

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

**ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL DEL CONVENIO 169
DE LA O.I.T. Y EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE PROPIEDAD Y
POSESIÓN DE TIERRAS ADQUIRIDAS ANCESTRALMENTE POR
PUEBLOS INDÍGENAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

DOMIÑA GRISELDA GONZÁLEZ NAVICHOC

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2005.

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br.	Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

PRESIDENTE:	Lic.	Cesar Augusto Conde Rada
VOCAL:	Lic.	Mario Leonel Caníz Contreras
SECRETARIA:	Licda.	Iliana Noemí Villatoro Fernández

Segunda fase:

PRESIDENTA:	Licda.	Viviana Nineth Vega Morales
VOCAL:	Lic.	Vladimiro Gilielmo Rivera Montealegre
SECRETARIA:	Licda.	Rosa Herlinda Acebedo Nolzco

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).

DEDICATORIA

A MIS ABUELITOS: Mina Tuch (Q.E.P.D.), y Chema González (Q.E.P.D.) por sus consejos y múltiples sacrificios durante toda su vida, a quienes les debemos lo que somos.

A MIS PADRES: Marta Navichoc y Antonio González por su sacrificio y apoyo.

A MIS HERMANOS: Rosa Cristina, Ronaldo y Herman José María por su cariño y comprensión.

A ROBIN RUIZ: Por su amor y comprensión.

A: Licda. Shaine Ochaeta, Lic. Víctor Hugo Maldonado, Lic. Mario García, Lic. Leonardo Benavente.

A FEP- MAYA: Por el apoyo brindado durante mi carrera.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Antecedentes del proceso de despojo de tierras en Guatemala.....	1
1.1. Despojo de tierras desde la conquista y durante la Colonia española.....	1
1.2. Revolución Liberal de 1871.....	5
CAPÍTULO II	
2. Significado cultural de la reivindicación de la tierra desde la perspectiva maya.....	9
2.1. Uso y posesión de tierras por los pueblos indígenas.....	9
2.2. El desarrollo de los pueblos indígenas vinculado a la recuperación de la tierra.....	13
2.3. La tierra como símbolo de estatus identitario.....	19
2.4. Carácter dual del espacio en Guatemala.....	23
2.4.1. Tierra y territorio.....	23
2.5. Movimiento indígena y campesino.....	28
CAPÍTULO III	
3. Derecho consuetudinario de tierras.....	35
3.1. Fundamentos principales del derecho consuetudinario.....	35
3.2. Oposición entre derecho occidental y derecho consuetudinario de tierras.....	42

3.3. Concepciones de legitimidad y legalidad.....	45
---	----

CAPÍTULO IV

4. Los Acuerdos de Paz y la temática agraria.....	51
4.1 Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria y el acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas.....	51
4.2. Entidades de operativización de los Acuerdos de Paz.....	54
4.2.1. La Comisión Paritaria sobre derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas –COPART-, la Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la Propiedad de la Tierra UTJ/PROTIERRA, Acuerdo Gubernativo Número 307-97; Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra –CONTIERRA- Acuerdo Gubernativo Número 452-97	54
4.2.2. Ley del Fondo de Tierras Decreto 24-99.....	63

CAPÍTULO V

5. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –O.I.T.-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.	59
5.1. Antecedentes del Convenio.....	59
5.2. Aprobación del Convenio.....	65
5.3. Ubicación jerárquica del Convenio en la legislación guatemalteca.....	71
5.4. Estructura general del Convenio.....	77
5.5. Mecanismos de control de la Organización Internacional del Trabajo –O.I.T.-.....	82

CONCLUSIONES.....	91
RECOMENDACIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	95

(i)

INTRODUCCIÓN

Entre los principales problemas socioeconómicos reportados por los pueblos indígenas y que afectan su desarrollo, está la problemática agraria, específicamente lo relativo a la inseguridad jurídica que reviste la posesión que ellos ejercen sobre la tierra, donde han permanecido por siglos, aun antes de la llegada de los conquistadores.

Este hecho marcó el inicio de una larga historia que hasta en la actualidad persiste y que ha conllevado grandes conflictos entre los guatemaltecos; al ser despojados de sus tierras los pueblos indígenas fueron sometidos a la esclavitud y a un sistema ajeno a su cultura; sin embargo, idearon mecanismos de conservación de sus valores, lo que nos permite en la actualidad conocer sus prácticas ancestrales.

La falta de normatividad relativa a los derechos de los indígenas ha sido un factor determinante que se traduce en la *invisibilidad de los pueblos indígenas*; esta situación forma parte de la exclusión que a lo largo de la historia han sufrido.

En tanto, se han fortalecido las organizaciones no solamente locales sino internacionales que abogan por el reconocimiento de sus derechos, logrando que entidades internacionales regulen al respecto. Es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo -OIT-, la cual fue adoptada en 1996, formando parte de la legislación guatemalteca desde entonces.

No obstante lo anterior, la lucha de los pueblos indígenas no termina, pues ahora su objetivo es personalizar tales normas; es decir, su aplicación a los casos concretos; sin embargo, esto se ve limitado pues el convenio por su naturaleza no puede formular directrices detalladas. Su fin es proporcionar un marco general, por lo tanto, es un catálogo mínimo de derechos.

(ii)

Han pasado catorce años desde la vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, y nueve años desde que Guatemala lo ratificó, y su aplicación simplemente es nula, pues carece de leyes que la desarrollen; además que la legislación interna no ha sido adecuada a dicho convenio, situación que se determinó en el desarrollo del presente trabajo.

Uno de los objetivos y el más importante del presente trabajo es contribuir al proceso de discusión y análisis de la problemática agraria guatemalteca, específicamente lo relativo a los pueblos indígenas y el reconocimiento de los derechos de propiedad y posesión de tierras adquiridas ancestralmente por ellos. Todo ello permitió la investigación de temas de diferente índole, iniciando con el desarrollo de aspectos históricos importantes donde dio inicio el despojo de tierras por parte de los conquistadores; prolongándose este hecho a la Época Colonial, en la que se establecieron instituciones jurídicas que de alguna manera legalizaron dicho despojo, lo cual posteriormente se tradujo en explotación de la mano de obra de los mismos indígenas en la Época Liberal con el objeto de implantar una economía basada en la exportación de productos agrícolas, todo esto es lo que trata el **capítulo primero**.

El **capítulo segundo** se refiere al significado que tiene para los pueblos indígenas la reivindicación de la tierra, pues toda su actividad es entorno a ella y que un día los llevó a lograr un desarrollo excepcional; por lo que al ser despojado de ella, se vieron en un estancamiento en cuanto al desarrollo, entendiéndose ésta, como la obtención de la más alta calidad de vida en los miembros de la población de conformidad con su *cultura*, vista como parte de su identidad, la cual pretenden recuperar y, por ello, se han formado muchas organizaciones que de alguna manera contribuyen para el logro de este fin; además, se pretende establecer diferencia entre tierra y territorio, términos de constantes

(iii)

confusiones que complican el tratamiento de la problemática.

El capítulo tercero aborda la aplicación del derecho consuetudinario en los pueblos indígenas como parte de la resistencia que han ejercido ante la imposición del sistema estatal, las cuales difieren en diferentes aspectos, lo que nos lleva a analizar cuál de estos dos sistemas es aceptado y aplicado por los indígenas, en tanto el sistema estatal alude su carácter legal, ante la legitimidad del sistema consuetudinario.

El capítulo cuarto trata lo relativo a los Acuerdos de Paz, específicamente el Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria y el acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, pues ambos ahondan en la temática agraria, en la que el Gobierno de turno asumió compromisos importantes para su tratamiento, para lo cual se crearon instituciones agrarias.

El capítulo quinto se refiere al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, en la que se establecen sus antecedentes, tanto para su creación por parte de la OIT y el proceso de aprobación por parte de Guatemala, y dada su carencia en cuanto a su aplicabilidad, al respecto se desarrollan los mecanismos de control para su cumplimiento, así como su ubicación jerárquica en la legislación nacional.

Para efecto de este trabajo se consultó bibliografía de autores nacionales y extranjeros, dada la precariedad en su estudio; asimismo, se acudió a instancias que tratan lo relativo a la temática agraria, así como testimonios de personas vinculadas a la misma, que proporcionaron datos que arrojan argumentos de los cuales se concluye que abordar sobre la temática no como un trabajo de investigación académica sino un compromiso social de todo guatemalteco para tratar el tema con lo que hemos acarreado por

(iv)

muchos años y, justo es, darle una solución para no heredar a las futuras generaciones dicha problemática.

Entre los métodos y técnicas utilizadas en el presente trabajo, tuvo mucha relevancia la técnica del "*análisis de significado*"; es decir, respecto al valor y al sentido que una comunidad da a los objetos, específicamente al tratar lo relativo a la tierra, pues responde a aspectos culturales y étnicos.

CAPÍTULO I

1. Antecedentes del proceso de despojo de tierras en Guatemala

1.1 Despojo de tierras desde la conquista y en la Colonia española

El despojo de tierras de los pueblos indígenas en Guatemala se da en diferentes épocas, inicialmente se dio, a raíz de su derrota militar y conquista dando como resultado la dominación territorial y personal a que fueron sometidos por medio de las instituciones de la Encomienda y el Repartimiento, mediante las cuales fueron repartidas las tierras y encomendados los indígenas para su cristianización y desde luego su inserción en calidad de siervos en el nuevo sistema de producción. Se considera a estas dos instituciones como la manifestación más inmediata de la dominación. En este período los conquistadores se repartían tierras, afectando desde luego a los poblados indígenas, cuya base alimenticia se encontraba precisamente en el cultivo del maíz; y sus tierras constituían las más apetecidas, a ello se suma entre otros factores la existencia de poblados indígenas que aseguraban la mano de obra. En términos históricos puede decirse que por Decreto Real de 1513, los conquistadores ganaron el control de vastas extensiones de tierras con gran número de indígenas que trabajaban bajo condiciones semiesclavistas.

El despojo de las tierras de los indígenas en Guatemala, en un análisis histórico amplio se dio principalmente en tres períodos, la conquista y la colonia española, la revolución liberal iniciada en 1871 y el período de las dictaduras militares después de 1954. Cada uno de estos períodos es influenciado por multiplicidad de factores, sin embargo sobresale la alta dependencia económica de la producción nacional a las condiciones del mercado externo, el monocultivo para la exportación, la gravitación en que toda colonia es influenciada por la metrópoli y la debilidad del incipiente Estado Nacional, por lo que debido a lo extenso que resultaría el estudio de cada periodo, intentaremos un esbozo sintético de cada uno.

El acceso a la tierra durante el período colonial se daba, al principio, a través de las mercedes reales, otorgadas a españoles que se querían establecer en el actual territorio de Guatemala. Esta concesión real fue acompañada de repartimientos de poblados indígenas, primero como esclavos luego a través de encomiendas a partir de 1528. Es importante hacer notar la determinante influencia de la Iglesia por medio de sus órdenes religiosas en este proceso, ejecutado por curas encomenderos, y a la vez implantando una religión ajena a los pueblos indígenas.

Otra de las figuras jurídicas de la cual se valieron para despojar a los indígenas de sus tierras fue la llamada la "*Composición*" de Tierras, que se implantó en 1542, el contenido esencial de esta ley consistía en que todas la tierras sin título legal eran de la corona, todo ello para legalizar el exceso de tierras retenidas ilegalmente. Durante toda la época colonial y buena parte de la república hasta la segunda mitad del siglo XIX, se mantuvo este procedimiento ritualizado y lleno de trampas jurídicas en el siguiente orden: denuncia, medida, remate y adjudicación. Este procedimiento de composición de tierras era la estrategia utilizada hasta hoy de ocupar primero y luego arreglar los papeles, actuando frecuentemente de mala fe y originando un alto nivel de conflictividad alrededor de la tenencia de la tierra.¹

Los principios rectores de la política agraria colonial, fueron los que determinaron el desarrollo inicial decisivo del latifundismo en nuestro país. Entendiéndose que la legislación de Indias tuvo un carácter marcadamente casuista, resolvía casos y problemas escapando del control de la corona y teniendo como principal incentivo la acumulación de riqueza para todos los colonizadores. Las leyes coloniales en Guatemala constituyeron la expresión jurídica de los intereses de la clase políticamente dominante, que en este caso coincide con los intereses de la clase económicamente dominante. La legislación indiana se formo principalmente con un caudal de Reales Cédulas, cuya implementación perfiló la

¹ Escobar Medrano, Edgar, y Edna Elizabeth, Gonzáles Camargo, **Antología-historia de la cultura de Guatemala**, pág. 161.

política agraria de la colonia, la cual estaba perfectamente bien definida, para lograr consolidar la dominación de los indios y mestizos, poniéndolos al servicio de sus intereses.

El principio fundamental de la política indiana se expresaba en el llamado principio de **Señorío**, que ejercía la corona sobre todas las tierras conquistadas, que constituía la expresión real de la toma de posesión de la tierra, siendo la base y el punto de partida de la política agraria colonial. Este principio era el derecho de conquista como hecho consumado y de manera simbólica se expresa a través del Requerimiento.

El principio en mención tuvo mucha importancia por haber sido la expresión legal de un acto material absolutamente básico: el despojo de los nativos y la apropiación por parte de la corona de todas las tierras descubiertas en el nombre de dios. Este principio constituyó el principal componente fundante del latifundismo, con base en este principio el Estado Español desarrolló el segundo principio de su política agraria en Indias: **La tierra como aliciente**, la corona española, imposibilitada para el pago de todas las expediciones de la conquista como empresas estatales, abrió espacios de participación de empresas privadas con el atractivo de ofrecerle a los conquistadores la concesión de tierras y control sobre los nativos. Este principio, determinado por la necesidad de expandir y consolidar un imperio sin hacer gastos, a expensa de los conquistados, fue a su vez un punto de partida del latifundismo colonial, pero de manera profunda y decisiva en la etapa de conquista y colonización intensiva a lo largo del siglo XVI. A finales de este siglo los colonizadores poseían tierra e indígenas en abundancia. Posteriormente la monarquía española se halló en condiciones de aplicar un tercer principio, como consecuencia lógica de la consolidación del imperio: **La tierra como fuente de ingreso para las cajas reales**, bajo el procedimiento de composición de las tierras, el período anterior había dado lugar a muchas extralimitaciones, que provocaron la protesta de la iglesia católica, siendo su principal portavoz Fray Bartolomé de Las Casas, quien gestionó ante las cortes la promulgación de las nuevas leyes de indias.

En más de una ocasión se invistió de legalidad el despojo de tierras tras dictarse órdenes por la corona española encaminadas a que todos los propietarios de tierras presentaran sus títulos, las tierras serían medidas para comprobar si se ajustaban a las dimensiones autorizadas en aquellos documentos. Si se establecía que existía usurpación de tierras realengas, el rey se avenía a cederlas legalmente si los usurpadores aceptaban pagar una suma de dinero por concepto de **composición**. En 1591, dos Cédulas pusieron en vigencia este principio, el cual definía las bases para que la usurpación se convirtiera en un procedimiento normal para apropiarse la tierra y una de las principales modalidades de la formación de latifundios. El procedimiento usurpación-composición, beneficiaba a la corona con una recaudación constante y favorecía a los terratenientes dándoles facilidades para ensanchar sus propiedades.²

Otro de los principios de la política agraria colonial y que figuró como instrumento jurídico tardío fue la **preservación de las tierras comunales de indios**, partiendo de la organización de la colonia, se formaron los pueblos de indios, cuyas causas entre otras fue la grave disminución de los habitantes indígenas, y fueron conocidas con el nombre genérico de **reducciones**. Los pueblos indígenas desde su creación poseyeron dos clases de tierras: los llamados ejidos, y las tierras comunales; los ejidos eran la tierra indispensable y de uso común en derredor del pueblo, tierra y montes para recolectar madera y otros materiales, en algunas regiones llamados astilleros, para sustraer materiales de construcción, madera y hoja seca para combustible y para soltar algunos animales. La ley establecía la extensión del ejido, las tierras comunales se extendían normalmente en los alrededores del pueblo, más allá de los ejidos, las que se disponían para cultivo.

Posteriormente, el panorama del agro durante la colonia, estuvo predominantemente formado por latifundios y tierras comunales, además del repartimientos de indios y del mandamiento que obligaban a los indígenas al trabajo forzado y por temporadas cortas y

² **Ibid.** págs. 180 y 181.

largas; aparece un principio que operaba al margen de la ley denominado **Bloqueo agrario de los mestizos**, siendo estos en esa época, un contingente humano en crecimiento, de escasos recursos y carente de la tierra como medio de producción. Este principio regulaba la dotación de tierras, imposibilitando a los mestizos la obtención de ella, lo cual convenía a la corona y a los terratenientes criollos, ya que esto permitía elevar el número de peones en las haciendas y eliminar la posible competencia en el acopio de tierras.

Estos principios de la política agraria colonial, que constituían una herramienta útil para la consolidación de los intereses de la corona, promovieron el latifundismo y explotación de la población indígena y acaparamiento de tierras, ya que permitieron a la clase terrateniente criolla aprovecharse de estos, para ampliar su dominio cerrado y excluyente sobre la tierra.

1.2. Revolución Liberal de 1871

Este movimiento fue encabezado por Justo Rufino Barrios y tenía por objeto revolucionar el sistema que en aquel entonces imperaba, dominada por los conservadores quienes legislaron la tenencia de la tierra, de la producción y de la comercialización de los productos agrícolas. El movimiento liberal influyó poderosamente todo el cuadro legal existente hasta la fecha. El acceso al poder político del liberalismo, que mantuvo una lucha a veces frontal en contra del conservadurismo, dio lugar a una política de fortalecimiento de la incipiente burguesía criolla, en detrimento de la clase aristocrática históricamente aliada a la iglesia. El nuevo gobierno expropió las grandes extensiones de tierra que se encontraban en manos de la Iglesia Católica, disminuyendo también su hegemonía religiosa al permitir el acceso de las corrientes protestantes. La política de expropiación se realizó en dos sentidos: el de reducir el poder real de la iglesia y el de fortalecer a la burguesía ascendente, usando como punto de apoyo el trabajo sin salario de los indígenas.

La expropiación abarcó además los bienes muebles, semovientes, derechos, acciones, capitales, fideicomisos, legados, donaciones, fundaciones que estuvieran en manos de

comunidades eclesiásticas o laicas conexas como las cofradías, esta expropiación se reguló por el Decreto 104 del 27 de agosto de 1873.

Simultáneamente se propició la ocupación de tierras baldías, especialmente las de la costa sur del pacífico, catalogadas como las mejores del país y con vocación para el café y el azúcar, las que se adjudicaron en propiedad, mediante el pago del precio en cinco años, otras fueron otorgadas gratuitamente a personas del gobierno y militares.

Con la reforma liberal y las dictaduras cafetaleras posteriores no se suprimió el trabajo forzado de los indios, más bien se consolidó. El crecimiento de las fincas cafetaleras y la necesidad de mano de obra fija y estacionaria le impusieron a la reforma una política drástica para los indígenas.

La legislación agraria de ese tiempo rompió con la estructura colonial del pueblo de indios, al convertir en propiedad privada las parcelas de las tierras comunales de los pueblos.

La política de la reforma también provocó que gran cantidad de indígenas sin tierras se fueran a las rancherías de las fincas, en consecuencia, la legislación laboral que defendía los intereses liberales, creó instrumentos para retener a los indígenas en las fincas. (el endeudamiento forzoso y la retención por deudas) y enviarlos obligatoriamente cuando se requería.

Con el Reglamento de Jornaleros, Decreto 177, de fecha 3 de abril de 1877, se sancionó jurídicamente la semiesclavitud y servidumbre que, con la fachada de libre contratación de jornaleros existía en el medio rural. Las expropiaciones de las tierras comunales y la conversión del campesinado indígena en peón colono de finca y fuerza de trabajo estacional, lo eliminó como protagonista y beneficiario del desarrollo de la agricultura guatemalteca.

Esto significó el inicio de una agricultura intensiva destinado al mercado exterior, convirtiendo el trabajo de los indígenas no solo en mano de obra barata si no mas bien gratuita, incrementando la producción del capital comercial y de la burguesía agraria que se involucro

en la, obteniendo estas ganancias fabulosas y precisamente fue a Alemania hacia donde se exportó el alto porcentaje de la plusvalía obtenida con el trabajo de la población campesina caída en desgracia a raíz del Decreto de Redención de Censos y del Reglamento de Jornaleros de 1877.³

Para implantar este movimiento y lograr con sus objetivos, el sistema de agro exportación, sobre todo el cultivo del café, requería de grandes extensiones caficultura y en el desarrollo de otros cultivos. Aparte de beneficiarse con este movimiento a nacionales también se incorporo en esta dinámica económica a extranjeros donde figuraba considerablemente una cantidad de alemanes de tierra, de fuerza de trabajo barata y en grandes cantidades. Para asegurar éstas condiciones implementaron mecanismos de trabajo forzoso, significando para los indígenas no solo la pérdida de sus tierras, si no que pasaron a depender del nuevo dueño, en calidad de peones dependientes del latifundista liberal, a quienes los gobiernos habían asignado grandes extensiones de tierras.

A partir de la multiplicación de las fincas cafetaleras, y de la legislación agraria liberal se dan dos tipos de tenencia de la tierra, **el minifundio** que son pequeñas extensiones de tierra cultivadas por familias campesinas que genera ingresos insuficientes para cubrir las necesidades básicas, y **el latifundio** de grandes extensiones de tierra explotadas sólo para generar ganancias a través de la mano de obra barata.

Cabe señalar que, muchos de los caficultores que más adelante llegarían a desempeñar importantes papeles como conductores y administradores del Estado Liberal, sentaron las bases de su futuro poder económico e influencia política precisamente en el mencionado proceso de desmonte y roturación de terrenos montañosos que precedió su ascenso al poder. Esta actividad de desmonte sirvió, además, para formar los latifundios neo coloniales que debían orientarse a la agro exportación, y que con su forma de organización y moderna

³ Cambranes, J. C., **500 años de lucha por la tierra. Estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala**, págs. 200-201.

administración demostraron operar de manera más acorde con las necesidades del mercado exterior y ser mucho más rentables que las haciendas coloniales tradicionales.

La expropiación de las tierras comunales, inmersa dentro del proceso de la reforma agraria liberal, comenzó con la ley de nacionalización de los bienes eclesiásticos, y continuó con la expropiación y venta en pública subasta de las tierras comunales, tierras que fueron aptas de ser adquiridas por particulares. Entre los compradores a quienes fueron adjudicadas las propiedades expropiadas de la iglesia, vendidas nuevamente a precios irrisorios, se destacan Justo Rufino Barrios y otros altos funcionarios del gobierno liberal, quienes se convirtieron en nuevos ricos, Barrios procedió a establecer en ellas fincas de café y caña de azúcar.

De estas medidas liberales la posesión de la tierra paso de ser colectiva y dedicada a cultivos de subsistencia, a propiedad privada dedicada al cultivo y comercialización a gran escala de productos agrarios.⁴

Se puede afirmar que el movimiento liberal aun tiene sus resabios, especialmente en la región norte del país, donde figuran en mayor porcentaje fincas extensas cuyos propietarios son descendientes alemanes, dedicados no solo a explotar la mano de obra barata de los campesinos q`eqchi` sino a despojarlos de alguna manera de la poca tierra que aun les queda.

⁴ Medrano y González Camargo, Ob. Cit. págs. 493-494.

CAPÍTULO II

2. Significado cultural de la reivindicación de la tierra desde la perspectiva maya

2.1. Uso y posesión de tierras por los pueblos indígenas

Los pueblos originarios mantuvieron por mucho tiempo, su cultura, sus idiomas sus sistemas de producción, su relación con la tierra y sus sistemas tradicionales de gestión, administración y legislación de sus territorios, los cuales se manifestaban en las diferentes prácticas como en la agricultura que ha sido una práctica tan antigua para los pueblos indígenas de Guatemala, la cual ha tenido connotaciones en las diferentes épocas.

Diversos estudios se han realizado en torno a los descubrimientos hechos en las diferentes áreas del territorio guatemalteco especialmente en el área norte del Petén. Los arqueólogos afirman que las ciudades-estados mayas dependía para su alimentación del mismo sistema agrícola imperante actualmente en las comunidades indígenas del área rural es decir del *maíz*, pero incluyendo una mayor diversidad de especies cultivadas con ciclos agrícolas variados, transformándola en una permacultura.

Las diferentes épocas de la historia y sus descubrimientos permiten asegurar que los mayas practicaban una variedad de sistemas agrícolas que les permitía aprovechar la diversidad de biotopos y aplicaban diferentes sistemas, como en la época clásica se utilizaron una variedad de sistemas en la que se puede mencionar las siguientes:

- **Agricultura de milpa intensificada en las áreas elevadas y más alejadas de las ciudades.** Este sistema fue seguramente, el primero utilizado en la región pero fue reemplazado por sistemas más intensivos en las áreas mas pobladas y controladas por el poder central.

- **Terrazas agrícolas para evitar la erosión y retener el agua en las laderas.** En las colinas del sur de Campeche y Quintana Roo se encuentran vestigios de terrazas de piedra en un área de 10.000 kilómetros cuadrados, donde encuentran varios tipos, desde simples muros de contención hasta sistemas complejos con trampas de sedimentos y drenajes. Las terrazas eran muy comunes en todas las montañas mayas de Belice.

- **Sistemas agroforestales intensivos en las áreas peri-urbanas, cuya existencia hace suponer el alto porcentaje de especies arbóreas utilizadas como fuente de alimentos por los mayas en las proximidades de los centros históricos.** Las especies mas comunes incluyen el ramón, el chico zapote. En el caso de Tikal y los demás centros del nordeste, parece demostrada la importancia del cultivo de ramón en huertos mixtos alrededor de las viviendas. Además se encuentra un número considerable de "chultunes" (cámaras subterráneas) aparentemente acondicionados para almacenar la semilla de ramón, mazorcas y agua.

Del período posclásico se sabe que los pobladores de Petén volvieron a usar sistemas de milpa mas extensivos las que perduran hasta la fecha, tal es el caso de las comunidades maya-itza del norte del lago Petén, cuyo secreto para no acabar con la montaña de la agricultura de quema y roza itza´ contemporánea es el siguiente:

- No queman las cumbres
- No queman sus milpas con fuego grande sino con varios pequeños y fácilmente controlables, siempre de las esquinas hacia el centro y con rondas cuidadosamente observadas durante la época peligrosa
- Dejan los guamiles (barbecho) crecer por un mínimo de cinco a siete años antes de usarlo de nuevo y dejan una franja de monte de cinco a diez metros alrededor de las milpas.

- Las rozas no pasan en tamaño a la montaña en su alrededor, manteniéndose así una "reserva forestal" para uso múltiple y para conservar la humedad para la milpa en cada parcela.

Ya en la época precolombina el territorio mesoamericano donde se ubica hoy Guatemala fue tierra de muy antiguo asentamiento humano, quienes domesticaron el maíz y desarrollaron, siglos antes de esta era, una agricultura intensiva. Los hallazgos sobre los patrones de tenencia de la tierra del pueblo maya K`iche´ sugieren que en la sociedad prehispánica existió la noción del derecho a la posesión individual de la tierra y que esta coexistió con la propiedad comunal. Estos derechos de posesión eran ejercidos por los gobernantes y la nobleza. La mayor parte de las tierras era comunal.

Las formas de tenencia de la tierra indígena vigente en el período inmediato anterior a la conquista española de principios del siglo XVI en los Altos de Guatemala eran:

- Tierras del Estado, es decir tierras jurisdiccionales de los diferentes estados existentes antes de la invasión española y que por derecho de conquista fueron arrebatadas a los antiguos pobladores o a comunidades vecinas,
- Tierras de linajes o señoríos, que eran aquellas adjudicadas por los gobernantes, cuya propiedad o posesión correspondía a todos los miembros de un linaje,
- Las tierras de linaje distribuida entre los miembros del calpul (grandes territorios administrados por grupos confederados) o de parcialidades,
- Las tierras de señores ó principales que eran las que éstos poseían y que eran cultivadas por siervos y
- Las tierras de propiedad privada, las que poseídas a título privado por la nobleza, las que podían ser vendidas, legadas o donadas.

En lo que respecta al dominio territorial, esta pertenecía a la comunidad y los frutos obtenidos en el trabajo se destinaban a la alimentación de los productores directos y sus familiares que residían con ellos. La simple posesión individual de terrenos de cultivo no facultaba a los usuarios a su enajenación o venta en propiedad a otras personas, se consideraba que la propiedad rural se originaba al trabajarse la tierra, la simple tradición oral establecía qué tierras pertenecían a una determinada comunidad o a un individuo, esta concepción implicaba una utilización temporal de la tierra y por ende irregular. Así cualquier parcela sin utilizar durante varios años no perdía su propietario tradicional.

Ya en la actualidad la propiedad en las comunidades indígenas es de dos tipos una es la individual y la otra la comunal. A la propiedad individual se accede mediante la herencia o por compraventa. La comunal es de varios tipos: la que pertenece al municipio, a una aldea o cantón y la de un linaje o parcialidad.

Lo relativo a las tierras comunales reviste una gran importancia pues continúa siendo vigente en la actualidad y además porque en estas se desarrolla con claridad el manejo de las tierras por los pueblos indígenas, aspecto específico del presente capítulo, como en el caso del Altiplano más que en ninguna otra zona del país muchas comunidades han logrado mantener, el control y los derechos de propiedad sobre sus territorios pese a las múltiples formas que quieren erradicarlos. En estos, existen áreas de acceso colectivo de donde las familias extraen madera, leña, pastos, plantas medicinales y otras partes destinadas a la protección de fuentes de agua, a la vez la comunidad también ha realizado reparticiones de pequeños lotes para que cada familia disponga de terrenos para cultivo agrícola, ya sea en usufructo vitalicio o mediante arrendamiento.

Sin embargo el manejo que las comunidades indígenas hacen sobre las tierras comunales, que hasta la fecha ha sido eficaz, corre el riesgo de que se pierda, pues la excesiva concentración agraria ha tenido también sus efectos sobre las tierras comunales, ya que la

presión social está en constante aumento y muchas comunidades se han visto obligadas a fraccionar sus tierras y en algunos, a fraccionar la propiedad comunal.

El caso de las propiedades y bosques comunales del altiplano occidental de Guatemala, ejemplifican el sistema de reglas y sanciones que han permitido una adecuada utilización de los recursos boscosos y cómo la cosmovisión propia de la cultura indígena ha propiciado la creación de reglas para el uso de estos recursos. Estas han sido desarrolladas ancestralmente por las mismas comunidades y han logrado perdurar hasta la actualidad, no obstante las continuas amenazas, por la creciente demanda de tierras para cultivo.

La realidad de las tierras comunales fue recogida por la actual Constitución Política de la República de Guatemala la cual estableció su protección. Sin embargo aun se carece de una ley específica que regule su tenencia. Como consecuencia y con la excepción de unas pocas comunidades muy organizadas esas tierras carecen de reglamento normas y sanciones que guíen su uso.

2.2. El desarrollo de los pueblos indígenas vinculado a la recuperación de la tierra

Para iniciar el presente capítulo, es menester proporcionar una definición del término desarrollo para establecer posteriormente sus implicaciones, pues entorno a esta temática son innumerables las definiciones que los estudiosos dan, entre ellas la del Doctor Otto Menéndez, Odontólogo e investigador: desarrollo: "es la obtención de la mas alta calidad de vida en todos los miembros de la población de conformidad con su **cultura**", esta definición es muy acertada pues el desarrollo no significa ser igual a los demás que se suponen ya desarrollados, por lo que al hablar de desarrollo se deben tomar aspectos culturales, entre otros.

La mayoría de definiciones, conciben el desarrollo como mejora del nivel de vida de las personas, de las familias y de las comunidades; incluso, como cambios positivos en su vida material y espiritual, sin tomar en cuenta aspectos culturales coexistentes. Una de las limitantes que presenta la concepción actual de desarrollo es que únicamente se refieren al desarrollo de sociedades monoculturales o a sociedades multiculturales pero con políticas asimilistas bien arraigadas, quizás debido a que los conceptos más generalizados sobre desarrollo no están escritos por miembros de comunidades culturales minoritarias o minorizadas en el marco de Estados que funcionan como estados coloniales. En el caso de Guatemala estos conceptos no son formulados por miembros de las comunidades indígenas quienes tienen otra concepción del tipo de desarrollo que necesita el país o por lo menos el grupo que constituye su cultura y por cierto la mayoría de la población guatemalteca.

En el proceso que busca el desarrollo deben incluirse elementos necesarios para lograrlo tal es el caso de las potencialidades de las personas, de los pueblos y sus respectivas culturas, factores determinantes para el desarrollo, pues ya refiriéndonos a la dimensión cultural, ya no hablamos de un conjunto de creencias y costumbres sino de un modo de pensar que se basa en principios y valores culturales que conducen a una acción espontánea e implícita, ante las situaciones concretas de la vida cotidiana, pues no se puede compatibilizar percepciones del mundo tan divergentes y para qué se intentaría aceptar este reto si el proceso de la globalización que tiene en su corazón el concepto de desarrollo occidental está condicionando la vida de todos los habitantes de estas tierras.

Los fundamentos cognitivos del concepto de "desarrollo humano", sin embargo, se basan en la cosmovisión europea, lineal y siempre rebasando los límites obvios. Los que no buscan eternamente el cambio, son "atrasados", tal vez "antiprogresistas" y enemigos del avance de la humanidad. Mientras que, por ejemplo, para los pueblos indígenas el principio del "desarrollo humano" está inscrito en un equilibrio entre todos los seres creados, sean animales, plantas, piedras o gente, todos ellos "personas", con la profunda convicción de que todo tiene su sentido, su lugar y su papel, en un proceso de intercambio permanente según

las reglas de reciprocidad. Esto no se refiere solamente a lo que en la tradición occidental se llama "naturaleza viva", sino aplica a todo creado, se le puede hablar, porque "tiene sentido", quiere decir que se comunica. Por lo tanto el "desarrollo" o "evolución" de las personas no se halla directamente relacionado con el "progreso material" que impone la cultura dominante a través de su sistema de valores sino por el contrario, el mayor hincapié se encuentra dado en la ESPIRITUALIDAD y en su estilo de vida COMUNITARIO por lo tanto deben respetarse pautas diferenciales en la relación constante del hombre con la naturaleza.

En Guatemala recientemente se han implementado por los gobiernos, diferentes estrategias con la intención de cambiar la situación de la población buscando el supuesto desarrollo de las comunidades indígenas, tal es el caso de la política de *Desarrollo Rural*, término de reciente uso, tanto en el ámbito del gobierno como en el ámbito de las organizaciones sociales rurales y campesinas. La novedad de este término acarrea algunos problemas de orden conceptual y le confiere algunas características de ambigüedad, genérica y contradictoria. Como discurso oral y escrito ha resultado ser sumamente un término que enciende e ilumina aquellos procesos que buscan opciones alternativas a las dominantes, pero también ha sido un término que ha posibilitado erosionar y debilitar aquellas posiciones que han apostado por cambios y transformaciones estructurales en este caso se ha acudido al término de desarrollo rural como una opción opuesta a este proceso de transformación.

Generalmente en sectores ONG, gobierno, sector empresarial y sus fundaciones de desarrollo, reducen el desarrollo rural a un conjunto de acciones que giran alrededor de la salud y educación, fomento agrícola o crediticio. Sin embargo el desarrollo, no se reduce a un asunto de acceso a los servicios indispensables para el mejoramiento de las condiciones de vida y a los factores de la producción, crédito, y tecnología; sino que se concibe que el desarrollo se alcanza cuando los individuos y las comunidades bajo distintas modalidades de organizaciones participan y deciden el tipo de servicios que necesitan, como alcanzarlo y como aprovecharlo. En esta concepción se le atribuye importancia medular al actor social organizado. La organización social rural es el medio, el instrumento para alcanzar el

desarrollo y esto supone la necesidad de emprender estrategias encaminadas hacia el fortalecimiento de todo el andamiaje organizativo.

No obstante de todo lo anterior se entiende que uno de los indicadores del subdesarrollo es la pobreza, la cual ha sido una constante en la sociedad guatemalteca derivando de la distribución desigual de la riqueza económica, en particular de la tierra, por lo tanto la desigualdad en la distribución de la tierra en una sociedad eminentemente agrícola es una de las causas del subdesarrollo, tal es el caso de los pueblos indígenas, para quienes la tierra constituyó en determinado momento uno de los pilares de su imperio, pero que posteriormente al ser despojado de ella se vio en el estancamiento de su desarrollo.

Como ya quedo expuesto en el capítulo anterior, los indígenas anteriormente eran poseedores de un sistema complejo y eficiente de manejo de sus tierras, lo cual les permitió desarrollarse dentro de su cultura sin interferencias ni condiciones como las actuales, siendo la tierra el ser principal, entorno a la cual giró el desarrollo alcanzado por ellos en las épocas anteriores a la conquista, pues en la agricultura los indígenas cuentan con el mérito de haber domesticado el maíz, que es un avance sorprendente en la genética alimenticia, mérito compartido con los pueblos amerindios que habitan en la región actualmente conocida como Meso América. El maíz es importante en la alimentación mundial que en la actualidad es cultivado en considerables cantidades en todos los continentes. Además el pueblo Maya aportó a la agricultura mundial productos como el hule y el chocolate. Esta situación nos lleva a pensar que es necesario que se reivindique el derecho a sus tierras, pues forma parte de los pueblos, pues si tan siquiera se respetara las formas actuales de su manejo, sin embargo son múltiples los atentados por desestabilizar la organización de tierras que aun subsisten como el manejo de tierras comunales, pues estas no solo han sido un factor decisivo en la conservación, sino también constituyen un mecanismo de identidad comunitaria, que se expresa en términos de la territorialidad.

Es importante entonces para los pueblos indígenas recuperar la tierra, para su desenvolvimiento pues para toda persona o colectividad de personas reivindicar lo que les pertenece significa aumentar su patrimonio que un día fue disminuido al ser despojado, por lo tanto se está hablando de una elevación cuantitativa y cualitativa en su patrimonio y en consecuencia permite o favorece la estabilidad de las personas, por el contrario cuando existe el despojo, impera la intranquilidad, la preocupación y la inseguridad que acarrea consecuencias de proyección social, si la situación persiste sin alguna solución que permita nuevamente volver al estado en la que se encontraba al inicio, es decir cuando aun no se había llevado a cabo el despojo.

A todo lo largo de Latinoamérica en los países con presencia indígena relevante, la discusión nacional sobre el desarrollo de las áreas rurales ha girado sobre la cuestión de la asimilación, incorporación o integración del indígena al proyecto de modernización del país. Estos modelos de sistematización del desarrollo se han implantado a lo largo del tiempo los cuales por su importancia se desarrollan brevemente a continuación:

- **Enfoque asimilista:** La asimilación es un proceso por medio de la cual la cultura dominante de una determinada sociedad anula, elimina, disuelve por medio de métodos directos y brutales la cultura de otro pueblo o de otros pueblos en el marco de un mismo estado. Es la política de anulación cultural a que generalmente se ven sometidos los pueblos colonizados, que históricamente es la política que han seguido primero los castellanos (1524-1821), después los criollos (1821-1871) y actualmente los ladinos (desde 1871) en sus relaciones con el pueblo maya. La política asimilista busca uniformizar culturalmente a la sociedad guatemalteca, exterminando la cultura maya para que en el futuro ya nadie tenga una cultura diferente a la cultura dominante.

- **Enfoque integracionista:** Este enfoque parte del siguiente supuesto teórico de que el Pueblo Maya está desintegrado de la vida política, económica y cultural del país,

por lo tanto hay que integrarlo a la vida y beneficios de la nación. Los integracionistas proponen como método para resolver las relaciones desiguales entre indígenas y no indígenas y evitar los señalamientos de colonialismo externo, utilizar los mismo elementos culturales mayas para integrarlos mas rápidamente a la nación guatemalteca de cultural ladina, este enfoque busca integrar parcial y temporalmente ciertas características de la cultura Maya dentro de la guatemalidad, por ejemplo sucede que se utilizan los idiomas mayas para enseñar contenidos de a cultura ladina y solo mientras castellanizan a los alumnos mayas.

En contraposición está el **enfoque pluralista** que busca la convivencia y el enriquecimiento mutuo entre pueblos de diversas culturas en el interior de un mismo estado parte del respeto de los derechos culturales de los pueblos que son derechos humanos internacionalmente reconocidos. El pluralismo cultural propicia el aprovechamiento de los recursos que proporciona la cultura indígenas, tales como la organización propia su tecnología, cosmovisión, idioma etc. además protege y valora la identidad cultural de los pueblos que generalmente tienen milenios de historia con el fin de que cada pueblo sea el promotor del desarrollo que necesita y merece, busca la cooperación y la unidad en la diversidad

Ingresar a la modernidad no significa dejar las raíces culturales sino en base y desde ellas generar el desarrollo humano para erradicar la pobreza, la opresión y la discriminación, para convertirnos en sociedad tolerante y comprensiva a través del proceso social de la Interculturalidad. Respetar las diferencias, para fortalecer la unidad nacional hacia lo cual apunta el espíritu de los acuerdos de paz; por lo que se necesita un proyecto de nación, cuyo principio debe ser: sustentar la preeminencia de la sociedad civil ante el gobierno, manifestada en el acceso igualitario al ejercicio de los derechos políticos en los organismos del Estado, mediante la participación social para la toma de decisiones compartidas.

2.3. La tierra como símbolo de estatus identitario

El aprecio social que se le da a la tierra es variado, como variados son los grupos sociales, concibiendo su entorno de conformidad con sus principios culturales. Según el diccionario enciclopédico de sociología el estatus es la situación, posición de una persona, que esta asume a la vista de determinadas características socialmente relevantes en relación con otras personas de una sociedad, el estatus es, sobre todo, la expresión del aprecio social o bien del rango o del prestigio que se adscribe a una persona en razón de posiciones que ella ocupa en un sistema social. Esta valoración social esta determinada, por otra parte, por los privilegios, derechos y deberes, capacidades y atribuciones relacionados con las posiciones o roles sociales correspondientes.

El objeto de analizar el significado de tierras, es para hacer visible una diferencia semántica fundamental entre las concepciones de tierra en el contexto cultural maya y en el marco económico y político legal de tradición española que se manifiesta en una oposición entre el suelo-mercancía nuestro/a tierra- madre/padre. Esta aparente incompatibilidad resulta de una cosmovisión que ordena la relación entre todas las cosas como intersubjetiva dialogante en el caso de los pueblos mayas, y de otra europea, que distingue entre sujeto y objeto determinando una subordinación unidireccional.

Desde la concepción Indígena Maya, la tierra forma parte del conjunto que los identifica, por lo que el valor simbólico de la tierra, se enraíza en diferentes aspectos como en su fertilidad y su generosidad en procurar el alimento cotidiano enmarcado en la aceptación que el ser humano es parte de la tierra, que de esta nació y dentro de esta regresará.

Basta con afirmar que de la tierra nacen las manifestaciones de vida para considerar a la tierra como la vida misma, por lo tanto para los pueblos indígenas la tierra no puede reducirse a la noción occidental de posesión continua, publica, de buena fe, por el plazo de 10 años, y poseyendo el justo titulo, que según la legislación guatemalteca son requisitos previos para llevar a cabo el proceso de Titulación Supletoria; por el contrario es un

concepto que se ha construido sobre la base de la incorporación al espacio, al macrocosmos y a la historia de los periplos agrícolas de un pueblo, que sembrando la planta sagrada ha tomado posesión sobre su territorio.

Si bien es cierto las actividades agrícolas son una rutina diaria de los campesinos indígenas pero son a la vez actos eminentemente espirituales, que se resumen en dos: pedir permiso para herir a la madre tierra y luego agradecer por los frutos, la cosecha, el alimento vital.

Otro de los aspectos poco comprensible para el mundo occidental es que la naturaleza es un espacio lleno de espiritualidad al considerar que cada espacio tiene su "dueño" encargado de cuidarlo, o sea por el RAJAWAL en idioma Tz'utujil, esto significa que ningún ser humano puede atribuirse la propiedad de la tierra, pues este por el hecho de su existencia tiene ya un dueño, ya lo menciona el Popol Wuj en el capítulo de la creación "luego hicieron a los animales pequeños del monte, los guardianes de todos los bosques...". Por lo tanto se considera más bien la ocupación de la tierra como un usufructo a perpetuidad por parte de una familia. Pero más importante todavía: está asociado con la responsabilidad del usufructuario, en cuanto a su conservación, cuidado y mantenimiento.

Una de las prácticas diarias de los pueblos indígenas es la siembra del grano que constituye el elemento vital de subsistencia es decir el maíz, el grano del cual fue creado el primer hombre según el libro sagrado de los K'iche's el *Popol Wuj*, el cual fue traído de Paxil y Kayalá, "tierra con abundante maíz blanco y maíz amarillo, luego de haber entrado en pláticas los progenitores, Tepew, Q'uk'umatz, acerca de la creación de nuestro primer padre y nuestra primera madre, de maíz blanco y de maíz amarillo se hicieron sus brazos y sus piernas de los cuatro hombres que fueron creados. Luego la abuela Ixmukane molió las mazorcas e hizo nueve molidas. De este alimento provino la fuerza de esos hombres". Fueron estos B'alam-quitze, B'alam-aq'ab', Majucutaj, iq' B'alam.

La siembra de maíz más que un acto de reproducción económica es ante todo un rito de identificación cultural de reproducción social, la cual se lleva a cabo en 6 momentos,

desmontar la vegetación y de quemar, bendición de semillas, siembra, formación de mazorcas, formación de granos, cosecha. Estas practicas ceremoniales en los cultivos para la producción siguen teniendo vigencia actualmente en muchas comunidades, aunque en forma incompleta o con mezcla del cristianismo y donde han ido perdiendo se esta recuperando.

Como símbolo de estatus identitario, la tierra no es concebida desde la individualidad sino más bien en este caso se trata de colectividades, generalmente étnicamente diferenciadas, que relacionan su territorio con su identidad en tanto pueblo y son en general las manejadas por estructuras tradicionales de índole comunitaria. Estas tierras tampoco se incorporan al mercado. Cuando la tierra no posee esas connotaciones de status, se considera un valor de cambio y su valor simbólico se reduce al que le asignan la ley, en consecuencia puede incorporarse al mercado como una mercancía mas, la importancia del criterio de concentración sobre la línea de clase estriba también en el nivel de simbolizaciones que tiene la tierra para los terratenientes que la consideran un signo de su poder y su uso para la especulación financiera.

Sin embargo, para el indígena la tierra es un bien de poder, símbolo de prestigio y valor, un regalo de los antepasados, que pertenece en grados diferentes a la comunidad, al patrilineaje (como patrimonio ancestral,) y a la familia extensa y produce. Por un lado según la lógica de la economía familiar, productos de subsistencia por otro y según la lógica del mercado productos para la venta. En cada caso existen reglas diferentes pero nunca se deja el cultivo del maíz para el consumo familiar. Pero para el campesino ladino es propiedad legítima, aunque sí la llaman bendita, porque en ella se tiene que derramar el sudor de la gente que la cultiva, es un medio indispensable que permite conseguir comida para la familia. Cuando la pueden legalizar, aunque a medias, la consideran una propiedad, un bien de gran valor, como un medio de trabajo, o como algo que puede ser vendido con provecho. Por eso dicen que la tierra da para ganar, es una mercancía. También tiene un valor afectivo porque es un espacio de libertad y de orgullo, el lugar donde uno está feliz y tranquilo, donde nadie le puede mandar a uno. Tierra significa para el campesino ladino un continuo semántica amplio, pero sin contradicciones ni misterios.

Para Marcela Tovar la identidad de los pueblos indígenas actuales se define entre otros sobre los siguientes ejes:

- **Territorialidad:** Los pueblos indígenas, merced su concepción cosmogónica, fundamentan su identidad en la adscripción a un territorio concreto y un entorno ecológico determinado, expresión concreta de la madre tierra. No se trata de un sentimiento de posesión, sino de pertenencia, integración de la persona con el entorno en el cual ha nacido.
- **Organización social y política:** Las instituciones sociales y sistema de gobierno de los pueblos indígenas de carácter comunitario y basado en los valores propios ancestrales, permiten la recreación y reproducción de la identidad. Constituye un mecanismo y un contenido de los procesos de socialización de las generaciones nuevas. Se fincan en un sistema de valores y de concepto de poder en el que la comunidad (los que nacieron y tienen derecho al usufructo de un determinado espacio geográfico es la depositaria legítima del poder y lo ejercita a través de guías y servidores sujetos a la voluntad de la colectividad)
- **Economía:** valores sólidos reflejan una cosmovisión en la que el lineamiento central es la máxima que cada uno debe tomar de la naturaleza lo que requiere para vivir. El hombre tiene una función en la vida y el debido cumplimiento de esa función define sus derechos económicos. Sobre la base de los derechos económicos se fundamenta una ética de relación con la comunidad y con la naturaleza.
- **Espiritualidad:** lo sagrado pernea la vida cotidiana de los comunitarios. Lo sagrado se entiende y practica como convivencia con la naturaleza, con la madre tierra y con el cosmos. El respeto a lo creado y entender al hombre como parte de la creación, con una visión propia y distinta, fundamenta la vivencia de la espiritualidad.

2.4. Carácter dual del espacio en Guatemala

2.4.1. Tierra y territorio

El concepto de sociedades duales, es utilizado desde la década de 1940 para caracterizar las sociedades divididas entre una cultura dominante cuya raigambre es occidental y sociedades indígenas y que se aplicó principalmente a Guatemala, Perú, y Bolivia, lo cual constituye un buen instrumento para explicar esta diferencia de concepción respecto a la tierra.

En Guatemala, como en otras sociedades, la tierra posee una pluralidad de significaciones admitiendo varias lecturas según la percepción de quien la concibe y el papel que ésta desempeña en su vida cotidiana. Así la tierra para algunos puede ser un valor de cambio o un objeto de especulación financiera y para otros constituirse en un símbolo de sus luchas identitarias y de su cosmogonía. Esta diferencia incrementa su potencial de conflicto en los niveles de la polémica política e ideológica al discutirse sobre un mismo objeto visto de manera distinta por los actores sociales que tiñen relación con él.

Los fenómenos agrarios se refieren a problemas estructurales resultado, en gran parte de la oposición entre dos derechos sobre la tierra y el territorio. Uno basado en los postulados del orden jurídico occidental generado por la sociedad dominante, y otro construido en la acumulación de prácticas consuetudinarias durante más de un milenio de ocupación del territorio por los pueblos conquistados en los albores del siglo XVI.

En relación a la concepción de la tierra y territorio El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) al parecer hace distinción entre ambos términos en el artículo 13 inciso 1, pero luego determina en el mismo artículo inciso 2, que la utilización del término tierra deberá incluir el concepto de territorios lo que cubre la "totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera", definiendo así el territorio. El convenio incluye dentro de los derechos territoriales, inclusive las tierras que no este exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido

tradicionalmente acceso para todas sus actividades tradicionales y de subsistencia, por lo que el ámbito territorial no equivale entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geofísico que utilizan. Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas. Adicionalmente hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra. Lo importante es que se trate del espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan, en tal espacio por ende es donde se aplica el derecho y la justicia indígena comunal.

La territorialidad comprende elementos como territorio étnico, nacional, tradicional, sagrado o comunitario o sea, agregando un conjunto de valores de tipo histórico, cultural e ideológico que superan las reivindicaciones económicas y se colocan fuera de las coyunturas políticas y sociales.

Es por ello cuando se aplica el concepto de territorio se esta haciendo referencia al espacio vital de un pueblo o de una comunidad, englobando su memoria histórica y su ámbito simbólico y de reproducción material, social y cultural, por lo que cuando un pueblo o una comunidad reivindica un territorio, su demanda no termina con el logro de metas socioeconómicas. En estos casos la dimensión mas relevante de la exclusión es la política y cultura que se simboliza en el territorio perdido, cuyas fronteras forman parte de la memoria colectiva. Allí el potencial de eclosión de conflictos es mayor y se incrementa cuando prevalecen condiciones de carencia y pobreza rural.

El concepto territorio tiene como lo hemos visto una connotación mucho mas amplia que el de tierra, no se trata de propiedad o posesión sino implica formas de control político sobre la vida de la gente, va mano a mano con los patrones indígenas de usar los recursos naturales e incluye los derechos políticos de manejar y conservar el ambiente. Estos son derechos colectivos del pueblo no derechos de ciudadanos como tales, insiste que la autonomía debe ser un régimen político jurídico acordando y no meramente concedido que implica la

creación de una verdadera colectividad política en el seno de la sociedad nacional el territorio se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo.

Por estas características muchos son de la idea que jurídicamente el reconocimiento del derecho territorial de un pueblo indígena debe sustituirse en el contexto del derecho público y no en el derecho civil o privado, pues creen que territorio constituye derecho del pueblo y tierra es derecho de personas.

Debido a ello las luchas por el territorio se caracterizan por ser también luchas por la identidad y remiten generalmente a la recuperación de los sucesos históricos que caracterizaron su construcción y pérdida.

Para los indígenas de Guatemala, el despojo de sus tierras se dio en el proceso de pérdida de sus territorios y de procesos conducentes al etnocidio, por ello la lucha por su recuperación puede leerse como la reivindicación de su identidad como pueblo. En su lugar la fragmentación de la organización social los llevó al control de pequeñas áreas que ahora solo tienen un ámbito local en aldeas o municipios, a manera de tierras comunales, parcialidades, o tierras municipales. Sin embargo el término de territorio indígena debe entenderse como el espacio histórico y cultural que comparte un grupo étnico y sobre el cual se reproduce su cultura ancestral.

El concepto de tierra propiamente dicha; se refiere al medio de producción cuyos derechos de posesión son o pueden ser susceptibles de ser cuestionados y donde se aplican todas las demandas de redistribución, en este aspecto se aplica la concepción de que la tierra es parte del cúmulo de bienes de una persona que constituye su patrimonio por lo que es un medio de producción económica de la cual se pueden obtener beneficios al ser explotada.

La tierra como un valor de cambio es la hipótesis sobre la que se basan políticas como reforma agraria por la vía del mercado e instituciones como Fontierras, cuyo impacto está en relación directa con la cantidad de tierra bajo esa categoría y de población rural que la

considera como objeto de intercambio. En el mismo sentido cuando la tierra es una reivindicación socioeconómica, los programas de intensificación de la producción y la creación de fuentes de empleo alternativas a la tierra entre otras posibilidades son capaces de disminuir los niveles de tensión.

Es por ello al definirse el espacio como tierra se convierte en mercancía como tierra parcela, como tierra herencia con su medida, escritura y registro según la ley de Guatemala, de valor monetario negociable, y generando un conflicto de valores intrínseco, programado e ineludible que ha llevado a incontables pleitos, pues puede pertenecer a personas individuales o jurídicas y por cierto encontrarse bajo formas legales de propiedad individual o colectiva, y da derecho al uso económico sin interferencia por parte de terceros.

Estamos entonces ante dos conceptos distintos por lo que cualquier situación en relación a estos debe ser diferenciados obligatoriamente pues la confusión es una de las causas que ha hecho que la conflictividad agraria en Guatemala se ahonden cada vez acarreado el país con un problema que ha conestado un centenar de vidas humanas por confrontaciones entorno a ella.

Para solucionar los conflictos agrarios se han tomado en cuenta alternativas que hasta la fecha no han producido los resultados deseados puesto que no se ha hecho el intento de establecer el tipo de conflicto, es decir si se trata de conflictividad por territorio o por tierra, y al no tipificarla de manera adecuada se corre el riesgo de no encontrar una solución adecuada y de hecho este ha sido el resultado.

Una vez caracterizado un conflicto como de tierra o de territorio su resolución se encausa por vías distintas: cuando se trata de conflictos basados en el territorio, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el congreso de la Republica de Guatemala en 1996, provee las bases para su resolución, tanto judicial como no judicial. Como principios generales se puede invocar los compromisos contenidos en el capitulo sobre

la tierra, del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y los artículos de la Constitución Política de la República referidos a las tierras de las comunidades indígenas.

Es decir que existe un marco normativo en la legislación que puede ser invocado en las reivindicaciones territoriales; cuando se trata de conflictos específicamente de tierras, intervienen judicialmente la normativa definida en el Código Civil, el Registro de la Propiedad, la Ley del Fondo de Tierras cuando se trata de regularización de tierras. Los procesos no judiciales se afincan sobre los mismos principios y los Acuerdos de Paz, principalmente el acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, el Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado y cuando se trata de poblaciones indígenas el Acuerdo sobre Identidad y el Convenio 169.⁵

En la legislación guatemalteca como en la mayoría de los países latinoamericanos se reserva el uso de concepto territorial estrictamente para el estado nacional, aunque reconociendo de que: las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que les ha pertenecido histórica y tradicionalmente y que han administrado en forma especial mantendrán ese sistema (Constitución Política de la Republica de Guatemala de 1985. Artículo 67), la misma constitución agrega en el Artículo 70 que la ley especifica regulará esta materia, lo que en casi veinte años no ha cumplido. El Convenio 169 adoptado por la OIT, del sistema de las Naciones Unidas, en 1989 y ratificado por Guatemala en 1996, que constituye hasta la fecha el único instrumento legal de derecho internacional y con validez en Guatemala que se refiere a los derechos de los pueblos indígena incluyendo, además el término territorial.

⁵ Camacho Nassar, Carlos. **Guía para la investigación de los conflictos sobre la tierra y el territorio de Guatemala.** Págs. 24 y 25.

2.5. Movimiento indígena y campesino

En Guatemala en las últimas décadas han surgido entorno a las problemáticas de los diferentes sectores, movimientos sociales cuyo objeto además de cuestionar las acciones de gobierno pretenden mejorar la situación del país, entre estos han sido muy notorios los movimientos indígenas y campesinos, reclamando por las injusticias agrarias y la situación de marginación del pueblo indígena, estos movimientos han tenido aceptación en la sociedad pero a la vez han sido reprimidos por el gobierno, pues sus reclamos son materia que el gobierno no tiene en agenda política, y porque los protagonistas son indígenas en su mayoría.

Los movimientos indígenas y campesinos no se originaron ni existen únicamente en Guatemala pues los indígenas en toda América lucharon siempre por la preservación de sus territorios, no únicamente como un medio de vida material sino en sentido del espacio simbólico y político de sus identidades. Hoy en día, prácticamente agotada la posibilidad de luchar por la restitución y la redistribución de las tierras, los movimientos indígenas vuelven a plantear la reivindicación del territorio, cada vez como un énfasis más claro en el sentido político y simbólico adquirido para su cultura. Tal como se puede apreciar en las demandas y movilizaciones recientes de los pueblos indígenas de Bolivia, Chile, Ecuador y México, entre otros, sus plataformas incluyen el tema territorial como un elemento de la demanda de autonomía, de la misma manera que incluyen temas relacionados con el ejercicio de la autoridad propia, la supremacía de los usos y costumbres locales sobre las leyes nacionales y la posibilidad de resolver sus asuntos conforme a sus propios sistemas de administración de justicia.

Ahora bien los movimientos indígenas contemporáneos al menos parcialmente incubados en movimientos agrarios, han desarrollado reivindicaciones nuevas, más complejas, que involucran el conjunto de los recursos naturales no únicamente el suelo y atan su recuperación y mantenimiento a la conquista de atribuciones de control sobre el espacio.

Esta nueva forma de luchar por los recursos encuentra sus límites en la idea de soberanía como atributo exclusivo del estado y en el desarrollo de intereses empresariales internos y transnacionales.

Ya específicamente en Guatemala, uno de los aspectos importantes que impulsó las iniciativas de organizarse fue la decisión de la iglesia católica de realizar un trabajo de evangelización acompañado de alfabetización, educación y otras políticas desarrollistas en las áreas rurales a través de la Acción Católica. Este proceso irá tomando su propia lógica y su propia identidad y no tardan en surgir las Ligas Campesinas y las Cooperativas Agrarias. Todo esto va acompañado de un espíritu de transformación en las comunidades indígenas, dentro de una dinámica de voluntad de capacitación y participación política y ciudadana. Hay un auge de escuelas y agrupaciones culturales, de programas de radio, de grupos de alfabetización y discusión de la Biblia, de inicio de la presencia de alcaldes indígenas en las municipalidades y tentativamente en partidos políticos.

En este contexto surge el Comité de Unidad Campesina (CUC), en el altiplano central, representando y organizando a un indígena campesino "concientizado" con la esperanza de un cambio social profundo contra la segregación y por la igualdad con el resto de la población guatemalteca. Mas que una organización de lucha campesina por el acceso a la tierra, es una organización de campesinos por su dignificación, un reto valiente en un país donde la población indígena y campesina es vista como inferior, pasiva, callada, iletrada y se convertirá en amenazante cuando progresivamente la acción de estos campesinos trascienda lo local y lo regional y se articule con otros sectores sociales como los ladinos pobres y los colonos de las fincas de la costa y bocacosta.

La aparición pública del CUC se dio en abril de 1978 y capitalizó buena parte del dinamismo comunitario y la lucha campesina de los indígenas. Ya por los años de 1,980 la violencia estatal cada vez más feroz y presente alimenta el ciclo de insurrección, revolución y represión, las acciones públicas van a paralizarse; la iglesia católica de Quiche sale al exilio,

ya hay unos 400 catequistas muertos en la región y el CUC desaparece en 1981, pero esta situación no tardó mucho tiempo pues cinco años después la dirección del CUC, que se encontraba en el exilio retorna al país y con ellos destacados líderes para un trabajo de reconstrucción del tejido de la organización, ellos encuentran que el CUC está siendo esperado y su actividad es sorprendente y efectiva.

Durante las acciones organizativas de los movimientos sociales, no solo del CUC, sino del movimiento en general se vieron fuertes represiones pues desde 1963 se va a tratar de un estado abiertamente contrainsurgente, cuya razón de ser era acabar con todo movimiento que cuestionara el sistema de alianza entre los militares y las élites de poder. No hay vías de diálogo, solo una creciente confrontación en que las fuerzas guerrilleras que intentan derrocar al régimen y van recogiendo muchas de aquellas iniciativas que, buscando espacio político, se ven imposibilitadas de hacer de forma legal por lo cerrado del mismo sistema, por lo que ya a mediados de los 70, las movilizaciones sociales, entre ellas la indígena y la campesina, entraron en la espiral de violencia, insurgencia y represión que envolverá al país.⁶

En 1982, una investigación de Oxfam América, reveló que más allá de la pseudo lucha anticomunista, mucha de la violencia en contra de los civiles en las áreas rurales, perpetrada por el ejército y las fuerzas de seguridad durante el gobierno de Romeo Lucas (1978-1982), estuvo dirigida a suprimir todo movimiento de desarrollo rural que había cobrado auge en los años inmediatamente anteriores y posteriores al terremoto de 1976.

Otra de las organizaciones que ha sido protagonista en el tema agrario es la Coordinadora Nacional Indígena y Campesina (CONIC). Cuyo proceso de creación y formación no puede separarse del proceso de división del CUC, en un contexto de creciente conflictividad agraria, pues la dirigencia de la CONIC, fue un día, también dirigencia del CUC.

⁶ Yagenova Simona Violetta, **Derecho indígena en América Latina; logros y perspectivas**, Pág. 35

La CONIC, fue creada el 16 de julio 1992 en Santa Inés Retalhuleu, donde los líderes se reunieron para discutir sobre el nuevo movimiento indígena y campesino, cuya acción no esperó mucho tiempo en notarse pues una semana después salen de Pampas del Horizonte para marchar a la capital, primera acción pública reclamando la adjudicación de la finca Santo Domingo hoy comunidad Nueva Cajola, la cual fue conseguida por los campesinos, luego de varias protestas violentas, que los llevó a refugiarse en el Paraninfo de la de la Universidad San Carlos, donde se instalaron por 5 meses, y con esto presionar al gobierno de turno, con acompañamiento internacional generando un fuerte movimiento de solidaridad entre los sectores de la sociedad urbana. Esta fue la primera acción y éxito de la CONIC.

La noticia de la nueva organización se difundió en todo el país y no tardaron en avocarse a ella y formar parte de las comunidades miembros de CONIC, en un solo año de existencia, la CONIC incrementó su representación de 8 a 36 comunidades especialmente en los departamentos de Alta y Baja Verapaz, áreas dominadas por fincas de café y de cardamomo y, hasta el 2003 habían 329 comunidades miembros de CONIC.⁷ Por otro lado el apoyo financiero de agencias internacionales europeas, japonesas y australianas no tardó en llegar.

Uno de los elementos que llama la atención, y que se puede considerar una continuación de las actividades de los líderes es la atrevida y efectiva forma de obtención de la tierra, la cual consiste básicamente en la combinación de tres estrategias: a) la acción legal; b) la negociación; c) la presión social, las cuales se han tenido que desarrollar para responder a las necesidades de las comunidades y para hacerse escuchar y presionar en los órganos de gobierno.

⁷ Bastos Santiago y Manuela Camus, **CONIC, 10 años de lucha por la madre tierra, la vida y la paz**, Págs. 149, 150, 151 y 152.

La CONIC, es una de las pocas organizaciones que trabajan el tema de la espiritualidad maya incorporada al trabajo de la organización, en el entendido que Espiritualidad y Tierra son términos que no puede ser concebidos indistintamente. Por ello para su creación fue tomada en cuenta la opinión de los guías espirituales, pues la CONIC, fue creada en OXIB' NO'J día año de los abuelos sabios con la idea de crear una nueva fuerza campesina, específica y original.

Ante la proliferación de organizaciones, en la actualidad éstos han sido calificados por el gobierno y grupos de poder como entes provocadores de condiciones de ingobernabilidad o subversión del estado de derecho, calificando al mismo tiempo los conflictos sobre tierra y territorio a su vez de la misma manera la cual contiene el riesgo de la respuesta autoritaria, como ya ha ocurrido, y no contribuye en nada a la resolución de los mismos y la construcción de la paz.

Así ante los conflictos agrarios, se construye para enfrentarlos una lógica conflictivista que preferirá desactivarlos, calificando las movilizaciones y demanda populares bajo la categoría de ingobernabilidad. En consecuencia, un sindicato realizando agitación pública en pos de mejoras económicas y cambios institucionales o una organización campesina clamando por la atención de sus reivindicaciones, no se percibe como demandas y como expresiones de problemas sociales que deben atenderse, sino como antesala de conflictos. Por el contrario en la mayoría de los casos, las diferentes situaciones de ingobernabilidad han aparecido cuando las autoridades gubernamentales rompen o estrechan los espacios de negociación, asoman rasgos de intolerancia y reducen las posibilidades de los actores sociales, de exponer y negociar sus demandas y propuestas.

Así una demanda de tierra por campesinos que no la poseen y la necesitan para **subvenir** a sus necesidades, al igual que la reivindicación salarial de los trabajadores agrícolas para ser pagados con el salario mínimos que establecen la ley, no constituyen conflictos, tampoco una manifestación masiva de campesinos que demandan tierra en las calles de la ciudad.

Estas expresiones sociales no ponen en cuestión al estado, no cuestionan la gobernabilidad ni las bases estructurales de la democracia, por el contrario la demanda de derechos fortalece la función pública cuando esta posee los mecanismos que le permiten llevar a su población a gozar de los derechos que les confiere la ciudadanía.

En los últimos años, los actos de acoso e intimidación contra defensores de los derechos humanos de Guatemala, entre ellos líderes indígenas y campesinos, han aumentado espectacularmente, intensificándose con una oleada de ataques, situación preocupante porque las autoridades guatemaltecas no han tomado medidas para proteger a los defensores de los derechos humanos, pese a que se comprometieron a ello en los acuerdos de paz firmados en 1996 y están obligadas a hacerlo pues desde entonces se han abierto espacios políticos y sociales para el surgimiento de numerosas organizaciones y comités indígenas y campesinos de diferentes índoles (Desarrollo Rural, Derechos Humanos, Espiritualidad Maya etc.). Aunque muchos de ellos tienen como limitante no ser representativos sino constitutivos para acciones específicas.

CAPÍTULO III

3. Derecho consuetudinario de tierras

3.1. Fundamentos principales del derecho consuetudinario

Un intento de conceptualizar el derecho Consuetudinario es importantes para efectos del presente capítulo. "conjunto de normas legales tradicionales no codificadas, conceptos, creencias que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen como acciones perjudiciales o delictuosas; cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; las sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales; cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas". Dichas normas son reconocidas como obligatorias por las comunidades (aceptadas, respetadas y cumplidas). Practicadas por generaciones, eminentemente de tradición oral.

El derecho consuetudinario recibe varias denominaciones Derecho Comunal, Derecho Paralelo, Costumbre Legal, Derecho Alternativo. En Guatemala ha sido denominado como Costumbre Jurídica Indígena. Para efectos del desarrollo de ésta temática entenderemos las definiciones de Derecho Maya y Sistema Jurídico Maya o Costumbre Jurídica Maya de la misma manera, sin embargo el uso de la denominación de "*Derecho Consuetudinario*" tiene su origen en la costumbre y este es una manifestación de la cultura, como producto de las relaciones sociales entre los miembros de una etnia o grupo social determinado; nace entonces de las relaciones sociales, que no son mas que hechos sociales, y aquí partimos con la doctrina de la "fuerza normativa de los hechos", creada por Jorge Jellinek.⁸ Dicha teoría, expone que el hecho social se transforma en hábito social, lo que produce en la conciencia de quienes la 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 es respetado y

⁸ García Maynes. **Introducción al derecho.** pág. 62

acatado por los hombres, de esta manera un uso social adquiere de su repetición continua y constante la categoría de obligatorio, y es aquí donde surge el derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario está constituido por dos elementos:

- Elemento objetivo: se refiere a la repetición continua y constante de determinada conducta por parte de la comunidad, y se le conoce como: "**Inveterata consuetudo**";

- Elemento subjetivo: se refiere a la creencia o convicción de su uso obligatorio se le denomina "**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.

En el estudio del sistema jurídico maya, es importante distinguir dos niveles: el nivel del casco urbano o cabecera municipal y el de las aldeas, cantones y caseríos, pues en estos últimos se evidencian mas algunos elementos del sistema jurídico maya, ello es así porque en primer lugar, la lejanía de los cascos urbanos los convierte en los lugares propicios para que los reductos de conservación de las practicas tradicionales y en segundo lugar la misma lejanía los deja prácticamente fuera del sistema jurídico oficial, por la falta de capacidad institucional, de recursos e implementaciones. Los habitantes de las cabeceras municipales en general tienen mayor acceso al sistema jurídico oficial y por lo mismo, hacen mas frecuentemente uso de los órganos jurisdiccionales que los habitantes de aldeas, cantones, caseríos lo cual no significa que en las cabeceras municipales no existan practicas jurídicas tradicionales porque su observancia no esta condicionada necesaria y estrictamente por la lejanía o cercanía de un sistema jurídico, sino que está cimentada en los valores de su cultura.⁹ Como prueba de lo anterior muchos pueblos conservaron la memoria de sus sistemas jurídicos dentro de la cultura y la legalidad occidental, y los adaptaron a los cambios

⁹ Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar. **El Sistema jurídico maya**. Págs. 56, 57.

impuestos por la historia y la deculturación, aunque sobre bases distintas a las del derecho positivo.

Entre las principales características del derecho consuetudinario se pueden mencionar:

- **Eminentemente conciliador:** Por el empleo de recursos persuasivos, acudiendo a aspectos religiosos, morales del buen trato, pero que en esencia requieren de un acopio formidable de paciencia, y que juega un papel fundamental en el avenimiento o anuencia de las partes.

- **Es un derecho oral:** Desde el momento en que se le plantea al conciliador la controversia hasta la dilucidación de la misma, se hace uso del recurso oral, evitando los engorrosos trámites de las citaciones y formalidades escritas, que tanto retrasan los procesos por vía del Derecho oficial.

- **Fundamenta su vigencia y positividad en el consenso:** Basa su observancia en el consenso, es decir en el convencimiento colectivo de acatar la norma, considerándola como la mejor manera de preservación de la cohesión y convivencia.

Además, se puede mencionar como características del Derecho Consuetudinario su variabilidad de una comunidad a otra aunque su esencia es la misma. Tienden a prescribir los comportamientos, mientras que en derecho positivo están orientadas a sancionarlos, tiene como objetivo mantener la armonía y el balance de una comunidad por lo que se dice que tienen una orientación colectiva dentro de la concepción de derecho indígena, las normas en general tienden a la reparación o resarcimiento del daño por parte del infractor, ambas concepciones es decir armonía y balance, juegan un papel preponderante en el Sistema Jurídico Maya, términos que se identifican a partir de la traducción e interpretación del Popol Wuj como fines últimos de la vida y del desarrollo de la relación naturaleza-hombre y universo, y se entiende como tranquilidad absoluta, podemos aventurarnos a decir que es un sinónimo de lo que entendemos por Paz en cualquier contexto. Siendo también un, estado

en el cual, se tiene conciencia de estar cumpliendo la finalidad inherente a la existencia. Es una especie de empatía, de unidad y concordancia en energía y en estado espiritual, que se establece entre las personas, entre la persona y las cosas, o entre varios elementos de la creación. Es también un estado interno de la persona.

Todo ello presenta para la comunidad una serie de beneficios y por eso confían en su aplicabilidad a casos concretos y aun reclaman su práctica, siendo sus ventajas innumerables las cuales se resumen en las siguientes:

- **CELERIDAD PROCESAL:** Se eliminan todos aquellos requisitos y formalidades que son escollo en el derecho oficial. Las conciliaciones se agotan en una audiencia o en casos extremos dos.
- **ECONOMÍA:** El uso de citaciones orales en la propia comunidad y el trabajo ad-honorem del conciliador, ahorran cantidades significativas de dinero.
- **SE NEUTRALIZA EL FACTOR IDIOMÁTICO:** En las conciliaciones se usa el idioma propio de los interesados y se evita con ellos los problemas de comunicación de la barrera idiomática, evitándose el riesgo de una interpretación deformada.
- **MAYOR EQUIDAD:** Se evita el racismo y el etnocentrismo, por lo tanto sus resoluciones son más justas.

La práctica cotidiana de este derecho demuestra la existencia de todos sus elementos para considerarlo y reconocer que se está frente a un sistema jurídico con estructura propia, la cual no puede verse individualmente o aisladamente pues el pensamiento y la visión indígena conlleva un proceso en donde todos los pensamientos están íntimamente ligados, la filosofía es el elemento generador de todos los pensamientos en torno a la actividad del hombre visto

como tal y visto en su relación con los demás en su vida social, especialmente en la relación del hombre con la naturaleza que le rodea y el universo de donde éste es parte integral. Para ello se identifican en el Derecho Maya dos estructuras axiológicas, una del deber ser de valores y la otra de antivalores, como conductas reprochables en la sociedad.

La resolución de los conflictos sobre la tierra es uno de los ámbitos de actuación del derecho consuetudinario en Guatemala. Sin embargo al no reconocerse su práctica, se agudizan las contradicciones entre las culturas jurídicas cuya asimetría jerárquica continua privilegiando conceptos culturales y leyes ajenas a la experiencia cotidiana de la mayoría de los habitantes rurales del país. Lo anterior quiere decir que la aplicación del derecho consuetudinario en el aspecto agrario es una constante en algunos pueblos indígenas por lo que una sistematización incipiente sobre el manejo de tierras comunales de pueblos indígenas revela la existencia de leyes tradicionales generalmente llamadas de derecho consuetudinario e instancias jurídicas de aplicación de tales normas. Históricamente ha existido una rica tradición de manejo de tierras comunales que tiene un carácter ritual y ceremonial y que comprende prácticas de agrimensura, definición de la territorialidad y los derechos de usufructo individual, designación de autoridades y normas a aplicar en los casos de conflicto entre comunidades o comuneros.

Estos mecanismos de resolución de conflictos de tierra y de asignación de derechos de usufructo se aplican como variantes en muchas comunidades, su principal dificultad para ser efectiva consiste en la intromisión de mecanismo o racionalidades externas así como de estructuras de poder paralelas existentes en la misma comunidad.¹⁰ Por lo que el reconocimiento de la jurisdicción de las comunidades para resolver conflictos con la tenencia de tierra debería estar acompañado de un proceso de fortalecimiento y recuperación de las normativas indígena, como lo estipulado en los acuerdos de paz.

¹⁰ Grünberg Georg. **Tierras y territorios indígenas en Guatemala.** Pág. 25.

En las comunidades donde continúan haciendo uso del derecho consuetudinario la gran mayoría de los conflictos relacionados con la tierra se trata y resuelve según éstos procedimientos y, los que se pasan a las instituciones que representan la legalidad por lo general quedan sin solución pero arrastran en todos los casos, otras desgracias para la parte mas débil de los contrincantes. Así prevalece la impresión de que quien recurre a los juzgados lo hace de mala fe, porque sino, lo arreglaría por la vía honesta, es decir por la vía de la legitimidad expresada en las normas consuetudinarias.

Se puede afirmar en consecuencia que en Guatemala el derecho consuetudinario es también derecho positivo en muchos lugares donde la mayoría de sus habitantes son indígenas, siendo el derecho positivo el derecho que se cumple, es decir el derecho efectivamente acatado por la sociedad por lo tanto socialmente válido y eficaz, pues no todo derecho vigente es positivo como erróneamente muchos creen ya que este es el cúmulo de normas que el Estado ha declarado de observancia obligatoria y una norma es considerada vigente mientras no haya sido abrogada por el mismo Estado, o sea que el derecho formalmente valido es considerado como tal cuando ha cumplido todos los pasos señalados para su creación y ha cumplido con el ultimo que le da el carácter obligatorio, iniciando su aplicación y continúa con tal carácter hasta que sea abrogado, expresa o tácitamente, por una ley que así lo indique o bien por otra ley que resulte contradictorio con lo anterior.¹¹ En el mismo sentido García Maynes llama ordenamiento jurídico, vigente al "conjunto de normas imperativas que en una cierta época y en un país determinado la autoridad política declara obligatorias".

3.2. Oposición entre derecho occidental y derecho consuetudinario de tierras

Una vez determinado lo relativo al derecho consuetudinario, es necesario referirse al derecho occidental, a la cual hicimos alusión anteriormente, especialmente en cuanto a su relación

¹¹ López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho**. Pág. 53.

con el derecho consuetudinario, siendo esta relación mas que homogénea es antagónica por las contradicciones que existe entre ambos sistemas jurídicos, entendiéndose por derecho occidental aquel basado en la tradición romana. Siendo entonces el derecho occidental y el derecho consuetudinario, los dos principales sistemas jurídicos en el mundo actual. Formando parte del sistema basado en la tradición romana países como Europa Continental, América Latina, la mayor parte de África y muchos países centroeuropeos y asiáticos teniendo sus raíces en el derecho de la Roma antigua la cual fue modernizado en el siglo VI D.C., por el emperador Justiniano y más tarde adaptado por juristas franceses y alemanes.

En un país como Guatemala donde habitan dos grupos culturales notoriamente diferentes en cuanto a su forma de organización social, es de esperarse que exista una normatividad basada en las prácticas diarias, que la misma comunidad ha establecido y posteriormente aceptado, constituyendo un Sistema Jurídico completo y

eficaz, que ha normado por siglos y siglos la vida de los pueblos indígenas, y a pesar de los mecanismos que se ha utilizado por desarticular tal sistema aun en Guatemala se aplica a los diferentes comportamientos humanos. Sin embargo es sorprendente todavía para algunos que en un país donde la mayoría de la población es indígena, impera un derecho ajeno, extraño, y no aceptado por lo que en general el derecho indígena circunscribe su jurisdicción y la competencia de su aplicación al ámbito territorial del municipio o comunidad mientras que el derecho del estado tiene jurisdicción en todo el ámbito nacional y define la competencia según la materia, por razones de territorio, cuantía, grado y turno.

Aunque en relación a la competencia por cuantía en las comunidades indígenas existe algo similar pues se distingue la importancia o gravedad de los asuntos, casos de poca importancia los resuelven autoridades menores como los alguaciles pero cuando el asunto es de mayor gravedad lo conoce una autoridad de mayor jerarquía como el alcalde o los funcionarios de la alcaldía en pleno. Los casos que involucran delitos graves como asesinatos, generalmente se trasladan al sistema jurídico estatal, haciendo una combinación de ambos sistemas, no por su incapacidad de resolverlos sino por la represión que las autoridades

sufren y la amenaza de demandarlos por usurpación de autoridad, y por ello la omisión de la denuncia de un asunto de esta naturaleza ante las autoridades competentes del sistema del estado tiene graves consecuencias, precisamente por la falta de reconocimiento del pluralismo jurídico en el país. En la actualidad intervendrían además las instancias de derechos humanos y otros entes haciendo alarde del principio de legalidad y debido proceso que rigen el sistema jurídico oficial.

El punto de encuentro mas importante que se identifica entre el derecho indígena y el derecho del estado se encuentra en los artículos 58 y 66 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala. Puesto que en estos "Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores" articulo 58 y "El estado reconoce respeta y promueve sus formas de vida costumbres, tradiciones, formas de organización social..." art. 66 de la Constitución Política de la Republica de Guatemala.

Por otro lado la legislación acepta que la costumbre es una fuente del derecho siempre y cuando la ley lo permita y no contraríe la misma, el problema es que la costumbre en si misma es el derecho consuetudinario pues esta conformada por un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad. La diferencia fundamental, seria que el derecho vigente esta vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario propio de las colectividades que simplemente opera sin referencia al Estado ya que lo jurídico se encuentra inmenso en la estructura social.

Por otro lado el sistema jurídico en Guatemala esta identificado con el orden constitucional y a este apela precisamente para no aceptar el pluralismo jurídico a pesar que como se expuso en las líneas anteriores en este se reconoce la existencia de otras culturas lo que técnicamente implica la existencia de otros sistemas jurídicos pero en la práctica legal oficial

únicamente se reconoce el derecho occidental, plasmado en las diferentes leyes existentes, pues toda la legislación de Guatemala está basada en el principio de legalidad la cual se traduce en NULLUM CRIMEN, NULLUM POENA SINE LEGE, PRAEVIAM, SCRIPTAM, STRICTAM ET CERTAM, quiere decir que una norma debe constar por escrito en una ley previa, escrita, estricta y cierta; situación que excluye por tanto cualquier práctica basada en el derecho consuetudinario.

Para los pueblos indígenas, es imposible reconocer la preeminencia de un derecho que se superpone sobre sus normas consuetudinarias. Lo anterior hace evidente la fractura entre dos concepciones del derecho y del territorio, creándose antagonismos que dificultan seriamente el consenso sobre el camino hacia la resolución de los conflictos agrarios.¹² Pues la preeminencia del derecho occidental continuó legitimando la pérdida de las tierras, lo mismo que las adjudicaciones que, sin reconocer los derechos ancestrales entregaron tierras indígenas a otras personas, siendo este desencuentro no favorable a la seguridad jurídica de los indígenas ni al funcionamiento eficiente del estado, traduciéndose en un obstáculo real para el desarrollo.

Con lo expuesto anteriormente no se pretende desprestigiar a un sistema jurídico que por siglos ha sido operado y de alguna u otra manera ha contribuido a la estabilidad de las sociedades pues a pesar de sus diferencias, ambos sistemas, el de derecho consuetudinario y el de derecho basado en la tradición romana, tienen como objetivo mantener la paz social, aunque distan en su eficacia.

Los pueblos indígenas se han tornado particularmente sensibles en los años recientes a la necesidad de reevaluar continuamente sus procedimientos con el fin de mejorar la calidad de

¹² Camacho Nassar Carlos, Bettina Durocher, Juan Antonio Fernández y José Vinicio Letona. **Tierra, identidad y conflicto en Guatemala**. Pág. 45

la justicia, y además se puede notar de alguna manera su aceptación por parte del sistema jurídico nacional en algunos aspectos por ejemplo en los Juzgados de Paz que operan en el interior del país, en la que por lo regular el juzgador actúa como conciliador de las partes en conflicto, pues los indígenas aun conservan para la resolución de sus conflictos el principio de la conciliación, aun dentro del sistema occidental, también se puede mencionar los centros de conciliación instalados en los diferentes lugares de la republica, en la que los pueblos indígenas encuentran una alternativa de solucionar sus conflictos ya que refleja parte del sistema propio de ellos.

Sin embargo una base legal para la aceptación del pluralismo jurídico cabe tener presente que el estado de Guatemala es signatario del convenio 169 de la OIT. el cual expresa en el Literal b) del artículo 5 que deberá respetarse la integridad de los valores practicas e instituciones de esos pueblos y establece que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. En el mismo sentido establece el convenio el deber de respeto del derecho consuetudinario siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en los marcos jurídicos nacionales ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Asimismo en materia penal específicamente lo relativo a la represión de los delitos estableció que se respetar los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros y tener en cuenta las costumbres de estos pueblos cuando los tribunales y autoridades competentes, se pronuncien sobre cuestiones penales. Al respecto se tratara mas específicamente en el apartado siguiente.

El reto es articular la práctica indígena con el derecho del estado con apego a la constitución por parte de los operadores de la justicia del sistema oficial. Es decir que las resoluciones de las autoridades indígenas en los conflictos que hayan sido conocidos por ellos tengan la misma fuerza obligatoria que los adoptados por los órganos encargados de impartir la justicia estatal, tanto para litigantes como para las personas involucradas y que no se vuelva a juzgar por ningún órgano o institución estatal. Asimismo se debe reconocer la legitimidad de las

autoridades indígenas debe ser reconocida por las autoridades del estado, pues ninguna legislación que pretenda limitar a los pueblos indígenas sus derechos promoviendo la fragmentación y la dispersión que hagan posible su aniquilamiento, podrá asegurar la paz y la inclusión en la Nación

3.3. Concepciones de legitimidad y legalidad

Existe entre estas terminologías una diferencia importante, por lo que una definición de cada una, ayuda a marcar tal diferencia.

Denominamos "*legalidad*" a la consagración normativa de determinados fenómenos sociales. Por lo tanto algo es "legal" cuando corresponde a lo que determina la ley sancionada de acuerdo a derecho, esta definición esta basada en un criterio formal.

Por el contrario "*legitimidad*", más bien responde a un criterio sustantivo. Significa la aceptación, consenso o consentimiento político por parte de la población respecto de determinado fenómeno social, por lo tanto algo es legítimo cuando goza de la aprobación general y representa a la mayoría, esta aprobación puede existir en diversos grados y es conseguida por distintos medios.

Según Max Weber, economista y sociólogo alemán, conocido por su análisis sistemático de sociología política y del desarrollo del capitalismo y la burocracia; la legitimidad se constituye en base a dos elementos:

- El **pacto de interesados**, que se refiere al acuerdo de intereses, es decir el consenso sobre las leyes que le será aplicable a la sociedad, concertando así los principios de justicia desde los cuales deben regirse las instituciones.

- El **reconocimiento de la autoridad**, por parte de la colectividad que se refiere a la creencia en su validez.

Por lo tanto para que el orden jurídico sea considerado como legítimo debe considerarse estos criterios

En una sociedad como Guatemala, reconocida constitucionalmente como multiétnica, multilingüe y pluricultural, por un lado; y por el otro donde la configuración histórica del modelo de Estado y de juridicidad es *excluyente*, la participación ciudadana en la gestación normativa es un faltante notorio y por lo tanto la inexistencia de legitimidad en la normativa guatemalteca, pues dicha normativa tiene el carácter *monista y etnocéntrico*, es por ello que sólo representa a la cultura dominante y al derecho estatal; por el contenido "*clasista*" de muchas normas y el comportamiento altamente selectivo de los aparatos de control, además por su carácter *urbano-centrista* de la institucionalidad jurídica, que se expresa en una profunda desatención de la población rural.

El **monismo** jurídico, es una teoría jurídica que consiste en que el derecho sólo es producido por el Estado y éste se regula por aquel. No puede haber derecho más allá del Estado. Sólo se admite como derecho al producido por los órganos encargados para ello y mediante los mecanismos previstos en la ley. Toda forma de regulación por fuera de los aparatos estatales es vista como mera "costumbre", o "delito" en el caso de contradicción con las normas estatales.

En el mismo sentido, el **etnocentrismo** asume que el estado representa los intereses de la nación y ésta se supone homogénea culturalmente, la producción jurídica del estado responde a la orientación cultural del grupo dominante y la cultura oficial. Esto se traduce en la marginación y criminalización de la cultura diferente a la estatal y en la represión de los órganos de control de las comunidades.

El carácter monista y etnocentrista de la institucionalidad jurídica guatemalteca, ahonda la problemática guatemalteca especialmente en la temática agraria, donde la aplicación del derecho consuetudinario es aun una constante en algunos lugares donde la mayoría de la población es indígena, es por ello que en la realidad no se puede hablar de una institucionalidad jurídica monista sino mas bien de la existencia del "*pluralismo jurídico*", en la medida que convive, junto al derecho estatal, otro sistema de regulación social y de resolución de conflictos que opera en la práctica, aunque esta devenga en ilegalidad. Esta temática es tratada por la antropología jurídica que nos permite hablar de derecho cuando encontramos sistemas de normas que regulan la vida social de comunidades y pueblos indígenas, mecanismos para la resolución de conflictos sociales, autoridades e instituciones propias. Estos sistemas responden a los intereses sociales y mundo cultural y simbólico de sus usuarios.

Una de las raíces del pluralismo jurídico justamente está en los procesos de conquista y colonización, pues sobre la cultura y modelo de organización político-jurídica pre-existentes, se impone otra cultura y otro orden jurídico.

Frente a la pluralidad de idiomas, culturas y derechos, el grupo social dominante organiza sus respuestas desde el aparato estatal llegando en muchos casos a criminalizar actos que son parte del derecho consuetudinario, no vista así en el oficial denunciando así a líderes indígenas por delitos tipificados en el código penal como usurpación de autoridad, secuestro, lesiones, delito contra la libertad individual, contra la propiedad, etc., por haber ejercido su autoridad comunal resolviendo conflictos y aplicando sanciones comunales de su propio derecho, como trabajo comunitario, formas de castigo físico o devolución de bienes. Dando como consecuencia finalmente, la marginación, falta de defensa o acceso ante la justicia estatal por parte de los indígenas, por situaciones fácticas como el idioma, las distancias geográficas y culturales, los recursos económicos.

Otro de los fundamentos para el reconocimiento del pluralismo jurídico es la ratificación del Convenio 169 de la OIT, que incorpora una noción más integral de los derechos de los indígenas, pues considera que debe preferirse los métodos de control propios de las comunidades para resolver sus conflictos, con lo que sanciona el derecho consuetudinario. Igualmente también reconoce un catálogo bastante grande de derechos a los indígenas, como tierra, idioma, costumbres, educación bilingüe. Incluye una serie de derechos específicos de los indígenas ante la justicia, como contar con traductor, la justicia bilingüe, derecho de defensa, las penas alternativas a la prisión, etc.

Asimismo los Acuerdos de Paz que justamente proponen un programa de reconocimiento del carácter multilingüe, pluricultural y multiétnico del país, igualmente buscan el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y el fortalecimiento de la institucionalidad indígena, específicamente el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas- AIDPI (1995), reconoce un conjunto importante de derechos a los pueblos indígenas. Cabe subrayar que hay un reconocimiento expreso del *Derecho Consuetudinario*, esto es, las normas y mecanismos de regulación y resolución de conflictos de los pueblos indígenas. Igualmente legitima las instituciones y autoridades indígenas y su derecho a que se autodefinan y regulen sus asuntos internos, en el mismo sentido el Acuerdo sobre el Fortalecimiento de la Sociedad Civil y la Función del Ejército en una Sociedad Democrática (1996), indica expresamente el derecho de los indígenas al acceso a la justicia tanto estatal como a su propio derecho *consuetudinario*.

Hay conciencia de que el acceso de los indígenas ante la justicia estatal se da en condiciones disminuidas. Por ende propone mejorar tanto la justicia estatal respecto de los indígenas, como reconocer directamente el derecho que tienen los mismos de contar con sus propios mecanismos para resolver conflictos.

El programa que los Acuerdos y el Convenio 169 de la OIT plantean, supone el reconocimiento del Pluralismo Jurídico interno al reconocer que los pueblos indígenas pueden producir su propio derecho (derecho consuetudinario) y tener su propia justicia.

Además se establece un programa de reformas legales para que la justicia ejercida por los aparatos estatales en el caso de los indígenas:

- a) Discriminalice la diferencia cultural,
- b) Refuerce los derechos de los indígenas, tradicionalmente marginados, garantizando los derechos de defensa, uso de los idiomas indígenas en la justicia, peritaje cultural, etc.
- c) Contenga mecanismos democráticos de coordinación entre sistema de justicia estatal y el derecho consuetudinario.

Por lo tanto aun revestido de toda legalidad la institucionalidad jurídica en Guatemala es en cierto sentido carente de legitimidad, sin embargo se trata de investirlo de legitimidad aduciendo su carácter legal, por haber sido emanada del organismo legislativo y haber cumplido con las formalidades de ley pero que no han buscado el consenso, fundamentando su supuesta legitimidad en una dominación legal, donde el derecho es estatuido de un modo racional, con arreglo a fines y no valores, respondiendo a un universo de reglas abstractas y no personalizadas donde el mismo soberano respeta un orden legal impersonal y el dominado respeta por ese mismo carácter el orden institucional representado en el derecho.

Por el contrario la legitimidad de la práctica consuetudinaria no solo radica en su prelación respecto del derecho estatal, sino en la aceptación de los sistemas de autoridades y los mecanismos de designación comunal de dichas autoridades así como sus atribuciones, sin imposición externa aunque esto contraste con la legalidad; pero se debe tomar en

consideración que no todo lo legal es legítimo y viceversa, pues muchas veces la aceptación de procedimientos o normas legales puede ayudar a conferir legitimidad, pero el efecto final estará condicionado por cómo se perciban esas reglas en las circunstancias que rijan en ese momento y en casos extremos se puede invocar una legitimidad, que desborda las leyes, cuando éstas leyes no deriva de la voluntad popular mayoritaria y pretender legitimizar la juridicidad en Guatemala es inoperante pues los pueblos indígenas luchan por el reconocimiento legal del derecho consuetudinario lo cual quiere decir que no acuerdan con el derecho estatal, por lo que de antemano el derecho estatal no esta revestido de consenso y en tanto no consiga este carácter no será considerado como legitimo.

CAPÍTULO IV

4. Los Acuerdos de Paz y la temática agraria

4.1. Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria y el acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas

Este acuerdo mas que los demás se refiere al tema agrario con profundidad, aunque los Acuerdos de Paz en si plantean una reconcepción del desarrollo agrario en Guatemala, sin embargo aspectos relativos a la tierra son también desarrolladas en el Acuerdo sobre Reasentamiento, así como el Acuerdo sobre Identidad y Derechos Indígenas.

El Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, destaca que la resolución de esta problemática es fundamental para dar respuesta a la situación de la mayoría de la población que vive en el medio rural y que es la más afectada por la pobreza y la pobreza extrema, de manera que el tratamiento de temas como el de la estructura de la tenencia y el uso de la tierra, debe tener como objetivo, según el acuerdo, la incorporación de la población rural al desarrollo económico, fundamento de su progresivo bienestar social y garantía de su libertad y dignidad, debiendo impulsarse una estrategia integral que abarque los múltiples elementos que conforman la estructura agraria y que incluyen los siguientes:

- Acceso a la propiedad de la tierra y al uso sostenible de los recursos naturales y otros proyectos productivos;
- Desarrollo de una estructura de apoyo que incluya una infraestructura básica, comunicación, electricidad, agua y saneamiento ambiental;
- Acceso al crédito, capacitación y asistencia técnica;
- Acceso a información y a comercialización;
- Organización productiva y la participación de la población rural;

- Protección productiva;
- Protección ambiental;
- Reforma al marco jurídico del agro y de un desarrollo institucional en el propio agro;
- Incremento de los recursos del Estado en orden a viabilizar aquella estrategia integral, incremento que se sugiere en el acuerdo, y que gire en torno a los impuestos territorial y sobre tierras ociosas.

Además este acuerdo propone una reforma legislativa en materia agraria, constituyéndose este objetivo en el fundamental del acuerdo, buscando una reforma que regule el uso de la tierra en forma eficiente y ecológicamente sostenible, de acuerdo con las necesidades de desarrollo, y a poner fin a la desprotección y despojo que han afectado a los campesinos, y en particular a los indígenas, debiendo caracterizarse ese nuevo marco jurídico como un marco jurídico seguro, simple, y accesible a toda la población con relación a la tenencia de la tierra. Entre los aspectos a considerar en dichas reformas, se prevén los siguientes:

- Simplificación de procedimientos de titulación y registro del derecho de propiedad y demás derechos reales;
- Simplificación de trámites y procedimientos administrativos y judiciales,
- revisión y adecuación de la legislación sobre tierras ociosa conforme a la Constitución;
- Restablecimiento de una nueva escala impositiva para el impuesto anual sobre tierras ociosas; y en materia de impuesto territorial, propiciar el desestímulo a la tenencia de tierras ociosas y la subutilización de la tierra;
- Otra reforma jurídica en el agro, se refiere a la regularización de la subutilización de tierras y su uso incompatible con la utilización sostenible de los recursos naturales y la preservación del ambiente;
- Protección de tierras ejidales y municipales, con explicitación de casos en que se pueda enajenar por cualquier título a particulares;

- Asegurar la participación de las comunidades en las decisiones referentes a sus tierras comunales, establecimiento de procedimientos judiciales y no judiciales, en particular arreglo directo y conciliación para dirimir conflictos sobre tierras y otros recursos naturales, lo que incluirá también lo relativo a la facultad de autoridades de los pueblos indígenas para solucionar sus conflictos en aplicación de su derecho consuetudinario;
- Procedimientos que permitan decidir fórmulas compensatorias en caso de despojo, por causas no imputables a agricultores, campesinos, y comunidades en extrema pobreza, así como restitución o compensación por usurpación de tierras o su adjudicación anómala o injustificada;
- Regularización de la titulación de tierras de comunidades indígenas y de beneficiarios del INTA, que poseen legítimamente las tierras otorgadas;
- Establecimiento de un sistema de registro y catastro, descentralizado, multiusuario, eficiente, financieramente sostenible y de actualización fácil y obligatoria, acompañado de un levantamiento de información catastral y su saneamiento;
- Reformas que incluyan toda forma de organización jurídica de la población y de las comunidades y trámites ágiles para el reconocimiento de las respectivas personalidades jurídicas.

Los Acuerdos de Paz, se consideran una plataforma desde la cual podrá despegar un nuevo modelo de desarrollo del país, incluyendo que permita si no a las generaciones actuales, a las futuras, tener un país más democrático, más tolerante, menos violento, y sobre todo un país que va en vías de una mayor integración intercultural. Donde se reconozca y se tenga un mejor conocimiento y aplicación de formas propias de organización y sobre todo se las normas consuetudinarias de lo pueblos indígenas.

En el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, se enmarca como objetivo principal, relacionado a la temática agraria, un desarrollo de normas legales que fortalezcan la certeza jurídica en el manejo de asuntos internos de acuerdo a normas

consuetudinarias de los pueblos indígenas, que conlleven precisamente al manejo de la tierra, de los recursos propios, naturales y al manejo del ambiente.

Además de lo expuesto, el referido acuerdo establece como condicionantes y, que son los aspectos que se deberán tomar en cuenta: la restitución de derechos y la compensación de los mismos a las comunidades indígenas que han sido despojados de sus tierras, la suspensión de titulaciones supletorias en las que se dan reclamos por parte de las comunidades indígenas, la administración de las tierras de acuerdo a normas consuetudinarias, el aumento de el número de tribunales para atender asuntos de tierras, la creación de servicios de asesoría jurídica, la divulgación dentro de las comunidades de derechos agrarios, y los recursos legales que estarían a su alcance para eliminar la discriminación de hecho o discriminación legal que en materia de Derecho Agrario han venido sufriendo las comunidades indígenas.¹³

4.2 Entidades de operativización de los Acuerdos de Paz

4.2.1. La Comisión Paritaria sobre derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas –COPART-, la Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la propiedad de la Tierra, UTJ/PROTIERRA, Acuerdo Gubernativo Número 307-97; Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra –CONTIERRA- Acuerdo Gubernativo Número 452-97.

Para dar cumplimiento a los compromisos asumidos con la firma de los Acuerdos de Paz fue necesario crear entes de operativización, las cuales surgen para atender específicamente la

¹³ Sandoval Villeda, Leopoldo, **Ob. Cit.**, págs. 206, 207 y 208.

problemática agraria, algunas derivadas del Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, en la que se reconoce la importancia estratégica e histórica de la solución de los conflictos derivados del uso, la tenencia, y la propiedad de la tierra, para el desarrollo y productividad del país.

De este acuerdo emana la Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos -CONTIERRA-, a través del Acuerdo Gubernativo Número 452-97, de fecha cuatro de junio de 1997, con funciones de asesoría, asistencia legal a los campesinos y trabajadores agrícolas; en caso de litigios judiciales, otorgar asesoría y asistencia legal gratuita; recibir denuncias sobre abusos, que se cometan en contra de comunidades y campesinos, y hacerlas del conocimiento de la Procuraduría de Derechos Humanos. Con la cual se pretendió dar repuesta a la situación de la población más afectada por la pobreza extrema, las inequidades y la debilidad de las instituciones estatales tomando en consideración que la resolución de esta problemática y el desarrollo rural son fundamentales para los pueblos indígenas.

A pesar de haberse otorgado a CONTIERRA algunas atribuciones muy importantes y decisivas en la atención de la problemática agraria, también tuvo sus limitaciones entre las cuales se pueden señalar las siguientes:

- Sólo puede intervenir a solicitud de una de las partes en conflicto, no de oficio;
- Los resultados de su intervención no tienen carácter vinculante para ninguna de las partes;
- No puede intervenir en aquellos casos de conflicto donde una de las partes haya adoptado medidas de hecho.

Es por ello que esta institución se vio limitada al abordar casos específicos, pues, su mandato no le permitía definir estrategias de manera integral para tratar la problemática del agro, se resuelven casos, cuando las partes consideran satisfechas sus pretensiones, los casos históricos y estructurales, resultan muy difíciles de resolver. Con la creación de la Secretaría

de Asuntos Agrarios, a través del Acuerdo Gubernativo 136-2002, como nueva institución agraria, la situación de CONTIERRA, tiende a confundirse, al no estar claras su competencia. La Sociedad Civil, pretende sustituir a CONTIERRA, por una Procuraduría Agraria que tuviera mayor potestad de intervenir en conflictos agrarios

En relación a la institucionalidad agraria, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, creó la Comisión Paritaria sobre Derechos Relativos a la Tierra de los Pueblos Indígenas –COPART-, con el objeto de estudiar, diseñar, y proponer los procedimientos y arreglos institucionales mas adecuados para tratar la situación de inseguridad y urgencia que caracteriza la problemática de la tierra de las comunidades indígenas, comisión integrada por representantes del Gobierno y de las organizaciones indígenas.¹⁴

La Comisión Institucional para el Desarrollo y Fortalecimiento de la Propiedad de la Tierra, Unidad Técnico Jurídica –UTJ/PROPTIERRA- emanada de los acuerdos de paz; institución estatal encargada de ver todos los aspectos relacionados con el tema de la tierra, y como objetivo principal el fortalecimiento de la certeza jurídica en el uso, tenencia y propiedad de la tierra, fue creada a través del Acuerdo Gubernativo Número 307-97, fecha siete de abril de 1997, de donde se desprende su mandato como ente coordinador de los esfuerzos gubernamentales para lograr la correcta y eficaz ejecución de los programas y proyectos en el tema de la tenencia de la tierra, y para el efecto contará con una Unidad Técnico-Jurídico encargada de apoyar las labores administrativas y técnica de la Comisión.

4.2.2. Ley del Fondo de Tierras, Decreto 24-99

La ley del Fondo de Tierras fue presentada por la Comisión Paritaria Sobre Derechos Relativos a la Tierra de los Pueblos Indígenas, institución que fue creada por medio del Acuerdo Gubernativo Número 515-97, en junio de 1997, con el objeto de discutir y proponer la

¹⁴ Colectivo de organizaciones sociales –COS-, **Proceso de paz: situación actual, análisis y propuesta**, pág. 61.

legislación e institucionalidad agraria establecida en los Acuerdos de Paz, en función de dar solución al problema de la tenencia de la tierra.

Esta comisión aprobó y presento el anteproyecto de ley del Fondo de Tierras a la Comisión de Acompañamiento de los Acuerdos de Paz, al Ejecutivo y al Legislativo. Finalmente el congreso lo aprobó mediante el Decreto 24-99 de 13 de mayo de 1999.

Entre las funciones del Fontierras, la mas importante es la autorización de financiamiento por parte del gobierno para la compra de tierras, a campesinos de escasos recursos, luego de cumplir el procedimiento respectivo en la que las reglas de compra y venta en el mercado las determina esta institución, teniendo como finalidad el logro del desarrollo de planes de reordenamiento territorial. Con la regulación y el otorgamiento de préstamos para la compra de tierra pretende apoyar a las familias campesinas para que estas puedan alcanzar un grado de superación económica y luego estabilizarse a través de la producción agrícola competitiva, presentando con ello una de las formas ejemplares de luchar contra la pobreza en el área rural de Guatemala.

El Fondo de Tierras a través de diferentes mecanismos pretende facilitar a las familias campesinas sin tierra o que no tienen mucha, y que se encuentran en situación de pobreza, una oportunidad de acceder a la tierra, tales mecanismos son:

- el acceso a la propiedad de la tierra con vocación agropecuaria y forestal;
- proyectos productivos, económicos y ecológicamente sostenibles;
- servicios de asistencia técnica integral, sobre la base de honestidad, responsabilidad, compromiso, servicio, cooperación y solidaridad.¹⁵

¹⁵ CONGCOOP-CNOC, **Fontierras. El modelo de mercado y el acceso a la tierra en Guatemala. balance y perspectivas**, pág. 29.

Sin embargo esta institución no es aceptada en su totalidad por los pueblos indígenas pues la consideran como una alternativa ajena a sus propuestas e intereses, ya que su espíritu lejos de beneficiar a los campesinos otorga oportunidades a los latifundistas de deshacerse de la tierra que ya no tiene vocación agrícola ocasionada por la erosión o desgaste sufrido durante muchos años, agregando a ella que el rumbo de la economía nacional esta tomando otras vías y la amenaza que tienen los propietarios de que grupos de campesinos ocupen sus tierras, prueba de ello es que un porcentaje de la tierra ofertada en el Fondo de Tierras esta ya ocupada por los campesinos lo cual obliga a los propietario a ofertarla, pues de lo contrario perdería sus tierras a cambio de nada.

CAPÍTULO V

5. **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes**

5.1. **Antecedentes del convenio**

Para efectos de este trabajo los términos "Convenio", "Tratado", "Pacto", "Convención", se considerarán indiferentemente entendiéndose como tales: "instrumento de carácter jurídico para los estados que lo suscriben, de la cual surgen obligaciones para los estados y derechos para los individuos, cuando el estado lo ratifica pudiendo ser sancionado el estado que no lo respeta".¹⁶

Asimismo puede definirse como acuerdos celebrados entre dos o mas estados soberanos, que crean obligaciones para los estados contratantes, por lo tanto son fuente del derecho internacional; pudiendo ser parte de los tratados las organizaciones internacionales que tienen personalidad jurídica de derecho internacional así reconocidas por los estados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrado el veintiséis de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, define en el Artículo segundo inciso primero (a), tratado como "acuerdo internacional concluido por escrito entre estados y regido por el derecho internacional que conste en un instrumento único, o de dos o mas instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación específica".

Últimamente en los distintos países ha existido una preocupación por regular los derechos colectivos de los pueblos indígenas con el fin de recuperar y mantener sus derechos originales, considerando que la población de los pueblos indígenas del mundo asciende a 350

¹⁶ Minugua y Movimiento Nacional por los Derechos Humanos. **Manual de formación en derechos humanos.** pág. 6.

millones de personas, quienes en su mayoría se encuentran marginadas en casi todos los ámbitos, tomando en cuenta que la globalización, el aumento de la población mundial y las crecientes demandas de recursos naturales ejercen presión sobre sus tierras tradicionales, y tienen que hacer frente a un aumento de pobreza, a una salud deficiente y la discriminación entre otros problemas que enfrentan.

En Guatemala poco o casi nada se ha hecho en relación a la regulación de los derechos de los pueblos indígenas, por lo que a nivel interno las normas existentes son escasas y de regulación superficial, siendo el convenio 169 de Pueblos Indígenas y Tribales, de la Organización Internacional del Trabajo la única ley que regula los derechos de los pueblos indígenas la cual afortunadamente ha sido ratificada por Guatemala.

La Organización Internacional del Trabajo -OIT-, es una de las agencias especializadas del sistema de la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, y dentro de sus objetivos principales esta alcanzar la igualdad de oportunidades y de trato. Su Constitución (1919) establece que éste es uno de los principios de importancia especial y de carácter urgente, que debe orientar la política de la organización. Por otra parte, en su Declaración de Filadelfia, adoptada en 1944, la Organización Internacional del Trabajo - OIT- afirma que «todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades».

Desde los años veinte la OIT ha estado trabajando con pueblos indígenas y tribales para alcanzar el reconocimiento de su particular vulnerabilidad y marginación cuya actividad comenzó por abordar la situación de los denominados "trabajadores nativos" en las colonias europeas en 1921. Posteriormente, tras la creación de las Naciones Unidas en 1945, la Organización empezó a ocuparse de los pueblos indígenas y tribales en general no sólo por su capacidad como trabajadores y tras liderar un programa de desarrollo para los indios andinos, sino por que emprendió los trabajos de preparación del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales número 107, Con la constitución del proyecto y un creciente

interés por otros proyectos de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales ha convertido a la Organización en uno de los principales órganos de referencia de Naciones Unidas sobre la cuestión de los pueblos indígenas en los ámbitos de la discriminación, el trabajo forzoso e infantil, la educación y los derechos humanos en general.

El Convenio 107 fue adoptado en 1957 en la Primera Convención Internacional sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, dicho Convenio se convirtió en el primer tratado internacional que se aprobó sobre esta cuestión, haciendo planteamientos serios sobre la situación de los pueblos indígenas y además es en este convenio donde se utiliza por primera vez a nivel internacional, el concepto de población indígena, como colectividad y se reconoce los derechos colectivos específicos como el derecho a la tierra, educación, idioma materno, el reconocimiento del derecho consuetudinario y formas en que los pueblos tradicionalmente resuelven los conflictos en la comunidad. Este convenio en su oportunidad no fue ratificado por Guatemala por lo que nunca se consideró su aplicabilidad a los pueblos indígenas.

No obstante, con el transcurso de los años, comenzaron a plantearse ciertas inquietudes respecto al Convenio 107, ya que en él se asume que las poblaciones indígenas y tribales han de integrarse en el conjunto de la sociedad y que todas las decisiones relativas al desarrollo atañían más al Estado que a las personas afectadas por lo que reflejaba una corriente política de integracionismo y paternalismo, 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 sus cultura, que en el decurso de los años las concepciones antropológicas, sociológicas y etnológicas y además las críticas de las propias organizaciones indígenas y otras hicieron evidente lo obsoleto de esta filosofía y pusieron de manifiesto la necesidad de reconocer los valores que los pueblos indígenas y tribales poseían y de respetar la diversidad de los componentes de los Estados modernos y en respuesta de la creciente crítica por su enfoque paternalista e integracionista, no obstante contener casi los mismos principios de reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas y tribales en países independientes, en su contexto se fundamentaba básicamente en la teoría ya

superada de la integración social de dichos pueblos, o sea, la que mediante acciones paternalistas trataba de lograr su asimilación o incorporación, es decir, que los indígenas al asumir la calidad de ciudadanos tenderían a desaparecer como tales.

Por la polémica generada entorno al convenio 107, la O.I.T. planteo durante la 75ª reunión la posibilidad de revisar parcialmente el convenio 107 y como resultado se elaboró un proyecto del convenio 169, aprobando dicho convenio en la 76ª reunión el día veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, con 328 votos a favor y uno en contra y 49 de abstencionismo, dicha reunión se llevo a cabo en Ginebra, Suiza, considerando que en muchas partes del mundo los pueblos indígenas y tribales no gozaban de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población, por lo que decidió adoptar el Convenio ciento sesenta y nueve (169), "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes".

Lo anterior implica que el Convenio núm. 107, ya no se puede ratificar pero sigue vigente en los estados que, habiéndolo ratificado, no hayan ratificado aún el Convenio numero 169. Este es el caso por ejemplo de la India y Ecuador entre otros. Por otra parte, si un país que ratificó el Convenio número 107 decide ratificar el nuevo Convenio, cesa de tener vigencia el anterior y sólo tiene que cumplir con las obligaciones que emanan del Convenio 169 e informar de su aplicación a los órganos de control de la OIT. Este es el caso de México, Perú y Bolivia.

El Convenio 169 entró en vigor el 6 de septiembre de 1991, doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de los dos primeros Estados (Noruega y México) fueron registradas. A partir de esa fecha, el Convenio 107 cesó de estar abierto a la ratificación por los Estados miembros.

Desde su adopción, el Convenio 169 ha ganado reconocimiento, como el documento de política internacional de referencia en lo que atañe a los pueblos indígenas y tribales evolucionando al derecho internacional, es por ello que el Convenio de la OIT constata en el preámbulo que "la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del

mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; asimismo su importancia y aceptación radica en que es la alternativa que orienta el sendero hacia el desarrollo democrático y la modernidad, con la singular característica de convertir a los países en naciones modernas, democráticas y pluralistas, mediante un proceso que progresivamente elimine los problemas sociales, por lo cual se ha ganado la credibilidad social, pues ante la política integracionista del convenio 107, aparece por el contrario el convenio 169 aportando nuevos elementos eficaces para remover los obstáculos que impiden a los pueblos indígenas gozar de los derechos humanos y libertades fundamentales, en el mismo grado que el resto de la población; por una parte, se promueve el respeto a su cultura, religión, organización social y económica y a su identidad propia como pueblos, lo que ningún Estado democrático de derecho o grupo social puede negarles; y, por la otra, incorpora el mecanismo de participación y consulta a los pueblos interesados, a través de sus organizaciones o de sus representantes, en el proceso de planificación, discusión, ejecución y toma de decisiones sobre los problemas que les son propios, como forma de garantizar su integridad, el reconocimiento, respeto y fomento de sus valores culturales, religioso y espiritual, señalando como fundamento que las formas de vida de las poblaciones indígenas y tribales debe sobrevivir ahora y en el futuro, y que éstas y sus organizaciones han de participar intensamente en la planificación y la ejecución de los proyectos de desarrollo que les afecten.

Lo anteriormente señalado significa que el Convenio 169 de la OIT constituye el instrumento jurídico internacional mediante el cual la Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU), a través de su organismo especializado, Organización Internacional del Trabajo -OIT- y en el marco de su competencia, reitera los principios de la Carta y demás tratados, convenios y declaraciones que en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ha adoptado la comunidad internacional para reafirmar, fomentar y extender el goce efectivo de esos derechos a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes que, a la vez, forman parte de la población en general de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

El Convenio 169 tiene un significado muy importante para los Pueblos Indígenas, pues ha sido el resultado de muchos esfuerzos del movimiento indígena y aunque todavía este incompleto, pues para su aplicación es necesario la implementación de leyes específicas que la desarrollen o por lo menos la adecuación de las leyes vigentes a los preceptos del convenio 169, a través de reformas, sin embargo esto no se ha llevado a cabo, convirtiendo sus normas en derechos legales generales y superficiales de muchos reclamos indígenas, y el único Tratado Internacional vigente que contempla, de manera integral, la problemática indígena.

Considerando que el convenio en si, es una revisión y superación del convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, a continuación un cuadro comparativo que ayudara a establecer los principales aspectos de la cuales ambos convenios difieren.

CONVENIO 107

Se basa en la idea de que las poblaciones indígenas y tribales eran sociedad temporales que estaban destinadas a desaparecer por efecto de la modernización

Se hace referencias a poblaciones

Propiciaba la asimilación de los pueblos indígenas y tribales en la sociedad dominante

Ello implicaba a los pueblos indígenas y tribales durante su transición a la modernización

COVENIO 169

Se basa en la idea de que las poblaciones indígenas y tribales son sociedad permanentes

Se hace referencias a pueblos

Propicia el restablecimiento de una nueva relación entre estado y los Pueblos Indígenas en base al reconocimiento de la diversidad cultural y étnica

Otorgar una protección a los pueblos indígenas y tribales e impulsarlos a que establezcan sus propias prioridades de desarrollo

5.2. Aprobación del convenio

Para la aprobación de un convenio internacional se deben seguir determinados pasos las cuales se resumen en tres etapas: la SUSCRIPCION, APROBACION Y RATIFICACION.

Algunos establecen que dentro de los pasos se debe incluir el proceso de negociación y en caso de que exista acuerdo entre las partes, un tratado internacional podrá nacer, siendo entonces, la negociación la primera fase, de la cual se encargan los jefes de los estado y de gobierno o por las personas que la ley faculte para el efecto, quienes deberán tener suficiente poder de representación en las negociaciones.

No obstante lo anterior existe un análisis mas puntual hecha por Bruno Mattos e Silva, en su disertación de maestría de la Universidad Católica de Brasilia la que tituló "Conflicto entre leyes y tratados internacionales", de la cual se toman parámetros en relación a las fases de aprobación de un convenio internacional; el referido autor la divide en tres etapas, las cuales son:

- **La suscripción:** Es el acto unilateral con que el sujeto de derecho internacional signatario de un tratado, expresa concluyentemente, en el plan internacional, su voluntad de obligarse. para Rezek citado por Bruno "es el acto de aprobación del tratado por uno de los órganos supremos del estado que manifiesta la concordancia con las obligaciones del tratado, el órgano que tiene derecho a ratificar es determinado por la legislación constitucional del estado".

Al respecto la Constitución de la República de Guatemala Artículo 183, establece las funciones del Presidente de la Republica y específicamente en el inciso (o) determina "dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución;"

Por lo tanto la Constitución del estado debe ser vista como el límite material a la celebración del tratado, pues los representantes de los estados no pueden asumir cualquier deber a la que no estén facultados para hacerlo.

- **La aprobación:** Corresponde por mandato constitucional al congreso de la república la aprobación de convenios internacionales como deber de este y como obligación del presidente de la república de someterlo a su consideración. Por medio de un decreto legislativo el congreso puede aprobar o rechazar el tratado suscrito, por lo que el decreto legislativo es un acto formal, materializándose así la aprobación o no del congreso, pues toda producción legislativa debe pasar por el congreso que es órgano llamado a apreciar el acto, aprobándolo o no y de él depende entonces el mérito legislativo que consiste en decir si tal proyecto de norma debe o no ser adoptado de acuerdo a su exclusivo criterio

En principio la Constitución de la República de Guatemala en el Artículo 183, establece las funciones del Presidente de la República y específicamente en el inciso (k) determina "...Someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional..." Ya específicamente como labor del congreso establece en el Artículo 171 inciso (l) "aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional...", al respecto la Corte de Constitucionalidad estableció en Gaceta No. 43, expediente No. 11-96, sentencia: 05-02-97 "...el decreto del Congreso en virtud de la cual se ratifica un tratado solo es el medio por el cual el Estado incorpora a su ordenamiento jurídico su contenido. Este decreto no forma parte del tratado, ni esta de aquel; en el fondo siguen siendo dos cuerpos normativos distintos y la reforma de uno no necesariamente supone la reforma del otro...". Una vez cumplido este acto, para que dicho tratado o convenio entre en vigor se requiere que el Ejecutivo exprese su consentimiento mediante la ratificación

- **La ratificación:** Es un acto privativo del Presidente por medio del cual confirma el carácter definitivo, es decir la disposición del estado de cumplir el tratado, produciéndose esta al instante en que los estados se comuniquen recíprocamente la existencia de los instrumentos de ratificación, dicha ratificación puede formalizarse por comunicación formal o entrega del documento al depositario previsto en el convenio o una organización internacional.

En cuanto a su vigencia el tratado estipulará el tiempo en el cual entrará en vigencia en caso contrario el tratado de Viena establece en el Artículo 24 (2) de la Convención de Viena, en la ausencia de disposición al respecto "un tratado entrará en vigor tan pronto el consentimiento en obligarse por el tratado sean manifestado por todos los estados negociadores".

En Guatemala la ratificación del Convenio 169 fue verdaderamente una batalla que libraron las organizaciones indígenas para su ratificación y ha sido uno de los países seguramente más difíciles. El proceso de ratificación duró mas de cinco años iniciando con la consulta nacional a los pueblos mayas, bajo el gobierno de Serrano Elías, la cual fue coordinado por varias instituciones entre ellas Ministerio de Trabajo, la OIT regional, entre otros, dicha actividad fue inaugurado en la ciudad de Guatemala el 8 de mayo de 1991, tres meses después comenzaron las consultas en los diferentes departamentos y fueron clausurados con la participación del presidente y 96 organización, el 29 de noviembre del mismo año.

Tras innumerables consultas se instaló el 25 de enero de 1992, la Delegación guatemalteca pro ratificación del Convenio 169, dicha instancia desapareció antes de que el convenio haya sido ratificado, asimismo se hicieron varios talleres para divulgación y conocimiento del convenio, con el objeto de sensibilizar a la población, pero persistió por parte de los diputados la intención de dilatar el proceso y solicitaron

previo a su aprobación opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad con base en lo que dispone el Artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que textualmente dice: "Podrán solicitar la opinión de la Corte de Constitucionalidad, el Congreso de la República, el Presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia." Y siendo la Corte de Constitucionalidad un Tribunal colegiado, permanente, de jurisdicción privativa, que tiene como función esencial la defensa del orden constitucional y para su cumplimiento la Constitución y la ley de la materia le asignan funciones específicas; los Artículos 268 y 272 inciso e) de la Constitución Política de la República y 149, 163 inciso e), 171, 172 y 175 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, ambas leyes establecen el marco jurídico dentro del cual está comprendida la opinión consultiva sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley, a solicitud de cualquiera de los Organismos del Estado.

Dicha opinión fue emitida con fecha dieciocho de mayo del año en curso y pronunciada en audiencia pública solemne el veinticinco de mayo del mismo año la cual fue favorable y finalmente el convenio fue ratificado el cinco de marzo de mil novecientos noventa y seis.

La Corte de Constitucionalidad al emitir opinión favorable en la cual determinó que el Convenio no contradice la Constitución, tomo en consideración que Guatemala ha suscrito, aprobado y ratificado varios tratados y convenios internacionales, que forman parte de su legislación, en los que se reconocen los derechos humanos y las libertades fundamentales, encontrándose dentro de ellos la Carta de las Naciones Unidas; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este último, en el Artículo 27, dispone que "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma así

como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada también por Guatemala, con fecha treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y dos, esta convención, en su Artículo 5 garantiza el derecho de toda persona de igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, y particularmente, aquellos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que en particular se determinan en dicha Convención.

Pero además de la Corte de Constitucionalidad se recogieron opiniones del Ministerio de Salud Pública, de Instituto Nacional Transformación Agraria (INTA), de la Procuraduría de Derechos Humanos, del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y por supuesto de los pueblos mayas; sin embargo al proceso de ratificación se opuso: el sector empresarial, ejército y otras instancias del poder económico y militar. "sus máximos opositores son los propietarios, pues toca temas que están en la médula de su posición dentro de la estructura económica..." "en otras noticias se dice que excede los objetivos y el propio campos de la OIT, pues incursiona en derecho penal, agrario civil al referirse a aspectos íntimamente relacionados con el derecho de propiedad, así como normas laborales".¹⁷

A todo esto se sumó la intención de los candidatos presidenciales de ganar mas votos pues en 1994 el país se encontraba en plena etapa de elecciones generales, en esa época casi la totalidad de candidatos se comprometió a ratificar el convenio 169. Finalmente el Convenio 169 entró en vigencia el 6 de junio de 1997

Sin embargo la primera cláusula del Decreto Legislativo que aprobó la ratificación del Convenio, norma: "a. El Convenio 169 queda supeditado a la Constitución Política de la Republica de Guatemala". Según opinión de la Fundación Rigoberta Menchu Tum, en folleto

18. Bastos, Santiago y Manuela Camus, **Quebrando el silencio**. organizaciones del pueblo maya y sus demandas. pág. 186

denominado "La ratificación y aplicación del convenio 169 de la -OIT- en Guatemala" tal estipulación no tiene ninguna validez por dos razones:

1. Primero porque la Constitución Política de la Republica reconoce la supremacía de las normas de los derechos humanos sobre la Constitución y el convenio es un instrumento de derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales.
2. El convenio al ser un instrumento de derechos humanos no admite condicionamientos o ratificación parcial o razonada, solo puede ser aceptado o rechazado en su totalidad

Respecto a la primera consideración ya la Corte de Constitucionalidad emitió opinión, quedando determinada la ubicación del convenio en la legislación interna, la cual se tratara con más profundidad en el apartado siguiente. En el mismo sentido el segundo párrafo del citado acuerdo legislativo determino: "b. la entrada en vigencia del convenio 169 no tiene efecto retroactivo".

Con lo anterior se puede constatar que jamás los gobiernos y los sectores de poder aceptarían revisar los mecanismos históricos de despojo y opresión, a pesar de que la ley no es retroactiva al ratificarla el gobierno se comprometió que al año siguiente adecuaría su legislación a los principios, normas y mecanismos que ordena dicho convenio, lo cual no se ha cumplido.

Sin embargo uno de los principios por la que se rige un Convenio es el "**Pacta Sunt Servanda**" Este principio se refiere a que los Estados deben cumplir los tratados tal cual los convinieron, lo que indica que su contenido resulta superior a la voluntad misma de los contratantes. Implica una obligación jurídica para los Estados de respetar no sólo la letra, sino el espíritu de los tratados internacionales, absteniéndose de ejecutar actos que

desvirtúen su genuino sentido o que contraríen lo establecido y pactado, por lo cual el legislador no puede introducir modificaciones ni derogaciones a los tratados internacionales.

5.3 Ubicación jerárquica del Convenio en la legislación guatemalteca

Acerca de la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se han hecho estudios, como la realizada por el tratadista Carlos Ayala Corao. En términos generales las Constituciones otorgan a los tratados internacionales, cuatro tipos de rango o valor, las cuales son las siguientes.

➤ **Rango supraconstitucional:**

Conforme a este sistema, los tratados internacionales prevalecen aun respecto a la Constitución del propio Estado, en la que establecen que si el desarrollo del orden jurídico lo requiere, un tratado puede derogar las disposiciones de la Constitución.

➤ **Rango constitucional:**

En este sistema los tratados se equiparan con la misma jerarquía normativa de la Constitución. En otras palabras, los tratados internacionales tienen rango constitucional, adquieren supremacía y en consecuencia, la rigidez propia de la Constitución, otorga jerarquía constitucional y superioridad a las leyes, las normas internacionales no derogan artículo alguno de la constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos. En este rango se ubica la Constitución Política de la Republica de Guatemala (1985).

➤ **Rango supralegal:**

En este caso, las normas de Derecho Internacional tienen un valor superior a las normas de Derecho Interno, aunque no pueden modificar la Constitución, o sea los

tratados prevalecen sobre las leyes nacionales. En América Latina este sistema ha sido acogido por El Salvador, Honduras, Colombia.

➤ **Rango legal**

Conforme a este sistema, se confiere a los tratados internacionales el mismo rango que a la ley interna; coloca en igualdad jerárquica a los tratados y a las leyes, las cuales forman parte de las leyes de un estado. Este modelo lo configura la Constitución de México

En cuanto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el constitucionalismo moderno tiende marcadamente a equiparar los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos, con los derechos constitucionales.

En otras palabras, a otorgarle a los derechos humanos internacionales el mismo rango y valor explícitamente consagrados en la Constitución.

Lo importante de este fenómeno de «constitucionalización de los derechos humanos», es que se lleva a cabo con independencia del problema anteriormente planteado, sobre la jerarquía en sí de los tratados que los consagran. En consecuencia, el problema jurídico-formal tradicional de la jerarquía de los tratados en el Derecho Interno, deja de tener relevancia e incluso importancia en esta materia, en virtud de que desde el punto de vista material su objeto o contenido (los derechos humanos) va a equipararse al mismo rango de los derechos constitucionales. Por esta vía, los derechos humanos, son igualados a los derechos de la Constitución y adquieren el rango y valor de los derechos constitucionales, y por tanto el de la Constitución misma.

Las técnicas constitucionales utilizadas en esta materia para incorporar los derechos humanos al rango constitucional, son diversas, por un lado puede someterse la interpretación de los derechos a los instrumentos sobre derechos humanos; o declarar el reconocimiento expreso

en la constitución de cada estado sobre los derechos humanos, contenidos en tratados internacionales. Sin embargo las Constituciones no siempre utilizan con claridad estas técnicas, y a veces usan simultáneamente las dos.

En Guatemala la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos esta inicialmente estipulada en misma constitución de la Republica en el artículo 46, bajo el acápite de Preeminencia del Derecho Internacional, establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho Interno.

El precepto, como es de público conocimiento, se ha convertido en el más polémico de la actual normativa constitucional por las implicaciones que su aplicación ha tenido para el país. Algunos constitucionalistas han considerado que Guatemala aceptó con esa norma, la supra-constitucionalización de los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos. La tesis se apoya en que la expresión Derecho Interno comprende a la misma Constitución de la República.

Existen otras tesis que afirman que un tratado internacional no puede situarse sobre la Constitución de la Republica, sin embargo puede tener rango constitucional no así supra-constitucional.

Otra de los aspectos que origina bastante discusión es lo relativo a las controversias entre una norma del Convenio 169 y la normatividad preestablecida en el orden jurídico interno, para lo cual Jorge González Galván es de la opinión que prevalecerán las normas del Convenio, esto no por ser **superior** la norma internacional sino por ser **posterior** a la establecida, pero para evitar este tipo de confrontación los países deben tomar en cuenta que el Convenio 169 es de carácter promocional por lo que el estado debe tomar o adoptar determinadas políticas que propendan a la obtención de determinados objetivos pues estos convenios tienen un mandato programático obligándose los estados a adoptar medidas legislativas y fácticas para darles actuación, pues constituyen un reclamo insoslayable.

El referido autor considera asimismo que lo relativo a la aplicación del Convenio 169 realmente no es un debate jurídico sino en el fondo una reacción de los operarios de justicia que sostienen un criterio no legalista sino de discriminación racial, al no tomar en consideración los preceptos regulados en el Convenio.

No obstante lo anterior, es necesario reconocer que independientemente de la teoría que se adopte, el único ente indicado de determinar la ubicación jerárquica del convenio 169 de la – OIT-, es la Corte de Constitucionalidad, como supremo intérprete de la Constitución, aportando los elementos necesarios para formar concepto sobre el sentido que debe darse a tal disposición. La Corte, a lo largo de sus casi 18 años de existencia ha expresado en varios fallos, y en una opinión consultiva, los siguientes criterios: « (...) esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas del texto.

En relación a lo anteriormente aludido, es importante señalar que la Corte se refiere a la interpretación INTEGRAL de las leyes, la cual establece que una ley debe interpretarse de manera global, en la que cada término, frase, oración son interdependientes.

En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando y 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 se daría no por vía de su Artículo 46, sino en consonancia con el primer párrafo del 44 constitucional...» El Artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la

legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele 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 problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el Artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga (...)» (Expediente No. 280-90, pagina 99, *Gaceta Jurisprudencial* 18, sentencia del 19 de octubre de 1990).

En esta primera cita (expediente 280-90), la Corte fija una posición al señalar que si algún derecho humano reconocido en un tratado o convención entrare en contradicción con la Carta Magna, su efecto modificador o derogatorio provocaría un conflicto con las cláusulas que garantizan su rigidez y su superioridad por cuanto únicamente el poder constituyente o el Congreso, mediante votación calificada de dos terceras partes y ratificación por medio de la consulta popular, según sea el caso, y no por un tratado, pueden reformarla, sin olvidar la existencia de normas pétreas que no admiten ninguna de esas posibilidades.

En esa sentencia se menciona, además, que en cuanto a la pretensión de la preeminencia de algún instrumento internacional sobre la Ley Fundamental, el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución (Artículos 175 y 204), por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contraviniera.

Este fallo puso por tierra las expectativas respecto de que los tratados internacionales sobre derechos humanos pudieran tener rango supra constitucional, a lo sumo ingresan al orden jurídico con rango de norma constitucional siempre que concuerde con su conjunto pero nunca con potestad reformadora o menos derogatoria de sus preceptos. Esto debido a la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, es decir, reconoce que los tratados o convenios sobre derechos humanos sí están por encima de las leyes ordinarias, pero no tienen rango superior o están sobre la Constitución.

En lo que respecta específicamente al convenio 169 de la OIT, en varias ocasiones la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado al respecto, así podemos mencionar lo establecido por esta corte en opinión consultiva emitida por solicitud del congreso de la republica, gaceta No. 37, expediente 199-95, pagina 9 resolución 18-05-95. "De conformidad con el artículo 66 de la Constitución, el Estado, debe reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de trajes indígenas, cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose esta como el conjunto de elementos que los definen y, a la vez, los hacen reconocerse como tal. El Convenio 169 de la OIT versa sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes; Guatemala se caracteriza sociológicamente como un país multiétnico, pluricultural y multilingüe, dentro de la unidad del Estado y la indivisibilidad de su territorio, por lo que al suscribir, aprobar y ratificar el Convenio sobre esa materia, desarrolla aspectos complementarios dentro de su ordenamiento jurídico interno.

Guatemala, ha suscrito, aprobado y ratificado con anterioridad varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento, promoción y defensa de los derechos humanos de los habitantes en general y de los cuales también son nominalmente destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de

los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad que los demás integrantes de la sociedad.

En conclusión el criterio que prevalece y de única aplicación en Guatemala es la emitida por la Corte de Constitucionalidad en la que ubica al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independiente de de la OIT, en el rango constitucional pues según la misma Corte este convenio no contradice lo dispuesto en la Constitución sino mas bien es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67,68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.

Como ha quedado expuesto, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, no existen disposiciones que puedan considerarse incompatibles con el texto constitucional, pues interpretadas dichas normas dentro del marco general de flexibilidad con que fue concebido, el citado Convenio sólo puede producir las consecuencias favorables que se previeron para promover el respeto a la cultura, la religión, la organización social y económica y la identidad de los pueblos indígenas de Guatemala así como la participación de ellos en el proceso de planificación, discusión y toma de decisiones sobre los asuntos propios de su comunidad.

5.4 Estructura general del Convenio

El Convenio 169 de la –OIT- sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes se divide en tres partes principales, iniciando con el preámbulo que contiene las consideraciones que se tomaron en cuenta para su elaboración y se integra de ocho partes de contenido y dos de disposiciones generales.

Parte I - POLÍTICA GENERAL

La primera parte esta constituido, por los principios y condiciones básicas que los gobiernos deben respetar en sus relaciones con los pueblos indígenas y tribales. El Convenio 169 se aplica a los pueblos en países independientes, considerados indígenas, por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la Conquista o la Colonia o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas y también se aplica a aquellos pueblos que además de tener las características mencionadas más arriba, se auto identifican como pueblos indígenas o tribales.

En resumen la primera parte establece los siguientes derechos de los pueblos indígenas:

- A tener una existencia perdurable y diferente.
- A determinar sus propias prioridades de desarrollo y ejercer un control sobre el mismo, en la medida de lo posible.
- A ser consultados de buena fe, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas, respecto de decisiones administrativas o legislativas, así como planes de desarrollo.
- A conservar sus costumbres e instituciones, inclusive los métodos tradicionales utilizados para reprimir los delitos cometidos por sus miembros, siempre que éstos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

Los derechos mencionados implican para su cumplimiento compromisos u obligaciones para los gobiernos, por lo que estos deberán determinar los mecanismos para su aplicación, especialmente para:

- Asegurar a los pueblos indígenas el goce, en pie de igualdad, de los mismos derechos y oportunidades que se otorgan a los miembros de la comunidad nacional.
- Ayudar a los pueblos indígenas a eliminar las diferencias socio-económicas existentes entre ellos y los otros grupos de la comunidad nacional.
- Respetar las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, al aplicarles la legislación nacional, inclusive cuando se imponen sanciones penales.
- Establecer mecanismos y procedimientos apropiados de consulta con los pueblos indígenas.
- Asegurarse que se realicen estudios apropiados, siempre que sea posible, en cooperación con los pueblos interesados, para evaluar el impacto social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que puedan tener las actividades de desarrollo. Los resultados de estos estudios servirían como criterios fundamentales para la ejecución de dichas actividades.
- Promover las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas.

Parte II – DISPOSICIONES SOBRE TEMAS ESPECÍFICOS

Esta sección contiene 20 artículos sustantivos que comprenden una amplia gama de temas tales como tierras, educación, empleo, etc. Por razones prácticas se decidió agruparlas en siete subtítulos. Hay que notar que los artículos específicos no deben considerarse aisladamente, sino relacionados unos con otros, por lo que trata en detalles temas sustantivos relativos a:

- Tierras;
- Contratación y condiciones de empleo;
- Formación profesional, artesanías e industrias rurales;
- Seguridad social y salud;
- Educación y medios de comunicación;
- Contactos y cooperación a través de las fronteras;

La parte que nos interesa en el presente trabajo es lo relativo a "Tierras" la cual comprende el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera, para sus efectos los gobiernos deberán:

- a) Reconocer, cuando sea el caso, la relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras (para los pueblos indígenas la tierra no es sólo una mercancía; es la base de su identidad como pueblos específicos), inclusive los aspectos colectivos de esta relación.
- b) Reconocer los derechos de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, el derecho al uso de las tierras a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.
- c) Identificar las tierras de los pueblos indígenas y proteger sus derechos de propiedad y posesión, mediante sanciones previstas por la ley contra toda intrusión no autorizada, y a través de procedimientos para resolver las reivindicaciones de tierras.
- d) Proteger los derechos de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus tierras y territorios, inclusive su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de estos recursos.
- e) Consultar a los pueblos indígenas antes de realizar trabajos de prospección y de explotación de minerales o recursos del subsuelo u otros recursos cuya propiedad sea

del Estado, pero que se encuentran en las tierras de propiedad de los pueblos indígenas.

- f) Asegurar que los pueblos indígenas perciban una indemnización justa y equitativa por cualquier daño que sufran por esas actividades y que participen en los beneficios que reporten las mismas.
- g) Consultar a los pueblos indígenas cada vez que se considere modificar su capacidad de enajenar sus tierras.
- h) Respetar los procedimientos tradicionales de transmisión de los derechos sobre las tierras existentes entre los pueblos indígenas.
- i) Garantizar a los pueblos indígenas un tratamiento en pie de igualdad con otros sectores de la población en el desarrollo de los programas agrarios nacionales.
- j) No deberán ser trasladados los pueblos indígenas de las tierras que ocupan, salvo que sea estrictamente necesario.
- k) En caso de traslado de sus tierras ancestrales, los pueblos indígenas tienen el derecho de:
 - Ser trasladados sólo con su libre consentimiento y en pleno conocimiento de causa o al término de procedimientos adecuados, incluidas encuestas públicas;
 - Regresar a sus tierras en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado y reubicación;
 - Recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a las tierras que ocupaban antes, en caso que no sea posible su retorno;
 - Ser indemnizados plenamente cuando sean reubicados.

Parte III – DISPOSICIONES GENERALES Y ADMINISTRACIÓN

Este apartado especifica las medidas administrativas que los gobiernos deben adoptar para garantizar la aplicación del Convenio 169.

5.5 Mecanismos de Control de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-

Cuando un Estado se adhiere a la Organización Internacional del Trabajo se compromete a respetar un cierto número de principios, que se han convertido en una regla de derecho, por estar establecidos en la Constitución de la OIT. Sin embargo a pesar de las ratificaciones de los Convenios por parte de un Estado Miembro, lo que supone una obligación de cumplimiento, ello no ha impedido que, por razones diversas, en repetidas oportunidades, la norma adoptada no sea recogida por la legislación nacional ni incorporada a la normativa nacional o no se cumpla o sólo se aplique parcialmente; el reconocimiento de esta realidad hizo necesario que se estableciera un sistema de control, a fin de asegurar que los Estados Miembros cumplan con las obligaciones que han contraído por lo que una vez ratificado un Convenio, la Organización Internacional del Trabajo, pone en marcha el mecanismo de supervisión para garantizar su aplicación adecuada, sin embargo como organismo internacional, no tiene poder coercitivo; sus principios básicos para el proceso de supervisión son el diálogo y la persuasión. Estas medidas funcionan porque en la práctica son una manera de ayudar a alcanzar los objetivos que los gobiernos se trazaron voluntariamente con la ratificación.

La Constitución de OIT establece ciertas obligaciones para la totalidad de los Estados Miembros, al margen de que si han ratificado o tienen intención o no de ratificar un convenio

en particular, o de aceptar una determinada recomendación, dichas obligaciones son las siguientes:¹⁸

- **Sumisión de los Estados a las autoridades competentes:** En virtud del artículo 19 de la Constitución de –OIT- se estipula que los Estados deben someter los nuevos convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales a quienes compete el asunto e informar de su resultado a la Organización Internacional del Trabajo; en el plazo de un año o, en circunstancias excepcionales, de 18 meses después de la adopción de la norma por la Conferencia Internacional del Trabajo, para que le den forma de Ley o adopten otras medidas. Al respecto los gobiernos pueden determinar libremente la índole de las propuestas o medidas que juzgue oportuno tomar al momento de someter convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales competentes.

La obligación del gobierno de someter dichos instrumentos no implica la de proponer su ratificación o su aplicación. La decisión de ratificar o no, es totalmente libre. Se trata de un acto voluntario e independiente de un Estado soberano, que debe ser tomado por las autoridades competentes.

- **Deber de informar sobre convenios no ratificados:** Los Estados Miembros tienen la obligación de informar al Director General, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre su legislación y su práctica en relación con los asuntos tratados en un convenio que no haya sido ratificado e indicar las dificultades que impiden o retrasan su ratificación. Análogamente, se puede pedir a los Estados miembros que informen a intervalos apropiados sobre el estado de la legislación y la práctica en su país en lo que atañe a asuntos tratados en cualquier recomendación. (Art. 19 Constitución OIT).

¹⁸<http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otro/xviii/cap4/35>.

Ya específicamente para los estados que han ratificado un convenio existen determinadas obligaciones las cuales son:

- a) **Aplicación y cumplimiento de los convenios:** Mediante la ratificación de un Convenio, el Estado Miembro asume la obligación internacional de hacer efectivas las disposiciones del instrumento tanto en la legislación como en la práctica.

- b) **Presentación de memorias periódicas:** Conforme el Art. 22, de la Constitución de Organización Internacional del Trabajo –OIT-, todos los Estados miembros deben presentar memorias anuales sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido.

El actual sistema de presentación de memorias, establece la periodicidad en que se deben presentarlas las cuales son:

- La primera memoria detallada: debe ser presentada cumplido los doce meses de la entrada en vigor del Convenio en cada Estado respectivo.
- La segunda memoria detallada: se solicitará automáticamente dos años después de la primera.
- Memorias periódicas: Según la periodicidad establecida y sin perjuicio de que la Comisión de Expertos, en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, pueda pedir en cualquier oportunidad, en que lo considere necesario, una memoria adicional sin ceñirse a esa periodicidad; los estados deben presentar las siguientes: siguientes: ¹⁹

¹⁹http://www_cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otro/xviii/cap4/35.

- Memorias bienales: Se solicitan automáticamente memorias detalladas cada dos años sobre los diez Convenios, calificados de prioritarios.
- Memorias quinquenales: A partir del quinto año sólo se piden memorias simplificadas.
- Memorias no periódicas: Eventualmente deberá presentarse las memorias detalladas no periódicas sobre la aplicación de uno ya ratificado.

Las memorias sobre aplicación de los convenios ratificados constituyen la columna de la estructura establecida progresivamente por la OIT para supervisar su aplicación de manera sistemática y regular, con el objeto de establecer el nivel de aplicación del convenio, ya sea mediante medidas legislativas, administrativas y dentro de otro tipo adoptadas. Dichas memorias serán analizadas por la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones, basado, en los principios y procedimientos fundamentales del sistema de control las cuales, como ya quedo expresado, se establecieron en la propia Constitución de la OIT; además de mecanismos que se han ido reglamentando paulatinamente para perfeccionar su eficacia, tal es el caso del procedimiento regular que consiste esencialmente en el control de la aplicación de los Convenios ratificados a cargo de la mencionada comisión como órgano independiente de connotados profesionales del Derecho y de las ciencias sociales que ejercen un control que se realiza examinando las memorias enviadas por los Gobiernos anualmente, analizando cada información recibida y formula comentarios o solicita más información al gobierno, además la Comisión elabora un informe anual sobre sus trabajos.

El informe de la Comisión se somete en primer lugar al Consejo de Administración presentando conclusiones finales de la siguiente forma:

- **Primera parte:** Informe general con una descripción somera de los trabajos de la Comisión señalando, a la atención del Consejo de Administración, de la Conferencia y de los Estados Miembros, cuestiones de interés general o preocupaciones especiales.

- **Segunda parte:** Observaciones relativas a algunos países sobre:
 - a) la aplicación de los convenios ratificados en los Estados Miembros;
 - b) la aplicación de los convenios a los territorios no metropolitanos cuyos Estados Miembros garantizan las relaciones internacionales;
 - c) la sumisión de los convenios y recomendaciones a las autoridades nacionales competentes.

- **Tercera parte:** Consiste en un estudio general de la legislación y la práctica nacional acerca de los instrumentos que hayan sido objeto de memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones, en virtud del artículo 19 de la Constitución. Los estudios generales constituyen una referencia autorizada en materia de legislación y de práctica en el mundo entero sobre un tema determinado.

El informe de la Comisión de Expertos se publica en marzo y se envía inmediatamente a los gobiernos. En virtud de las obligaciones constitucionales asumidas por todos los Estados Miembros, deben recibir copia del mismo las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

Además de aquel procedimiento, la Conferencia Internacional del Trabajo, también lleva a cabo un control de la aplicación de convenios ratificados por los países miembros, con el apoyo de una Comisión Tripartita denominada "Comisión de Aplicación de Convenios y Reclamaciones" entidad de la Conferencia, denominada también Comisión de Normas,

integrado por delegados del gobierno, empleadores y trabajadores, dicha comisión tiene a su cargo las siguientes funciones:

- a) examina el informe de la Comisión de Expertos;
- b) pide información adicional que puede ser en forma verbal;
- c) identifica asuntos que necesitan aclaración;
- d) indica progresos logrados en la aplicación de un convenio
- e) elabora informe que envía a la Conferencia Internacional del Trabajo
- f) reconviene a los Gobiernos cuyas legislaciones o prácticas no se ajustan a las disposiciones de los Convenios para que atiendan las recomendaciones del caso. Por lo que, con frecuencia, se invita a los representantes gubernamentales a comparecer ante la Comisión para explicar los motivos de su incumplimiento comprobado por la Comisión de Expertos, a fin de procurar una aplicación efectiva.
- g) prepara un informe que luego da a conocer en la sesión plenaria de la Conferencia para que sea examinado y adoptado.

Se trata de otro modo de exhortar a los países a intensificar sus esfuerzos en cumplir y aplicar los convenios ratificados.

Además la ratificación del convenio entraña una doble obligación para el Estado Miembro, por un lado cumplir y aplicar las disposiciones del convenio, en los términos de su ratificación y además aceptar la supervisión y control internacional que vele por su vigencia, por parte de la propia Organización Internacional del Trabajo -OIT-.

Finalmente existe el mecanismo de **queja** y reclamaciones, en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT, podrán presentar quejas y reclamaciones pero para el efecto de este trabajo únicamente se tratara lo relativo al procedimiento de queja, pues el procedimiento de reclamación es aplicable a casos específicos de empleadores y trabajadores.

El procedimiento de queja es tratado por el Consejo de Administración de la -OIT-, este procedimiento se solicita en los siguientes casos:

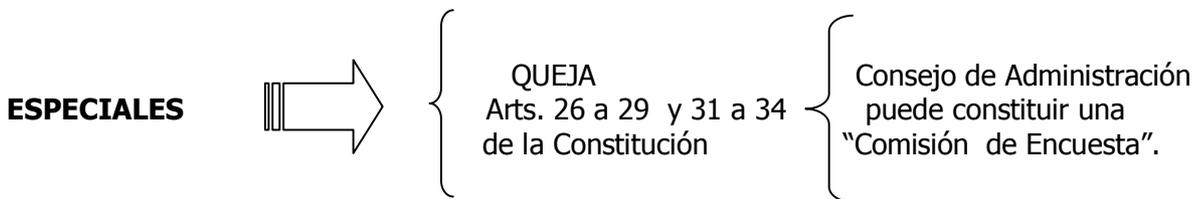
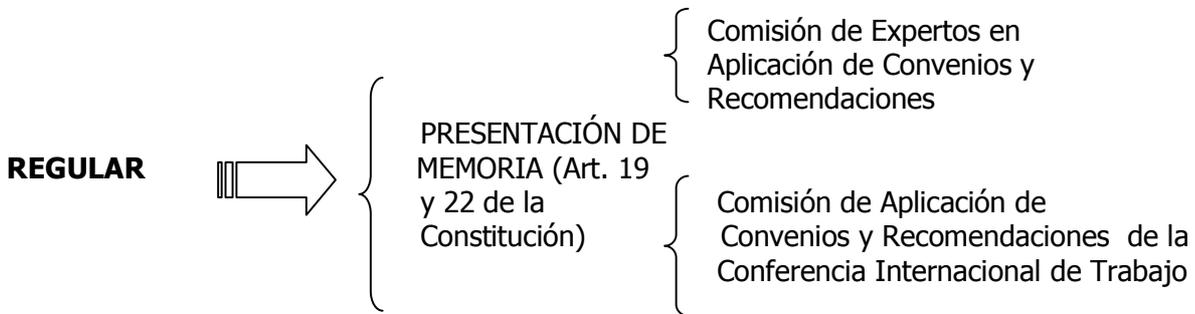
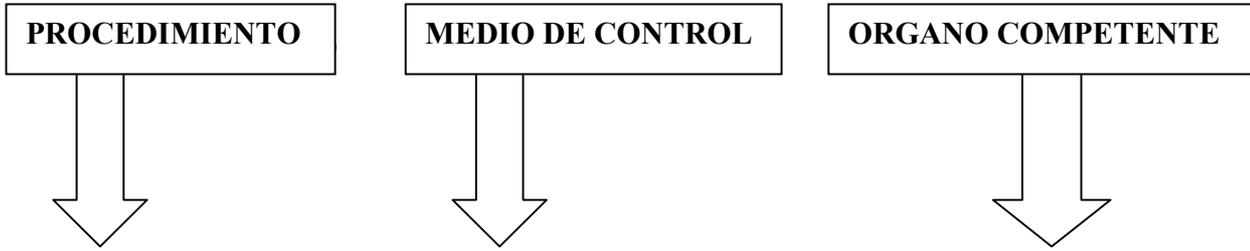
- a) Queja de un Estado Miembro contra otro, siempre que ambos hayan ratificado el Convenio;
- b) Queja de un delegado de la Conferencia Internacional del Trabajo; y
- c) Queja por el propio Consejo de Administración.

Para efectos de este procedimiento se nombra a una Comisión de Encuesta, cuyo objetivo es examinar detenidamente el asunto, pudiendo completar el estudio de la situación mediante visitas, con el objeto de determinar los argumentos planteados en la queja presentada. Entre las funciones principales de la Comisión de Encuesta están:

- a) Presenta informe del resultado sobre las averiguaciones, así como recomendaciones sobre lo que deba hacerse para atender la queja.
- b) Exigir al gobierno querellado un informe de aceptación o no de las recomendaciones en un plazo de tres meses.
- c) Someter la queja ante la Corte Internacional de Justicia, en caso de que el estado querellado no acepte la recomendación, indicando que la decisión de esta Corte es inapelable

A continuación un esquema que ayudara a entender mejor los procedimientos de queja que tienen a su disposición los miembros de un estado para hacer valer su cumplimiento.

MECANISMOS DE CONTROL DE LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO -OIT-



CONCLUSIONES

1. El hecho histórico de la conquista española dio inicio al despojo de tierras de los pueblos indígenas y, posteriormente, se implementaron instituciones jurídicas para legalizar tal despojo durante la Colonia; lo cual redujo a los pueblos habitantes de estas tierras en simples servidores y trabajadores de las tierras, de la que un día fueron propietarios.
2. En la Época Liberal, liderada por Justo Rufino Barrios, también se dio el despojo de tierras con el objeto de establecer en el país una producción basada en la agricultura y exportación de los productos, otorgando tierras posesionadas por pueblos indígenas, tanto a nacionales como a extranjeros.
3. A lo largo del tiempo se han implementado modelos de sistematización de desarrollo de los pueblos indígenas, tendientes al integracionismo y asimilismo; pretendiendo homogeneizar las culturas existentes, absorbiendo a los grupos indígenas y exterminándolas culturalmente; por lo que el desarrollo occidental está condicionando la vida de todos los habitantes de estas tierras.
4. Para el tratamiento de la problemática agraria, se han utilizado mecanismos o alternativas que hasta la fecha no han producido los resultados deseados, puesto que no se ha hecho el intento de establecer el tipo de conflicto; es decir, si se trata de conflictividad por **territorio** o por **tierra**, y al no tipificarla de manera adecuada se corre el riesgo de no encontrar una solución apropiada y de hecho éste ha sido el resultado.

5. En Guatemala no se puede hablar de una institucionalidad jurídica monista, sino más bien de la existencia del "*pluralismo jurídico*", en la medida que convive, junto al derecho estatal; otro sistema de regulación social y de resolución de conflictos que opera en la práctica, aunque esto contraste con la ilegalidad, no obstante la legitimidad del derecho consuetudinario no sólo radica en su prelación respecto del derecho estatal, sino en la aceptación de los sistemas de autoridades; y los mecanismos de designación comunal de dichas autoridades, así como sus atribuciones, constituyendo una limitante el que la institucionalidad jurídica esté construida sobre matrices monoculturales, monoétnicas y monolingües.
6. La resolución de los conflictos sobre la tierra es uno de los ámbitos de actuación del derecho consuetudinario en Guatemala; sin embargo, al no reconocerse su práctica, se agudizan las contradicciones entre las culturas jurídicas cuya asimetría jerárquica continúa privilegiando conceptos culturales, y leyes ajenas a la experiencia cotidiana de los pueblos en la que la mayoría de sus habitantes son indígenas.
7. El Convenio 169 de la -OIT- sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, es un instrumento jurídico internacional complementario, que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de la Constitución Política de la República de Guatemala, relativo a los derechos indígenas; por lo que dicho convenio no se opone a la Constitución sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.
8. La ratificación del Convenio 169 de la -OIT- entraña una doble obligación para el Estado miembro; por un lado cumplir y aplicar las disposiciones del convenio, en los términos de su ratificación y, además, aceptar la supervisión y control internacional que vele por su vigencia, por parte de la propia organización.

RECOMENDACIONES

1. Se debe establecer una política estatal de reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas, a través de la implementación y difusión del Convenio 169 de la O.I.T., en las instancias estatales y, con esto, erradicar las prácticas discriminatorias de los operadores de justicia, al ignorar los preceptos del convenio, los cuales pueden observarlos si no como ley, como parte de los principios generales del derecho.
2. Es importante implementar mecanismos que permitan impulsar el desarrollo indígena, desde sus perspectivas culturales, en las que ellos sean protagonistas del proceso e impedir la discriminación y exclusión.
3. Es necesario establecer mecanismos de consulta sobre todas aquellas medidas legislativas e institucionales que afectan a los miembros de los pueblos indígenas en todos los aspectos; especialmente, en lo que respecta a tierra, siendo la consulta una obligación y un derecho de los pueblos, derivada del Convenio 169 de la O.I.T.
4. Impulsar en el seno de la organización que ostentan, el derecho constitucional de la iniciativa de ley, para que éstas propongan proyectos que desarrollen las normas jurídicas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, relativo al reconocimiento del derecho de posesión que los pueblos indígenas ejercen sobre sus tierras.
5. Que el Estado de Guatemala, a través de sus organismos, implemente adecuar de la legislación interna a los preceptos del Convenio 169 de la OIT, mediante reformas, pues esto es, sólo un mecanismo para dar cumplimiento a su obligación contraída al ratificar dicho convenio.

6. Promover la actuación de las instituciones estatales que trabajan la temática agraria, pues en cierta medida éstas han coadyuvado en la resolución de la problemática; asimismo, ampliar sus facultades para que no se vean limitados al tratar casos concretos.

BIBLIOGRAFÍA

BASTOS, Santiago y Manuela Camus. **El movimiento maya en perspectiva**. FLACCSO, 2003.

BASTOS, Santiago y Manuela Camus. **11 años de lucha por el rescate de la cultura maya y la madre tierra**. CONIC. 2003.

CAMACHO NASSAR, Carlos. **Guía para la investigación de los conflictos sobre la tierra y el territorio de Guatemala**. FLACSO-MINUGUA-CONTIERRA. Guatemala: 2003.

CAMACHO NASSAR, Bettina Durocher, Juan Antonio Fernández y José Vinicio Letona. **Tierra, identidad y conflicto en Guatemala**. FLACSO-MINUGUA- CONTIERRA. Guatemala: 2003.

CAMBRANES, Carlos. **500 años de lucha por la tierra**. Estudios sobre propiedad rural y reforma agraria en Guatemala. Primera edición, impreso en Guatemala, 6 de febrero 2004.

Coordinación de ONG y Cooperativas – Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas. **Fontierras. El modelo de mercado y el acceso a la tierra en Guatemala**. Balance y perspectivas, Guatemala: septiembre 2002.

Colectivo de Organizaciones Sociales –COS- **Proceso de paz: situación actual, análisis y propuesta**. Guatemala: 2003.

ESCOBAR MEDRANO, Edgar y Edna Elizabeth González Camargo. **Antología-historia de la cultura de Guatemala**. Tercera ed., Cooperativa de servicios varios Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: enero 1994.

GUAJAN RODRÍGUEZ, Demetrio. **Cultura maya y políticas de desarrollo**. COCADI. 1992.

GRUNBERG, Georg. **Tierras y territorios en Guatemala**, FLACCSO-MINUGUA-CONTIERRA, Guatemala: 2003.

MILIAN, Byron, Georg Grunberg y Mateo Cho B. **La conflictividad en las tierras bajas del norte de Guatemala: Petén y la Franja Transversal del Norte**. FLACCSO-MINUGUA-CONTIERRA, Guatemala 2002.

Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala, Informe de Verificación. **La situación de los compromisos relativos a la tierra en los Acuerdos de Paz**. Guatemala: mayo 2002

POINTEVIN, René. **Compendio de historia de Guatemala. 1944-2000**. ASIES, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, PNUD, FUNDACIÓN SOROS. Guatemala 2004.

Segundo encuentro taller sobre cultura y espiritualidad maya. **Tierra y espiritualidad maya**. Guatemala 2000.

SOLARES, Jorge. **Estado y nación**. FLACCSO. Guatemala 1993.

TIU LÓPEZ, Romeo y Pedro García Hierro. **Los bosques comunales de Totonicapán**. FLACCSO-MINUGUA-CONTIERRA, Guatemala 2002.

Centro de Estudios de la Cultura Maya CECMA. **Derecho indígena**. Guatemala. 1994.

Universidad Rafael Landívar. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales. **El sistema jurídico maya**. Guatemala 1998.

Legislación:

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

Ley del Fondo de Tierras. Congreso de la República, Decreto número 24-99.

Ley de Titulación Supletoria. Congreso de la República, Decreto número 49-79.

Ley de Arrendamiento Forzoso. Congreso de la República, Decreto número 712-1949.
(derogado)

Ley de Reforma Agraria. Congreso de la República, Decreto número 900. 1952.
(derogado)