a la segunda, definitivamente que no, al contrario se estaría tratando de equiparar la desigualdad real entre los sujetos procesales.

La igualdad se da entre individuos que viven en una misma situación económica, social y cultural, por lo tanto, al encontrarse una persona en una situación distinta económica, social y culturalmente frente a otra, se da un grado de desigualdad, esta premisa la podemos trasladar

al ámbito jurisdiccional, en un proceso judicial, cuando uno de los sujetos procesales, tiene una cultura diversa, a la exigida por el ordenamiento jurídico vigente, se origina la desigualdad jurídica, pues inclusive el sujeto procesal tiene un derecho diverso, y en este caso, es imperativo que el Organismo Jurisdiccional, tome en cuenta su cultura en sus diversas manifestaciones, para compensar la desigualdad cultural, y poder así juzgar en un plano de igualdad, en conclusión a los iguales debe juzgarseles en igualdad de condiciones, y los desiguales en desigualdad de condiciones, pues si los tratamos en iguales condiciones, estaríamos ante un injusticia manifiesta.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad, en diversas sentencias y opiniones consultivas, se ha manifestado en el sentido de que la ley debe tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias; sin embargo en el caso de variar las circunstancias, de ser desiguales los sujetos o de estar en desigualdad de condiciones han de ser tratados en forma desigual.

Entre los casos concretos de pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad en relación al principio de igualdad, tenemos:

4.1. Opinión Consultiva de la Constitucionalidad de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (3), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, opina, que el derecho de igualdad enunciado en el artículo 4o. de la Constitución, se traduce en que las personas que se encuentran en determinada situación jurídica, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y contraer obligaciones, este principio se refiere a que no debe darse un tratamiento jurídico disímil a situaciones de hecho idénticas; la ley debe tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias; sin embargo, en el caso de variar las circunstancias, de ser desiguales los sujetos o de estar en desigualdad de condiciones, han de ser tratados en forma desigual.. (criterio jurisdiccional de la Corte de Constitucionalidad, en sentencia de fecha doce de enero de mil novecientos noventa y cinco, dictada dentro del expediente número quinientos treinta y siete guión noventa y tres). Concluye la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad en que, al encontrarse los sujetos que integran un pueblo en desiguales circunstancias que los que forman otros sectores de la sociedad pueden ser tratados en forma diferente sin que ello viole el artículo 4o, de la Constitución de la República.

4.2. Opinión Consultiva, del 21 de junio de 1996 (4), en su parte conducente dice: "El artículo 4o. de la Constitución Política de la República establece en su primer párrafo que en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El concepto de igualdad así regulado estriba en el hecho de que las personas deben gozar de los mismos derechos y las mismas limitaciones determinadas por la ley. Sin embargo, ese concepto no reviste de carácter absoluto, es decir, no es la nivelación absoluta de los hombres lo que se proclama, sino

3. Corte de Constitucionalidad. Op. Cit. p. 9

4. Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial No. 40. p. 1

su igualdad relativa, propiciada por una legislación que tienda a la protección en lo posible de las desigualdades naturales. Así, la igualdad ante la ley consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean éstas sobre positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley; pero ello no implica que no pueda hacerse una diferenciación que atienda factores implícitos en el mejor ejercicio de un determinado derecho. Lo que puntualiza la igualdad es que las leyes deben tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias, sin que ello signifique que los legisladores carezcan de la facultad de establecer categorías entre los particulares siempre que tal diferenciación se apoye en una base razonable y sea congruente con el fin supremo del Estado", el autor considera una base razonable las diferencias culturales de la población indígena con la no indígena, que justifica la obligación de los tribunales de tomar en cuenta la cultura en sus diversas manifestaciones de un sujeto procesal miembro de una comunidad indígena, al momento de aplicarle la legislación nacional, situación que es congruente con el fin supremo del estado que es el bien común.

4.3. Sentencia de fecha 12 de enero de 1995 (5), que en su segundo considerando establece: Esta Corte ha considerado en casos anteriores, que el derecho de igualdad enunciado en el artículo 40. de la Constitución, se traduce en que las personas que se encuentran en determinada situación jurídica, tenga la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones. Es evidente, en consecuencia, que este principio se refiere a que no debe darse un tratamiento jurídico disímil a situaciones de hecho idénticas; de ahí que la garantía de igualdad no se opone a que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable dentro del sistema de valores que la Constitución consagra. La igualdad consiste pues, en que la ley debe tratar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias; sin embargo en el caso de variar las circunstancias, de ser desiguales los sujetos o de estar en desigualdad de condiciones, han de ser tratados en forma desigual. De consiguiente, puede afirmarse que el ideal de todo ordenamiento jurídico es, sin duda, "la norma común" que excluye excepciones, pero ese ideal no vale por sí mismo, sino en cuanto que él conlleva una aspiración de justicia, que es la igualdad, esa igualdad que no sería verdaderamente respetada, sino al contrario traicionada, si en nombre de ellas quisiera mantenerse frente a toda circunstancias el carácter común de toda norma jurídica. En tanta la complejidad que se deriva de la organización y funcionamiento del Estado que el Derecho Constitucional debe tomar en cuenta la existencia inevitable de una derecho especial al lado de un derecho común, en aras de la igualdad", esta sentencia resolvió la inconstitucionalidad de el párrafo segundo del artículo 332 del Código de Trabajo, cuando menciona lo relativo a las medidas precautorias, porque considera que viola el

5. Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial No. 35. p. 9

derecho de igualdad, ya que en el proceso civil no se exige, a quien solicita una medida precautoria, que acredite la necesidad de la misma. Al resolver la Corte, como lo leímos, manifestó que el principio de igualdad conlleva una aspiración de justicia, que sacrifica el carácter común de las normas jurídicas, esta situación podemos aplicarla en el caso del derecho consuetudinario, por ser éste un derecho especial, que existe a la par del derecho común, en aras de la igualdad, debe ser tomado en cuenta por los Tribunales de Justicia. En virtud de la complejidad cultural y étnica que compone al Estado de Guatemala, la igualdad formal que norma nuestra Constitución no puede mantenerse frente a toda circunstancia, porque esto implicaría ir en contra de las aspiración de justicia que la misma contiene.

4.4. Sentencia de fecha 1 de abril de 1991 (6), en su primer considerando dice "Esta Corte en fallos anteriores, en ocasión de analizar planteamientos similares, ha estimado que la garantía de igualdad enunciada en el artículo 4o. constitucional se traduce en que las personas que se encuentran en determinada situación jurídica, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismo derechos y contraer las mismas obligaciones. Es evidente, en consecuencia, que este principio se refiere a que no debe darse un tratamiento jurídico disímil a situaciones de hecho idénticas; de ahí que la garantía de igualdad no se opone a que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable dentro del sistema de valores que la Constitución consagra. En ese orden de ideas, el reconocimiento constitucional a la igualdad de las partes en el proceso, sólo se vería afectado si alguna de éstas por causa de una disposición legal tuviera limitaciones para alegar o probar sus razones en relación con lo que pretende o piden; o bien, si se otorgará a alguna de estas partes ventajas que alteraran en la dicha relación procesal la equivalente distribución de derechos, deberes y cargas." De esta sentencia podemos deducir que así como el legislador puede dar un tratamiento diverso a situaciones distintas, también el juzgador puede dar un tratamiento diverso a sujetos procesales distintos, porque poseen una cultura diversa, tratamiento que es justificable en el sistema de valores que la Constitución consagra al reconocer ésta el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.

4.5. Y, se manifiestan en el mismo sentido las Sentencias:

- i. de fecha 21 de marzo de 1991, expediente 29-91, Gaceta 19;
- ii. de fecha del 6 de julio de 1988, exp. 120-88, Gaceta número 9;
- iii. de fecha 24 de noviembre de 1988, exp. 58-88, Gaceta número 10.

5. APLICACION DEL PERITAJE CULTURAL.

La tesis de aplicar el Peritaje Cultural en el ordenamiento jurídico guatemalteco, no obedece a un trato preferencial o paternalista para los grupos étnicos, lo que exige es que sea respetada su cultura, y además

6. Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial No. 20. p. 33

sea tomada en cuenta por los jueces al momento de dictar sentencia, en un proceso en que se encuentren involucrados.

La desigualdad de los miembros de un grupo étnico indígena en un proceso judicial, es manifiesta, comenzando por el idioma, por la ridícula presunción *Jure et Jure* del conocimiento de la ley, y por la cosmovisión distinta del mundo, del que juzga y el juzgado. Esta desigualdad, trae como consecuencia, que al ser tratados como iguales quienes no lo son, aquel sector que crea y domina el ordenamiento jurídico vigente, se aproveche de dicha situación.

El principio de igualdad regulado en nuestra Constitución, debe interpretarse como lo expresa la Corte de Constitucionalidad, único Órgano competente para interpretar el contenido de sus normas, y en aplicación de los Convenios y Tratados Internacionales ratificados en Guatemala, en vigencia, principalmente el Convenio 169, aprobado por el Congreso de la República el diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, por Decreto 9-96, y ratificado por el Organismo Ejecutivo, a través del depósito en la Organización Internacional de Trabajo el veinte de mayo del mismo año, para surtir efectos el cinco de junio del mismo año, y de conformidad con lo establecido en la literal k. del artículo 183 de la Constitución Política: "Someter a la consideración del Congreso para su aprobación y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional...", y el artículo 38 del Convenio 169 que dice: "1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General. 2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. 3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.", en virtud de ya haber sido ratificado por más de dos Miembros de la O.I.T., como los son los países de Noruega, México, Colombia y Bolivia, en Guatemala habiendo transcurrido doce meses desde el registro de su ratificación, inicia su vigencia el seis de junio del presente año, ocupando dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, una posición de preeminencia sobre el ordenamiento interno, ya que el artículo 46 de la Constitución reconoce el principio de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad (7), ha considerado que el hecho que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos que ella posee, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por la

7. Corte de Constitucionalidad. Gaceta Jurisprudencial No. 19. p. 81

del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44, dice: "Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen los que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana". El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede atribuírsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene ningún problema. Por lo tanto, el cumplimiento con el artículo 8 de dicho convenio, los Organos Jurisdiccionales del país, en cualquier proceso judicial, deben tomar en cuenta la cultura de los sujetos procesales, al aplicar la legislación nacional, y esto a través del Peritaje Cultural.

CAPITULO II

IMPLEMENTACION DEL PERITAJE CULTURAL

1. Definición de Peritaje Cultural. 2. Factores que implementan aplicación del Peritaje Cultural (Antropológicos, Jurídicos y líticos).

El Peritaje Cultural, es una institución nueva dentro de los medios prueba doctrinariamente conocidos, de éste instituto, no se encuentra bibliografía, y no hay nada escrito en nuestro medio, a pesar de la particularidad cultural de Guatemala en el concierto de naciones, razón, que me motiva a realizar la presente investigación, que tiene como fin despertar la conciencia del estudiante, del Profesor, del Juez, del magistrado, del litigante, y de aquel estudioso del derecho, que ha sido destruido bajo el esquema de un ordenamiento jurídico homogéneo*, de la necesidad que la realidad étnica y cultural del país, sea regulada por una legislación creada y pensada para una nación heterogénea**.

La ley debe abrir las puertas al desconocido derecho consuetudinario, que en el devenir histórico ha resuelto los conflictos sociales de los grupos étnicos que conforman nuestra patria, y del cual se han olvidado por ignorancia y por tantos otros intereses los legisladores.

Si, resulta ridículo gobernar y legislar para un país ignorando la realidad como nación. ¿Qué calificativo, podríamos darle a la justicia que se aplica a pueblos cuya cultura, naturaleza y condiciones son ignoradas por los juzgadores?.

DEFINICION DE PERITAJE CULTURAL.

Como partida, recordamos que la función del derecho es mantener el orden y la paz social en un grupo determinado, y reestablecer ese orden cuando ha sido alterado por un conflicto social, en cualquier ámbito material. El conflicto surge dentro de un grupo social, y se trata de resolver a través de los mecanismos establecidos por el mismo, los cuales pueden ser escritos (derecho escrito) o no (derecho consuetudinario).

Al mecanismo que tiene por objeto resolver un conflicto social, se le conoce como proceso, y dependiendo el ámbito material donde surja el conflicto, que puede ser penal, civil, laboral, administrativo, notarial, mercantil, etc., así, será el mecanismo que el grupo social ha implementado para la solución del mismo.

En el caso de Guatemala, los distintos procesos establecidos en la ley, han sido tomados de realidades distintas a la nuestra, la función legislativa, concebida como creación de normas para regular las relaciones de los miembros de un grupo social determinado, en nuestro país se ha olvidado, y se ha quedado, en la copia de Códigos elaborados para

Compuesto de partes de una misma naturaleza.

* Compuesto de partes de distinta naturaleza.

naciones diferentes a la nuestra, y esto ha afectado grandemente la aplicación de justicia, (situación que analizaremos en el capítulo jurídico), en todo proceso la forma como el conflicto social se da a conocer a el órgano encargado de resolverlo, es a través de los medios de prueba, los que intentan reproducir la realidad histórica de los hechos, para que se encuentre la solución jurídica más adecuada al caso concreto, con el fin de mantener y reestablecer el orden y la paz social.

Para conocer la realidad histórica del conflicto social, es necesario que las partes aporten los medios de prueba, en que basan sus pretensiones. La prueba dice Alsina (8), persigue la comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende, por lo tanto se prueban los hechos, y no todos los hechos, solo los controvertidos y pertinentes, y como regla general el derecho no esta sujeto a prueba pues éste es conocido por el Juzgador (principio Iuria Novit Curia sin embargo, Couture (9), enseña que hay varios casos en que se producen excepciones, como sucede cuando la existencia de la ley es discutida o controvertida, en cuyo supuesto hay que probarla, cuando la costumbre es fuente de derecho, hay que probar la existencia del derecho consuetudinario, y también en el caso del derecho extranjero. Yo, me atrevería a agregar a la afirmación de Couture que la costumbre, y forma más amplia la cultura, es necesario probarla, cuando:

1. El derecho consuetudinario es fuente de derecho.
2. El derecho consuetudinario, debe tomarse en cuenta al momento de resolver por los órganos jurisdiccionales;
3. La cultura, en sus distintas manifestaciones, debe tomarse en cuenta por el Estado al realizar su actividad jurisdiccional.

En base a éste preambulo, trabajaremos el presente capítulo. Me atreveré a formular una definición propia de Peritaje Cultural, toman como base para la formación de la misma, los elementos que conforman su concepto, los que estudiaremos a continuación:

1.1 El Peritaje o Prueba de Expertos:

Utilizo la definición del recordado Maestro Mario López Larra (10), quien dice: "El peritaje o prueba de expertos, es el medio de prueba, que tiende a ilustrar el criterio del juzgador, cuando para el mejor conocimiento de un hecho, persona u objeto, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio, o ciencia", el peritaje o prueba de expertos, es aquel medio de prueba que auxilia al Juez pues éste no es un sabio en todas las ciencias, y necesita en casos concretos, ser auxiliado por especialistas en distintas materias para comprender y entender mejor el hecho controvertido, por ejemplo de un Ingeniero en un conflicto sobre la composición de cierto material, un Médico en un conflicto relacionado con la medicina, de un psicólogo para determinar el estado mental de un delincuente, y así podríamos continuar la lista, dependiendo del conflicto de que se trate, puede ser que el juez necesite o no auxilio de un perito. En nuestro caso pon

8. Citado por Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil. Tomo I. p. 560

la interrogante: ¿Necesitará el Juez, un Perito para conocer la cultura y/o derecho consuetudinario de los sujetos procesales, cuando debe resolver tomando en cuenta dicha cultura y/o derecho consuetudinario?. Cuestionamiento que contestaré en el transcurso de la investigación.

De la definición de Larrave, tomaremos las características esenciales:

- a. El Peritaje, es un medio de prueba;
- b. El Peritaje, ilustra el criterio del Juez;
- c. El objeto del Peritaje, es el mejor conocimiento de un hecho, persona y objeto. En este elemento agregaría en atención al presente trabajo, el mejor conocimiento de la cultura de un sujeto procesal;
- d. Para practicar el Peritaje, se requieren conocimientos especializados de un arte, oficio, ciencia o cultura determinada.

1.2. Cultura:

Utilizo una definición del equipo de educación del Instituto Indigenista de México (11), por considerarla adecuada tomando en cuenta que realizo un estudio jurídico y no antropológico, aunque nos auxiliaremos de dicha ciencia para esta investigación.

"Cultura, se concibe como el conjunto de normas, valores, símbolos, conocimientos y prácticas de la vida humana en una sociedad".

La cultura es una de las principales características para diferenciar y distinguir a diversos grupos sociales, es la forma como un grupo social entiende, vive, trabaja y ve el mundo; y se llega a manifestar de diversas maneras, en el lenguaje, el vestir, modo de pensar, forma de producir, los hábitos de conducta, los sistemas de organización, y en las normas sociales que regulan la conducta de los miembros del grupo, lo que conocemos como el derecho.

Debemos establecer que entenderemos por Derecho, el Maestro Vicente Osorio (12), define al derecho como: "Una forma de vida humana objetivada, colectiva o social con carácter de imposición normativa"; el derecho nace en un grupo social, es una manifestación de la cultura, por estar hecho por los hombres en la convivencia social. Si entendemos al derecho como manifestación y producto cultural de los pueblos, podemos decir que cada pueblo crea su propio derecho y lo mantiene vigente y positivo en la medida que regula la conducta externa de sus miembros, en sus relaciones dentro del grupo social; este derecho creado, se manifiesta a través de normas, que pueden ser escritas o no. Cuando a las normas sociales el grupo social les reconoce la fuerza normativa necesaria para considerarlas de aplicación obligatoria, se les conoce como derecho consuetudinario (el cual desarrollaremos más adelante), que de hecho existe en distintas étnias en Guatemala, como lo estudiaremos en este trabajo.

Es importante recordar que la cultura forma parte de las ciencias

9. Idem. p. 561

10. López Larrave, Mario. Introducción al estudio del Derecho Procesal

sociales, y éstas se encuentran en constante cambio, y como tal es dinámica, pero a pesar de ello, hay elementos que se logran conservar en el grupo social, como la imposición normativa, escrita o no, y llega a ser parte de la identidad de los miembros de un grupo social. La identidad, debe respetarse en cualquier actividad social en que se involucre un individuo, y más aun en la actividad jurisdiccional que realiza el estado.

De la definición, de cultura podemos establecer sus características:

- a. Conjunto de normas, las que pueden ser escritas o no, y que son las que regulan la conducta de las personas dentro del grupo social;
- b. Conjunto de valores, que son formados por los intereses y fines propios del grupo social y que satisfacen necesidades propias del mismo, y estos pueden ser diversos a los valores de otros grupos;
- c. Conjunto de símbolos;
- d. Conjunto de prácticas, de diversa índole, religiosas, económicas, familiares, etc;
- e. Las Normas, valores y símbolos se derivan de la vida humana en un grupo social, y que tienen su origen en la convivencia social.

1.3. Peritaje Cultural:

1.3.1. Definición del concepto:

Después de definir que es Peritaje y que es Cultura y establecer sus elementos, podemos definir que es el Peritaje Cultural, tomando como base las exposiciones anteriores: Podemos decir que se entiende por Peritaje Cultural:

"El medio de prueba, por virtud de cual, el Juzgador ilustra su criterio, para el conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo, en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que interesa, que el Juez toma en cuenta al momento de resolver".

El Juez, al realizar el Peritaje Cultural, se ilustra de la cultura de los sujetos procesales, incluyendo las normas sociales que regulan la conducta del sujeto procesal como miembro de una comunidad o grupo social (derecho consuetudinario), y lo toma en cuenta al momento de resolver.

Con el Peritaje Cultural, se logra que el juez, al tomar la resolución, respete la cultura del sujeto procesal, siempre y cuando no se vulneren derechos constitucionales y/o Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados, por el país. De esta manera el sujeto procesal obtendrá una justicia mas cercana y acorde a su realidad social, y no tendrá que enfrentarse a una resolución tomada en base a normas jurídicas y patrones culturales, ajenos a su cosmovisión, y la mayoría de veces desconocidas. Al aplicar el Peritaje Cultural se logrará una verdadera aplicación de justicia la que cumplirá con

del Trabajo. p. 127

11. Instituto Indigenista Mexicano. La Cultura. p. 28

s fines deseados en un país pluricultural, logrando re-establecer o mantener el orden y la paz social.

El instituto del Peritaje Cultural, en un país como el nuestro, es:

Se basa en un derecho escrito, que no acepta como fuente de derecho costumbre, solo por delegación expresa de la ley o en defecto de la misma, y siempre que no sea contraria a la moral, orden público y que resulte probada (artículo 2 Ley del Organismo Judicial);

Tiene una realidad culturalmente heterogénea (lo cual ilustraremos al lector más adelante) formando una nación, desde sus inicios hasta la fecha, concebida como culturalmente homogénea; y,

Con un gran porcentaje de analfabetismo, que choca con la presunción *re et Jure*, que dice: "Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario" (artículo 3 de Ley del Organismo Judicial), consabida presunción del conocimiento de las leyes fundada en su publicación no es más que una ridícula ficción, como lo afirma el Maestro Italiano Francesco Carnelutti (13).

Será un instrumento que puede iniciar el cambio de mentalidades de los actores en la administración de justicia, hacia una Jurisdicción multiétnica, pluricultural y multilingüe.

Resulta necesario que el derecho consuetudinario, y la cultura de las etnias, en sus diversas manifestaciones, sean tomados en cuenta por el estado, al realizar su función Jurisdiccional, para poder juzgar y ejecutar lo juzgado conforme a la realidad social y cultural del país.

La ley del Organismo Judicial, exige que para tomar en cuenta la costumbre como fuente de derecho, se den dos casos el primero consiste en que exista defecto de ley (cuando no hay norma legal aplicable al caso concreto), y que la costumbre deba ser probada; en el segundo caso, por delegación expresa de la ley, en este caso también debe probarse la costumbre, y esto último, se realiza, a través del Peritaje Cultural. Pero que pasa, cuando no hay defecto de ley, la costumbre no se aplica, pero sí debe tomarse en cuenta al momento de aplicar la legislación nacional, por mandamiento constitucional, en sus artículos 58 y del 60 al 70, y en aplicación del artículo 8 del Convenio 169, de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Guatemala.

3.2. Elementos de la definición de Peritaje Cultural:

- . El Peritaje Cultural es un medio de prueba;
- . El Peritaje Cultural ilustra el criterio del Juzgador;
- . El Peritaje Cultural, auxilia al Juez dándole un mejor conocimiento de los distintos elementos que conforman la cultura de un individuo, y su calidad de miembro de un grupo social determinado. Como estudiamos estos elementos pueden ser normas, valores, símbolos, conocimientos y prácticas sociales;
- . El Peritaje Cultural se da a conocer a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que interesa; el experto puede ser un

2. Osorio, José Vicente. Estudio Filosófico del Derecho. p. 32

3. Carnelutti. Derecho Consuetudinario y Derecho legal. p. 7

miembro de la comunidad conocedor de su cultura, etc. antropólogo, sociólogo, etnólogo, un cacique, principal, anciano, o e. El Peritaje Cultural debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de resolver un conflicto social. Dejo claro, que el juez toma en cuenta los elementos culturales del sujeto procesal, entre estos el derecho consuetudinario, y no resuelve, conforme el derecho consuetudinario pues el mismo no es fuente de derecho en nuestra legislación nacional a menos que sea por defecto de ley o delegación expresa de la misma en los casos en los cuales también debe ser probado a través del Peritaje Cultural.

2. FACTORES QUE IMPLEMENTAN LA APLICACION DEL PERITAJE CULTURAL.

Los factores que implementan y hacen necesaria la aplicación del Peritaje Cultural en el ordenamiento jurídico guatemalteco son:

2.1. FACTORES ANTROPOLOGICOS.

La antropología es definida como "La ciencia que estudia a la sociedad y a la cultura humana." (14), y como toda ciencia tiene diversas ramas o especialidades, nosotros estudiaremos las que nos interesan para el presente trabajo, como lo es, el campo de la antropología cultural y la aplicada a grupos étnicos. Del conocimiento de éstas, nos daremos cuenta del por qué es necesario que en toda actividad jurisdiccional en que intervienen sujetos procesales de distintas etnias o grupos sociales, se tome en cuenta su cultura.

El presente trabajo no es un estudio antropológico, por que lo describiremos rasgos culturales de cada grupo étnico, lo que traerá una investigación compleja y extensa, que dejamos para el campo de los antropólogos.

En esta sección, definiremos los conceptos de: "cultura", y "grupo étnico", para poder entender que significa un país multiétnico pluricultural, conceptos de moda en este tiempo y utilizados muchas veces sin comprender el significado real de los mismos.

2.1.1. Cultura:

A continuación desarrollaremos y abordaremos algunos componentes de la cultura, con el objeto de revelar su importancia en un grupo social y la necesidad de que ésta sea tomada en cuenta al aplicar la justicia en un país como Guatemala.

Recordemos que modernamente el concepto cultura, en la actualidad se le concibe como: "El Conjunto de normas, valores, símbolos, conocimientos y prácticas derivados de la vida humana en sociedad" (15) definición que utilizamos ut supra.

La cultura se manifiesta de diversas maneras, y es una de las principales formas de distinguir un grupo social de otro, la cultura

14. Instituto Indigenista Mexicano. Op. Cit. p.12

15. Idem. p. 7

permite observar rasgos específicos y modos propios de vida, como: el lenguaje, las costumbres, hábitos de conducta, la vestimenta, la espiritualidad, y otros; estos rasgos han sido transmitidos de generación en generación ya sea en forma oral o escrita, y estos forman características propias que identifican a los miembros del grupo social de otro, y le dan a cada individuo una identidad.

Cada grupo social en su desarrollo histórico construye una identidad propia y forma su propia cultura, cuando hablamos de diversos grupos sociales, entendemos que existen tantas culturas como grupos, que, dependiendo de la situación y relaciones entre los mismos, éstas serán similares o diversas.

Siendo Guatemala, como más adelante lo analizaremos, un país multiétnico, tiene una diversidad cultural muy grande y rica, que puede servir para el desarrollo del país, si es tomada en cuenta y respetada, y no, para el estancamiento como otros piensan y afirman.

Para comprender mejor como se llega a configurar y desarrollar una cultura, estableceremos los elementos más importantes que la influyen y los que el Instituto Indigenista de México (16), considera como factores fundamentales, estos son:

a. Elemento Natural:

Este se encuentra conformado por el conjunto de características propias de la naturaleza en que se desarrolla un grupo social, tales como el clima, la geografía, la altitud, la tierra, y en general el medio ambiente al cual el ser humano y un grupo social se mantienen ligados en forma permanente. Este es un factor muy importante porque se relaciona con las tradiciones y costumbres que desarrollan los grupos étnicos, y a la vez, sirve de base para la organización económica del grupo social, en la producción de sus alimentos y de otros productos, la utilización de la tierra, el agua, los bosques, los animales, etc.; verbigracia en nuestro país este elemento a favorecido al desarrollo de la cultura del maíz, como algunos historiadores la llaman, en la que en base a este elemento natural surge una organización social, conocimientos, técnicas de cultivo, cuidados, tiempos de cosecha, dieta alimenticia, concepción de la vida y de la naturaleza. Situación que sería diversa, si estudiáramos de un grupo social asentado a las orillas del océano, de un lago, o de un desierto.

Por lo que podemos concluir que el medio ambiente genera costumbres, actitudes, una manera propia de vivir, e influye en la configuración y desarrollo cultural de un grupo social determinado.

b. La comunidad racial:

Este elemento se basa en la reproducción biológica de un grupo social, si es al interior (endogamia), las características físicas de los miembros del grupo serán similares y se mantendrá de generación en generación, el aspecto físico es parte de la identidad de un grupo social,

16. Idem. p. 9

hace que se identifique y diferencie de otros.

Es importante aclarar que hablamos de identidad del grupo, pues diferencias físicas existen en todas partes del mundo, y éstas no influyen en la configuración de una cultura, en factores de superioridad o inferioridad cultural, como muchos erróneamente lo han afirmado y otros apoyado, que ha llevado a la manifestación más baja del ser humano a través del racismo o xenofobia, entendiéndolo por está como el mecanismo ideológico de dominación de un grupo sobre otro, y que científicamente se ha basado en el desarrollo físico como un elemento de superioridad racial.

c. El elemento histórico:

Podemos afirmar, que todo grupo social hereda y reproduce su identidad como parte de un proceso histórico, que inicia con el desarrollo y evolución en sus ciencias sociales y naturales, en el arte, en la religión, en la forma de organización social; este proceso se expresa a través de su cultura, de esa manera, se puede decir que cada grupo social expresa su propia cultura, conforme a su realidad social.

Después de estudiar estos tres elementos que configuran y desarrollan la cultura de un grupo social, podemos reflexionar sobre el caso de Guatemala, al ser un país multiétnico, cada étnia, tiene una cultura configurada y desarrollada por factores naturales, biológicos e históricos, y por ende un conjunto de normas y costumbres y por que no decirlo un derecho propio, regularmente no escrito, al que conocemos como derecho consuetudinario, el cual regula la conducta de los miembros dentro su grupo social y es aplicado actualmente, y aquí surge la necesidad de tomar en cuenta está cultura al momento de resolver un conflicto social por la legislación nacional.

En nuestro país podemos hablar de una cultura nacional, que está plasmada en la legislación escrita, la cual ha sido creada y redactada por una sola étnia, y pensada para un estado culturalmente homogéneo, es decir: "que todos sus grupos, comunidades y sectores comparten un mismo idioma, un mismo sistema de creencias y costumbres, un mismo modo de pensar y actuar; y todo ser humano, todo grupo humano, toda comunidad humana son cultas por el solo hecho de ser humanas" (17), ésta legislación, choca con la realidad culturalmente heterogénea de nuestra país, es decir: "que en su territorio se encuentran poblaciones y grupos con diferentes idiomas, diferentes costumbres y creencias, diferentes modos de vida" (18), y es ésta la razón de este trabajo, tomar conciencia de que en un país multiétnico debemos tener un estado pensado para esta realidad, con leyes que la tomen en cuenta.

Dentro de esta diversidad cultural, está la cultura del ladino configurada y desarrollada por los elementos expuestos, e influenciada grandemente, por rasgos culturales europeos y anglosajona, y ésta es la que se encuentra plasmada en la legislación vigente.

17. Revista Momento. A.S.I.E.S. Año 8. No. 1-93. p. 4

18. Idem. p. 4

La cultura es un estilo de vida que adopta un grupo social, y si se tiene acceso al estado, trata de implementar su estilo de vida, sus propios valores, su forma de ver el mundo, su cosmovisión, a través de la política e ideologías, las que se convierten en principios, después normas y por último en el marco jurídico - político en que descansa la actividad del Estado, fenómeno que frena, muchas veces, el desarrollo y progreso cultural de otros grupos sociales, como ha sucedido en Guatemala, pues a la fecha poco se ha legislado para proteger y respetar las distintas culturas que existen.

Lo multiétnico del país, enriquece la cultura nacional, no visto desde la perspectiva del folklore, sino, como una fuente de valores que ayudarían a superar la cultura en general; algunos autores, describen Guatemala, como uno de los países más ricos, desde el punto de vista cultural, de América Latina.

A ésta cultura que impone su cosmovisión del mundo, algunos antropólogos la llaman "Cultura dominante o hegemónica", y a la cultura que desarrollan diversos grupos sociales, que por diversas circunstancias histórico-políticas, no tienen acceso al poder para manifestarse, la llaman "Cultura popular", la que definen como: "El conjunto de manifestaciones de carácter material, espiritual y social" (19), o sea que se integra por tres elementos fundamentales el material (su relación con el medio ambiente, la cual es muy importante para los grupos étnicos indígenas, pues ven en la tierra la madre del hombre y de la mujer, que los acompaña desde su concepción hasta su muerte, que les aconseja y les da mensajes a través de señales naturales, como la lluvia, el clima, los animales (20)), el social (las relaciones entre los miembros del grupo y con otros grupos, su relación con los semejantes, para mantener el equilibrio, es importante el respeto a los ancianos y autoridades, debe servir y amar a los semejantes para tener y llegar a la plenitud de la vida, se respeta a los padres, y abuelos porque tienen una gran energía que han adquirido por la experiencia y su Nahuatl es más fuerte, las autoridades porque éstos no son nombradas por el hombre, sino que tienen a cumplir con un mandato del creador (21)), y el espiritual comprendido por el arte, la religión, la psicología, la moral y otros, que podríamos decir es el eje fundamental, para ellos el creador es algo muy cercano, con quien se tiene relación muy estrecha, y su género depende de quien sea, el agua, el aire, la tierra, el sol (22)).

La cultura popular, como la llaman los antropólogos de occidente, está configurada y desarrollada por las distintas étnias, que en nuestro país constituyen la mayoría de la población, y la misma, no es tomada en cuenta al aplicar la "justicia nacional", lo pongo entre comillas, porque como lo explicamos cada grupo social tiene su propio sistema de administrar justicia, a través del derecho escrito o consuetudinario.

En nuestro país la facultad de administrar justicia está monopolizada por el estado y los entes en que éste delega la función jurisdiccional, que son los tribunales de justicia, y éstos han de aplicarla en base

9. Diaz Polanco. La Cuestión Etnico Nacional. p. 27

10. Tuy, Carmen. Conferencia. U.S.A.C.

al principio de legalidad, utilizando únicamente el ordenamiento jurídico escrito, ya que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario, como lo establece el artículo 3 de la Ley del Organismo Judicial. Esta concepción de la aplicación de justicia en Guatemala, se modificará, en virtud de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, lo que explicaremos en el punto siguiente.

En conclusión, Guatemala tienen una realidad de diversidad cultural partiendo de que cada etnia ha desarrollado y configurado una cultura propia, que se manifiesta de diversas formas, y que hacen que cada cultura tenga particularidades que las diferencian entre sí, y por no ser éste un trabajo antropológico, como lo mencionamos, no profundizaremos en detallar esas particularidades que tiene cada etnia en nuestro país que la hacen diferenciarse de otras, lo que quiero recalcar es que cada etnia tiene una cultura propia, y como lo afirma el Instituto Panamericano de Geografía e Historia de México, en su ensayo La Cultura (23): "Todo lo que se enmarca dentro de la cultura, es aceptado por sus miembros en tanto que responde a la necesidad de reproducción biológica, económica y cultural de la sociedad de que se trate. Por lo tanto, si satisface esas necesidades de reproducción, será función para el grupo; esto quiere decir, que cada grupo o sociedad estructura su cultura en función de dicha reproducción, y en tanto que eso funcione no existe parámetro alguno para calificar o suponer "inferior" "superior" a ninguna cultura. Lo más que podría decirse, en todo caso es que algunas sociedades quizás están más desarrolladas, pero nunca superiores a otras".

De el factor antropológico cultural desarrollado, podemos observar de que un ser humano como miembro de una etnia posee una cultura e identidad propia, que le da una cosmovisión del mundo distinta a la de otro individuo que pertenece a otro grupo social, por lo que, es necesario tomar en cuenta este factor al momento de resolver un conflicto social de cualquier materia de que se trate, civil, laboral, agrario, penal administrativo.

2.1.2. Etnia:

Iniciaremos por establecer que es una etnia o un grupo étnico, este término, se utilizó por primera vez en 1896 por G. Vacher de La Poigne (24), quien propone la palabra ethne o etnie, que la considera más adecuada que pueblo, raza, nación; para designar una cohesión intergrupal existente en el interior de fronteras nacionales, a pesar de utilizar lenguas diferentes.

En 1919 el Médico F. Regnaud (25), propone que se diferencie entre la noción de raza que se había utilizado como una categoría exclusivamente anatómica por la de etnia, que le asigna una dimensión psíquica, que se puede distinguir en forma clara de pueblo, nación y estado, y como otros estudiosos le da siempre una dimensión lingüística, como el caso

21. Idem.

22. Idem.

de muchos autores guatemaltecos, que tienden a enumerar las étnias por la cantidad de idiomas que se hablan en el país, menciona la Lic. Déleon Meléndez en su trabajo "Etnia Y Genero" (26), que fue en 1935, a través de el ruso Shirokogoroff, que se aporta una verdadera teoría de la étnia, a la cual se le designa tanto en ruso como en inglés "ethnos". Dicha teoría parte del principio de que es necesario un origen, costumbres, lengua y organización social común, para poder hablar de grupo étnico.

Antonio Gallo investigador guatemalteco (27), menciona cuatro aspectos para poder llegar a comprender el término "grupo-étnico", y estos son:

1. El grupo étnico es un grupo de personas biológicamente autoperepetuado o sea el grupo posee una seguridad de continuación a través de la generación. Ordinariamente hablando, en el grupo se nace. En este aspecto pueden presentarse algunas excepciones. (Por ejemplo, cuando un individuo queda absorbido por el grupo, pongamos con un matrimonio).
2. Todos los miembros del "grupo" comparten el mismo conjunto de valores culturales, realizados en unidades abiertas. Esto significa que dentro del grupo existe una escala de valores compartida prácticamente por todos los integrantes del grupo. Esto no excluye que en el mismo grupo algunos de los valores sean objeto de intercambio a lo largo de los años. Hablamos aquí en general del conjunto de valores.
3. "Cada-grupo" establece entre sus miembros un campo de comunicaciones y de interacciones que abarca los individuos que lo compone. Este campo de comunicaciones es, naturalmente, una característica propia y exclusiva del grupo. La comunicación puede desarrollarse a través de la lengua, de cierto típico lenguaje, jerga, modismos, o bien ritos, ceremonias, forma de reconocer la autoridad, percepción de vínculo de las relaciones entre los miembros del grupo, y el sentido de las jerarquías propio de cada grupo.
4. Cada individuo de un grupo posee el sentido de membrecía que lo identifica con su propio grupo.

En general dice Antonio Gallo, se puede observar que una "cultura-común" al grupo no entra como elemento definitorio del grupo étnico. La cultura común es más bien la consecuencia de la existencia de un grupo y no la causa.

Para comprender mejor que es un grupo-étnico utilizaremos la definición de Franco Gabriel Hernández de la Alianza de Profesionales Indígenas Bilingües (28), quien lo define así: "Grupo social poseedor de una lengua propia, una cultura propia, una historia propia, un territorio jurídico o socialmente determinado", consideramos una definición apropiada pues toma en cuenta los elementos desarrollados por el ruso Shirokogoroff, y los aspectos de comprensión de Antonio Gallo. Quisiera atreverme a mencionar que el aspecto fundamental del grupo étnico

23. Serie Cuestión Etnico Nacional en América Latina. p. 18

24. Déleon Meléndez. Etnia y Genero. p. 13

es que le da una identidad propia, tanto al grupo como al individuo que se identifica con el mismo, lo que trae como consecuencia la perdurabilidad de características esenciales que particularizan y diferencian al grupo de otros.

Después de definir que es un grupo étnico, trataremos de desarrollar la complejidad étnica en Guatemala, recordando que el presente no es un estudio antropológico de la realidad étnica guatemalteca, mencionaremos aspectos generales que permitan comprender al lector la diversidad étnica del país y sus efectos y consecuencias en la aplicación de justicia.

a. Marco etnográfico:

La extensión territorial de Guatemala, es de 108,889 kilómetros cuadrados, y su población aproximada es de 10.5 millones de habitantes, según encuesta de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales, pues según el censo oficial de los 90' continuamos siendo la misma población del censo de 1979. Para poder determinar cuantos grupos étnicos existen en Guatemala, se utiliza un criterio lingüístico, ya que lamentablemente existen pocos o ningún trabajo al respecto, y no precisamente por la falta de investigadores capaces, sino producto también de la guerra que sufrió el país, que trajo como consecuencia la violencia política que afectó a la sociedad en su conjunto, y el debate, estudio e investigación quedó truncado con la muerte y exilio de muchos intelectuales; no podemos tomar tampoco como base un censo oficial para determinar la cantidad de grupos étnicos en el país, pues el criterio de cuantificación utilizado en los censos nacionales de población, es la clasificación de la sociedad guatemalteca en indígena o ladina, catalogando a las personas o preguntándoles directamente si era indígena o ladino, queremos aclarar entonces que manejaremos en la presente investigación una enumeración de grupos étnicos basada en criterios lingüísticos, recordando que la lengua es uno de los elementos del grupo étnico, y no puede reducirse a ello la enumeración de los mismos, pero por la falta de material y siendo el método utilizado a la fecha, lo tomaremos como base.

De esta manera en Guatemala se hablan 24 idiomas, y de acuerdo al criterio lingüístico tenemos 24 "grupos-étnicos" (podríamos hablar de grupos de hablantes en términos reales, pero lo tomaremos como grupos étnicos), utilizaremos los mencionados en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que hace una primera clasificación en pueblos maya, garífuna y xinca, y como integrantes del pueblo maya incluyen los Achi, Akateko, Awakateco, Chortí, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Q'anjob'al, Kaqchikel, K'iche', Mam, Poqoman, Poqomchi, Q'eqchi', Sakapulteko, Sipakapense, Tectiteco, Tz'utujil y Uspanteco, (la ortografía de los nombres de los idiomas Mayas, según el Decreto Legislativo 65-90, que crea la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala, es la siguiente: Achi, Akateko, Awakateco, CH'orti', Chuj, Itza', Ixil, Jakalteco, Kaqchikel, K'iche', Mam, Mopan, Poqoman, Poqomchi', Q'anjob'al, Q'eq,chi', Sakapulteko, Sipakapense, Tektiteko, Tz'utujil, y Uspanteko), y agregamos el idioma español, para hablar del grupo étnico ladino, idioma

25. Idem. p. 13

26. Idem. p. 13

cial en Guatemala, como lo establece el artículo 11 de la Ley del Anismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República, y por el Decreto 1483 del Congreso de la República de fecha 24 de agosto de 1961, se obliga a utilizar únicamente el idioma español en la Educación Pública, Universidad de San Carlos de Guatemala y entidades administrativas de gobierno, situación que se modificará según lo acordado políticamente cuando modifiquen la Constitución de la República.

Marco geográfico:

La ubicación geográfica de cada grupo étnico, en Guatemala, según Mapa Lingüístico, elaborado por Narciso Cojtí "Francisco Maroquín", el siguiente:

- Achi: es hablado en cinco municipios del departamento de Baja Verapaz.
- Akateko: es hablado en dos municipios del departamento de Huehuetenango.
- Awakateko: es hablado en el municipio de Aguacatán, del departamento Huehuetenango.
- Chortí: es hablado en un municipio del departamento de Zacapa; en cuatro municipios del departamento de Chiquimula;
- Chuj: es hablado en tres municipios del departamento de Huehuetenango.
- Itza: es hablado en seis municipios del departamento del Petén.
- Ixil: es hablado en tres municipios del departamento del Quiché.
- Jakalteko: es hablado en seis municipios de Huehuetenango.
- Q'anjob'al: es hablado en cuatro municipios de Huehuetenango.
- Kaqchikel: es hablado en cuarenta y siete municipios de los departamentos de Guatemala, Sacatepéquez, Chimaltenango, Escuintla, Sololá, Suchitepéquez, y Baja Verapaz.
- K'iche': es hablado en sesenta y cinco municipios de los departamentos Sololá, Totonicapán, Quetzaltenango, Quiché, Suchitepéquez, Retalhuleu.
- Mam: es hablado en cincuenta y seis municipios de los departamentos Quetzaltenango, San Marcos, Huehuetenango.
- Mopan: es hablado en cuatro municipios del departamento del Petén.
- Poqomam: es hablado en seis municipios de los departamentos de Guatemala, Jalapa y Escuintla.
- Poqomch'i: es hablado en siete municipios de los departamentos de Baja Verapaz, Alta Verapaz, y El Quiché.
- Q'eqchi': En los departamentos de El Quiché, Alta Verapaz, El Petén, Izabal.
- Sakapulteko: se habla en Sacapulas municipio de El Quiché.
- Sipakapense: se habla en Sipacapa, municipio de El Quiché.
- Tectiteco: se habla en Cuico y Tectitán, municipios de Huehuetenango;
- Tz'utujil: se habla en seis municipios de los departamentos de Sololá y Suchitepéquez;
- Uspanteco: es hablado en Uspantán, municipio del departamento de El Quiché.
- Garifuna: se habla en dos municipios del departamento de Izabal.
- Xinca: se habla en siete municipios de los departamentos de Santa Rosa y Jutiapa.
- Español: este idioma se habla en casi todo Guatemala.

En conclusión en Guatemala, con un criterio lingüístico, existen

- 7. Gallo Armosino. Identidad Nacional. p. 30
- 8. Déleon Meléndez. Op. Cit. p. 15

24 "grupos étnicos", es importante hacer ver que algunos idiomas est por desaparecer y los hablantes se reducen a dos o tres mil persona y además unos idiomas son derivaciones de otros más fuertes, por lo q los "grupos étnicos" en su número reducirían, pero es significativo q la mayoría de la población guatemalteca es indígena (no ladina), p lo que estamos, como ya lo dijimos anteriormente frente a una realid Pluri o Multi étnica, y si retomamos lo que dice Antonio Gallo, de q de cada "grupo étnico" surge una cultura, podemos afirmar que Guatemal es un país pluricultural, y que cada cultura debe participar en pie igualdad con las otras culturas del país, y por lo tanto se justifi de nuevo la necesidad de tomar en cuenta esta diversidad cultural p los actores de la administración de justicia, de respetar la cultu de cada grupo étnico en sus diversas manifestaciones, siendo una de ell el derecho consuetudinario.

2.2. FACTORES JURIDICOS:

Dentro de los factores jurídicos que implentan la aplicación d Peritaje Cultural estudiaremos la legislación nacional y los antecedent constitucionales de la misma, así como el derecho consuetudinario dan ejemplos de casos concretos en Guatemala, y por último el Convenio 1 de la Organización Internacional de Trabajo, haremos una breve referenc histórica del mismo y un comentario analítico de los artículos que n interesan.

2.2.1. Legislación Nacional:

Este factor es de gran importancia para el presente trabajo, él trataremos de analizar: en que momentos y con que intensidad se tomado en cuenta o no, la realidad multiétnica y pluricultural del paí y si ha existido o existe discriminación de las diversas étnias, en ordenamiento jurídico guatemalteco, teniendo en cuenta que: "El pueb sumiso a las leyes, debe ser su autor" (29).

Desde la fundación del estado de Guatemala, y antes, se ha veni legislando en base a las leyes y doctrinas imperantes en España; des las leyes de indias, que regían en la conquista, hasta el código civ vigente, que coincide casi exactamente con el español, inclusive en ubicación de institutos jurídicos en el articulado, situación simil ocurre con la normatividad del derecho penal, administrativo, agrari laboral, mercantil, notarial y procesal.

En Guatemala se ha legislado para un estado homogéneo culturalmen hablando, podemos imaginar el choque que sufrieron y sufren otras cultur en sus relaciones sociales, al tener que aplicar un derecho ajeno a s concepciones y valores, y si tomamos en cuenta la situaci socio-económica, diversidad lingüística y el alto porcentaje analfabetismo, podemos cuestionarnos sobre el marginamiento de la mayor de población con "el ordenamiento jurídico nacional".

29. Rosseau. El Contrato Social. p. 75

Es importante hacer un enfoque histórico de las distintas políticas legislativas adoptadas por el Estado de Guatemala frente a los grupos étnicos, para ello iniciaremos desde el periodo pre-independiente, pasando por la "fundación e independencia" de Guatemala, en 1821, hasta nuestros días, teniendo presente, como dice Asturias (30), que nadie puede ignorar nuestras farsas eleccionarias, en donde se dice concurren todos, argumento ridículo, pudiendo también argüirse que las leyes tienen carácter general, que abarcan a todos sin distinción alguna y que en tal caso el indio participa de ellas, pero esto que parece un argumento irrefutable no vale más que un discurso de los muchos que se dicen entre nosotros sobre las leyes, el derecho, la moral y la justicia. Cuestión de decir palabras, porque la realidad es otra, el hecho es diferente: la mayoría indígena vive fuera de la ley.

Tomo como referencia histórica las diversas Constituciones que han regido el Estado de Guatemala (31), tomando en cuenta que son la máxima expresión jurídica del país y representación del querer político e ideológico de "la población guatemalteca", dignamente representada en los Constituyentes, minoría "civilizada", que hasta nuestros días han olvidado o querido olvidar la realidad étnica del país.

a. Epoca pre-independiente:

La conquista española se realizó en los años de 1523 y 1524, la legislación se basaba en Cédulas Reales emitidas por los Reyes de España, Levene, citado por Castillo (32), afirma que el objetivo de dicha legislación era la supervivencia de los españoles y el trabajo de los indígenas para favorecer a los conquistadores, pero que chocaba con la existencia de un derecho indígena el cual era desconocido, muchas instituciones económicas y políticas de los pueblos indígenas, fueron utilizadas por los españoles para su beneficio, por ejemplo los corregidores españoles gobernaban junto a los caciques, para recolectar y controlar la tributación al Rey.

España, crea El Consejo de Indias, el que emite las Nuevas Leyes, estas nacen como una necesidad de enfrentar y frenar la crueldad con que eran tratados los indígenas, los que en algunos territorios, como en La Española, llegaron a escasear al punto, de tener que traer negros del África para el trabajo.

Al respecto de las Nuevas Leyes, manifiesta Solórzano (33), estas contenían principalmente los siguientes puntos, reorganizaban el sentido jurídico y económico de la encomienda, la establecieron como una forma de tributación, de parte de los indios al encomendero, así se le quitaba el carácter personal y esclavista que tenía la encomienda, se ordenaba no abusar de la resistencia física de los indios, y prohibían el maltrato a los aborígenes. Un antecedente importante, de estas nuevas leyes, fue el decreto del Papa Pablo II, en 1537, que declara libre a los indios, aunque no estuvieran bajo la fe de Cristo, eran libres en sus bienes y personas. Las nuevas leyes entraron en vigencia en 1542, su puesta en práctica fue muy difícil, debido a el arraigado esclavismo que ejercían

30. Asturias, Miguel Angel. El Problema Social del Indio. p. 10

31. Digesto Constitucional. Revista del Colegio de Abogados de

los españoles y sufrían los indios, lentamente dieron una nueva organización política a la colonia, y los indígenas de esclavos, pasaron a ser gobernados, por los corregidores, quienes como lo relatamos, gobernaban a la par de los caciques o principales para la recolección de los tributos, no obstante el esclavismo (disfrazado de encomienda) no desapareció y continuo muy arraigado hasta la época de la colonia, y aún después.

Por Real Cédula de 1551, el Rey Carlos V, ordena que se agrupen a los indios en poblaciones, con fines de adoctrinamiento y mejor control tributario, estas reducciones se convertirían más tarde en pueblos indígenas, y estos en cabildos, y después en las primeras municipalidades indígenas, y desde un punto de vista antropológico en grupos sociales (étnias), que desarrollarían sus propia cultura.

Guatemala, como Colonia de la Corona de España y de las Indias, sufrió de los acontecimientos políticos de España, y se llega regir también por la Constitución de Bayona, Ciudad de Francia, decretada el 6 de julio de 1808, conjuntamente con Napoleón Emperador de Francia y Rey de Italia, por la que se establece una Monarquía constitucional, en la que se toma en cuenta para la integración de las Cortes (organo legislativo) en el estamento de la representación de las provincias de España e Indias, a un diputado de Guatemala, el cual era nombrado por el Virrey o Capitán General en su respectivo territorio, para un periodo de ocho años, y con el requisito de ser propietario, artículos 1, 2, 3, 61, 87, 92, 93 y 94 de la Constitución de Bayona, como podemos observar está es la primera representación de la colonia de Guatemala, en un órgano legislativo de la corona de España, el cual era electo por el Virreinato, sería utópico pensar en una representación nativa de Guatemala, en dichas Cortes.

La organización social y sus instituciones fueron impuestas en nuestros pueblos, y estas por orden Constitucional solo podían ser dirigidas por españoles (artículo 141), y se establecía como religión oficial la Católica, en esta Constitución ni se llega a mencionar la existencia de poblaciones de nativos en las provincias de América, pues no se les considera como tales, sino como instrumentos de trabajo, y en algún momento histórico se llevo a dudar de su naturaleza como seres humanos.

El 19 de marzo de 1812, se promulga la Constitución Política de la Monarquía Española, en Cádiz, conocida como la Constitución de Cádiz, en está se integraba la Nación española, con la reunión de los españoles de los dos hemisferios (Europa y América), declarando como Religión perpetua y oficial la Católica Romana, se norma todo lo relativo a la facultad legislativa de las Cortes, poderes del rey, la sucesión de la corona, se determinaba a quienes se catalogaba como españoles en el artículo 5, y lo relativo a la administración de justicia, la cual solo podía aplicarse a los españoles y no a los nativos, regulado en sus artículos 286 y 309. En está no se hace mención alguna de derechos de

Guatemala. Números 4, 5, 6 y 7.
32. Castillo González. Derecho Administrativo. p. 158

los nativos de las provincias conquistadas, el derecho era impuesto a la población del territorio conquistado, sin otorgarles concesiones ninguna clase. Si recordamos el representante de la provincia de Yucatán, ante las Cortes, fue el doctor Larrazabal y Arrivillaga, la Constitución que nació en Cádiz, no duro por mucho tiempo, cuando el Rey Fernando VII, disolvió las Cortes, y puso en vigencia las instituciones del periodo feudal, entre ellas la inquisición, institución que permanece hasta 1820, cuando se decreta la nueva Constitución de España, que daba cierta participación a las Colonias de América, pero como dice Solórzano (34), "Es cierto que al jurarse la Constitución en 1820 se trató de dar a los americanos cierta participación en la vida pública de la Península, pero algunas condiciones tales no permitían, ni dentro de ese nuevo marco, un progreso libre de la actividad económica y política", lo que trae como consecuencia los movimientos independentistas de las colonias americanas.

Epoca Independiente:

En 1821, la Colonia de Guatemala se declara independiente de la Corona Española, por rebelión de un grupo de criollos por temor a perder sus privilegios, y motivados por las corrientes independentistas de la época.

El 27 de diciembre de 1823, se crean las Bases Constitucionales de la Federación Centroamericana, que en sus 44 artículos no menciona a las poblaciones indígenas de Centro América, se establecía el poder legislativo integrado por representantes electos por el pueblo, así como el poder judicial compuesto por jueces elegidos popularmente, se da un paso importante como lo es la participación del pueblo en la elección de sus autoridades, pero es importante recordar quienes conformaban "el pueblo", sino, el grupo criollo, no ponemos en duda el sistema legislativo de la época, solo damos rasgos generales para darnos cuenta, de la participación legislativa de los pueblos nativos.

El 22 de noviembre de 1824, aquellas bases constitucionales, se hacen realidad en la Constitución de la República Federal de Centro-América, se continua con la tradición de la religión católica como oficial, el sistema de gobierno es una República, popular, representativa y federal, y en su artículo 13 establecía "Todo hombre es libre en la República. No puede ser esclavo el que se acoja a sus leyes, ni ciudadano el que trafique en esclavos", se abolía la esclavitud igualmente, aunque ésta de hecho se manifestaba de diversas formas con las poblaciones indígenas, quienes desconocían totalmente el significado de la Independencia del Estado de Guatemala, pues se encontraban en la misma situación que la época pre-independiente, y como dice Asturias (35), refiriéndose a la abolición de la esclavitud, se puede pensar que este hecho removió al indio, hasta aquí el dolor de esa raza vencida!... cuando pasó, el indio siguió en su mismo estado de siervo, trabajando forzadamente con pretexto del adelanto de la Agricultura del país, la abolición de la esclavitud no tuvo que ver en nada con la mayoría explotada del país, que siguió siendo esclava.

3. Solórzano, Valentín. Evolución Económica de Guatemala. p. 43

4. Idem. p. 208

Se inicia un periodo en que el Estado trata de homogeneizar a la población, verbigracia, el decreto emitido por el Congreso Constituyente el 29 de octubre del mismo año, el que consideraba: "que debe ser un el idioma nacional y que mientras sea tan diversos como escasos imperfectos los que aún conservan los primeros indígenas, no son iguales ni comunes los medios de ilustrar a los pueblos, ni de perfeccionar la civilización en aquella considerable porción del estado..., y por lo tanto, decretaba: 1. Los párrocos de acuerdo con las municipalidades de los pueblos, procurarán por los medios más análogos, prudentes y eficaces, extinguir el idioma de los primeros indígenas". (36), podemos pensar como discutían aquellos legisladores constituyentes preocupados en extinguir los idiomas nativos, mientras las grandes poblaciones indígenas trabajaban en el campo sin enterarse de las leyes que promulgaba aquella Asamblea Constituyente, que tenía la "representación del pueblo".

La falta de coordinación entre las provincias y la mala administración del Gobierno Federal, produce que cada una redacte su propia Constitución.

El 11 de octubre de 1825, se decreta la Primera Constitución del Estado de Guatemala, la cual estuvo vigente hasta la desaparición de la Federación en 1851. En su contenido no varía mucho de la constitución de la federación, y reconociendo a los ciudadanos los derechos de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, no haciendo distinciones entre los ciudadanos, y estableciendo el artículo 172 "Todos los ciudadanos y habitantes del Estado, sin distinción alguna estarán sometidos al mismo orden de juicios y procedimientos que determinen las leyes", pero cuando eran conocidas por las poblaciones indígenas estas leyes y los procedimientos de las mismas.

En esta primera Constitución no se menciona nada sobre la realidad multiétnica y pluricultural del país, al igual que las siguientes hasta nuestros días.

Por los años de 1832 a 1835, periodo de Mariano Gálvez, se dicta una serie de disposiciones que propiciaban la desaparición de los rasgos culturales, como la disposición del 31 de agosto de 1835 (37), que prohibía el uso de la vestimenta indígena, disponiendo que cualquier indígena que ejerciera algún cargo de síndico o alcalde, deberá hacerlo con cotón, chaqueta o frac, camisa de cuello, calzones mayores y botín o bota", en los años siguientes, se da un carácter proteccionista e integracionista de los pueblos indígenas, dictando disposiciones para integrarlos al estado, y no para integrar al estado con los indígenas. El 19 de abril de 1837, la Asamblea legislativa deroga el trabajo obligatorio, y crea las "Habilitaciones", que consistían en adelantar que los propietarios de una finca daban a sus jornaleros, para que estos convertidos en deudores tuvieran que pagar con su trabajo y el de su familia el valor de la deuda, esta es una práctica no muy lejana a algunas fincas, se establece otra disposición por la que se crea la Gobernaciones Indígenas, tenían como fin hacer cumplir las leyes

35. Asturias, Miguel Angel. Op. Cit. p. 22

36. Duarte Ortíz. Preindigenismo en Guatemala. p. 36

nacionales, y controlar la productividad agrícola para recoger los excedentes, que serían contribuciones tributarias (38).

El 19 de octubre de 1851, retorno de Rafael Carrera al poder, la Asamblea Constituyente, decreta una nueva Constitución, contenida en el Acta Constitutiva de la República de Guatemala, que constaba de 18 artículos, sin mayores reformas a la anterior e inclusive dejando vigentes algunos artículos, ni mención alguna de los pueblos indígenas, pero el 3 de octubre de ese mismo año, el Gobierno, solicita a la Suprema Corte que: "por el abandono absoluto en las costumbre, cada vez más corrompidas, de la clase indígena ..., el gobierno acuerda: se manifiesta a la Suprema Corte ..., que en las causas y procedimientos contra los indígenas se procure aquella equidad que requieren las leyes de Indias ..., en cuyas disposiciones claramente se advierte el deseo de que esta clase, por su debilidad, sea gobernada con peculiaridad ... Que se dé cuenta a la Asamblea Constituyente, recomendándole la urgente necesidad de dictar una ley que impida la completa desmoralización de los indígenas por medios adecuados a sus costumbres, comprensión y necesidades, pues desde que se ha establecido el sistema de regirlos por las mismas leyes que a las demás clases, los pueblos se dispersan, y las montañas se van poblando sin ninguna policía..." (39), es importante está sugerencia del Gobierno de Don Rafael Carrera, Presidente Vitalicio de la República, porque es el primer antecedente histórico, en la época independiente, en que existe una preocupación sobre la aplicación de justicia hacia los indígenas, quienes no huían del trato igualitario, según la sugerencia, pues de haber sido en esa calidad de igualdad, no hubieran tenido motivo para huir, recordemos que se les obligaba a trabajar de jornaleros, está sugerencia era de remitirlos al trato de las leyes de Indias, de la Colonia, que fueron las que permitieron la explotación de las poblaciones indígenas, se hace un reconocimiento de una cultura diferente, que no tenía trato igualitario y que no comprendía las leyes "nacionales", en este momento inicia un periodo proteccionista y paternalista hacia las poblaciones indígenas, ese año la Asamblea Constituyente emite el 8 de noviembre un decreto que ordena: "Que los indios se mantengan separados en su administración de justicia y municipal si así lo solicitares ... que los indios no sean despojados de sus tierras comunales ... ni se les moleste para el servicios de las armas, ni se les permita abandonar los pueblos para vivir en los montes ..., los corregidores cuidarán de que en el archivo de sus respectivos departamentos haya y se conserve un ejemplar de la recopilación de Indias, a cuyas leyes deberán arreglarse en los casos que ocurran; ... deberán penetrarse del espíritu de aquellas leyes, para gobernar paternalmente esta recomendable clase y cuidar de que no se les perturbe en sus costumbres ... El Gobierno podrá, con el objeto de civilizar y reformar las costumbres de los indios, restablecer las pensiones de religiosos misioneros..."(40), por este decreto se separa a los indígenas de la administración de justicia, pero no se le da ningún valor a sus propias normas como grupos social, prácticamente se aísla a las poblaciones indígenas en Ghetos, y además se da un gran retroceso a disponer que se continúen aplicando Las Leyes de Indias, del tiempo de la Colonia,

37. Idem. p. 38

38. Idem. p. 42

y el objeto no era respetar su cultura sino reformarla, a manera de integrarlos a la vida nacional y después a "la legislación nacional", se puede deducir de esta norma, una política indigenista por parte del gobierno, teoría que considera que para que los indígenas puedan gozar plenamente de los derechos que las leyes establecen para todos los ciudadanos, deben dejar de ser indios, abandonar todos los elementos culturales propios y participar de manera activa dentro de la sociedad (41).

c. Epoca liberal:

En el año de 1871, arriba al poder Justo Rufino Barrios, conocido este periodo como la etapa liberal, se intentan dos proyectos constitucionales, pero la disputa ideológica y política entre conservadores y liberales, hace fracasar los intentos de restablecer la constitucionalidad y Justo Rufino Barrios, gobierna sin constitución, hasta 1879.

Durante este periodo, continua la igualdad formal de los ciudadanos, y se da un trato paternalista hacia los grupos étnicos, el 27 de diciembre de 1871, se crea una ley que establecía que los pueblos que se componían de indios y ladinos, las municipalidades debían formarse de dos clases, verbigracia, se acordó que en San Pedro Pinula la municipalidad se organizara de la manera siguiente: un alcalde lo. ladino; un 2o. natural; tres regidores ladinos y tres naturales, y un síndico ladino (42), de esta forma se aseguró la mayoría ladina en dicha alcaldía y se vulneró el principio de igualdad, y además no se puede tomar como una disposición que abre la participación indígena, si recordamos que estos son la mayoría y por lo tanto elegirían a sus propias autoridades, y posiblemente todas serían indígenas; esta situación se dió en los años siguientes en distintos municipios.

El 11 de diciembre de 1879 se decreta la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, la cual establece los derechos y garantías de los ciudadanos, todo guatemalteco, mayor de 21 años se consideraba ciudadano, y en el artículo 28 se garantizaba el derecho de propiedad; formalmente los indígenas eran considerados ciudadanos, pero se mantenían siempre en las mismas condiciones, no se les reconocía su derecho de propiedad, y se establecieron como "lote baldío" cualquier terreno que no estuviere inscrito conforme a "las leyes nacionales", es claro que el concepto de propiedad para los grupos étnicos era distinto del occidental, así como de que la mayoría de población indígena no tenía documentos legales para acreditar su derecho de propiedad sobre aquella tierra que habían ocupado sus abuelos, sus padres y ellos, y que se transmitían por la "costumbre" en forma oral, y se respetaba entre ellos, pero no fue reconocido por el "derecho nacional", y les fue despojada en grandes porciones. En este periodo, se entregaba la tierra para la siembra del trigo y el café, y se repartían los terrenos baldíos y ejidales entre los jefes políticos.

Está constitución fue reformada en 1885, 1887, 1897, 1903, y en 1921

39. Idem. p. 42

40. Idem. p. 47

El 11 de marzo, se reforma el artículo 8o. el cual establece que: "Son ciudadanos los guatemaltecos varones mayores de diez y ocho años: 1o. que sepan leer y escribir. 2o. Que desempeñen o hubieren desempeñado cargos concejiles", de esta forma se limita el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de elegir y ser electo, a la mayoría de población guatemalteca (indígena) y a las mujeres en general, analfabetas, no por opción propia, sino, por la falta de escuelas y tiempo para dedicarse al estudio, lo cual ocupaban en la agricultura en las fincas de café, trigo, y otras, suficiente esto para pensar quienes llegaban a el legislativo y a favor de quien eran dictadas las leyes.

Epoca Dictatorial:

El 9 de septiembre de 1921, se decreta la Constitución Política de la República de Centroamérica, la que estipulaba en su artículo 27, que eran ciudadanos centroamericanos los mayores de 21 años, los mayores de 18 que sean casados o sepan leer y escribir, continuando con la línea de la Constitución de Guatemala.

Se decreta una nueva constitución el 11 de julio de 1935, con la llegada al poder de Jorge Ubico, continua la ciudadanía únicamente para los varones mayores de 18 años que sepan leer y escribir, quien decreta la ley de Vialidad decreto número 1974, por el cual se obligaba a trabajar seis semanas a todos los individuos aptos en los caminos públicos, y en este caso los más afectados eran los jornaleros que no tenían dinero para pagar la comuta por el servicio a razón de un quetzal por día, la ley Contra la Vagancia, decreto número 1986, que perseguía garantizar mano de obra barata para las fincas de café, ley que consideraba obligos a los jornaleros que no tuvieran comprometidos sus servicios en las fincas, y esto obligo a los grupos indígenas en escoger entre la cárcel, trabajo público o trabajo en las fincas.

Epoca de cambio:

El 20 de octubre de 1944, es derrocado el General Ponce por el movimiento revolucionario, de carácter civico-militar, integrandose el poder ejecutivo por una Junta Civico-Militar compuesta por dos militares, Jacobo Arbenz y Javier Arana y un civil Jorge Toriello, por decreto el 28 de noviembre del mismo año, derogan la Constitución de 1879, la que era vigente y había sufrido múltiples cambios, y el 11 de marzo de 1945, se decreta la Constitución de la República de Guatemala, la que tiene grandes avances, entre ellos se reconoce la ciudadanía en el artículo 9 de la siguiente forma: "Son ciudadanos: 1o. Los guatemaltecos varones mayores de dieciocho años. 2o. Las mujeres guatemaltecas mayores de dieciocho años que sepan leer y escribir", se amplía la ciudadanía a todos los varones y se limita a las mujeres que no saben leer y escribir, un gran paso para la participación del pueblo indígena, se mejoran y amplían los derechos individuales y sociales de la población, se menciona por primera vez a las poblaciones indígenas en el artículo 7, en relación a la vivienda del trabajador indígena, y el artículo 3 norma: "Se declara de utilidad e interés nacionales, el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural

1. Corrientes Antropológicas. Serie Cuestión Etnico Nacional. p.8
2. Duarte Ortíz Op. Cit. p. 49

II



de los grupos indígenas. A este efecto, pueden dictarse leyes, reglamentos y disposiciones especiales para los grupos indígenas, contemplando sus necesidades, condiciones, prácticas, usos y costumbres". Esta es la primera vez que el estado se plantea el problema de crear una política para mejorar las condiciones de los pueblos indígenas tomando en cuenta sus costumbres creando las bases, para el inicio de la legislación en beneficio de la población indígena, que por la forma de redacción se puede decir que es de carácter indigenista y proteccionista, cuando habla de leyes especiales, pensamos en grupos especiales, que minoritarios, que merecen un trato especial, contrario a la realidad nacional, políticas que no se llevan a cabo por factores políticos ocurridos en 1954, con la llamada contra-revolución.

El 2 de febrero de 1956 se decreta la Constitución de Guatemala que mantiene el mismo sistema respecto a la ciudadanía, limita la creación de partidos políticos que propugnen ideologías comunistas o totalitarias, el sufragio es obligatorio para los que saben leer y escribir y se hace optativo para los analfabetos, y en los artículos 109 con una tendencia folklorista de ver a la población indígena se declara protección especial a las artesanías típicas, y en el artículo 110, se establece: "Se declara de interés público el fomento de una política integral para promover el desarrollo de la cultura y el mejoramiento económico y social de los grupos indígenas", de esta forma se traza una política integracionista e indigenista, al establecer la obligación del estado a promover el desarrollo de la cultura, y no el respeto de la misma.

f. Epoca del conflicto armado interno:

El 15 de septiembre de 1965, se decreta la Constitución de la República de Guatemala por la Asamblea Constituyente, sus artículos relevantes para el presente trabajo son el 13, en el que se reconoce la ciudadanía a hombres y mujeres mayores de 18 años, un gran avance y en relación a las garantías sociales, un gran retroceso, en el artículo 110 que establece: "El Estado fomentará una política que tienda al mejoramiento socio-económico de los grupos indígenas para su integración a la cultura nacional", fomentando así una corriente de indigenismo integracionista que establece que aún cuando las leyes establecen la igualdad de todas las personas nacidas en un mismo territorio, los grupos indígenas no podrán ser sujetos plenos de derecho, en tanto no integren, la integración a la cultura nacional, significa insertar al indígena dentro del sistema nacional, pensado para un estado homogéneo frente a una realidad heterogénea. A través de estas políticas se borran las diferencias culturales que caracterizan a las etnias de otras y se busca la homogeneización a la cultura nacional.

g. Epoca de transición hacia la democracia:

El 31 de mayo de 1985, la Asamblea Nacional Constituyente decreta la Constitución Política de la República de Guatemala, que entra en vigencia el 14 de enero de 1986, y la que en su parte dogmática, Título II, capítulo II, relativo a los Derechos Sociales, en la sección segunda de la Cultura, establece en sus artículos 58: "Identidad Cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.", es un gran adelanto, pues al reconocerse la identidad cultural de los

grupos étnicos Constitucionalmente, estos la pueden hacer valer, inclusive frente a la Administración de Justicia; por su parte es un gran adelanto el hecho de que se le otorga una sección, la tercera, para regular lo relativo a las Comunidades Indígenas, la que contiene los siguientes artículos 66: "Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendientes mayas. El estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos", en este artículo por primera vez en la historia Constitucional del Estado de Guatemala, se reconoce la existencia de los grupos étnicos indígenas, y se reconoce su forma de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje y el idioma, es decir las diversas formas como se manifiesta su cultura, por lo que los Tribunales de Justicia, en la administración de la misma y en cumplimiento con el artículo citado y el 204, deben respetar, la cultura en sus distintas manifestaciones, siendo una de ellas el derecho consuetudinario, al momento de que en un proceso judicial se hagan valer, debiendo resolver los casos concretos tomando en cuenta por orden constitucional la cultura e identidad de los sujetos procesales, y esto es posible a través del Peritaje Cultural. El 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.", en este artículo en forma tácita se reconoce el derecho consuetudinario en relación a la tierra, cuando dice: o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, con lo que se protege a los pueblos indígenas del despojo abusivo que se dió años atrás como lo expusimos, y que lamentablemente continua dándose, pues los mecanismos jurídicos para que los grupos étnicos hagan valer estos derechos constitucionales son cerrados, 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", norma vigente, pero no positiva, de que leyes especiales habla, si continua utilizandose la ley del Instituto de Transformación Agraria, de las pocas que tiene relación con el problema de la tierra, que en los últimos meses ha aumentado. 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", y por último el artículo 70 "Ley específica: Una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección." dicha ley después de 10 años de vigencia, no ha sido promulgada, y es ahí donde observamos la indiferencia y temor hacia el problema étnico nacional. La Constitución vigente adopta normas de reconocimiento de algunos derechos, como

concesiones graciosas a la población indígena, pero no reflejan a una nación multiétnica, pluricultural y multilingüe.

Del breve relato sobre la historia legislativa de nuestro país, a el lector dejo la tarea de responder el cuestionamiento inicial de este punto, ¿Ha existido o existe marginación de la población indígena en el ordenamiento jurídico guatemalteco?.

Es importante, que el lector se entere, que muchas de las políticas adoptadas en las épocas pre y post independientes de nuestro país, fueron también puestas en práctica en Sud-Africa, Estado ubicado al Sur del continente africano, en donde la población no blanca sufrió una segregación racial.

Por su similitud con nuestra realidad antropológica, por ser un país multiétnico y pluricultural, haremos una breve referencia de él, para que el guatemalteco inmerso en la realidad nacional, tenga una visión más amplia del significado de la discriminación étnica legalizada.

Sud-áfrica, fue descubierta en 1488 por los portugueses y ocupada en 1652 por los holandeses, quienes cedieron en el siglo XVII el territorio a Inglaterra. Los ingleses, abolieron la esclavitud a que se encontraban sujetas las distintas étnias por los colonizadores, pero fue una abolición de carácter formal, pues de hecho se seguía practicando, recordemos que esta medida también fue adoptada en Guatemala por la Corona Española.

De 1913 a 1927, entran en vigencia en Sud-áfrica las primeras leyes del apartheid, en las que se limitaba el derecho de propiedad a los miembros de las étnias conformadas por la población negra, y se les segregó en pequeños poblados, para su control y explotación física y tributaria, política similar adoptada por los colonizadores en Guatemala sobre la población indígena, en Sud-áfrica desde esos años hasta julio de 1991 se vivió el apartheid, que consistía en una política de desarrollo separado de razas, que se basaba en la explotación de la gente no blanca, que constituye la mayoría de la población.

Los derechos civiles, políticos, económicos y sociales, estaban reservados para la minoría de la población blanca, a través de diferentes leyes con un contenido racista, por esto se dice que en Sud-áfrica la opresión racial era legalizada, verbigracia la repartición del territorio que consta de 2,222,000 km² (22 veces el territorio de Guatemala), del cual el 83 % fue asignado a la población no blanca, que constituye el 13 % de la población total del país.

El Parlamento era llamado "De todos los blancos", al que tuvieron acceso parcial los negros hasta el año de 1984, con grandes dificultades y después de una gran lucha, y un acceso total hasta en las elecciones de 1994.

¿Podemos comparar nuestra realidad con la de Sud-áfrica?, para algunos será una exageración, pero en Guatemala, existió y existe un trato desigual en cuanto a consideraciones sociales y jurídicas hacia

población indígena.

¿Ha sufrido la población indígena del país una segregación racial alizada, como en el caso de Sud-áfrica?, a esta interrogante responde lector. Lo importante hoy es tomar conciencia de la situación de dicha población y aceptar la necesidad real de que en Guatemala se debe legislar administrar justicia para una nación multiétnica y pluricultural.

1.2. Derecho Consuetudinario.

Dentro de los factores jurídicos, que implementan el Peritaje natural estudiaremos al derecho consuetudinario o costumbre jurídica, definiremos, explicaremos su contenido y clasificación, y por último, veremos algunos ejemplos de como se manifiesta en las comunidades indígenas de Guatemala. En la actualidad, a pesar de no ser tomado en cuenta por el ordenamiento jurídico nacional, Guatemala vive una dualidad jurídica.

Definición:

El derecho consuetudinario, recibe diferentes denominaciones, entre las tenemos, derecho comunal, derecho paralelo, costumbre legal, derecho alternativo. En Guatemala ha sido denominado por los antropólogos y juristas estudiosos del tema como "Costumbre Jurídica Indígena", como analizamos en los factores antropológicos: étnicos y culturales. El derecho consuetudinario tiene su origen en la Costumbre, y ésta es una manifestación de la cultura, como producto de las relaciones sociales entre los miembros de una étnia o grupo social determinado; nace entonces de las relaciones sociales, que no son más que hechos sociales, y aquí coincidimos con la doctrina de "La fuerza normativa de los hechos", creada por Jorge Jellinek (43). Dicha teoría, expone que el hecho social se transforma en hábito social, lo que produce en la conciencia de quienes practican, la creencia que es obligatorio, y así, lo normal pasa a ser costumbre, y lo acostumbrado se transforma en lo debido, y lo debido respetado y acatado por los hombres, de esta manera un uso social quiere de su repetición continua y constante la categoría de obligatorio, y es aquí donde surge el derecho consuetudinario.

Cuando la costumbre se recoge en normas jurídicas escritas, se convierte en derecho escrito o vigente, en caso contrario, continua en el carácter de norma social, a la que un grupo social determinado le da la fuerza de obligatoria.

En el derecho romano, fuente del derecho occidental y éste último el nuestro, a la repetición continua y constante de un uso social, se le conoce como: Inveterata Consuetudo; y a la convicción de su uso obligatorio: Opinio Juris. Cuando convergen ambas situaciones nace la costumbre o derecho consuetudinario, como un uso establecido por un grupo social, que llegan a considerar de carácter obligatorio.

Utilizaremos en el presente trabajo la definición del Lic. López

3. Citado por García Maynez. Introducción al Derecho. p. 62

Godínez (44), que dice: "El Derecho Consuetudinario es aquel que aplica justicia con base en las costumbres de una comunidad, las cuales adquieren valor jurídico y cuyos legisladores y sancionadores son los miembros de la propia comunidad o colectividad donde se dan los casos". Los elementos esenciales de la misma son cuatro:

- a.1. El Derecho Consuetudinario es aquel que aplica la justicia.
- a.2. Se basa en las costumbres de una comunidad. Para la aplicación de la justicia se basa en aquellas normas sociales a las que el grupo social ha dado fuerza normativa.
- a.3. La costumbre adquiere valor jurídico, por considerar el grupo social que por su uso continuo, constante y uniforme, (inveterata consuetudo) se llega al convencimiento que obedece a una necesidad jurídica (opinio juris).
- a.4. La costumbre es legislada y sancionada por los miembros de la propia comunidad. Las normas son creadas en base a los valores del grupo social y ésta es la explicación de la efectividad de las mismas, por el consenso que alcanzan en el grupo y son de conocimiento general, su transmisión es oral, de generación en generación y se perfecciona con el tiempo.

Este último elemento choca con la presunción legal Jure et Jure de conocimiento de las leyes, por su publicación en el diario oficial, en Guatemala. El Diario de Centroamérica, que tiene un tiraje diario ordinariamente de 8,940 ejemplares, y en forma extraordinaria en el caso de ediciones especiales de 10,000 ejemplares, para 10.5 millones de habitantes, que en un 35 % (según datos del gobierno en este año) es analfabeta y un 60 % habla otros idiomas, diversos al oficial, y ubicada espacialmente en lugares a los que no llega la electricidad, el agua y otros servicios básicos, y con suerte uno o dos días después llegan los diarios particulares, ¿Puede nuestro ordenamiento jurídico nacional alcanzar consenso en las comunidades indígenas?, definitivamente no esa presunción legal sigue siendo una ridícula ficción jurídica.

La legislación vigente, exige el conocimiento de las leyes y la aplica a todos los habitantes del territorio nacional, en base a la presunción legal sobre el conocimiento de la ley, de la cual surge un interrogante: ¿Por qué la ley Guatemalteca es vigente pero no positiva? La que respondemos así: la ley es vigente, porque cumple con los procedimientos formales legalmente establecidos para su creación; la ley, no es positiva, porque no se aplica en las relaciones sociales de todas las etnias en Guatemala, en virtud de no ser conocidas por los mismos y no tener consenso entre sus miembros, se hace efectiva con dificultad en la etnia ladina, lógicamente al ser este grupo social el legislador del "ordenamiento jurídico nacional".

b. Contenido del derecho consuetudinario:

La fuerza normativa de los hechos sociales de una etnia, crea un

costumbre de carácter sustantiva, que regula la conducta de los miembros de la comunidad, y otra, de carácter adjetiva, que regula la aplicación de la costumbre sustantiva a los miembros de la comunidad. En su contenido el derecho consuetudinario abarca al derecho sustantivo o material y al adjetivo o procesal, y este es positivo y eficaz, porque es de observancia general para una colectividad y llega a ser vigente cuando el Estado, a través de los mecanismos formales la convierte en ley escrita o le reconoce validez jurídica.

En Guatemala, el derecho consuetudinario se ha quedado en la positividad, y éste es aplicado de manera coetánea con el derecho vigente o estatal, en la mayoría de casos, como lo estudiaremos posteriormente, la costumbre no ha asumido el carácter de ley en virtud de ser la población indígena una minoría, a nivel cualitativo no cuantitativo, es decir políticamente, lo que no ha permitido crear la normatividad que reconozca su validez jurídica, lo que trae como consecuencia que su cosmovisión, no sea tomada en cuenta por la legislación nacional, no así sus costumbres pues en forma restrictiva, la Ley del Organismo Judicial, permite hacer uso de ella, lo que doctrinariamente se conoce como costumbre delegada, y esta se da cuando el derecho escrito, remite para la solución de una controversia, a la aplicación del derecho consuetudinario. La costumbre es supletoria a la ley, la ley remite a la costumbre siempre y cuando no sea contraria al ordenamiento jurídico vigente, esta clase es la aceptada por nuestra legislación como lo analizamos ut-supra, en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, que dice en su parte conducente: "La costumbre regirá... por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.", aunque de hecho, en Guatemala, la costumbre jurídica indígena llega alcanzar fuerza derogatoria, es decir cuando el derecho consuetudinario tiene tal preeminencia que aboga al derecho escrito. Como sucede en los grupos étnicos en Guatemala, muchas costumbres son practicadas por encima del derecho escrito, y alcanzan la categoría de derogatorias.

c. El Derecho Positivo en Guatemala:

En toda sociedad, existe un derecho positivo como conjunto de normas que regulan la conducta de los miembros de la misma en sus relaciones sociales. El derecho positivo, puede ser el derecho escrito o vigente, o, el derecho no escrito o consuetudinario, de observancia general para un grupo social determinado. El derecho vigente, es el que ha sido creado conforme los procedimientos formales que establece la ley.

En Guatemala, el derecho positivo se manifiesta en:

c.1. El derecho vigente, principalmente en la étnia ladina, el que encontramos en la Constitución Política, leyes ordinarias, reglamentos y acuerdos, que conforman todo el ordenamiento jurídico escrito del país, en base al cual son instruidos los juristas en las distintas Facultades de Derecho, del cual no entraremos a mayor estudio, pues es de "conocimiento", de los estudiosos del derecho vigente.

c.2. El derecho consuetudinario, el cual es de observancia general en las diversas étnias indígenas del país, rige y ha regido sus relaciones

sociales en el transcurso del tiempo.

d. El Derecho Consuetudinario en Guatemala.

¿Existe realmente la costumbre jurídica indígena en Guatemala?. De las diferentes investigaciones que el autor ha consultado, pudo llegar a la conclusión, de que si existe, y con el transcurso del tiempo se ha consolidado.

La costumbre, como manifestación de la cultura, existe en todo grupo social, étnias guatemaltecas, mexicanas, africanas, canadienses, ecuatorianas, bolivianas, asiáticas, etc. El derecho consuetudinario nace como producto de la necesidad que tiene un grupo social de normar y regular las relaciones que se dan entre sus miembros, en algunos países estos grupos sociales son una minoría y en otros como el nuestro una mayoría, verbigracia en América del Sur, en Colombia, el Estado reconoce los mecanismos de solución de conflictos de los grupos étnicos, se norma constitucionalmente sobre la jurisdicción indígena, que permite que los miembros de los grupos étnicos, en el área penal, por ejemplo, los hechos cometidos dentro de su jurisdicción y tipificados por ellos como delitos, son juzgados por su propio derecho, y los casos especiales como delitos graves, son juzgados por los tribunales nacionales, conforme el ordenamiento jurídico nacional, dándose una dualidad jurídica entre el derecho nacional y el derecho consuetudinario. En Colombia la población indígena, es una minoría, y por eso se afirma que la Jurisdicción Indígena Colombiana, ha sido una concesión que hizo el Estado, pues en poco le afecta.

En el caso de Guatemala, en donde constituyen una mayoría, la situación es mas compleja y delicada, pues, si se reconociese la jurisdicción indígena, estaríamos frente a una realidad plurijurídica, y/o dual, es por esto necesario que los investigadores en las ciencias sociales y jurídicas, se preocupen por el tema, para encontrar una solución a dicha situación. A través del Peritaje Cultural, se resuelvan todos los conflictos sociales que surjan en el país bajo una sola jurisdicción, siempre y cuando los Tribunales nacionales, tomen en cuenta la costumbre de cada étnia, al dictar su resolución, que puede ser un decreto, auto o sentencia.

La necesidad del Peritaje Cultural, disminuiría cuando en la administración de justicia y en el Congreso de la República, empiecen a participar miembros de las distintas étnias, lo que permitiría, una aplicación y creación de leyes que respondan a la realidad socio-cultural del país, o cuando se reconociera la jurisdicción indígena, delegando la administración de justicia en regiones determinadas a Tribunales Escandinavos * (Integrados por miembros de la comunidad) para que solucionen los conflictos que se surgen en el grupo social de conformidad con el derecho consuetudinario (cumpliéndose así con el principio *Iuria Novit Curia*). El Peritaje Cultural se implementaría, cuando un conflicto social determinado no es sometido a los Tribunales Escandinavos, sino a los Tribunales ordinarios los que deben aplicar la legislación nacional,

* Conformados por jueces legos y de derecho.

este caso tomando en cuenta el derecho consuetudinario de los sujetos cesales, en el caso de Guatemala al no existir Tribunales Escandinavos, Peritaje Cultural debe utilizarse siempre que se aplica la legislación a las comunidades indígenas en cualquier ámbito de validez material.

El derecho consuetudinario, afirman los antropólogos (45) se mantiene en las etnias ágrafas, aquellas que son incapaces de expresar sus ideas por escrito, y sus costumbres son transmitidas en forma oral. En Guatemala, se han realizado varias investigaciones sobre el mismo, entre ellas algunas con una metodología etnográfica de las ciencias antropológicas con un análisis jurídico, como la realizada por la licenciada Guisela Mayen (46), que utilizaremos en el presente trabajo.

En Guatemala, el derecho consuetudinario guatemalteco, más conocido como la costumbre, regula las relaciones sociales de las diferentes etnias, desde el nacimiento de una persona, matrimonio, selección de autoridades que gobiernan sus instituciones, la herencia, los negocios civiles y mercantiles, mecanismos de solución de conflictos, hasta el derecho, etc.

Para darnos una idea, de la fuerza de la costumbre en las etnias guatemaltecas, tomaremos algunos fragmentos del libro de Elizabeth Burgos, sobre la vida de Rigoberta Menchú de la etnia Quiché (47), "Ceremonias al nacimiento. La madre, desde el primer día de embarazo, busca apoyo de la señora elegida o el señor elegido, porque el niño tiene que ser de la comunidad y no sólo de la madre. La señora embarazada irá junto con su esposo a contarle que van a tener un hijo, y que ese hijo va a conservar, en la medida de todas las posibilidades, las costumbres de los antepasados...". De la lectura anterior, nos damos cuenta de la fuerza de la identidad cultural tanto individual como colectiva, cada etnia tiene sus propias autoridades, distintas de las que impone la legislación nacional, a quienes llaman los elegidos o principales, que muchas veces ejercen funciones jurisdiccionales en base a las costumbres de los antepasados, que son las distintas normas jurídicas no escritas que se transmiten en forma oral. Los miembros de la comunidad persiguen que la costumbre sea conservada, y está instrucción de la costumbre o derecho consuetudinario, inicia desde el nacimiento, con las charlas de los elegidos dan a los padres del niño, para recordarles enseñar las costumbres de la comunidad al menor.

"Así se hace otra pequeña charla, pero ya cuando el niño tiene sus primeros días y cuando los padres hacen también el compromiso y lo integran a la comunidad. Entonces viene el bautizo. Hacen un compromiso. Los padres tienen que enseñarle al niño... más que todo se refiere mucho a los antepasados- que aprenda a guardar todos los secretos, que nadie pueda acabar con nuestra cultura, con nuestras costumbres. Entonces es algo como una crítica con respecto a toda la humanidad, y a mucha de nuestra gente que ha perdido sus costumbres. ...". Aquí la efectividad del derecho consuetudinario, el *opinio juris*, la convicción que tienen los miembros de la comunidad, que las costumbres practicadas por sus

5. Mayen, Guisela. Derecho Consuetudinario en Guatemala. p. 3

6. Idem. p. 8

antepasados deben ser conservadas y respetadas, es un compromiso, que adquiere carácter de obligatoriedad, y que son transmitidas en forma oral, con las pláticas, exposiciones o recomendaciones de los elegidos los abuelos y los papas, quienes han practicado las costumbres en forma constante, continua y uniforme, que conocemos como el inveterado consuetudo, dando origen a un ordenamiento jurídico no escrito que regula la conducta de los miembros de la etnia.

"Compromiso de los 10 años. Cuando cumplí los diez años. Mi padre me decía: tú tienes mucha responsabilidad, muchas tareas que cumplir con la comunidad. Desde ahora, tienes que asumir un papel en favor de todos... Entonces me hacen recordar una vez más los compromisos que mis padres hicieron cuando yo nací. Y cuando me integraron a la comunidad...", el conocimiento de las costumbres por parte de los miembros de la comunidad, es un compromiso serio, que adquieren los padres enseñando al niño en su crecimiento, quien adquiere la convicción individual de la obligatoriedad de guardar su conducta conforme las costumbres que le enseñan sus padres y autoridades comunitarias.

La existencia de la costumbre de las distintas etnias en Guatemala puede ser comprobada con acudir a sus poblaciones, con leer alguna investigación antropológica, o platicar con algún miembro de cualquier etnia.

A continuación tomaremos algunos ejemplos de las prácticas consuetudinarias de la investigación de la Licenciada Mayen (48) que toma algunas prácticas consuetudinarias de materiales etnográficos recolectados en varios municipios de distintas regiones del país, para que el lector se de cuenta de la intensidad con que el derecho comunitario rige las relaciones de los grupos étnicos, y de ahí deviene, la importancia que dicho derecho no quede al margen del ordenamiento jurídico nacional, y principalmente de la función jurisdiccional del Estado.

Almolonga, caso de Robo: "Aquí en la aldea, cuando se encuentra robando alguna persona, lo que se hacía era amarrarlo con los brazos para atrás, para que no se pudiera huir. Allí se entregaba con el señor alcalde (Alcalde Auxiliar) se le explica bien cual es el hecho. Se mete a la cárcel de la aldea. Pero antes se hace una demostración junto con el robo (el objeto robado), y al ladrón lo acompañan los regidores van tocando un tambor por las calles para que toda la gente lo conozca y esto le sirve a los demás de ejemplo para no robar...". En este caso relatado por la Licenciada Guisela Mayen, no se menciona que si el transgresor no acepta su falta y la sanción impuesta, es echado fuera de la comunidad (desterrado) como un castigo mayor.

Sololá, desobediencia "La falta de respeto a los mayores se castiga con trabajo forzoso y encierro domiciliario. En Santiago, por robo de gallina, cultivos o ropa, se obliga la restitución en especie de la misma clase. Por robo de maíz los metían presos y los sacaban con la red de la espalda a dar vueltas por la plaza a las diez de la mañana."

47. Burgos. Me llamo Rigoberta Menchú, y así me nació la conciencia. p.21
48. Mayen, Guisela. Op. Cit. p. 8

Sololá, tala ilegal "En los bosques comunales cada vecino tiene derecho a cortar seis árboles por año, para consumo propio, no para venta. La violación puede ser denunciada por cualquier vecino. Pero lo hacen ante la Alcaldía Municipal, porque el bosque es un astillero municipal. Nosotros tenemos el poder por nuestros abuelos. Los padres, los abuelos conservaron el bosque, solamente tomaron lo necesario. Cuando éramos pequeños reforestamos la montaña, ahora nadie se preocupa por ello. Las personas tiene derecho a ir al bosque y a recolectar leña, botar los árboles muertos y uno que otro árbol".

Conflicto de colindancias "Esto puede suceder porque las personas deciden circular su terreno o sembrar y no le avisan al otro dueño hasta dónde creen que es su terreno; cuando la otra persona que es el vecino se da cuenta y no está de acuerdo, arranca lo que han puesto de seña, donde demuestra que no está de acuerdo. La persona que no está de acuerdo va a hablar con la otra persona y cada uno busca unos dos testigos. Los testigos son personas que recomiendan otras personas, son muy respetados y que no se venden por nada. Cuando les ofrecen dinero no aceptan porque se pierde la honorabilidad, lo más que aceptan es un café o un agua. También son personas reconocidas por la comunidad porque ellos siempre han participado en este tipo de situaciones y han dado solución a las diferencias que tienen los vecinos. Estas personas que son los testigos tanto de uno como del otro; no van por nadie, ellos lo que ven es que todo sea justo, que ninguno de los dueños del terreno pierda. Cuando una colindancia hay tres dueños llaman también al otro para que todo quede claro. Estos testigos son importantes, por mucho tiempo tiene valor lo que dicen, si se muere el dueño los testigos le dicen a los hijos hasta donde llega el terreno. Las reuniones se hacen en el lugar donde tienen que ver el problema unas 2 ó 3 veces hasta que queda resuelto el asunto. Pero hay algunos que son meros "chebos" y luego buscan licenciado, y les cuesta arreglar, y nada más gastan su dinero"

Cobán: "Cuando se da un caso de adulterio, concubinato o violación entre miembros de una iglesia evangélica, la junta de ancianos de la iglesia considera la situación y establece las sanciones".

Almolonga: Rapto de mujeres menores de edad para uniones de hecho "Ocurren muchos casos pero los padres o la comunidad en general no lo consideran ofensa. Generalmente se pide al joven que se case y que se presente ante la familia de la menor para hacerse responsable. Los padres ofendidos piden a las autoridades locales castigo para el joven y exigen que el casamiento se realice en 24 horas".

Aldea El Tablón Sololá, Robo de leña "Este caso es de un hombre que entraba a cortar leña en el terreno de su vecino. El afectado se quejó con un miembro del Consejo. El Consejo llamó al afectado y le interrogó, luego en una sesión posterior se presentaron los involucrados y varias personas de la comunidad. El conflicto quedó resuelto al determinar el consejo que debía pagar por los árboles que robo y él ordenó al talador no volver a entrar en la propiedad de su vecino. Aunque no recibió el pago justo (únicamente le pagaron Q.100.00) el afectado está satisfecho debido a que el talador no volvió a entrar en su terreno".

Tactic: lesiones por riña "Este caso consistió en que un hombre agredió a machetazos a otro en venganza porque el agredido habló con otras personas sobre un trabajo realizado por el agresor. Fue resuelto por la intervención de la comunidad, que al enterarse obligaron al agresor a ayudar al herido con dinero para que se curara" .

San Cristóbal Verapaz: desobediencia de un hijo. "Se trata de un hijo que se capeaba de la escuela, habiendo entrado a una casa cuando las personas estaban ausentes, el padre pidió ayuda al comité de la escuela, quienes lo sancionaron poniéndolo a trabajar por las tardes.

Brujería: estos casos se relacionan con la profanación de tumbas con objeto de hacer maleficios. Algunos son casos que una persona "siente" que otro le esta haciendo daño. En Tactic: "El informante se refirió a casos de brujería en general. La narración informa que se averigua vigilando al brujo y luego que lo descubren lo amarran y le advierten que si continúa haciendo mal a la gente, lo matarán.". "Por brujería, en San Cristóbal se daban golpes, se ataba al brujo y lo maltrataban; al desatarlo se le advertía que la próxima vez lo matarían.". "En Sololá, se apaleaba con leño y se echaba de la comunidad al brujo.".

Sololá: daños y perjuicios. "En este caso sucedió que una vaca dió una patada a un niño de un vecino debido a que el niño asustó al animal, sin embargo el consenso de la comunidad fue que el dueño de la vaca debía pagar los gastos de médico porque no llevaba amarrada a la vaca".

El Licenciado Flavio Rojas Lima (49), nos relata: "Respecto del nombre, por ejemplo, se puede citar el caso del pueblo indígena de los Kanjobales, en el departamento de Huehuetenango, donde sigue existiendo la práctica inveterada de usar como apellido el nombre propio del padre natural. De este modo Juan el hijo de Pedro, se llama Juan Pedro".

Estos son algunos de los muchos casos que se pueden relatar sobre la existencia y aplicación del derecho consuetudinario en las comunidades indígenas.

El lector podrá deducir que su sistema procesal es económico, conciliatorio, resarcitorio, rapido, sencillo, oral, en el propio idioma, en defensa de valores propios de la comunidad, y sus resoluciones son respetadas.

Cuando el derecho consuetudinario es aplicado por las comunidades indígenas, se enfrentan al problema de que sus resoluciones no tienen validez jurídica frente a la legislación nacional, y por lo tanto son nulas e inexistentes y no las pueden hacer valer o ejecutarlas en los tribunales de justicia, a pesar de ser respetadas por la propia comunidad.

El problema surge cuando una resolución de un conflicto en materia civil o penal, se quiere hacer valer en los Organos Jurisdiccionales, pues estos últimos no les dan ningún valor jurídico, el caso debe ser

49. Rojas Lima, Flavio. El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca. p. 8

conocido de nuevo por los Tribunales de justicia aplicando la legislación nacional, pudiendo en algunos casos darse una doble sanción al mismo hecho, o una resolución del conflicto ajena a los valores que la comunidad protege, es por esto que los Tribunales de Justicia al aplicar la legislación nacional a los miembros de las comunidades indígenas deben tomar en cuenta su derecho consuetudinario, al momento de dictar sentencia, para que esta última sea más cercana a los valores y cultura que la comunidad posee, practicando así una justicia objetiva al caso concreto.

El Peritaje Cultural, es el instrumento por el cual el Juzgador conoce ese derecho consuetudinario, que por mandato legal (artículo 8 del Convenio 169) debe tomar en cuenta al momento de resolver, y en materia penal debe respetar los métodos que los pueblos utilizan tradicionalmente para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, así como darle preferencia a tipos de sanciones distintas del encarcelamiento (artículos 9 y 10 del Convenio 169), en opinión de la Corte de Constitucionalidad, será posible dar sanciones distintas del encarcelamiento cuando así lo estipule el Código Penal, por lo que debe reformarse para el efecto.

2.3. Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Guatemala.

La presente investigación del Peritaje Cultural, nace por la obligatoriedad que impone el Convenio 169 de la O.I.T., de tomar en cuenta el derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas.

En los últimos años a existido una preocupación por regular los derechos colectivos de los pueblos indígenas, con el fin de recuperar y mantener sus derechos originales, adoptando la Organización de Naciones Unidas en 1965 la Convención Internacional de Discriminación Racial, en 1966 los pactos de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económico, Sociales, y Culturales, estableciendo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 27: "En los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.", además la formación en 1982 del Grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas en la O.N.U., y las sucesivas reformas a las constituciones de los países de América, para reconocer, directa o indirectamente, que sus naciones son pluriétnicas ha sido el inicio para el reconocimiento de los derechos históricos u originales de las poblaciones indígenas, los primeros pasos para la creación de Convenios Internacionales relacionados con los derechos colectivos de los pueblos indígenas por la Organización Internacional de Trabajo, organismo creado en 1919 en el contexto de la posguerra, después de la primera guerra mundial, asignándole la función de promover la justicia social, el derecho a la libre sindicación, el derecho a la negociación colectiva. Es un organismo de formación tripartita, integrada por representantes de los Estados miembros, y por delegados de patrones y trabajadores, la máxima autoridad en la O.I.T. es la Conferencia Internacional, compuesta por delegados

de cada país miembro: dos del Estado, uno en representación de los trabajadores y otro en representación de los empleadores, y tiene la función de adoptar convenciones y formular recomendaciones. Sin embargo en la discusión de la Conferencia Internacional para aprobar el Convenio 169, la oficina de la O.I.T. en Ginebra se preocupó por la presencia de organizaciones indígenas en calidad de observadores. El trabajo principal de la O.I.T. como lo mencionamos es la promoción de la justicia social para los trabajadores en todo el mundo, a través de la formulación de políticas y programas internacionales para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores, y la aprobación de convenios los que tienen el carácter de obligatorios para los Estados Miembros que los ratifican y recomendaciones a los Estados Miembros sobre la orientación de la política, legislación y prácticas nacionales, desde su creación la O.I.T. ha aprobado más de 300 convenios y recomendaciones.

La preocupación por los pueblos indígenas de la O.I.T. tiene su origen en la preocupación de los trabajadores del campo, por esto en 1957 aprobó un convenio sobre poblaciones indígenas y tribales conocido como el Convenio 107, el cual es de gran importancia en virtud de ser el primer instrumento internacional que hace planteamientos serios sobre la situación de los pueblos indígenas. Este fue bastante criticado en el sentido de que reflejaba la corriente política de integracionismo y paternalismo, tal como sucedió con la legislación nacional como lo analizamos en el factor jurídico; esta política tendía a desaparecer a los pueblos indígenas una vez que asumían su papel de ciudadanos, pues se les integraba al sistema nacional buscando el abandono de su cultura, idioma, costumbres.

En el Convenio 107 se utiliza por primera vez a nivel internacional el concepto de población indígena como colectividad, y se reconocen derechos colectivos específicos como el derecho a la tierra, educación, lengua materna, el reconocimiento del derecho consuetudinario, costumbres y formas en que los pueblos tradicionalmente resuelven los conflictos en la comunidad; este no fue ratificado por Guatemala.

El Convenio 107 se sometió a revisión, y así se dio origen al Convenio 169. La revisión se debió al cuestionamiento del enfoque integracionista que tenía y se generó un consenso en la O.I.T. para su revisión durante la 75a. reunión de la O.I.T. Se discutió la posibilidad de revisar parcialmente el Convenio 107, y como resultado se elaboró un proyecto del Convenio el que se envió a los Estados Miembros para recibir observaciones y se discutió y aprobó en la reunión 76a el día 27 de junio de 1989, con 328 votos en favor, uno en contra y 4 abstenciones.

En el caso de Guatemala, se discutió en todos los sectores de la conveniencia de ratificar dicho convenio, se obtuvo opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad el 18 de mayo de 1995, la que en su parte resolutive dice: "Opinión de la Corte de Constitucionalidad: La Corte de Constitucionalidad, con base en lo anteriormente considerado y en lo establecido en los artículos citados y 268, 272 inciso e) de la Constitución Política de la República y 175, 176, 177 y 183 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se pronunció

en los términos expuestos y OPINA: EL CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DE TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES INDEPENDIENTES, NO CONTRADICE LA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA", y en cumplimiento de un compromiso de campaña electoral del presidente de turno y de una de las cláusulas de los Acuerdos de Paz, el Convenio 169, se aprobó "con enmiendas", el 5 de marzo de 1996 por mayoría, es decir, por 78 de los 80 diputados del Congreso por el Decreto Número 9-96, cuyo texto dice:

"DECRETA: ARTICULO 1. Se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales. Dicha aprobación se hace bajo el entendido que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos. ARTICULO 2. El Organismo Ejecutivo, dentro de los treinta días siguientes a la vigencia del presente decreto, deberá proceder a emitir los instrumentos de ratificación y depósito del Convenio 169. La documentación respectiva deberá remitirse al Director General de la Organización Internacional del Trabajo, dentro del término fijado. ARTICULO 3. El presente decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial."

El Convenio fue ratificado por el Presidente de la República el 10 de abril, y el instrumento de ratificación fue depositado en la O.I.T. de Ginebra el 20 de mayo, donde se registro con fecha 5 de junio de 1996, y de conformidad con el artículo 38, numeral 3 del mismo, entró en vigencia 12 meses después, es decir el 6 de junio de 1997.

El Convenio 169 tiene vigencia obligatoria de 10 años, siempre y cuando no se elabore y apruebe un nuevo convenio que lo revise o sustituya, o sea, denunciado por el Estado Miembro, procedimiento que puede hacerlo diez años después de ratificado el mismo. En caso de que en el plazo de un año después de expirados diez años de su ratificación, no se hace uso del derecho de denuncia, el Estado Miembro queda obligado por un nuevo período de diez años.

La aplicación del Convenio 169 es supervisada por la O.I.T. quien solicita anualmente un informe al Estado Miembro, para que indique artículo por artículo, ¿que se ha hecho? ¿que resultados se obtuvieron?, y además se supervisa a través de la Comisión de Expertos, integrada por 20 personas reconocidas en el ámbito internacional, que analizan los informes enviados, si el Estado Miembro no cumple la única sanción que se le puede imponer es de carácter diplomático, con el hecho de informar en la Reunión Anual o de incluir el nombre del Estado Miembro que incumple en la Memorial Global de la O.I.T., como una sanción pública y diplomática. Para buscar un cumplimiento efectivo el control no puede dejarse solamente en manos de la O.I.T., creo que las organizaciones indígenas nacionales deben vigilar y exigir su cumplimiento y comunicar directamente a la Oficina de la O.I.T. en Ginebra sus quejas por violaciones al contenido del convenio, ya que en caso contrario se quedará en letra muerta, es importante recalcar la presión que pueden ejercer las organizaciones indígenas para modificar la legislación nacional, y lograr desarrollar así el contenido del Convenio 169, pues recordemos que este tiene conceptos básicos que deben desarrollarse en la

normatividad ordinario de acuerdo con la realidad socio-cultural de cada Estado Miembro.

El contenido del Convenio 169 (50), nos proporciona un marco general, con normas básicas flexibles a la situación nacional, que puede tomarse como punto de partida y abrir un espacio de negociación, pues no refleja máximos sino derechos mínimos de las poblaciones indígenas y tribales.

Es de carácter obligatorio para los Estados Miembros, pero debe observarse que no contiene mandatos directos, sino por el contrario de carácter indirecto, cuando utiliza expresiones como "si fuera necesario", "cuando es posible", "cuando sea apropiado", que dan la facilidad para evadir las obligaciones que emanan del Convenio, siendo suficiente que un Estado Miembro alegue "no es necesario", "no es posible", "no es apropiado", por esto debemos insistir en la necesidad de que los grupos de presión política conozcan y promuevan la aplicación del Convenio 169. Los derechos colectivos son de reconocimiento y aceptación de derechos que ya existían antes, no de privilegios que discriminan a los nacionales de los indígenas, por lo que desde el punto de vista del autor la enmienda que el Congreso realiza en el Decreto 9-96 no tiene ningún sentido jurídico.

La situación jurídica de los pueblos indígenas se encuentra regulada desde hace algunos años en diferentes partes del mundo. En el capítulo I de este trabajo, estudiamos su regulación constitucional en América Latina, para no limitarnos mencionare otros casos de regulación jurídica en otros países, mencionados por Magdalena Gomez, en su obra sobre Los Derechos Indígenas (51), entre los casos tenemos: a. PAKISTAN, desde su independencia en 1947, las minorías gozan de un elevado grado de autonomía. Los habitantes de las zonas tribales administradas por el Gobierno Federal, por ejemplo, no pagan impuestos directos ni indirectos y no están sujetos a la legislación nacional civil o penal sin el consentimiento de los miembros más ancianos, de esta manera, toda la integración oficial en la sociedad nacional se realiza por negociación y acuerdo, y las autoridades tribales conservan un poder significativo. b. INDIA, existe un sistema muy diferente: la mayoría de las poblaciones tribales (unos 50 millones de personas) tienen el estatuto de tribus "Clasificadas" (son objeto de disposiciones especiales) y gozan de protecciones particulares especificadas en las leyes nacionales y estatales, no tienen ningún derecho especial a las tierras que ocupan. c. BANGLADESH, la mayoría de tribus viven en la zona montañosa de Chittagong y poseen un estatuto aparte (en virtud de un reglamento modificado en 1900). Ellos disfrutan de menor grado de autonomía local. Actualmente toda la autoridad civil la asume un comisionado nombrado por el gobierno y no existe ningún procedimiento oficial de consulta con autoridades tribales. d. REPUBLICA POPULAR DE CHINA, el artículo 6 del Capítulo II de la Constitución de 1982 contiene disposiciones sobre minorías nacionales y regiones autónomas, en virtud de las cuales las autoridades regionales pueden dictar leyes y normas conforme a las características políticas, económicas y culturales de la minoría o

50. Gomez, Magdalena. Derechos Indígenas. p. 30

51. Idem. p. 32

minorías nacionales que viven en la región. En 1984 se expidió una ley sobre la autonomía de las minorías nacionales. Ahí existen regiones autónomas, con sus propios Congresos, cuyos representantes son elegidos por las minorías de conformidad con sus tradiciones. e. NORUEGA, el gobierno ha establecido organismos y comisiones oficiales de consulta y análisis en los cuales participa el pueblo Sami. f. TAILANDIA, 700 millones de indígenas aún no tienen derecho a la ciudadanía.

Podemos comprender que el problema de los pueblos indígenas no se circunscribe solamente a los países de América, sino también a los de otros continentes, que han ratificado o están por ratificar el Convenio.

Continuando con el Convenio 169, para su estudio general es importante establecer la estructura del mismo, inicia con un preámbulo, sigue una explicación sobre las consideraciones que se toman en cuenta durante su elaboración, y se integra con ocho partes de contenido y dos disposiciones generales, siendo su índice el siguiente:

PREÁMBULO

- Parte I. Política General (artículos 10 al 12)
- Parte II. Tierras (Artículos 13 al 19)
- Parte III. Contratación y Condiciones de Empleo (artículo 20)
- Parte IV. Formación Profesional, Artesanías e Industrias Rurales (artículos 21 al 23)
- Parte V. Seguridad Social y Salud (Artículos 24 y 25)
- Parte VI. Educación y Medios de Comunicación (artículos 26 al 31)
- Parte VII. Contactos y Cooperación a través de las Fronteras (artículo 32)
- Parte VIII. Administración (artículo 33)
- Parte IX. Disposiciones Generales (Artículos 34 y 35)
- Parte X. Disposiciones Finales (artículos 36 al 44)

La parte que nos interesa para la presente investigación es la número I, la cual estudiaremos a continuación, y comentaremos en forma analítica los artículos, y de una manera particular en los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 bases de la presente investigación:

Parte I Política General, se refiere a la política general que debe adoptar el Estado en relación a las poblaciones indígenas y tribales que se encuentran en su territorio.

Artículo 10. Este artículo contiene dos aspectos fundamentales a. ¿A quienes debe aplicarse el Convenio 169?, de la lectura de la literal a del artículo podemos afirmar que a la población indígena guatemalteca por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista, le es aplicable el convenio, población Maya, K'iche' y Xinca. b. ¿Como se interpreta el término "pueblos" en el convenio 169?, Este término provoca grandes debates durante la elaboración del Convenio, por que en el Derecho Internacional Público puede entenderse como un Estado Independiente con derecho a su autodeterminación de conformidad con el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es por ello, que en el artículo 1 se aclara que la

utilización de dicho término no tienen ninguna implicación en el derecho internacional, por lo tanto el Convenio no otorga el derecho absoluto para decidir programas y estructuras políticas, económicas, sociales y culturales al margen de las decisiones del Estado Miembro.

Artículo 2o. Establece la obligación que asume el gobierno que ratificó el Convenio de desarrollar acciones con participación de los pueblos para cumplir con su contenido, en Guatemala el Gobierno asume la obligación de desarrollar dichas acciones a nivel de Estado, en la Administración Pública, Jurisdiccional y legislativa.

Artículo 3o. La aplicación sin discriminación del Convenio a los pueblos indígenas.

Artículo 4o. Obligación de tomar medidas especiales para salvaguardar la cultura de los pueblos, las que deberán decidirse en consenso con estos para que sean válidas, y sin menoscabar los derechos ciudadanos de toda la población guatemalteca.

Artículo 5o. Al aplicar el convenio deben respetarse las prácticas y costumbres indígenas de Guatemala, por ejemplo lo relativo a la espiritualidad de los pueblos mayas.

Artículo 6o. Al aplicar el convenio se debe consultar siempre a las poblaciones indígenas afectas a través de sus representantes, en nuestro caso pueden ser las Cofradías Indígenas, y deben tomarse las medidas especiales para que los pueblos indígenas puedan participar en la toma de decisiones en los asuntos que les competen.

Artículo 7o. La participación de los pueblos indígenas en la formulación de los proyectos de desarrollo local, municipal y departamental, el podrá hacerse a través del Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural reformando la ley para permitir la participación de representantes indígenas en los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. Y para lograr la efectividad de dicha participación debe fomentarse la Organización de los pueblos indígenas para lograr una verdadera representación y así lograr la aplicación del Convenio.

De los artículos 8o. al 12o. se desarrolla el tema de los indígenas ante el derecho y el derecho de los indígenas, se refieren a la administración de justicia nacional y comunitaria. Es importante hacer mención que en la presente investigación se hace un análisis de la administración de justicia nacional a los pueblos indígenas, y no la administración indígena comunitaria, en virtud de que el Perito Cultural se utiliza al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, y no en la administración de justicia comunitaria o tribunales populares como se les ha llamado últimamente que es otra situación diversa que explicaremos adelante.

Para el análisis de estos artículos considero necesario primero transcribir los mismos y después hacer el comentario.

ARTICULO 8o. "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".

Comentario:

Es importante conocer quien aplica la legislación nacional, establece el artículo 182 de la Constitución Política en su tercer párrafo "El presidente de la República, juntamente con los ministros, viceministros y demás funcionarios dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tiene vedado favorecer a partido político alguno", y el artículo 183. Funciones del Presidente de la República "a) Cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes". El Organismo Ejecutivo en su actividad administrativa debe respetar, al aplicar la legislación, las costumbres de los pueblos indígenas y tomarla en cuenta. Incluyendo sus Ministros, Directores Generales, y Gobernadores.

Lo que nos interesa en la presente investigación es la administración de justicia, y esta según lo establece el artículo 203 de la Constitución Política de la República "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. ... La función Jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca", en esta artículo se monopoliza la administración de justicia a los Tribunales que establece la ley, no nos detendremos a analizar la necesidad de crear tribunales escandinavos en las poblaciones indígenas, es decir integrados por jueces legos y de derecho, para la solución de los conflictos de su propia comunidad, solo haremos mención que en estos casos el Peritaje Cultural solo sería útil cuando se juzga a una persona ajena de la comunidad indígena, pues al contar con jueces legos estos conocen las costumbres y derecho consuetudinario del pueblo, por lo que no sería necesario ilustrarlos sobre el mismo para su consideración.

Los Organos Jurisdiccionales deben impartir la justicia de conformidad con las leyes del país (que como lo mencionamos en el factor jurídico no reflejan la realidad nacional). Cuando apliquen la legislación nacional a los pueblos indígenas, deben tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, no dice deben juzgar o resolver con base en las costumbres, dice que debe tomarse en cuenta, pues la ley es de aplicación general a todas las personas que se encuentran dentro del territorio nacional (artículo 5o. Ley del Organismo Judicial), y en el caso de Guatemala, la población está integrada por culturas diferentes, y es por esto que se establece que al juzgar a una persona indígena debe tomarse en cuenta su cultura, y respetarse sus costumbres siempre que no sean incompatibles con los derechos que garantiza la Constitución Política de la República y los Tratados y Convenios Internacionales

ratificados por Guatemala, de esta norma surge una interrogante ¿Cómo conocerá el Juez las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas para tomarlo en cuenta al aplicarles la legislación nacional?. La respuesta a esta pregunta es el presente trabajo de investigación: a través del Peritaje Cultural el juez conocerá las costumbres y derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y los tomara en cuenta al aplicar la legislación nacional, en cualquier ámbito de validez material de que se trate, penal, civil, agrario, laboral, mercantil, etc., y respetará siempre que sean compatibles con las garantías constitucionales, y derechos humanos contenidos en tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, Por esta razón es importante de que los actores de la administración de justicia conozcan el Convenio 169 y la Institución del Peritaje Cultural.

Por ejemplo en México, (según el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991) (52), el 10 de febrero de 1991, entra en vigor una serie de reformas que incluyen la posibilidad de ofrecer dictámenes periciales sobre "las practicas y características que como miembro de dicho grupo pueda tener". También se establece la obligación de contar con un traductor en lengua indígena, cuando el procesado sea monolingüe (o no hable español)".

Artículo 9o. "1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia."

Artículo 10o. "1. Cuando se impongan sanciones penales por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento."

Comentario:

Al indicarse que deberán respetarse los métodos que los pueblos indígenas utilizan para la represión de los delitos, esto será posible únicamente cuando dichos medios de represión sean compatibles con los derechos humanos, por ejemplo si se comete un delito, se pueden juzgar pero no dictar penas que signifiquen golpes o torturas físicas o mentales. Este es un tema bastante delicado, pero las autoridades deben respetar los métodos de las comunidades indígenas en Guatemala para reprimir los delitos, que como lo estudiamos en la sección de derecho consuetudinario las sanciones regularmente son de carácter pecuniario pago de daños y perjuicios, y morales, como la exposición del delincuente, las autoridades deben ser cuidadosas de que dichas sanciones en ningún caso violen los derechos humanos que reconoce la Constitución Política y Tratados Internacionales ratificados por Guatemala.

En lo relativo a dar preferencia a tipos de sanción distintas del encarcelamiento, nuestra legislación penal sustantiva solo contempla originalmente las Medidas de Seguridad, por lo que en base al principio de legalidad para poder imponer otro tipo de sanciones al encarcelamiento debe limitarse a las establecidas en el Código Penal, por lo que las sanciones indígenas deben presionar para que éste sea reformado, se establezcan sanciones diferentes al encarcelamiento para los miembros de las comunidades indígenas, que por ejemplo pueden ser la reparación del daño causado y cumplimiento obligatorio de tareas para beneficio de la Comunidad, recordemos que la justicia de las comunidades indígenas que buscan es restaurar el daño causado y ayudar al miembro de la comunidad que causó dicho daño a través de consejos y tareas en beneficio de la víctima o de la comunidad, y no encerrar en una jaula humana por los al condenado, lo que implica la separación y desintegración total del individuo con su comunidad.

Como resultado de estos artículos del Convenio 169, deben emitirse nuevas leyes penales que permitan la aplicación de sanciones diversas, lo cual como lo estudiamos en el capítulo 1 no vulnera el derecho de igualdad reconocido constitucionalmente en virtud de que la ley debe operar de igual manera a los iguales en iguales circunstancias; sin embargo en el caso de variar las circunstancias, de ser desiguales los sujetos o de estar en desigualdad de condiciones han de ser tratados en forma desigual.

Artículo 11o. "La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos".

Artículo 12o. "Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles si fuere necesario intérpretes u otros medios eficaces".

Comentario:

Se desea evitar la imposición de trabajos forzados a los pueblos indígenas, hecho que se dió en Guatemala, en el periodo de Jorge Ubico, quien decreta la ley de Vialidad decreto número 1974, por el cual se obligaba a trabajar dos semanas a todos individuos aptos en los caminos públicos, y en este caso los más afectados era la población indígena jornaleros, y también decreto la Ley Contra la Vagancia, decreto 1936, que perseguía garantizar la mano de obra barata para las fincas de café, a que obligó a los grupos indígenas a escoger entre trabajo en caminos públicos o trabajo en las fincas de café o ambas, o la cárcel por incumplimiento de la ley.

Debemos dejar claro que los trabajos comunitarios o comunales realizados por los miembros de un pueblo indígena para beneficio común o pueden considerarse como trabajos forzados. En relación al artículo

12, en Guatemala recientemente en el Nuevo Código Procesal Penal, y se establece la obligación de contar traductores o intérpretes en los casos que los sujetos procesales no conozcan el idioma oficial. El Convenio en dicho artículo no se limita solo al procedimiento penal sino se extiende a todo tipo de procedimiento tanto administrativos como judiciales, cualquier persona monolingüe tiene derecho a un traductor e intérprete.

2.3 FACTORES POLITICOS:

Este es el factor que posibilita o limita el debate y la investigación de la realidad nacional. Como lo mencionamos, en Guatemala poco o nada se ha escrito sobre el tema, no por la falta de capacidad sino que como consecuencia del conflicto armado los intelectuales investigadores sociales fueron asesinados o se encuentran exilados. A finalizar el 29 de diciembre de 1996, el conflicto armado interno de más tres décadas, los estudiantes de las áreas sociales y la población en general estamos ante la oportunidad de hacer posibles reivindicaciones que fueren a nuestro país al futuro que se merece.

No estudiaremos los orígenes del conflicto armado, dejamos este trabajo tan delicado y polémico a los especialistas, en cambio no permitiremos hacer una breve referencia de los antecedentes del proceso de paz, el cual tiene sus orígenes en agosto de 1987, en la Cumbre de Presidentes de Centro América, celebrada en Esquipulas, y a partir de este momento surge la negociación que describimos en la siguiente cronología (53):

30 de marzo de 1990

La Comisión Nacional de Reconciliación, encabezada por el Obispo Quezad Toruño, y la URNG, firman en Oslo el acuerdo para iniciar un proceso de negociación que concluya con la firma de paz.

26 de abril de 1991

El Gobierno del aprendiz de dictador Jorge Serrano, crea la Comisión de Paz dirigida por Manuel Conde Orellana, la cual se reúne en México con la URNG, para definir un temario básico, aunque no oficial

10 de enero de 1994

En México, el Gobierno de Ramiro de León Carpio y la URNG suscriben el Acuerdo Marco para la Reanudación del Proceso de Negociación, bajo los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas, y crea la Asamblea de Sectores Civiles.

29 de marzo de 1994

Guerrilla y Gobierno pactan el calendario y oficializan los temas que se discutirán y dividen éstos en sustantivos y operativos

29 de marzo de 1994

Ambas partes reunidas en México, suscriben el Acuerdo Global sobre

53. Publicación del Gobierno de Guatemala, dirigida a la Sociedad Interamericana de Prensa (S.I.P.)

Derechos Humanos. En el mismo se comprometen a no propiciar una amnistía y se solicita la llegada de un contingente de Naciones Unidas, encargada de la verificación de los Derechos Humanos en Guatemala.

17 de junio de 1994

Reunidas en Oslo, las partes firman el Acuerdo para el Reasentamiento de Comunidades Desarraigadas, por el cual se busca brindar todas las garantías a los refugiados en México y a los desplazados internos.

21 de junio de 1994

En Oslo, los negociadores acuerdan la creación de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos, cometidas durante el enfrentamiento armado.

31 de marzo de 1995

Gobierno y guerrilla, tras reunirse en México, concluyen la negociación del Tema Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito en México, el cual analizaremos detenidamente en el presente trabajo.

22 de febrero de 1996

Reuniones en Roma, facilitadas por la Comunidad de San Egidio, que logra crear un ambiente de confianza entre las partes y agilizar el proceso de negociación, haciendo una declaración conjunta en la que se demostró la voluntad del nuevo Gobierno, y su disposición de innovar, ampliar y profundizar los métodos y procedimientos para lograr la solución política del enfrentamiento armado interno, y de la guerrilla de retomar la negociación respetando los acuerdos hasta el momento alcanzados.

6 de mayo de 1996

En México, se firma el Acuerdo Socioeconómico y Agrario, que busca modernizar uno de los principales problemas: la tenencia de la tierra.

19 de septiembre de 1996

Se suscribe en México el Acuerdo Fortalecimiento del Poder Civil y Papel del Ejército. Entre los puntos más importantes se incluye la posibilidad de nombrar un ministro civil en la cartera de la defensa, reducción del ejército en un 33 % de los efectivos militares, y fortalecimiento del Organismo Judicial.

4 de diciembre de 1996

En el Ayuntamiento de Oslo, las partes suscriben las Bases para el Definitivo Cese al Fuego, primero de los temas sustantivos.

5 de diciembre de 1996

Las delegaciones firman en Estocolmo, Suecia, el Acuerdo de Reformas Constitucionales y Electorales.

12 de diciembre de 1996

En Madrid España, se suscribe el Acuerdo de Reinserción de los rebeldes a la vida civil.

18 de diciembre de 1996

Por Decreto número 145-96, se crea la Ley de Reconciliación Nacional,

que tiene por objeto de eximir de responsabilidad penal a los delitos políticos y los comunes conexos con los políticos cometidos en el enfrentamiento armado interno, o sea del 13 de noviembre de 1961 al 29 de diciembre de 1996.

29 de diciembre de 1996

En la Ciudad de Guatemala, se firma el Acuerdo Global de Paz, y a partir de este momento entran en vigencia los diez Acuerdos de Paz firmados entre el Gobierno de Guatemala y la U.R.N.G., a excepción del Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos, que está en vigencia desde su suscripción.

Estando vigentes los diez acuerdos de paz, corresponde su cumplimiento, y esté se logrará con la presión que logren hacer los grupos organizados del país, pues la naturaleza de dichos acuerdos es Política, por lo tanto no tienen el carácter de vinculantes, jurídicamente hablando, pero si políticamente, para el Gobierno de Guatemala, es por esto que titulamos a la presente sección factor político.

El Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, constituye el factor político más importante en la presente investigación para la implementación del Peritaje Cultural, su estructura es la siguiente: Consideraciones generales, en las que se plasman las causas que obligaron a las partes a negociar y finalmente firmar dicho acuerdo, luego se integra por seis partes de contenido, y una de disposiciones finales. Este es el índice del Acuerdo:

Consideraciones

- I. Identidad de los Pueblos Indígenas
- II. Lucha Contra la Discriminación
 - A. Lucha contra la discriminación legal y de hecho
 - B. Derechos de la mujer indígena
 - C. Instrumentos Internacionales
 - Convención Internacional para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial.
 - Convenio Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, (Convenio 169 de la O.I.T.)
 - Proyecto de Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- III. Derechos Culturales
 - A. Idioma
 - B. Nombres, apellidos y toponimias
 - C. Espiritualidad
 - D. Templos, centros ceremoniales y lugares sagrados
 - Templos y centros ceremoniales situados en zonas protegidas por el Estado como arqueológicas
 - Lugares sagrados
 - E. Uso del traje
 - F. Ciencia y Tecnología
 - G. Reforma educativa
 - H. Medios de Comunicación masiva
- IV. Derechos Civiles, Políticos, Sociales y Económicos
 - A. Marco constitucional
 - B. Comunidades y autoridades indígenas locales

- C. Regionalización
- D. Participación a todos los niveles
- E. Derecho Consuetudinario
- F. Derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas
 - regularización de la tenencia de la tierra de las comunidades indígenas
 - Tenencia de la tierra y uso y administración de los recursos naturales
 - Restitución de tierras comunales y compensación de derechos
 - Adquisición de tierras para el desarrollo de las comunidades indígenas
 - Protección jurídica de los derechos de las comunidades indígenas
- Comisiones Paritarias
- . Recursos
- I. Disposiciones Finales

Haremos un comentario analítico de la literal E del punto IV del acuerdo, que regula lo relacionado con el Derecho Consuetudinario.

DERECHO CONSUETUDINARIO: "1. La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión."

comentario:

Se reconoce que la costumbre jurídica es un elemento esencial en la vida de las comunidades indígenas, y por ende para sus miembros, aquí tenemos una causa más para confirmar la necesidad de que sea tomada en cuenta al aplicarles la legislación nacional, a través del Peritaje Cultural.

2. El Gobierno reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación."

comentario:

Se reconoce que el trato igual a los no iguales trae como consecuencia la negación de derechos, discriminación y marginación, en virtud de que se les aplica una normatividad ajena a su realidad, al desconocer los Juzgadores la normatividad comunitaria que regula las relaciones entre sus miembros.

3. 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 iguales 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."

Comentario:

Este numeral del Acuerdo, coincide con el artículo 8, numeral del Convenio 169, el objetivo es que los pueblos indígenas conserve sus costumbres e instituciones, siempre que exista compatibilidad con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política y Tratado Internacionales ratificados por Guatemala, para el efecto el Congreso de la República debe crear las normas jurídicas que reconozcan el derecho consuetudinario e institutos indígenas para su propia autogestión reconocimiento que se hace tácitamente en el Convenio 169 de la O.I.T. sin embargo puede ser ampliado en la Ley que desarrolle el artículo 7 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que oblig a la emisión de una Ley para establecer y desarrollar los derechos específicos de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca. Aspecto que se trat de desarrollar timidamente en el Capítulo XIII Sistema Jurídico Estatal y Sistema Jurídico Indígena (Derecho Consuetudinario), del proyecto de la Ley de los Pueblos Maya, Garífuna y Xinca, presentado al Congreso de la República el 3 de abril de 1997, por los diputados Ricardo Cho y Leonardo González, el cual se encuentra en estudio para su dictamen en la Comisión de Comunidades Indígenas del Congreso.

"4. En aquellos casos donde se requiera la intervención de los tribunales y en particular en materia penal, las autoridades correspondientes deberá tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades. Para ello el Gobierno se compromete a tomar las siguientes medidas:

- i) proponer, con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el PERITAJE CULTURAL desarrollar mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna; y
- ii) impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el conocimiento de sus normas y mecanismos que regulan su vida comunitaria;"

COMENTARIO:

Este numeral constituye la base de la presente investigación junto al artículo 8 del Convenio 169 de la O.I.T.

Establece que: ... aquellos casos en que se requiera la intervención de los tribunales y en particular en materia penal..., esta parte es muy importante de analizar ya que no en todos los casos debe aplicarse el Peritaje Cultural, solo en aquellos en que se requiere la intervención de los Tribunales de Justicia, pues son estos últimos los que aplican la legislación nacional a casos concretos, y los que sean resueltos por los métodos propios de la comunidad no tiene ningún sentido el Peritaje Cultural, pues las autoridades comunitarias que resuelven conflictos lo hacen en base a la costumbre jurídica, continua el párrafo ... las autoridades correspondientes deberán tener plenamente en cuenta las normas tradicionales que rigen en las comunidades... esta parte coincide con el artículo 8, numeral 1, del Convenio 169, que es ley de orden público en Guatemala, por lo tanto los Tribunales deben por mandato legal

partir del 6 de junio de 1997, tomar en cuenta la costumbre jurídica de los indígenas sometidos a procedimientos judiciales de cualquier materia, y esto lo pueden hacer a través del Peritaje Cultural.

La literal i) de dicho numeral, menciona dos aspectos de gran importancia, el primero es el de crear disposiciones legales para incluir el Peritaje Cultural. En mi opinión los códigos procesales vigentes dan la posibilidad normativa para solicitar un Peritaje Cultural a los Tribunales de Justicia, pero si se desea crear una norma jurídica que impone la obligación a los Tribunales de Justicia de realizar el Peritaje Cultural de oficio o a petición de parte en los procesos judiciales en que sea parte un indígena, ésta debe incluirse en la Ley del Organismo Judicial, por contener ésta ley normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco. (artículo 1 Decreto 2-89 del Congreso de la República).

El segundo aspecto que menciona dicha literal, es el de desarrollar los mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna, al crear estos mecanismos que menciona el acuerdo se solucionaría la pregunta: ¿Quién tiene la capacidad para emitir un dictamen sobre la costumbre jurídica de un miembro de una comunidad indígena?: como respuesta se constituyen las autoridades indígenas en Peritos Culturales.

La literal ii) menciona la necesidad de que el derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas sea conocido por los Actores de la Justicia en Guatemala, para poder cumplir con el respeto al mismo, y poder establecer cuando es compatible o no con el ordenamiento jurídico guatemalteco, en esto juegan un papel principal las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales del País.

"5. Para asegurar el acceso de los indígenas a los recursos del sistema jurídico nacional, el Gobierno se compromete a impulsar servicios de asesoría jurídica gratuita para personas de bajos recursos económicos y reitera su obligación de poner gratuitamente a disposición de las comunidades indígenas interpretes judiciales, asegurando que se aplique rigurosamente el principio de que nadie puede ser juzgado sin haber contado con el auxilio de interpretación en su idioma"

Comentario:

El Estado asume la obligación de impartir justicia en el propio idioma, a través de los interpretes judiciales.

"6. El Gobierno propiciará, en cooperación con las organizaciones indígenas, las universidades del país y las asociaciones profesionales, el estudio sistemático y detenido de los valores y procedimientos de la normatividad tradicional"

Comentario:

Debe hacerse un esfuerzo conjunto por parte de los Organismos Estatales, Universidades del País y Colegio de Abogados y Notarios para estudiar la costumbre jurídica y los valores por ellas protegidos, así como por las Organizaciones Populares Indígenas y las Organizaciones

Mayas, dentro de las cuales podemos mencionar (54): el Grupo de Apoyo Mútuo -GAM-, la Coordinadora Nacional de Viudas de Guatemala -CONAVIGUA-, el Comité de Unidad Campesina -CUC-, el Consejo de Comunidades Etnicas Runujel Junam -CERJ-, las Comunidades de Población en Resistencia -CPR's-, la Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala -COPMAGUA, la Academia de Lenguas Mayas -ALMG-, la Unión del Pueblo Maya -UPM-, la Coordinadora Tukum Uman, la Coordinadora Nan Jal (organización mam), la Coordinadora de Mujeres Mayas del Norte -CAMAN-, la Coordinadora Tzulyaqaj, la Asamblea Permanente del Pueblo Maya -APM-, la Coordinadora de Medios de Comunicación -CERCOM-, la Coordinadora Junajpú Ixb'alamqué, el Centro Nacional de Estudios Mayas de Guatemala, la Coordinadora Nacional Indígena y Campesina -CONIC-, entre otras, que como movimientos sociales deben ejercer presión a los organismo estatales para que la normatividad jurídica indígena sea investigada, estudiada y respetada, siempre que sea compatible con los derechos fundamentales protegidos por la carta magna y tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por Guatemala.

54. Gil Rohr, Claudia Ilse. Construcción de Ciudadanía en Sociedades Fragmentadas Etnicamente. p. 46 - 48

CAPITULO III

ANALISIS DE LA APLICACION Y LEGISLACION DEL PERITAJE CULTURAL

1. El Pluralismo jurídico de facto. 2. La homogeneidad jurídica jurís. 3. El Peritaje Cultural como un derecho humano de segunda generación. 4. Excepción al principio Iuria Novit Curia. 5. Comprobación de la hipótesis.

Después de haber desarrollado los factores que plantean la implementación del Peritaje Cultural en Guatemala, nos hacemos la pregunta por qué es necesario aplicar y legislar el Peritaje Cultural en Guatemala?, y para contestar la misma es necesario hacer un análisis e integración de los factores antropológicos, jurídicos y políticos ya estudiados en el capítulo anterior.

Iniciaremos retomando la definición que elaboramos de Peritaje Cultural: "Medio de prueba, por virtud del cual, el Juzgador ilustra el criterio, para el conocimiento de la cultura en sus diversas manifestaciones, de un individuo, en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto, y el Juez debe tomar en cuenta al momento de resolver", a través del Peritaje Cultural el Juez conoce la cultura y el derecho consuetudinario que regula las relaciones de grupo de la persona sometida a juicio. Este conocimiento es necesario, cuando el Juez no forma parte o desconoce la cultura de los sujetos procesales en un procedimiento judicial, y este supuesto se da, especialmente en aquellos países conformados por varios grupos étnicos, como Guatemala, pues cada uno desarrolla y configura su propia cultura y cada individuo como miembro de la etnia tiene una cosmovisión del mundo, que puede ser similar o diversa de la de otros grupos étnicos, y rige su vida en base a las normas, valores, símbolos, conocimientos y prácticas del grupo social al que pertenece, formando así su identidad étnica.

Por lo tanto lo que caracteriza a un país como el nuestro es que co-habitan individuos culturalmente desiguales, es decir en una situación distinta no solo económica y socialmente, como sucede en la mayoría de países, sino también cultural, y si recordamos que el derecho es una manifestación de la cultura, pues es creado por un grupo social para regular las relaciones entre sus miembros en un periodo histórico determinado, estamos ante una heterogeneidad jurídica, que se deriva de la heterogeneidad cultural, afirmación que probamos al establecer en primer lugar que cada grupo étnico es creador de una cultura propia; en segundo lugar el derecho escrito o no, es una manifestación de la cultura; y, en tercer lugar Guatemala es un país conformado desde un punto de vista lingüístico por 24 grupos étnicos, como producto de la diversidad estamos frente a una realidad Pluri-Etnica, Pluri-Cultural y Pluri-Jurídica. El término Pluri-Jurídica, es conocido en la doctrina como Pluralismo Jurídico, que para el autor puede ser de Juris (de derecho) o de Facto (de hecho).

Es importante mencionar que dos o más grupos étnicos pueden tener

una misma cultura, o sea una forma de vivir similar, una interpretación del mundo y del ser humano y sus relaciones con la naturaleza, con sus semejantes, una cultura entonces puede desarrollarse y producirse por diversos grupos sociales. Las diferencias culturales de los pueblos se manifiesta en la cosmovisión que tienen del mundo, en Guatemala, la diferencia entre la cultura indígena y Ladina, constituye la visión del mundo propia de los mayas en contraste con la visión judeo-cristiana de origen europeo que tiene el pueblo ladino. Podemos hablar entonces de dos cultura una indígena y otra ladina, últimamente en Guatemala se habla de pueblos ladinos, mayas, xincas y garifunas independientemente de la multiétnicidad que pueda tener a su interior cada una (55).

1. EL PLURALISMO JURIDICO DE FACTO.

En Guatemala, se da una situación especial, pues frente a un pluralismo jurídico de facto (diversidad jurídica de hecho) se creó una homogeneidad jurídica de Juris (unicidad jurídica de derecho) tal como lo estudiamos en el factor jurídico en la sección dedicada a la legislación nacional, pues se legisló y creó un Estado para un país monocultural, en uno que vive y tiene una realidad pluricultural.

Porque utilizo el término "pluralismo jurídico de facto", explico, en una realidad pluriétnica, con grupos sociales que han logrado desarrollar y producir su propia cultura, y particularmente han regulado las relaciones de sus miembros a través del derecho comunal o derecho consuetudinario, han creado un ordenamiento jurídico comunal, que de hecho (como lo estudiamos en el factor jurídico en la sección de derecho consuetudinario, en la relación de casos concretos) se aplica, pero no es reconocido por el derecho nacional, a lo que la prensa nacional ha llamado en varias oportunidades como sistema de justicia paralelo (56) el cual es de facto y se ha utilizado desde hace muchos años, a través de órganos de facto (no reconocidos por la ley para aplicar justicia) como lo son los Consejos de Ancianos, situación que actualmente quiere regularse legalmente, con el decreto 78-97 del Congreso de la República que reformará el Código Procesal Penal, creando Juzgados de Paz Comunitarios, los que se integrarán por tres personas de reconocido honorabilidad y arraigo dentro de la comunidad, y que resolverán los casos que se les presenten conforme a la Constitución Política, derecho consuetudinario y la equidad, y cuando por las características del caso no sea posible la conciliación o resolución del caso concreto, remitirán el expediente al Juzgado de Instancia Departamental, que resolverá de conformidad con la "legislación nacional".

Al hablar de pluralismo jurídico de facto nos referimos entonces a las costumbre jurídicas indígenas no reconocidas por el ordenamiento jurídico guatemalteco, pero que de hecho regular sus relaciones sociales

2. LA HOMOGENEIDAD JURIDICA DE JURIS.

55. Asociación de Investigación y Estudios Sociales. Relaciones Interétnicas. p. 15

Al utilizar el término homogeneidad jurídica de Juris, queremos hablar sobre un solo ordenamiento jurídico reconocido por el Estado, podríamos acuñar otro término similar que puede ser el monojurismo de juris: utilizamos el prefijo mono que indica uno solo, seguido del adjetivo jurismo que deviene de un solo ordenamiento, y de Juris, por ser creación del Organismo Legislativo de conformidad con las formas establecidas en la ley.

Esta se produce cuando se crea formalmente un ordenamiento jurídico para que regule las relaciones sociales de un grupo social culturalmente homogéneo, protegiendo los valores, símbolos, conocimiento y prácticas del grupo social, y por lo tanto las normas jurídicas desarrolladas logran alcanzar consenso general entre los miembros del grupo. El monojurismo se desarrolla en aquellos países que tienen sociedades homogéneas, y logran sus normas ser efectivas y positivas. Este sistema fue el adoptado en Guatemala, pues su legislación se ha creado por un grupo social en protección de sus intereses y valores, sin tomar en cuenta que nuestra sociedad es culturalmente heterogénea. El grupo social hegemónico, ha perseguido la homogeneización cultural de los diferentes grupos étnicos que conforma la población guatemalteca, creando un ordenamiento jurídico de aplicación general, sin tomar en cuenta que los grupos indígenas tienen valores, prácticas y símbolos diversos. En Guatemala se da formalmente una igualdad ante la ley, pero está omite las diferencias reales, entre los pueblos mayas, garífuna y xinca, colocando a estos últimos en un plano de indefensa legal frente a el pueblo ladino.

En la situación compleja de Guatemala, de una homogeneidad jurídica de juris, frente a un pluralismo jurídico de facto, se debe estudiar la posibilidad de crear un pluralismo jurídico de juris, a través del reconocimiento de las costumbres jurídicas indígenas, el cual puede darse desde el nivel constitucional y ser desarrollado por la normatividad ordinaria, especialmente en la ley que desarrollará el artículo 70 de la Constitución Política.

3. EL PERITAJE CULTURAL COMO DERECHOS HUMANOS DE SEGUNDA GENERACION.

Continuando con el análisis e integración de los factores que implementan el Peritaje Cultural en Guatemala, la preocupación de aplicar leyes que integran un sistema monista jurídico, a una realidad pluri-cultural, a surgido en el área de los derechos humanos de segunda generación, que se refieren al derecho que tienen las personas a ser juzgadas de acuerdo a su propio ordenamiento, aplicandoles su propia normatividad, y por lo tanto aplicarles una norma ajena a su cultura constituye una violación de un derecho humano,.

Al aplicar una legislación creada por un grupo social que protege valores AA, a un individuo que como miembro de un grupo social diferente protege valores BB, por lo tanto diversos, estamos a ante una violación de un derecho humano.

56. Publicación del diario "El Periódico". Página 4. De fecha 13 de agosto de 1997

A los derechos humanos de segunda generación se les conoce doctrinariamente como derechos colectivos, y tienden a proteger derechos económicos, sociales y culturales, esta preocupación fundamental como tantas otras ha nacido de los convenios internacionales, y tiene sus orígenes en la Organización de las Naciones Unidas y en la Organización Internacional del Trabajo, al regular el derecho que tienen las personas como miembros de un grupo social a tener y desarrollar su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, a emplear su propio idioma y a ser juzgados con su propia normatividad. Estos derechos están regulados en la Convención Internacional de Discriminación Racial, en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y específicamente en el Convenio 169 de la O.I.T.

El Convenio 169 de la O.I.T., establece en su artículo 8, la Obligación de los Estado Miembros de que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas deben tomar en cuenta sus costumbre o derecho consuetudinario, y de esta manera se garantiza el derecho de dichos pueblos de conservar su cultura, siempre que esta sea compatible con los derechos fundamentales regulados en la Constitución Política y en los Convenios Internacionales ratificados por Guatemala, como vemos la regulación de este artículo es amplia, en el sentido de que los Organos Jurisdiccionales deben tomar en cuenta la costumbre jurídica indígena, en todo proceso judicial cualquiera que sea su ámbito de validez material, tomar en cuenta, significa el de resolver conforme la legislación nacional pero respetando la cultura de los sujetos procesales en sus diversas manifestaciones, los juzgadores deben tomar en cuenta las normas, valores, símbolos y prácticas del sujeto procesal como miembro de una etnia, no significa que debe resolver conforme el derecho consuetudinario, sino que deben tomarlo en cuenta, por ejemplo el impacto social que produce un hecho en la etnia, el valor jurídico tutelado que se puso en peligro o lesiono, la cosmovisión de los grupos indígenas frente a la tierra, a la naturaleza, tradiciones, costumbres, etcétera, y deberá respetarlas siempre que sean compatibles con los derechos humanos fundamentales, por ejemplo en materia penal tomar en cuenta de que para los grupos indígena la reparación del daño causado es de gran importancia, y el tipo de sanciones que estos imponen por ejemplo hacer tareas para la comunidad, esta sanción es compatible con los derechos humanos fundamentales, pero no así la sanción de azotar al condenado esta no debe respetarse ni tomarse en cuenta en virtud de no ser compatible con los derechos fundamentales, en materia agraria, debe tomar en cuenta el derecho consuetudinario en relación a la traslación de la propiedad, la herencia, tala de árboles, uso de la tierra, deslindes, amojonamientos.

4. EXCEPCION AL PRINCIPIO IURIA NOVIT CURIA.

El Derecho Consuetudinario, para los Jueces Nacionales en su mayoría es desconocido, en virtud de que no es objeto de estudio en la Facultades de Derecho del País, y a que muchas veces el Juez no es originario del lugar donde ejerce la Judicatura. Al no cumplirse en este caso el principio IURIA NOVIT CURIA (el derecho es de conocimiento del Juez), es necesario que el Juez se auxilie de una persona experta o conocedora del derecho consuetudinario de la comunidad a la que pertenecen los sujetos procesales, para que el experto ponga en su conocimiento la

stumbre jurídica del grupo social en el caso concreto y así pueda el juez tomarla en cuenta al resolver el mismo, y esto se logra a través del Peritaje Cultural.

Otro factor que permite como lo mencionamos poder hablar hoy por y de estos temas en Guatemala, es el Político, contenido en los Acuerdos Paz firmados entre el Gobierno y la U.R.N.G., que también regulan como ya lo estudiamos en el Acuerdo de Identidad y Derecho de los Pueblos indígenas, la necesidad de tomar en cuenta por los Organos del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la cultura de los pueblos indígenas al ejercer sus funciones, administrativas, legislativas y jurisdiccionales.

COMPROBACION DE LA HIPOTESIS.

En conclusión en Guatemala, es necesario aplicar el Peritaje Cultural como un medio de prueba que permita a los Organos Jurisdiccionales conocer el derecho consuetudinario y cultura de los pueblos indígenas, para tomarlo en cuenta y respetarlo siempre que sea compatible con los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política y en los Convenios y Tratados Internacionales ratificados, en virtud de darse las condiciones antropológicas, jurídicas y políticas, desarrolladas en la presente investigación, que fuerzan la implementación del mismo con el fin de lograr una Justicia más objetiva y cercana a la realidad cultural del país, y en cumplimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas.

Mencionamos únicamente aplicar, pero también es necesario legislar lo relativo a la implementación del Peritaje Cultural en Guatemala, con el objeto de que se pueda exigir su cumplimiento a los Organos Jurisdiccionales, y en virtud de la obligación que impone el Convenio 109 de tomar las medidas legislativas que tiendan a desarrollar el contenido del mismo, y además como un compromiso que nace de los acuerdos políticos, se hace necesario y obligatorio crear una norma jurídica que obligue a los Tribunales de Justicia practicar el Peritaje Cultural, de oficio o a petición de parte en todo proceso judicial. Para crear esta norma jurídica, relativa al Peritaje Cultural debe tomarse en cuenta como lo expusimos que éste es aplicable a todo ámbito de validez material, por lo tanto, no debe crearse una norma para el área penal o civil únicamente, sino en cambio una que abarque todo el ordenamiento jurídico guatemalteco, y la ley indicada para el efecto es el Decreto 2-89 del Congreso de la República "Ley de Organismo Judicial", que en su artículo 1 establece: "Los preceptos fundamentales de esta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco", por lo que ésta es la ley indicada, que debe reformarse para incluir en ella una norma jurídica que regule el Peritaje Cultural.



100
100
100

100
100
100

100
100
100

CAPTULO IV

EL PERITAJE CULTURAL COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS JUDICIALES DE GUATEMALA.

1. Generalidades. 2. Anotaciones históricas de la peritación en general. 3. Objeto de la peritación, y el caso especial del Peritaje Cultural. 4. Características del Peritaje Cultural. 5. Fundamento del mérito probatorio del peritaje. 6. Requisitos mínimos para la existencia jurídica del Peritaje Cultural. 7. Clases de Peritaje Cultural. 8. El Perito Cultural. 9. Naturaleza jurídica del Perito Cultural. 10. Diferencia del Peritaje con otras instituciones jurídico-procesales. 11. El Peritaje Cultural, su procedimiento. 12. Ejemplo de un caso concreto de Peritaje Cultural en Guatemala, en el ámbito penal.

1. GENERALIDADES:

El Peritaje Cultural, es un acto procesal, que debe desarrollarse por encargo de un Juez, en todo proceso en que se aplique la legislación nacional a un miembro de un pueblo indígena, con el fin de tomar en cuenta su cultura y/o derecho consuetudinario, en el caso concreto al momento de resolver el litigio.

Se trata, de una actividad humana, por la cual se verifica la cultura en sus diversas manifestaciones como producto de los hechos sociales, se establecen sus características, modalidades, calidades, y relación con los hechos sujetos a juicio. Su carácter procesal deviene del encargo judicial para practicarlo, y en su realización intervienen personas calificadas por su conocimiento y experiencia en relación con los hechos sujetos a apreciación e interpretación.

2. ANOTACIONES HISTORICAS SOBRE LA PERITACION EN GENERAL: (57)

Los antecedentes más conocidos de la Peritación los encontramos en el derecho romano, como un medio de obtener el convencimiento del juez y, por lo tanto, como una prueba, cuando se elimina el procedimiento *in iure*, en el cual, como se escogía para reconocer del litigio a una persona experta en la misma materia, resultaba inútil recurrir al auxilio de un perito. Pero, en el procedimiento judicial ordinario, *in iudicio*, la peritación se aceptó y utilizó, con gran aceptación en el periodo de justiniano.

En la caída del Imperio Romano, periodo en el que los pueblos bárbaros dominaron a Europa, no se práctico la peritación judicial, porque era incompatible con las costumbres que imperaron en materia de prueba judicial, durante las fases llamadas étnica y religiosa.

Durante la llamada fase de la tarifa legal, que vino a civilizar las prácticas judiciales, como resultado de la influencia que los

57. Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. p. 291

canonistas ejercieron en el desarrollo del sistema procesal, ya muy avanzada la Edad Media, reaparece la peritación, principalmente por obra de los prácticos italianos, en un principio para establecer la causa de la muerte y el cuerpo del delito.

El derecho canónico reconoce la peritación, como medio apto para probar ciertos hechos, como la virginidad de la mujer, la impotencia del hombre y la inspección de las heridas.

En el proceso de la inquisición se difundió la práctica de la peritación primero en Italia y luego en el resto de Europa. En Francia fue sagrada expresamente, en la Ordenanza de Blois, en 1579. Cuando se inició la era de las codificaciones, comenzó a tener consagración formal en los Códigos de procedimientos, por ejemplo, en el antiguo penal francés (Art. 59) en el penal austríaco de 1803 y en el penal prusiano; luego se generalizó en los códigos civiles y penales europeos del siglo XIX y XX. En los códigos de procedimientos civiles y penales de América Latina ha figurado siempre como un medio de prueba.

3. OBJETO DE LA PERITACION, Y EL CASO ESPECIAL DEL PERITAJE CULTURAL.

El Magistrado o Juez es un técnico en Derecho, y en Guatemala también de las Ciencias Sociales, pero generalmente carece de conocimientos sobre otras ciencias, artes, oficios, técnicas, que requieren de estudios especializados o experiencias particulares, como afirma Carnelutti (58): "así como el juez no puede verlo todo, con igual y aun mayor razón no puede saberlo todo". Algunos hechos concretos puestos a su conocimiento por su complejidad o especialidad requieren y exigen de un conocimiento especial para su verificación o calificación, que son el presupuesto necesario para que el juez pueda aplicar las normas jurídicas que regulan el caso concreto, de esta manera deviene necesario que el juez se auxilie de un experto que tiene aptitudes que el juzgador no posee.

El objeto de la peritación, como regla general son los hechos, sobre los cuales el perito emitirá sus observaciones (perito percipiendi), o aplicará reglas técnicas, artísticas o científicas de la experiencia especializada a los hechos comprobados en el proceso, para deducir de ellos las consecuencias, causas calidades o valores que se investigan, exponiendo juicio, sin narrar percepciones (Perito deducendi). La peritación tiene por objeto, exclusivamente cuestiones concretas de hechos, que pueden ser físicos, químicos, conductas humanas, sucesos naturales, aspectos de la realidad material, social u objetos que sean creación del hombre o productos de la naturaleza, la persona física humana y su condición química, por lo tanto no puede haber peritación sobre cuestiones de derecho ni sobre los efectos jurídicos de los hechos que verifique o califique un perito (en aquellos casos en que ilegalmente se faculta al experto, no solo investigar o verificar un hecho incriminado, sino también de examinar él mismo y establecer si constituyen o no infracción a la ley penal, función exclusiva del juzgador de carácter indelegable).

58. Citado por Devis Echandía. Idem. Tomo. II. p. 296

Partimos de la premisa fundamental de que pueden ser objeto de litigación exclusivamente los hechos, no así el derecho, pero que pasa de la costumbre o derecho consuetudinario, en base al principio *Iuris Curia*, la existencia de las normas jurídicas nacionales son decididas por el Juez, pero cuando se trata de la costumbre, la situación es diversa, pues se trata de derecho local, y de la circunstancia de que la costumbre o derecho consuetudinario no se encuentra registrada oficialmente, y de que reviste una jerarquía similar a la norma escrita en virtud de su vigencia en una localidad determinada, no puede exigirse al Juez el conocimiento de la misma, ya que éste no cuenta con testimonios o documentos para poder establecerla, al respecto Hernando Devis Echeandía) afirma que la peritación es la forma conducente de probar la costumbre, y así lo acepta la doctrina en general, entre ellos, mencionados por Echeandía, Franchi, dice que a propósito del derecho delgado, únicamente es posible la indagación técnica, cuando se trate de la costumbre, porque el juez ignora los hechos singulares que la figuran y a menudo no dispone de testimonios ni de documentos para probarla; Bobbio, advierte que individualizar una costumbre implica hacer hechos técnicos mercantiles o de historia local, así como un empleo de instrumentos heurísticos que son eventuales para el juez pero no forman parte del patrimonio cultural propio de sus funciones; Nicotro y Calá- Zamora y Castillo, sostiene igual punto de vista, Messineo y Melutti aceptan también esta manera de establecer la costumbre; Sicard recuerda que la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa acepta, en la prueba de la costumbre, todos los medios aptos para probar los hechos materiales lo cual no descarta la peritación.

Podemos decir que la costumbre jurídica indígena constituye una norma jurídica especial, que escapa generalmente a la cultura del Juez por lo que resultaría exagerado exigirle su conocimiento, por ser una excepción al principio *Iuris Curia*, por esto se justifica la prueba de la costumbre a través de la peritación, pero en forma amplia no limitándose al derecho consuetudinario, sino a otras manifestaciones de la cultura y como producto de los hechos sociales, pueden probarse a través de la peritación, en conclusión la cultura de un grupo social en sus diversas manifestaciones puede ser objeto de prueba por estar constituida por hechos, los que pueden ser conocidos por el Juez por medio de la peritación, a la que damos el calificativo de Cultural, teniendo así el Peritaje Cultural.

CARACTERÍSTICAS DEL PERITAJE CULTURAL.

1. Actividad humana, pues es desarrollado por personas especializadas por su experiencia o conocimientos, que deben efectuar determinados actos para luego emitir el dictamen solicitado.
2. Actividad procesal, porque debe producirse en el curso del proceso.
3. Actividad calificada, en virtud de que es una actividad de personas calificadas por su experiencia o conocimientos en la materia.

9. Idem. Tomo. II. p. 300

4.4. Encargo judicial, para que tenga validez jurídica debe ser encargado por el juez competente.

4.5. Vinculación con los hechos, el Peritaje debe versar sobre hecho del proceso, deber ser pertinente.

4.6. Hechos especiales, los hechos sobre los que debe versar el peritaje deben ser especiales, cuya verificación valoración o interpretación de los mismos, no pueda realizarse por personas medianamente cultas y de jueces cuya preparación es esencialmente jurídica.

4.7. Declaración de ciencia, el peritaje constituye una declaración de ciencia, porque el perito expone lo que conoce mediante la observación y por deducción o inducción de los hechos sobre los cuales emite su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con sus conceptos el peritaje cultural debe ser objetivo e imparcial, limitándose a expresa como el hecho sujeto a proceso es regulado por el derecho consuetudinario de la comunidad a la que pertenece el sujeto procesal y cual es su aceptación o rechazo cultural.

4.8. Operación valorativa, porque además de la declaración de ciencia contiene la valoración del hecho, y no una simple observación.

4.9. Medio de prueba, porque auxilia al juez en el conocimiento de una cultura ajena a su patrimonio intelectual, que debe de tomar en cuenta al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas y respeta siempre que sea compatible con los derechos fundamentales protegidos en la Constitución Política y Tratados Internacionales ratificados.

5. FUNDAMENTO DEL MERITO PROBATORIO DEL PERITAJE.

El valor que se le puede dar al peritaje dentro del proceso, dice De Santo (60), será como una presunción concreta, para el caso particular de que el perito es sincero, veraz y su dictamen con toda probabilidad acertado. Esta presunción parte del hecho de haber sido designado como perito, en vista de su especialidad en la materia, en el caso concreto que nos interesa, por su conocimiento y experiencia con una cultura indígena determinada, y del presupuesto de que al emitir su dictamen no caiga en error y no tenga intención de engañar o parcializar la opinión del juzgador.

Pero es al juez a quien corresponde apreciar el valor que le dará al peritaje cultural, de conformidad con el sistema de valoración establecido por la ley para la Prueba de expertos en la materia de que se trate el caso concreto.

6. REQUISITOS MINIMOS PARA LA EXISTENCIA JURIDICA DEL PERITAJE CULTURAL.

6.1. Debe ser un acto procesal, es decir debe realizarse dentro de un proceso judicial, de cualquier ámbito de validez material.

60. Desanto. La Prueba Judicial, Teoría y Práctica. p. 455

6.2. Debe ser consecuencia de un encargo de juez competente, ya sea por petición de parte o de oficio.

6.3. El dictamen debe ser personal, el perito debe elaborarlo personalmente, es un cargo indelegable por ser intuitu persona, y si debe ser emitido por varios que exista previa deliberación conjunta.

6.4. El dictamen debe emitirlo un tercero ajeno al juicio, especializado en la cultura del grupo étnico a que pertenece el sujeto procesal interesado.

6.5. Que el hecho objeto del peritaje cultural sea pertinente con los hechos sujetos a juicio, que tenga relación el dictamen con los hechos relacionados.

6.6. Que no haya motivo para dudar de la imparcialidad y objetividad del Perito Cultural, en opinión del autor no puede considerarse como falta de parcialidad y objetividad el hecho de que el perito pertenezca al mismo grupo étnico del sujeto procesal interesado.

6.7. Que no exista otra prueba que desvirtue el Peritaje Cultural.

6.8. Que no se viole el derecho de defensa o contradicción, dándole oportunidad a la otra parte realizar su propio peritaje cultural o someter al Perito a las interrogantes de sus consultores técnicos.

6.9. Que el dictamen se entregue oportunamente y con las formalidades de ley, sobre este punto quisiera comentar que debe ser el juzgador bastante flexible en cuanto a las formalidades, exigiendo la presentación del peritaje en forma verbal, colaborando en proporcionar un intérprete, y en comprender el vocabulario propio de las comunidades étnicas.

7. CLASES DE PERITAJE CULTURAL.

Por no encontrar una clasificación doctrinaria, elaboramos una propia partiendo de las clasificaciones de la peritación en general, Aguirre Godoy (61), menciona que en algunos supuestos el encargo judicial de peritación se produce a petición de las partes, en cuyo caso se habla de prueba pericial voluntaria, y en otras circunstancias, la diligencia pericial viene determinada por la propia ley, denominándosele entonces necesaria, para el autor el Peritaje Cultural deviene necesario en todos los procesos pues en virtud del mandato contenido en el artículo 8 del Convenio 169 de la O.I.T. ratificado por Guatemala, los Tribunales deben tomar en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas al aplicarles la legislación nacional, por lo que el Juez de cualquier ámbito de validez material se ve facultado para encargar el Peritaje Cultural, a petición de parte o de oficio cuando en un proceso judicial se aplica la legislación nacional a un miembro de un pueblo indígena guatemalteco, además con la introducción de una norma jurídica en la Ley del Organismo Judicial que obligue la implementación del Peritaje Cultural en el

61. Aguirre Godoy, Mario. Derecho Procesal Civil de Guatemala. Tomo I. p. 669



ordenamiento jurídico guatemalteco, este sería siempre de carácter necesario, según la discrecionalidad del juzgador.

8. EL PERITO CULTURAL.

La designación del cargo de perito cultural debe recaer en una persona idónea, que tenga amplios conocimientos y experiencia en la cultura del pueblo indígena al cual pertenece el sujeto procesal interesado, en Guatemala pueden constituirse Peritos Culturales unipersonales, que recaigan en una sola persona, antropólogo, etnólogo, trabajador social, jerarca religioso de la comunidad, cofrade, principal, alcalde auxiliar, o de carácter colegiado en las autoridades comunitarias, que es el sistema que regula en el Acuerdo de Identidad y derecho de los Pueblos Indígenas, en el cual se establece que deben desarrollarse los mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad, que en mi opinión son las más indicadas pues quien aplica el derecho consuetudinario ordinariamente, se encuentra en capacidad de rendir un dictamen sobre los casos concretos que se pongan en su conocimiento, en conclusión, para designar al Perito Cultural, debe buscarse en la comunidad a la persona que posea la experiencia y conocimiento requerido, para que emita el dictamen, y para el efecto el Juez debe tener listados de personas capaces de desempeñar el puesto de Peritos Culturales, los cuales deben ser propuestos por las autoridades comunitarias.

En el caso del Peritaje cultural sería útil que el nombramiento fuera directo por parte del juez, buscando así la imparcialidad del dictamen. (en el caso de que se regulará su procedimiento en la L.O.J.).

8.1. Carácter libre u obligatorio del cargo:

A contrario sensu de los testigos el cargo de perito no es obligatorio, pues no constituye una carga pública, salvo en materia penal, en que la designación del perito obliga a éste a emitir el dictamen.

8.2. Deber de actuar como perito.

El deber de actuar como perito cultural, lo asume aquella persona que a aceptado desempeñar la función de perito cultural por encargo judicial en un caso concreto, por tener el conocimiento o experiencia deseada por el juzgador, y del deber nacen derechos, entre ellos el de remuneración por su tarea.

8.3. Imparcialidad del Perito, una vez designado este y aceptado el cargo, se pone en conocimiento de las partes para los efectos de que se pronuncien sobre su aceptación, y esto a través de la recusación, pudiéndose aplicar las reglas que establece la ley del organismo judicial para los jueces, así como las excusas, impedimento y procedimientos establecidos.

8.4. Designado el Perito Cultural y resueltos los incidentes de separación, el juez dicta una resolución que contiene:

- 1o. Nombre del Perito Cultural designado;
- 2o. Fijación de puntos sobre los que versara el dictamen;
- 3o. Plazo dentro del cual el perito cultural debe rendir

su dictamen;

. Derechos del Perito:

El Perito Cultural tiene derecho a los honorarios fijados por el juez, y a que se le proporcionen por anticipado los gastos en que incurrirá, así mismo a poder ampliar el dictamen emitido en forma oral por escrito, a solicitud del Juez o petición de las partes o sus consultores técnicos con la previa autorización del Juez que preside el acto. Además tiene amplia libertad en la investigación de campo que le solicite para poder emitir el dictamen que le fue solicitado, y a pedir que se le aclaren los puntos objetos del expertaje, cuando estos sean vagos y demasiado generalizados.

6. Responsabilidades del Perito Cultural:

El perito cultural al aceptar el cargo asume responsabilidades de carácter civil por los daños y perjuicios que provoque su dictamen por error o falsedad del mismo, penales por los delitos en que pueda incurrir al emitir un dictamen falso, al negarse a emitir el dictamen cuando es requerido aceptado el cargo, o al ocultar la verdad, en estos casos comete el delito de Falso testimonio regulado por artículo 460 del Código Penal; además podemos agregar administrativas, las que puedan aplicarse a los miembros de la comunidad y al borrarse de la lista de peritos culturales de la que dispone el Juez.

7. El dictamen:

En la elaboración de los dictámenes gozan los peritos de gran libertad, en virtud del trabajo investigativo que se requiere, esta actividad debe desempeñarse personalmente por el perito designado, entendiendo que el mismo ha sido escogido por su conocimiento y experiencia personal, y que le dan la característica de ser un órgano de prueba de carácter personal, una vez realizada la investigación y trabajo de campo el perito cultural, hará una relación de las actividades que desarrolló y expresará las conclusiones a que arribo en los hechos concretos examinados, sobre los puntos objeto del peritaje.

Elaborado el mismo, este debe ser presentado al tribunal en la forma que establece la ley (oral o escrito) para la materia que trate el caso concreto, estando obligado a contestar las aclaraciones que presente el juez, las partes o sus consultores técnicos, en la oportunidad procesal indicada dependiendo de la materia del proceso.

. NATURALEZA JURIDICA DEL PERITO CULTURAL.

Se ha escrito mucho sobre la naturaleza jurídica del Perito en general, y de las corrientes sostenidas por algunos doctrinarios, aplicaremos que considero relacionadas al presente trabajo, al respecto podemos decir que las corrientes principales son tres:

1. Algunos autores han considerado al perito como un testigo, por ser un órgano de prueba que declara sobre los hechos sometidos a juicio, pero esta corriente actualmente no se justifica porque la doctrina moderna ha establecido las diferencias entre ambos medios de prueba, pues el testigo no emite juicios de valor sobre los hechos, simplemente hace

una narración de lo que percibió.

9.2. Esta segunda corriente asimila al perito como un juez, y se le llega a denominar por algunos autores como Juez de Facto, iudex facti: juez sobre los hechos, pero es manifiesto que el perito no juzga: su función se limita a examinar los hechos y aportar su dictamen al proceso para que el juez lo utilice en su función iudicium.

9.3. Y la última tendencia la más aceptada por la doctrina contemporánea es la de asimilar al perito como un auxiliar del juez, la justicia, la equidad, como un colaborador del juez, como un medio de prueba que auxilia y suple una deficiencia técnica y cultural del tribunal.

El autor comparte su criterio con esta última corriente, no obstante que para muchos sea lógica la naturaleza jurídica estime pertinente hacer un breve análisis del mismo para dejar clara la verdadera naturaleza jurídica del perito, y que por lo tanto al Peritaje Cultural debe catalogarse como un medio de prueba, que auxilia la deficiencia cultural del juzgador.

Es importante recordar la aclaración que hace De Santo (62), al mencionar que el ser auxiliar del juez no significa ser su subalterno sino un tercero que colabora en la investigación de los hechos, aportando el auxilio de sus conocimientos y experiencia.

10. DIFERENCIA ENTRE PERITO CULTURAL Y TESTIGO, JUEZ, JURADO, CONSULTOR TÉCNICO, TRADUCTOR, Y ARBITRO.

Para dejar más clara la función del Perito Cultural en el proceso judicial, mencionaremos algunas diferencias entre el perito y testigo, consultor técnico, árbitro, traductor y juez, a las que se refiere De Santo (63).

10.1. Perito y testigo.

La similitud es que ambos son órganos de prueba que declaran sobre los hechos sujetos a juicio, pero las diferencias son:

10.1.1. el perito hace una declaración de ciencia, el testigo en cambio hace una declaración de conocimiento;

10.1.2. el perito verifica los hechos mediante deducciones y juicios es de carácter técnico o científico, mientras que el testigo relata lo que percibió accidentalmente, sin emitir juicio alguno sobre los hechos;

10.1.3. el perito examina hechos pasados, en virtud del encargo judicial, conociéndolos hasta ese momento, el testigo declara sobre hechos que presencié y conocía aún antes de iniciarse el proceso;

10.1.4. el perito no está obligado a aceptar el encargo judicial salvo en materia penal, el testigo está obligado a declarar;

10.2. Perito y consultor técnico.

La figura del consultor técnico es recién tomada por la legislación guatemalteca, particularmente en el Código Procesal Penal, que lo regu-

62. Desanto. Op. Cit. p. 466

63. Idem. p. 475

en el artículo 141, autorizando a las partes a que puedan asesorarse por un consultor técnico en el estudio y examen de los dictámenes de los peritos e informes de carácter técnico que se produzcan durante el proceso. El consultor técnico es un auxiliar de las partes, el perito es un auxiliar del juez, por lo que no pueden equipararse.

10.3. Perito y árbitro.

El arbitro es aquella persona que decide sobre un asunto sometido a su conocimiento por acuerdo voluntario de las partes o por exigencia legal, y la cuestión que decida puede ser de derecho o de hecho, y en este último caso puede exigirsele conocimientos especiales, estudia los hechos y resuelve el litigio conforme a derecho o a su leal saber y entender, el árbitro en conclusión resuelve en cambio el perito no decide sobre la controversia, sino se limita a relatar o emitir un juicio de valor técnico sobre los hechos sujetos a juicio, y no sobre todos, sino únicamente sobre aquellos que el juez le señala, y su dictamen le sirve al juez para dictar sentencia. El dictamen tiene un valor procesal pero no sustancial en virtud de que por si no resuelve la controversia, aún cuando el juez le otorga al mismo valor probatorio y declara por probado el hecho (conducta cultural), los efectos jurídico materiales son el resultado de la sentencia y no del dictamen.

10.4. Perito y jurado.

En Guatemala, no se ha implementado este sistema para la aplicación de justicia, hubo un intento con el actual Código Procesal Penal que en su proyecto buscaba aumentar la participación ciudadana en la administración de justicia, con la creación de el sistema de jurados, con la realización de juicio por un tribunal compuesto por jueces profesionales y conjuces legos, idea que se ha retomado con los recién creados Juzgados de Paz Comunitarios, la diferencia es que el Perito es un auxiliar del juez, y los jurados son los jueces, por lo que el perito vendría en estos casos a ser un auxiliar de los jurados.

10.5. Perito e intérprete o traductor.

La similitud entre ellos se da en la exigencia de conocimientos especiales, y ambos son auxiliares del juez, pero la principal es que el interprete y el traductor no emiten juicios de valor de carácter técnico o científico, sino se limitan a traducir literalmente lo escrito o escuchado en una diligencia, y no emiten conclusiones sobre su actividad en cambio el perito si.

10.6. Perito Cultural y Juez.

Es muy importante que el lector encuentre la diferencia entre ambas figuras pues especialmente en el peritaje cultural se ha confundido su función de auxiliatura con la de judicatura. El perito cultural, como un auxiliar del juez que suple la deficiencia técnica y cultural del mismo, se limita a emitir un dictamen sobre hechos sujetos a juicio, y su relación con la cultura o derecho consuetudinario del sujeto procesal interesado, y es al Juez a quien corresponde valorar el dictamen, al resolver el conflicto puesto en su conocimiento, tomando en cuenta los valores culturales y normativos de los sujetos procesales y en algunos casos concretos respetándolos, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico vigente.

11. EL PERITAJE CULTURAL, SU PROCEDIMIENTO.

Habiendo analizado la función del peritaje cultural, la naturaleza jurídica y requisitos, sería conveniente analizar su situación procesal, en virtud de que el autor propone en el presente trabajo de tesis que se lleve a cabo en cualquier ámbito de validez material, ya que al indicarnos el Convenio 169, la aplicación de la legislación nacional, no hace preferencia por una materia específica, y además dándonos cuenta que el derecho consuetudinario es aplicado por la población indígena en todos los ámbitos de su vida social, deviene útil que el peritaje cultural se implemente en todo el ámbito de validez material del ordenamiento jurídico vigente de Guatemala, esto crea la dificultad del procedimiento, pero este puede resolverse de dos formas, una creando un procedimiento general para todo proceso judicial en relación al Peritaje Cultural y otro es respetando los procedimientos señalados por los Códigos de procedimientos de cada materia en particular, inclinándome yo, por esta última opción, en virtud de que dichos procedimientos fueron estudiados para la materia específica que regulan.

Por lo que el procedimiento del Peritaje Cultural, dependerá del que tenga señalado en la materia en que se lleve a cabo, es decir:

11.1. en el área civil y mercantil se regula por los artículos del 164 al 171 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107;

11.2. en el área penal se regula por los artículos del 225 al 237 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República;

11.3. en el área laboral regulado por el artículo 352 del Código de Trabajo, decreto 1441 del Congreso de la República.

11.4. en lo administrativo, regulado por el artículo 26, de la ley de lo Contencioso Administrativo, decreto 119-96 del Congreso de la República;

11.5. en lo constitucional, regulado por el artículo 7, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

12. EJEMPLO DE UN CASO CONCRETO DE PERITAJE CULTURAL EN GUATEMALA EN EL AMBITO PENAL.

A continuación desarrollaremos un caso concreto en el que se implemento el Peritaje Cultural en un proceso penal, a manera de ilustrar al lector sobre la importancia del mismo en una realidad heterogénea como la nuestra, aclarando que el Peritaje Cultural, como punto de vista del autor puede aplicarse en todo ámbito de validez material.

El presente caso fue investigado por la antropóloga guatemalteca Albertina Saravia Enríquez (64), investigadora de la lengua, costumbres

64. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala. Número 25. p. 175

vida de los pueblos indígenas y en especial del Quiché, quien realizó reconstrucción judicial de un caso real, al cual denominó "El Delito Julián Tzul", entrevistándose con el reo, juez y abogado defensor, examinando el expediente original del caso.

Haremos una breve relación de sus antecedentes, algunos fragmentos tomare literalmente, para que el lector comprenda lo complejo del caso concreto, en virtud de la riqueza del trabajo realizado por la antropóloga Saravia, y analizaremos los medios de prueba aportados al caso, así como la actividad Jurisdiccional.

Car:

Aldea, de un municipio, en un departamento del occidente, con población mayoritariamente indígena.

Antecedentes conocidos de la víctima:

Un anciano conocido como Juan, que se dedicaba a la brujería y era temido por todo el pueblo por su actividad desde hace muchos años, a quien se atribuía la muerte de la mujer de Julián Tzul, quien había fallecido por una enfermedad rara que ni los médicos pudieron diagnosticar, pero según el pueblo y por palabras propias del brujo, había matado Juan por un embrujo que le hizo en el Monte Malo, y además eran atribuidos otros hechos malos sucedidos en la historia del pueblo.

Hechos concretos:

El jueves 7 de noviembre de 1963, a la una de la madrugada Juan entró en la casa de Julián con su machete y materiales de brujería, dirigiéndose a la casa de Julián para hacerle un maleficio.

Pero fue descubierto por el perro que dormía en el corredor de la casa, quien ladró al ver al intruso, y al oír los ladridos Julián se levantó y fue a ver que pasaba. "Cual sería su horror cuando vio al brujo Juan hincado ante su temascal, con las dos mitades de una candela de barro; lo sorprendió en el momento en que las encendía acabando de echar cenizas en los extremos cortados." todo indicaba que Juan "El brujo" le hacía un maleficio, ante esta situación Julián sale de su casa y le pregunta al brujo:

"- Bueno usted, señor, y ¿qué venís a hacer aquí? - Callate, contestó Julián, acercate que te voy a matar. Te voy a hacer así como hice a tu mujer. A lo que Julián replicó: - ¿Y por qué, señor? ¿Acaso soy yo el que estoy entrando a tu casa o estoy yo mismo a despertarte? ¿Cómo es tu nombre que estás viniendo a hacer aquí? - Callate que te voy a matar, asistió el brujo. Pero Julián replicó: - Andate en buenamente, andate en buenamente, por favor."

El brujo Juan, abandonó la casa de Julián, después de haberlo amenazado, y este último entró a su casa a ver a sus hijos, y se preguntaba por qué, el brujo de pueblo le quería hacer daño a él, y por qué había matado a su mujer, cuando escucho de nuevo los ladridos del perro, y salió Julián a ver que pasaba, viendo unas luces que

provenían del zanjón, lugar al que nadie se acercaba porque era el lugar utilizado por el brujo para hacer sus maleficios, lugar conocido como el encanto.

"Al llegar al encanto vio a Juan hincado ante la piedra frente a la cual acostumbraba "brujear". Oyó que el brujo lo estaba acusando ante la piedra diciendo: - Que muera Julián Tzul y que mueran sus chirices. Tocaba la piedra y proseguía: - Que muera su milpa, que se mueran todos los de su casa y su maíz. Al oír esto, el terror se apoderó de Julián y se acercó más al brujo, el cual seguía con sus imprecaciones: -Así como maté a la mujer de Julián, así quiero que muera él, que mueran sus chirices, que su milpa no le dé maíz.

Al confirmarse de ese modo sus sospechas, Julián se acercó aún más queriendo darle un susto al brujo para "quitarle las mañas" y que no volviera a molestarlo.

Habló entonces Julián y le dijo a Juan: - ¿Qué me estás haciendo cuál es esa tu maña? Usted, señor, estás necio para hacer eso. - Te voy a hacer así como hice tu difunta tu mujer, dijo el brujo. Siguió tocando la piedra diciendo: - Que se queme su milpa y su maíz, su casa y sus chirices; y el maíz negro, el maíz amarillo y el maíz blanco ¡Ojalá que se quemem!".

Así continuó el brujo con su maleficio en frente de Julián deseando su muerte, la de sus hijos, y la de su comida el maíz. Con temor por la situación Julián se acercó, y Juan sacó su machete. "Al acercarse Julián, el brujo levantó su machete. Julián recogió un palo que encontró tirado a sus pies para poder defenderse. Julián recibió varios planazos del machete pero, a pesar de la desigualdad de armas, logró golpear al brujo tres veces en la nuca. Aterrorizado por la petición a Le Itzel El Malo, siguió golpeándolo por todo el cuerpo. Sentía que su mano era algo ajeno de sí mismo que se movía por su propia voluntad. Sentía que los golpes que daba eran muy suaves, repitiéndose en su cerebro la maldición: ¡Querés que se mueran mis muchachitos! ¡Querés que se quemé mi santo maíz! ¡Pero yo te quitaré las mañas para que no te queden ganas de servir a Le Itzel, El Malo!. Y cada palabra la acompañaba de un golpe.

Al darse cuenta Julián que el cuerpo del brujo estaba inmovilizado se fue pensando que le había quitado las mañas a Juan, y quemó el palo porque estaba contaminado por el maligno. Y le fue a contar a su vecino Mariano Ixcaquic lo sucedido.

Petronila, la mujer del brujo, al darse cuenta que éste no regresaba lo fue a buscar a la milpa y lo encontró tirado en el zanjón del encanto pero no le habló pues tenía temor de que solo estuviera dormido, por lo que avisó a la suegra y a José Batz, quien se acercó y descubrió que estaba muerto, y dió aviso a la policía.

Por el hecho fueron detenidos Julián Tzul y Mariano Ixcaquic, en la declaración indagatoria, Julián Tzul confesó haber golpeado a Juan por el temor que tenía de las maldiciones y brujería que éste le hacía.

El 28 de noviembre, Julián confirmó su declaración indagatoria, y se le formuló el siguiente cargo concreto y justiciable: "Por el hecho de que el día siete de los corrientes en horas de la madrugada, usted dio muerte al anciano Juan Ajpop Tacam, utilizando para eso un palo con el cual le dio varios golpes en la nuca, dejándolo después sentado en medio de dos piedras en el fondo de una zanja. - No me conformo, dijo Julián y agregó: - Mi intención no era matarlo sino asustarlo y golpearlo sólo para "quitarle las mañas". Como él llevaba su machete yo cogí un palo. ¡Y yo gané, yo gané al brujo! Pero se murió mi chiquitillo que me dejó mi mujer, la difunta su mamá. Como yo estoy preso aquí, ffjese. Y se le nombro un defensor de oficio."

En el sumario (pues estaba en vigencia el anterior Código de Procedimientos Penales), se realizó la autopsia y se estableció como causa de la muerte Fractura del cuello, comprensión de la médula y hemorragia interna, se presento la acusación del Ministerio Público, por el delito de asesinato.

El abogado defensor solicitó la libertad de Mariano Ixcaquic, y ofreció medios de prueba, entre ellos, tres testigos quienes declararon sobre: la buena conducta del sindicato, de que era de conocimiento público el hecho de que la mujer de Julián murió porque la habían brujeado, de que al fallecer la mujer, Julián se hizo cargo de los hijos y quehaceres de la casa, y de que el muerto Juan Ajpop era conocido en la población y de otras partes como brujo.

Y además ofreció como prueba el Peritaje Cultural, el cual relacionamos a continuación, para que el lector se de una idea de la forma y contenido del mismo:

"ofrecen los siguientes medios de prueba:

a. ... b. Acordar que se haga un informe por personas autorizadas legalmente para dar su opinión, es decir perito, para lo cual propongo a los expertos XX y ZZ, cuyo nombramiento se les hará saber. El dictamen de los expertos deberá tratar sobre los puntos que contiene el cuestionario que sigue:

1. Descripción, contenido y significación del lugar descrito por el procesado Julián Tzul como "el encanto" donde la víctima realizaba sus prácticas rituales.
2. Determinar si esa piedra en donde fue hallada la víctima puede considerarse como un adoratorio para las prácticas de la "brujería" indígena de la región.
3. Que expliquen los expertos, si la rogativa de un brujo ante su altar o adoratorio es creída al pie de la letra por los indígenas a cuyo favor o desfavor se hacen las oraciones.
4. Si el temor de un encantamiento o embrujamiento puede ofuscar de tal manera la mentalidad de un indígena quien cree firmemente en ella y puede producir un miedo terrible o invencible."

El juez de primera instancia nombro a los expertos propuestos, y aceptado el cargo realizaron su trabajo de campo emitieron los siguientes dictámenes, los que copiare literalmente del trabajo de la antropóloga Saravia, para que el lector se de una idea de la forma y contenido concreto de un dictamen cultural, aclarando que el autor del dictamen es responsable por la opinión en el expresada.

I. "XX, en virtud de haber sido nombrado experto en el proceso en contra de Julián Tzul por el delito de haber matado a un hombre, vengo a dar mi opinión, la cual trata sobre los puntos indicados en el cuestionario enviado por usted.

a) En relación a la primera pregunta: El altar donde el brujo Juan realizaba sus encantamiento está situado en un zanjón a una distancia de cincuenta metros más o menos, de la casa de Julián Tzul.

Entre dos piedras grandes estaba el nicho donde se encontró una piedra labrada en su superficie pudiendo reconocerse una cara y una cruz. Se encontraron sobrepuestas otras piedras más pequeñas.

En el nicho también se encontraron cáscaras de huevo, algunas muy viejas y otras recientes; tiestos de vasijas con la parte de la oreja que contenían restos de pom quemado.

Tanto el lugar como lo que contiene indica claramente que servía de adoratorio.

b) En relación a la segunda pregunta: La "Guía de Campo del Investigador Social" da la definición siguiente: Adoratorios. Cualquier estructura consagrada a un culto donde se realicen los rituales puede llamarse un adoratorio. Puede ser un templo, un sepulcro vacío, una capilla o altar domésticos, un árbol o, en algunos casos, simplemente una vasija en al que se guarda un objeto sagrado... Los adoratorios pueden estar vacíos o bien servir de depósito a los objetos del culto o de receptáculo de los objetos rituales... Pueden ser muy elaborados o sumamente simples... De acuerdo a esta definición, no hay lugar a dudas que el sitio mencionado servía de adoratorio, pues claramente estaba dedicado a un culto y servía de depósito de los objetos de ese culto: la piedra labrada con una imagen y una cruz, las otras piedras y los objetos rituales como los tiestos para quemar pom y los restos de huevos.

Tanto los objetos de culto como los objetos rituales encontrados en el lugar pueden considerarse, indudablemente como indicios de un adoratorio para práctica de "Brujería" indígena de la región.

c) En relación a la tercera pregunta: Dentro de su cultura, los indígenas creen que los brujos tienen poder para hacer daño indirecto a las personas por temor de ritos u oraciones.

El procedimiento común consiste, primero, en quemar pom frente a alguna imagen considerada como sagrada, segundo, en las plegarias a la imagen "La plegaria implica la existencia de algún ser sobrenatural"

Como los indígenas creen en seres sobrenaturales, también creen firmemente en el poder de la oración para mover aquella voluntad sobrenatural y el que la persuade es el brujo, ya sea que éste eleve sus plegarias en su favor o en su contra.

d) En relación a la cuarta pregunta: El la cultura indígena, la creencia en la brujería es firme, suponen que el brujo tiene poderes para convencer al ser sobrenatural que reside en una piedra ante la que queman pom y rezan.

Si aquél practica el embrujo para inducir la muerte a una persona, ésta

e firmemente que morirá; es decir, que el brujo, con sus plegarias, á cometiendo un homicidio contra la persona o personas mencionadas sus plegarias.
 lquier indígena que oye que el brujo está dirigiendo plegarias en contra a un ser sobre natural es sobrecogido por un miedo terrible, s está seguro que dicho brujo puede causarle la muerte con sus ciones."

El otro experto rindió el siguiente dictamen:

biendo sido nombrado experto en el proceso que se sigue a Julián Tzul el delito de homicidio, doy mi dictamen de acuerdo con el cuestionario pectivo.

Este documento ha sido dividido en dos capítulos en los que se sponde a las preguntas del cuestionario.

trilogía: 1. El ambiente; 2. La tradición; 3. La demografía
 El ambiente.

En relación a la primera pregunta: La aldea... es típicamente indígena. s habitantes son, en su mayoría, cultivadores de creencias, erticiones y adoraciones paganas. El ambiente mágico juega un papel úsculo en la vida tanto económica como física de los indígenas, o a que tienen ideas y prácticas de encantamiento en relación con la lud y la agricultura, con facilidad se entregan a supercherías de imanes, brujos y zajorines.

a los distintos altares de las montañas encienden velas y queman tienso", dice un autor refiriéndose a adoratorios indígenas. El viajar círculo por el kilómetro y medio que tiene la aldea se pueden observar nstantes prácticas de tal naturaleza. Lenguas grises de humo que se van al cielo y forman figuras caprichosas al mezclarse con el viento. ellas va encerrado el mas ferviente mensaje de fe para el buen cultivo la mejor cosecha, para la salud de los "funcionarios del pueblo" y ra los familiares y amigos del "brujo".

ro sucede asimismo, que con esa fe y quizás con más entusiasmo, piden veces "botar la siembra de una persona" o "echarle la peste y la fermedad a su familia".

en relación a la segunda pregunta:

La tradición. La aldea.. tiene la fecunda y noble tradición de sus tepasados. Digo fecunda porque con el correr del tiempo, en vez de sechar definitivamente sus creencias y sus costumbres, las multiplican n influencias de otras comunidades o con mezclas de otras ideologías ligiosas.

Esa adopción de lo que les parece mejor de las diferentes doctrinas ve claramente en la asimiliación de la "cruz" para la práctica de superchería o el encanto y en la utilización de un sustituto de la llina como lo es el huevo de la misma. Ambas cosas: huevos y cruces observaron tanto en el adoratorio como en la casa de "el brujo".

La tradición y el sustrato del habitante del cantón... es nientemente indígena y, con ella esa "nobleza" que ya mencioné, porque indudable que el espíritu del aborigen guatemalteco es un algo nsible, noble y profundamente creyente de sus particulares modos de da.

Si un individuo realiza la brujería, lo hace, sea en el lado positivo en el negativo, con la absoluta creencia de que aquello resultará

cierto.

Si alguien se sabe embrujado por un chimán, tiene la idea de que enfermará él o un miembro de su familia, que morirá un ser querido que la cosecha se perderá, porque dentro de su alma gigantemente noble cree con fe y con seguridad en la superchería.

3. La demografía. Las estadísticas del último censo dan al municipio de ... la existencia de 1491 habitantes, de los cuales 1408 son indígenas. Capítulo segundo: 1. La influencia indígena. 2. El adoratorio y la cercanía de la casa del brujo. 3. La rogativa. 4. El desenlace fatal. 1. La influencia indígena. El municipio... está rodeado del norte, al este, al sur y al oeste por comunidades que hablan el mismo dialecto indígena o sea que practican las creencias de los "chimanes". Sólo de comunidades vecinas hablan diferente lengua y, claro, también practican la brujería.

c) En relación con la tercera pregunta: 2. El adoratorio y la cercanía de la casa del brujo.

El adoratorio del brujo estaba cerca de su propio domicilio aproximadamente a unos 150 ó 300 metros. Esto hace suponer dos cosas: Primero: Que el brujo gozara de tal prestigio y seriedad que no era necesario viajar a un adoratorio público para brujería y que pacientemente, esperaba la llegada del cliente para hacer el bien o el mal, según las circunstancias. Segundo: Que el brujo haya sido una persona anciana, lo suficiente como para buscar en una grieta cercana el lugar propicio para su trabajo.

Incluso dentro del propio terreno del brujo fueron encontrados vestigios de adoratorio con piedras pequeñas superpuestas a una piedra mayor; debajo de las cuales había cabellos humanos, restos vegetales, etcétera. También se pudo comprobar la existencia de cruces en las paredes de la lujosa casa del brujo, la que indudablemente transporta hacia el lugar conveniente al momento de ejercitar sus prácticas. En el adoratorio principal, en el lugar del hecho, fue encontrada una serpiente de cascadas de huevo de gallina y una piedra esculpida que tenía en la parte superior una figura humana; en la base de la misma cruz.

3. La rogativa. El lugar visitado en compañía de las autoridades judiciales se describe como un adoratorio en donde, indudablemente, el brujo realizaba sus prácticas.

Dentro del ceremonial la rogativa por la enfermedad, la muerte, la devastación de la plantación y todos los agravios y ofensas que el chimán pronuncia dentro del rito, son estrictas y ciertas.

Generalmente, el chimán hace rogativas, cuando trata de dañar a un enemigo, en forma reservada y solitaria. Sin embargo, es tal la impresión que causa en el indígena cuando sorprende al brujo en su práctica, que las consecuencias inmediatas son imprevisibles, llenas de ofuscamiento y ceguera mental momentánea.

d) En relación a la cuarta pregunta: Dentro del plan de encantamiento maléfico del brujo está el hacer la práctica solo, sin más compañía que sus propias creencias. Lógico resulta que el indígena que esté siendo víctima de aquel maleficio, sea invadido de esa ceguera a la que he alusión y que provoque un miedo de tal manera invencible que en forma incontrollable e irresistible proceda rápida, veloz y precipitadamente como queriendo quitar del medio a un demonio y no a un hombre, porque un hombre no le haría el daño que el brujo quiere que le suceda."

Los anteriores dictámenes culturales le dan una idea al lector de su contenido y complejidad, sin tomar en cuenta que los mismos fueron emitidos a un caso concreto sucedido en el año 1963, y se demuestra al enfonque occidental que se tenía en ese tiempo sobre las costumbres indígenas, pues fueron realizados por un antropólogo y un trabajador social, actualmente dichos dictámenes pueden elaborarlos también las autoridades de la comunidad, la importancia de los mismos en el presente caso deriva de que con ellos la defensa pretende demostrar el miedo invencible del sindicato al cometer el hecho delictivo, y de esto depende su libertad.

Los dictámenes respondieron a el cuestionario que les fue presentado, el cual cumple con ser pertinente un requisito ut-supra mencionado, pues tiene relación con los hechos sujetos a juicio, aunque el segundo, en mi opinión contiene elementos ultra-petita, y en estos casos dice la doctrina, que el dictamen debe ser devuelto por el juez, para su enmienda, en virtud de que si es tomado en cuenta influye en su decisión final.

Continuando con el caso en mención, el agente del Ministerio Público, manifestó en relación al expertaje: "El dictamen de los señores expertos, dado la buena fe por personas inteligentes, no se le puede tomar con seriedad para que pudiera influir en el examen si el reo es responsable o no, sobre todo que se está tomando como base una explicación de él mismo, y por lo tanto se trata de un hecho que no está probado. Las simples especulaciones de los señores expertos sobre esta prueba no son más que hipótesis sin bases importantes. Y en conclusión el M.P. pidió condenar a Julián Tzul a veinte años de prisión".

La defensa hizo un resumen de los acontecimientos y un estudio sobre el valor de las pruebas presentadas y sobre el pensamiento mágico del indígena guatemalteco, y antes de formular sus conclusiones hace algunas reflexiones sobre el valor de las pruebas presentadas, las que por su valioso contenido relaciono: "El Código Penal dice que el legislador y el juez tienen el deber de conocer el medio en que la ley debe aplicarse y que todos estamos obligados a conocerla y a cumplirla.

Las leyes escritas y publicadas necesitan de guatemaltecos alfabetizados para leerlas. ¿Cuántos analfabetos tiene la República?.

Su deber, señor juez, es juzgar a un guatemalteco, compatriota suyo y mío. Un guatemalteco que vive, piensa, razona, ama, reacciona, y se divierte en un mundo completamente distinto y ajeno al nuestro. Que respira y vive bajo normas de conducta inspiradas en otros valores; que utiliza otros mecanismos para solucionar agravios; que tiene otro concepto sobre la autoridad y la ley, distinto al nuestro; que pasa su vida obedeciendo un derecho acostumbrado y no escrito, porque no sabe leer; que está regido por otra organización social.

Es una repetición recordar que los hechos que se discuten en este juicio deben tenerse que considerarse desde el punto de vista antropológico. Se juzga a un hombre que no entiende nuestras leyes, es más: que le son ajenas, que no sabe de ninguna coartada, que su dicho es simple: en su confesión.

En relación con el agente auxiliar del Ministerio Público, que tiene en poco la opinión de los dos expertos propuestos por la defensa, alegando que no poseen los conocimientos indicados para un expertaje de tan delicados alcances, para lo cual pide la concurrencia de psicólogos especializados en criminología. Aún obedeciendo las indicaciones del licenciado, no hay en Guatemala, que yo sepa, ningún psicólogo especializado en criminología. En el supuesto caso que lo hubiera, ¿será también especializado en la psiquis indígena, que lógicamente está conformidad por su propia cultura? ¿O vamos a creer ingenuamente que usted, señor juez, o yo, reaccionamos emocionalmente en igual forma que nuestros connacionales indígenas? Hay ausencia en nuestro país de esa calidad de profesionales, es por ello que el Código de Procedimientos Penales autoriza el empleo de otros expertos".

En opinión del autor pueden ser expertos culturales los propios miembros de la comunidad, pues al practicar sus costumbres tienen el conocimiento y experiencia deseada.

Continúa el alegato de la defensa: "Creo que el caso sometido a su decisión precisa juzgarlo en términos de cultura. Toda sociedad tiene su propio sistema de valores. Vive el indígena guatemalteco en su propio país, rigiéndose por normas de conducta que responden a distintos valores éticos que los del ladino."

Y continúa alegando se tome en cuenta la confesión del sindicado, el estado de emoción violenta, miedo irresistible, falta de alevosía, y hasta presenta un caso de jurisprudencia:

"Un caso muy parecido se ventiló en ese tribunal que usted preside. Interesante caso del subunel, en donde, como en el presente, estaba involucrada una mujer indígena con pensamiento mágico. La resolución de la sala jurisdiccional dice: "Tomando en cuenta la escasa o nula instrucción de la procesada, el medio en que se ha desenvuelto su vida, la creencia arraigada en gentes de su clase acerca de la existencia de personas que por medio de oraciones se transforman en animales para ocasionar daños a otras y que son conocidas con el nombre de subuneles, obró en el ánimo de la procesada... y por consiguiente resuelve declararla exenta de responsabilidad penal, la absuelve del cargo formulado y ordena su inmediata libertad."

Y al emitir su conclusión el abogado defensor pide: "Que se resuelva que Julián Tzul es autor del delito de haber matado a Juan Ajpop, pero que por obrar en su favor la prueba de que no tiene culpa, que se le declare libre de responsabilidad penal.

La sentencia de Primera Instancia, de fecha 25 de septiembre de 1964, en la parte valorativa de los medios de prueba expone en su parte conducente:

"A juicio del tribunal, los dictámenes de los expertos no son convenientes para establecer que el acusado hubiera ejecutado el hecho impulsado por miedo invencible al daño que a él o a su familia hubieran podido ocasionarle los maleficios de parte del occiso como brujo ó

hicero, en virtud de que tales dictámenes no fueron basados en ningún conocimiento psicológico, psiquiátrico de carácter criminológico o examen médico practicado en la persona del procesado".

Con este razonamiento el Juzgador descarto al Peritaje Cultural como un medio de prueba, pues no se acepto los dictámenes, a pesar de ser técnicos y elaborados por personas con conocimientos en los puntos cuestionados, y como consecuencia no se tomo en cuenta la cultura de Julián Tzul, en el proceso que se le siguió, aplicandole una normatividad jurídica ajena a su cosmovisión. Continúa la sentencia, después de otras consideraciones...

"Por lo tanto, este tribunal emite el fallo siguiente: Absuelve al acusado Mariano Ixcaquic del cargo en su contra y le permite recobrar libertad. Al acusado Julián Tzul autor del delito de Homicidio cometido en la persona de Juan Ajpop, le impone la pena siguiente: diez años de prisión correccional, incommutables que, con abono de la prisión ya sufrida, cumplirá en la Penitenciaría Central. Lo suspende del ejercicio de sus derechos civiles durante el tiempo que dure la condena. Por su Notoria pobreza le excusa del pago de las costas del proceso."

Dicha sentencia fue recurrida, confirmando la Sala Séptima de la Corte de Apelaciones el fallo de primer grado, y se interpuso Recurso de Casación contra la sentencia de la Sala, por error de hecho de la Sala en la falta de apreciación de las siguientes pruebas: dictámenes de los peritos que sólo fueron mencionados por la Sala, la cual no estudió, analizó, ni valoró sus conclusiones, y la inspección ocular practicada por el Juez primero de primera instancia no la menciona la Sala, a pesar de que contiene elementos que reproducen el escenario psíquico y físico del lugar del hecho. Así como error de derecho en la calificación de los hechos al no tomar en cuenta las pruebas de descargo, la circunstancia de haber obrado Julián Tzul bajo el impulso de miedo invencible.

Resolviendo la Corte Suprema de Justicia, en su parte conducente:

"La falta de apreciación de la Sala respecto al peritaje practicado por los expertos obedece a que estima que con la opinión de éstos no se establece el estado de ánimo prevaleciente en el reo al cometer el delito.... Por tanto: La Corte Suprema de Justicia, declara improcedente el recurso de casación."

Negando así el máximo tribunal del país el derecho de que tenía Julián Tzul, a que fuera tomada en cuenta su cultura como miembro de un pueblo indígena en el proceso judicial que se le llevo a cabo, pues se trato como igual a Julián Tzul no siendolo, se juzgo conforme el ordenamiento jurídico nacional sin tomar en cuenta que tiene una cultura diversa, se dio un tratamiento del caso identico, como si el hecho lo hubiera realizado un ladino, se trato de igual manera como si no existiera una desigualdad cultural del indígena con la cultura nacional plasmada en la ley, se trato como igual a quien no lo es, y no se tomo en cuenta la desigualdad de Julián Tzul, al no darle los Juzgadores la valoración que merecían, en el caso concreto relacionado, los expertajes culturales

efectuados.

¿Se hizo justicia?, esta interrogante debe plantearse siempre que se juzgue a un miembro de un grupo social con cultura diversa. Concluy diciendo que el Peritaje Cultural es necesario aplicarlo para hacer un justicia real y objetiva, y no solo estatal, pues la ley Estatal (monocultural) no puede hacer justicia a personas que viven en una cultura diversa, sin tomar en cuenta esa particularidad.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación, podemos concluir que respondimos al problema definido al inicio del trabajo, es decir: ¿Por qué es necesario aplicar y legislar el Peritaje Cultural en el Estado de Guatemala?.

En virtud de haber comprobado la hipótesis planteada, podemos decir que en Guatemala, concurren los factores antropológicos, por ser un Estado multiétnico y pluricultural, pues conviven personas que como partes de una misma nación, tienen una cosmovisión del mundo diversa, la cual se manifiesta en la cultura, desarrollada por un grupo social o étnia, o por la inter-relación de varias étnias, y que se ha configurado por causas naturales, biológicas e históricas, afirmando algunos antropólogos la existencia en Guatemala de los pueblos ladino, maya, xinca y garífuna, cada uno portador de una historia, organización social, y normatividad propia, en síntesis Guatemala tiene una diversidad cultural, partiendo de que cada étnia o grupos de étnias han configurado una cultura propia.

Junto a los factores jurídicos, que como lo estudiamos, se ha construido una legislación para un Estado homogéneo, desde la época pre-independiente hasta nuestros días, pues no se ha tomado en cuenta la realidad antropológica del país, marginando a la población indígena, que a pesar de ser la mayoría cuantitativa de la población, constituyen una minoría cualitativamente hablando, en el sentido político, lo que ha generado la aplicación de una normatividad ajena a los valores de muchos ciudadanos guatemaltecos, juzgando en un plano de igualdad a los no iguales, y no tomando en cuenta que la fuerza normativa de los hechos sociales, ha creado en cada étnia o grupo de étnias guatemaltecas, una costumbre jurídica (derecho consuetudinario), que regula sus relaciones, y se aplica de manera coetanea con el derecho estatal, dándose en Guatemala una realidad plurijurídica, que es desconocida y no considerada por los Organos Jurisdiccionales al administrar justicia.

Esta situación tiende actualmente a cambiar, debido a la ratificación de Tratados Internacionales que buscan la protección de los derechos colectivos y a los movimientos internacionales, nacionales y locales que presionan por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, que han logrado que Guatemala ratifique el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, vigente desde el 6 de junio del presente año, en cuyo contenido se reconocen derechos mínimos de los pueblos indígenas, llamados a desarrollarse por la legislación interna, y que en su artículo 8, obliga a los Estados Miembros, a que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas tomen en cuenta sus costumbres y cultura, y la respeten siempre que sea compatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de la República y Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Guatemala.

La costumbre jurídica indígena es actual y se práctica en forma constante y periódica en las comunidades étnicas del país, y al reconocer la Constitución Política de la República en su artículo 66 el derecho

de las personas y de sus comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, lengua y costumbres, y en su artículo 44 la no exclusión de otros derechos que aunque no figuran expresamente en el Constitución, son inherentes al ser humano y al establecer que el interés social prevalece sobre el interés particular; y, en cumplimiento al artículo 203 siempre de la Constitución, relativo a la aplicación de justicia, los Organos Jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones deben respetar la costumbre jurídica indígena de las personas sometidas a juicio, en su calidad de miembros de un grupo étnico.

Otro factor, que influye en la implementación del Peritaje Cultural es la coyuntura política del país, pues ésta se dirige hacia el reconocimiento de los pueblos indígenas guatemaltecos y respeto a su cultura y costumbre, como consecuencia de la firma del Acuerdo de Identidad y Derecho de los Pueblos Indígenas, entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

Por lo tanto, los Organos que tienen la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, en aplicación de la Constitución Política, Tratados y Convenios Internacional sobre Derechos Humanos ratificados, y las leyes de la República, están obligados a tomar en cuenta en todos los procesos judiciales en que participe una persona que es miembro de un pueblo indígena, su cultura y derecho consuetudinario, a través del Peritaje Cultural, el cual por ley deviene necesario, ya sea a petición de parte o de oficio, y debe practicarse de conformidad con el procedimiento señalado en la ley adjetiva de la materia en que se conozca el caso concreto, debiendo respetarse la cultura en sus diversas manifestaciones de los sujetos procesales, siempre que sea compatible con los derechos fundamentales.

Por lo tanto el orden jurídico homogéneo guatemalteco, no puede continuar su camino hacia la justicia, sin tomar en cuenta el pluralismo jurídico con el que convive, ya que de lo contrario caminaría hacia una justicia parcial para un grupo social, en manifiesta desventaja e injusticia notoria de los otros grupos que conforman la nación de Guatemala.

La construcción de la Paz en Guatemala, se inicia con la transformación de un Estado atrasado, homogéneo y monoétnico, hacia un Estado moderno, heterogéneo y multiétnico, basado en el respeto a las diferencias, por parte de todos los actores y organismos sociales, entre ellos los órganos administradores de justicia, a través de diversos mecanismos jurídicos que deben implementarse con el objeto de buscar la armonía social.

El Peritaje Cultural desea ser uno de esos instrumentos jurídicos que permitan una convivencia multiétnica y pluricultural, en base al respeto mutuo y tolerancia.

En este punto puedo manifestar que se cumplieron con los objetivos del presente trabajo, pues se realizó un análisis de la figura del Peritaje Cultural y se estudiaron sus alcances jurídicos dentro del ordenamiento jurídico, siendo el principal la obligatoriedad de su

plementación, en virtud de que surge en aplicación del Convenio 169, que tiene la categoría de normatividad constitucional que prevalece sobre el derecho interno.

Llegamos a la conclusión de que el principal antecedente del instituto jurídico estudiado, lo constituye en primer lugar el movimiento constitucionalista que busca el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, en segundo lugar la corriente internacional que busca la plena vigencia de los Derechos Humanos de primera y segunda generación, a través de la creación de Convenios como el 169 de la Organización Internacional de Trabajo que una vez ratificados, devienen obligatorios para los Estados Miembros; y en tercer lugar la coyuntura política a nivel internacional y nacional que favorece la discusión de los derechos indígenas en la actualidad.

En el transcurso de la investigación, nos atrevimos a formular una definición de la figura del Peritaje Cultural, concluyendo que la misma constituye un medio de prueba, por virtud del cual, el Juzgador ilustra su criterio, para el conocimiento de la cultura, en sus diversas manifestaciones, de un individuo, en su calidad de miembro de un grupo social determinado, a través de un dictamen elaborado por un experto en la cultura que interesa, que el Juez toma en cuenta al momento de resolver.

El autor llegó a la conclusión de que las personas idóneas para desempeñar el cargo de Peritos Culturales, lo constituyen las autoridades comunitarias de la población, por ser éstas quienes aplican la costumbre jurídica indígena a los casos concretos, función que puede ser compartida con antropólogos, etnólogos, sociólogos o juristas que estudien el grupo étnico que interesa.

Así mismo establecimos que el procedimiento indicado ha seguir en los procesos judiciales en que se implemente el Peritaje Cultural, es el que establece la ley adjetiva de la materia, por ser el expertaje necesario en todo ámbito de validez material.

En relación a legislar el Peritaje Cultural, se concluye que la norma jurídica que regule su implementación debe ubicarse dentro de la Ley del Organismo Judicial, en virtud de contener ésta normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Aporto el presente trabajo con un afán de participación en el proceso de transición política hacia la democracia junto a la construcción de una Jurisdicción Multiétnica, Pluricultural y Multilingüe.



12
13

RECOMENDACIONES

1. En la discusión actual de Reformas Constitucionales, se incluya el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, garantizando su derecho a conservar y desarrollar su identidad étnica, así como sus sistemas de organización social, política, religiosa y cultural, y a regular sus relaciones sociales de conformidad con su costumbre jurídica o derecho consuetudinario.
2. Se motive por parte de los Organismos de Investigación Social, la búsqueda de instrumentos jurídicos que permitan una convivencia multiétnica y pluricultural, en base al respeto de las diferencias.
3. La Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, el Colegio de Abogados y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, deben iniciar una capacitación a Jueces, Fiscales, Defensores y Abogados litigantes, sobre el derecho consuetudinario guatemalteco, con el objeto de que estos actores lo conozcan y tomen en cuenta al ejercitar sus funciones, y así mismo sobre la figura del Peritaje Cultural, para exigir su implementación en todo proceso judicial en que se involucre a un miembro de una comunidad étnica del país, en cumplimiento de la Constitución Política de Guatemala, y el Convenio 169 particularmente de sus artículos 8, 9 y 10.
4. Se implemente en las Facultades de Derecho del país, particularmente en la Universidad de San Carlos, un curso que estudie la cultura de los pueblos indígenas en sus diversas manifestaciones, con especial atención al derecho consuetudinario.
5. Se reforme la Ley del Organismo Judicial, creando una norma jurídica que regule la implementación del Peritaje Cultural por los Tribunales de justicia, de oficio o a petición de parte, en todo proceso judicial en que se involucre a un miembro de un pueblo indígena.
6. Las autoridades de los pueblos indígenas, de cada comunidad, remitan a los Tribunales de Justicia, Ministerio Público, Defensoría Pública de su jurisdicción, listados de las personas que pueden ocupar el cargo de Peritos Culturales, en virtud de tener amplio conocimiento y experiencia en las costumbres de su comunidad.
7. Se discuta con todos los actores de la Justicia en consulta con las Organizaciones Indígenas, los proyectos de ley presentados al Congreso de la República que buscan desarrollar el artículo 70 de la Constitución Política, buscando que en dicha ley se desarrollen los derechos mínimos contenidos en el Convenio 169, relativos al derecho consuetudinario, respeto a los métodos de solución de conflictos, valores espirituales, derechos sobre la tierra, modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra, la no discriminación, capacitación, ingreso al régimen de seguridad social, educación en todos los niveles, y otros.
8. El Congreso de la República, reforme el Código Penal, con el objeto de que al imponer sanciones penales a miembros de los pueblos indígenas,

se tome en cuenta su cultura, y se de preferencia a tipos de sanciones diferentes al encarcelamiento, las cuales deben ser reguladas en dicho Código.

BIBLIOGRAFIA

Textos.

Aguirre Godoy, Mario.

973. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Universitaria, primera edición. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Alsina, Hugo.

956. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 1. Edición Tomo I. Editorial Ediar, Sociedad Anónima. Buenos Aires, Argentina.

Asturias, Miguel Angel.

923. El Problema Social del Indio. Tesis de la Facultad de Derecho, Trabajo y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional. Guatemala.

Asociación de Investigación y Estudios Sociales.

997. Relaciones Interétnicas. Publicación de Incep. Centro de documentación de ASIES. Guatemala.

Asociación de Investigación y Estudios Sociales

997. Acuerdo de Paz firme y duradera. Revista Momento, número 1, año 2. Guatemala.

Asociación de Investigaciones y Estudios Sociales.

993. Cultura, Etnicidad y relaciones interétnicas en Guatemala. Revista Momento. No. 1, año 8. Guatemala.

Bautista Morales, Edwin Leonel

995. Distintos ordenamientos conductuales. Folleto. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.

Burgos, Elizabeth.

991. Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia. Editores Siglo Veintiuno, sexta edición. México.

Carnelutti, Francesco.

963. Derecho consuetudinario y derecho legal. Discurso inaugural del congreso celebrado en Venecia, en octubre de 1963, con el tema: Del derecho tradicional africano al derecho moderno. Revista, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

Castillo González, Jorge Mario.

994. Derecho Administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. Guatemala.

CEIDEC.

991. El Racismo. Serie Cuestión Etnico Nacional, número 1. Editorial Traxis. México.

- CEIDEC.
1991. La Cultura. Serie Cuestión Etnico-Nacional. No. 3. Editorial Praxis México.
- CEIDEC.
1991. Corrientes Antropológicas sobre la realidad étnica. Serie Cuestión Etnico-Nacional, No. 7. Editorial Praxis. México.
- CENAL.
1988. Formación Nacional y Realidad Etnica en Guatemala: propuesta Teórica Metodológica para su Análisis. Ponencia colectiva de Investigación sobre la Cuestión Etnico Nacional en América Latina ante el Simposio Internacional Etnia y Nación en América Latina. Guatemala.
- Colegio de Abogados de Guatemala.
1976-1978. Digesto Constitucional. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, números 4, 5, 6 y 7. Guatemala.
- Colegio de Abogados de Guatemala.
1987. El Delito de Julián Tzul. Revista del Colegio de Abogados de Guatemala, número 25. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad.
Gacetas Jurisprudenciales, números 19, 20, 35 y 40, Corte de Constitucionalidad, Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad.
1997. Constitución Política de la República de Guatemala, Aplicada fallos de la Corte de Constitucionalidad, Guatemala.
- Couture, Eduardo.
1962. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3a. Edición. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Curruchiche Gómez, Miguel Angel.
1994. Discriminación del Pueblo Maya en el Ordenamiento Jurídico Guatemalteco. Editorial Cholsamaj. Guatemala.
- Deleón Meléndez, Ofelia Columba.
1995. Etnia y Género. Centro de Estudios Folkloricos de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- De Santo.
La Prueba Judicial, Teoría y Práctica. Biblioteca de la Universidad Francisco Marroquín. Guatemala.
- Devis Echandía, Hernando.
Teoría General de la Prueba Judicial. Biblioteca de la Universidad Francisco Marroquín. Guatemala.
- Díaz Polanco, Héctor.
1985. La Cuestión Etnico-Nacional. Editorial Línea. México.

- Duarte Ortiz, Arturo Romeo.
1986. Preindigenismo en Guatemala. Expresión Jurídica de las Políticas del Estado de Guatemala con relación a los Grupos Etnicos 1824-1945. Trabajo de Tesis de la Escuela de Historia, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Gallo Armosino, Antonio
1978. Identidad Nacional. Editorial Académica Centroamericana. Guatemala.
- García Maynez, Eduardo.
1963. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, undécima edición revisada. México.
- Gil Rohr, Claudia Ilse.
1996. Construcción de Ciudadanía, en sociedades fragmentadas etnicamente. (Las Organizaciones Mayas guatemaltecas como actor social). Trabajo de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Ciencia Política, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Gobierno de Guatemala.
1997. Cronología de la Negociación de Paz. Publicación del Gobierno dirigida a la Sociedad Interamericana de Prensa.
- Gómez, Magdalena.
1991. Derechos Indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Instituto Nacional Indigenista. México.
- Instituto de Estudios Interétnicos y Dirección General de Extensión Universitaria.
1993. Panel Foro. El derecho formal estatal frente a la costumbre jurídica indígena. Salón Adolfo Mijangos López, 21 de enero. Guatemala.
- Instituto Panamericano de Geografía e Historia.
1984. La Cuestión Etnico-Nacional en América Latina. Reimpresiones de Antropología Americana. México.
- Larios Ochaita, Carlos.
1994. Derecho Internacional Público. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- López Godínez, Rolando.
1994. El Derecho Consuetudinario. Siglo Veintiuno. Jueves, 30 de junio. Página 12. Guatemala.
- López Larrave, Mario.
1995. Introducción al estudio del Derecho Procesal de Trabajo. Colección Mario López Larrave, volumen No. 7. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Mayén, Guisela.
1995. Derecho Consuetudinario Indígena en Guatemala. Asociación de Investigación y Estudios Sociales. Guatemala.

- Osorio, José Vicente.
1995. Estudio Filosófico del Derecho. Editorial Universitaria. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Redacción de El Periódico.
1997. Un sistema de justicia paralelo. El Periódico. Miércoles 13 de agosto. Pagina 4. Guatemala.
- Richard, Adams.
1964. Introducción a la Antropología Aplicada. Seminario de Integración Social. Editorial José Pineda Ibarra. Guatemala.
- Rojas Lima, Flavio.
1995. El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca. Colección cuadernos de Derechos Humanos, no. 195. Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala.
- Rousseau, Juan.
1990. El Contrato Social. Editores Mexicanos Unidos. 2a. reimpresión. México.
- Sagastume Gemell, Marco Antonio.
1991. Curso Básico de Derechos Humanos. Editorial Universitaria. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Schmelkes, Corina.
1988. Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación (tesis). Editorial Harla. México.
- Solares, Jorge.
1997. Guatemala: Etnicidad y Democracia en tierra arrasada. Material Didáctico, modulo de "Democratización". Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Guatemala.
- Solórzano Fernández, Valentin
1997. Evolución Económica de Guatemala. Ediciones Papiro, 4a Edición. Guatemala.
- Tuy, Carmen.
1997. Conferencia. Cosmovisión Maya y Cosmovisión Ladina. Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Universidad de San Carlos de Guatemala.
1995. Compilación Bibliográfica. Técnicas de investigación documental. Segunda edición. Cooperativa de servicios varios. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos.

II. Diccionarios.

- Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, Sociedad Anónima, España.
- Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio,

itorial Heliasta, Argentina.

I. Legislación.

Internacional.

Convenio 169, de la Organización Internacional del Trabajo (1989).
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1963).
Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965).
Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969).
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976).
Declaración de la Primera Cumbre Indígena (1993)
Decreto 18-71 del Congreso de la República, que declara el año de 1971 como año internacional de la lucha contra el racismo y la discriminación racial.
Decreto 83-96 del Congreso de la República, que declara el 26 de noviembre de cada año, día del Garífuna.

Nacional.

Constitución Política de la República (1985).
Decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial.
Decreto Ley 107, Código Procesal Civil y Mercantil.
Decreto 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal.
Decreto 1441 del Congreso de la República, Código de Trabajo.
Decreto 119-96 del Congreso de la República, Ley de lo Contencioso Administrativo.
Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad.

