

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



**NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO PLENO  
DEL DERECHO CONSUECUDINARIO PARA  
CONSOLIDAR EL ESTADO DE DERECHO  
Y LA DEMOCRACIA EN GUATEMALA**

**OTTO ALBERTO GUZMÁN CASTELLANOS**

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2006.

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

**NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO PLENO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO  
PARA CONSOLIDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA  
EN GUATEMALA**

TESIS

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

Por

**OTTO ALBERTO GUZMÁN CASTELLANOS**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, octubre de 2006.



**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. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdez López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidenta:	Licda. Marisol Morales Chew
Vocal:	Lic. Elder Ulises Gómez
Secretario:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. Saulo de León Estrada
Vocal:	Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Secretaria:	Licda. Marisol Morales Chew

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala)



Licenciada  
**NIDIA ARABELLA QUIXCHAN URQUIZU**  
Abogado y Notario

Av. Reforma 12-01, Zona 10, Edificio Montúfar, Torre "A", Of. 507  
Teléfono: 332 2323 FAX: 361 4703



Guatemala, 14 de junio de 2006

Licenciado  
**MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI**  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Señor Decano:

Respetuosamente me dirijo a usted, para informarle que en atención a la providencia de fecha 22 de mayo del presente año, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante Otto Alberto Guzmán Castellanos, titulado "**Necesidad del reconocimiento pleno del derecho consuetudinario para consolidar el Estado de Derecho y la democracia en Guatemala**", por consiguiente emito dictamen favorable.

La investigación realizada por el sustentante, evidencia que el contenido científico y técnico así como la metodología, técnicas de investigación, redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizadas en el desarrollo del presente trabajo, a juicio de la suscrita son las adecuadas para este tipo de investigación. Además de ello el tópico abordado reviste importancia en un país como Guatemala donde existe pluralismo, constituyendo un aporte valioso para nuestra sociedad.

Sin otro particular me es grato suscribirme de usted, su deferente servidora.

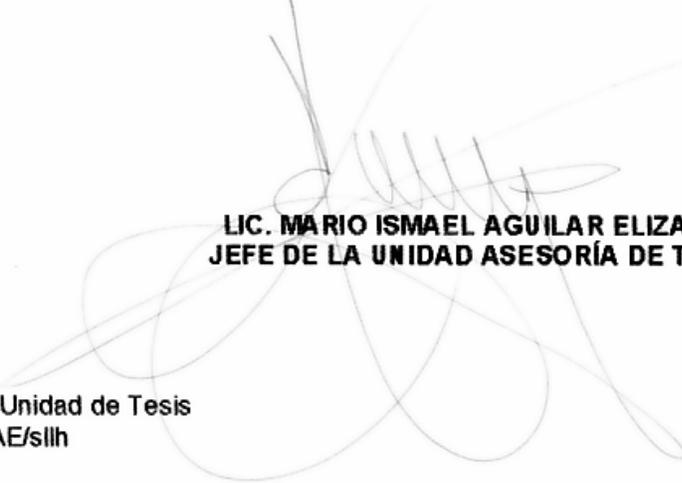
Licda. Nidia Arabella Quixchán Urquizú  
Asesora de tesis  
Colegiada 5779



**UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, diecinueve de junio de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (a) MARIO FEDERICO HERNÁNDEZ ROMERO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (a) estudiante **OTTO ALBERTO GUZMÁN CASTELLANOS**, Intitulado: **"NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO PLENO DEL DERECHO CONSUEUDINARIO PARA CONSOLIDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA EN GUATEMALA"**.

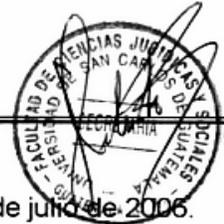
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

  
**LIC. MARIO ISMAEL AGUILAR ELIZARDI**  
**JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**



cc. Unidad de Tesis  
MIAE/sllh

*Lic. Mario Federico Hernández Romero*  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
7ma. Avenida Norte Número 72, Antigua Guatemala  
Telefax 783 22070



Guatemala 14 de junio de 2006.

Licenciado  
**Marco Tulio Castillo Lutín**  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Ciudad Universitaria



Licenciado Castillo Lutín:

Tengo el agrado de dirigirme a usted para cumplimentar con el nombramiento emitido por el Licenciado Mario Ismael Aguilar Elizardi, Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, en el que se dispone nombrar al suscrito como revisor de tesis del Bachiller OTTO ALBERTO GUZMÁN CASTELLANOS, la cual se intitula "NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO PLENO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO PARA CONSOLIDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA EN GUATEMALA".

El trabajo del postulante en mención fue presentado conforme a los requisitos de forma y fondo establecidos en el Reglamento respectivo.

La monografía relacionada, desarrolla una temática de suma importancia y mucho auge en un país multicultural como el nuestro, que responde a las necesidades de una administración de justicia acorde a reparar los daños provenientes del delito, tornándose de esa manera en una prioridad para el Estado el regularizar ese derecho consuetudinario, para que ese derecho responda a una realidad social y objetiva de acuerdo a la idiosincrasia que existe en nuestro país.

En cuanto a las conclusiones y recomendaciones las considero congruentes con la exposición de la temática realizada.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestras de mi consideración y estima,

  
LIC. MARIO FEDERICO HERNÁNDEZ ROMERO  
ABOGADO Y NOTARIO  
Colegiado Activo 4824



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de septiembre del año dos mil seis-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante OTTO ALBERTO GUZMÁN CASTELLANOS, Intitulado "NECESIDAD DEL RECONOCIMIENTO PLENO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO PARA CONSOLIDAR EL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA EN GUATEMALA" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





## DEDICATORIA

- A Dios:** Ser supremo por bendecirme y ser guía en mi carrera profesional.
- A mis padres:** Arnoldo Guzmán Fernández, Teresa de Jesús Castellanos Iglesias, bastiones de mi vida, sus sabios consejos y ser ejemplo de sabiduría y honestidad.
- A mi esposa:** Hilda Lucrecia Guzmán Romero, por su apoyo en la finalización de mis estudios.
- A mis hijos:** Otto Fernando, Rubén Josué y Andrea Estefanía, por ser motivos de mi inspiración para cumplir mis metas y que el logro alcanzado les sirva de ejemplo.
- A:** La tricentenaria y gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por la enseñanza adquirida.
- A:** Mis asesores, catedráticos, compañeros de estudios y amigos por compartir conocimientos, experiencias e ideales de la vida



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción .....	i

### CAPÍTULO I

1. Visión de Guatemala, antes de la llegada de los conquistadores .....	1
1.1 Períodos del estudio maya.....	2
1.1.1 Período preclásico (2000 A. C.).....	2
1.1.2 Período clásico (300-900 D. C. ).....	2
1.1.3 Período post clásico (900-1500 D. C. ).....	3
1.2 Grupos indígenas en Guatemala en el momento de la conquista.....	4
1.3 Importancia de la costumbre indígena en el derecho indiano.....	6
1.4 Política ideológica respecto al derecho consuetudinario.....	8
1.5 Estructura socio-cultural guatemalteca.....	11
1.6 Definición del concepto de derecho consuetudinario.....	14
1.7 Elementos de derecho consuetudinario.....	16
1.7.1 Elemento subjetivo o psíquico.....	16
1.7.2 Elemento objetivo.....	16
1.7.3 Elemento normativo.....	16
1.7.4 Elemento Imperativo.....	17
1.8 Características.....	18
1.8.1 Es objetivo.....	18
1.8.2 Es oral.....	18



1.8.3 Es real-----	19
1.8.4 Es dinámico-----	20
1.8.5 Es eminentemente conciliador-----	21
1.8.6 Es cohesionador-----	21
1.8.7 Es consensual-----	21
1.9 Naturaleza del derecho consuetudinario-----	22
1.10 Aspectos que tienden a desestructurar el derecho consuetudinario-	23
1.10.1 Que el Estado lo reconozca con carácter de subsistema-----	23
1.10.2 El conflicto lingüístico-----	24
1.10.3 El trabajo religioso llevado a cabo en ciertas comunidades del país-----	26
1.11 Breve análisis de los instrumentos jurídicos sobre el tema de la identidad y derechos de los pueblos indígenas-----	28
1.11.1 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)-----	28
1.11.2 Acuerdos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, celebrado en el marco del proceso de paz-----	30

## **CAPÍTULO II**

2. Personalidad del Estado-----	35
2.1 Tipos de Estado-----	35
2.1.1 Unitario -----	35



2.1.2 Federal-----	35
2.2 Elementos-----	36
2.3 Personalidad jurídica del Estado-----	37
2.4 Las personas jurídicas de derecho público-----	38
2.5 Maneras de comprender la personalidad jurídica del Estado-----	40
2.5.1 Escuela alemana-----	40
2.5.2 Escuela francesa-----	40
2.5.3 La personalidad jurídica del Estado en el siglo XXI-----	41
2.6 Estado de derecho o constitucional-----	42
2.7 Ética y Estado de derecho-----	43
2.8 Estado de derecho y Constitución-----	46
2.9 Estado de derecho y sujetos políticos-----	49
2.10 El derecho indígena y la administración de justicia-----	52
2.11 Primer reconocimiento del derecho consuetudinario indígena-----	55

### **CAPÍTULO III**

3. Derecho consuetudinario y democracia-----	57
3.1 Población guatemalteca-----	59
3.2 Derechos de los pueblos indígenas-----	61
3.3 Convenio 169 en el contexto de los pueblos indígenas-----	63
3.4 Acuerdos de Paz-----	63
3.5 Organismo Judicial y derecho consuetudinario-----	64
3.5.1 Reparación: Homicidio-----	64



3.5.2 Precedente: Robo agravado-----	64
3.6 Debate sobre la posibilidad de convivencia de los dos sistemas jurídicos-----	65
3.7 Costumbres indígenas-----	66
3.8 Derecho consuetudinario e idioma maya-----	67
3.9 Debilidades y desconfianza-----	69
CONCLUSIONES -----	73
RECOMENDACIONES -----	75
BIBLIOGRAFÍA -----	77



## INTRODUCCIÓN

El derecho consuetudinario indígena, es tan importante en nuestro país, cuyas principales características es ser pluricultural, pluriétnico y multilingüe. En la Constitución Política de la República de Guatemala, se propugna por la igualdad entre los guatemaltecos, y expresamente se reconoce el respeto y la promoción de las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los grupos indígenas. Sin embargo este registro formal es quizás el aspecto más superficial y sencillo del problema, pues la retórica jurídica no necesariamente representa la solución de los grandes problemas que enfrentan las comunidades indígenas de nuestros países.

Democracia, según lo consideraron los griegos, hace más de dos mil años significa el gobierno de la mayoría, en el caso concreto de Guatemala, se podría afirmar que la teoría y la práctica dicen que la mayoría debe gobernar y ciertamente así debe ser, con representantes más ilustres, cuadros mejor preparados, participación de sus intelectuales y en los países donde la población indígena es minoría debe estar muy bien representada políticamente.

Un Estado democrático de contenido multiétnico debe interpretarse como opción de futuro donde se reconozca a los pueblos indígenas el derecho a la autodeterminación y control territorial. En Guatemala, su reconocimiento conlleva a una lucha por derribar los mecanismos de dominación y hegemonía étnica que han determinado, previamente, la segregación y la exclusión de los indígenas considerados



inferiores racialmente y por tanto, conquistados y sometidos. La lucha democrática de liberación nacional debe incorporar la derogación de dicho mito, si se busca desarrollar un Estado de base multiétnica.

La democracia es antes que nada una forma social de participación en la producción, control y distribución del poder político. La falta de democracia en Guatemala, a pesar de la existencia de espacios para ejercitar las libertades individuales, lo que mantiene vigente un sistema político basado en la violencia étnico-racial, lo cual desestabiliza el Estado de Derecho. La represión a las formas de participación, mediación y negociación del movimiento indígena pone en evidencia la falta de hegemonía multiétnica

La hipótesis fundamental que guió la presente investigación fue formulada en el sentido que siendo Guatemala un país donde la mayoría de la población es indígena y al no estar el derecho consuetudinario real y objetivamente reconocido provoca una situación social y realidad étnica incompatibles con una verdadera democracia y un consolidado Estado de Derecho.

Esta hipótesis fue confirmada en diferentes aspectos, por ejemplo la Organización de Naciones Unidas instó a que el Estado de Guatemala vele por el respeto y reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas, de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos y así preservar las culturas ancestrales.



El presente trabajo de tesis consta de tres capítulos: el primero se inicia con un resumen sobre la visión general de Guatemala antes de la llegada de los conquistadores, así como la importancia que tuvo la costumbre en el derecho indiano, señalándose posteriormente, la estructura socio-cultural actual de Guatemala. Se intentó estructurar una definición conceptual del derecho consuetudinario, así como señalar sus elementos, características y naturaleza. Se trata de indicar el conflicto entre el derecho consuetudinario y el derecho codificado estatal, bajo la forma de un conflicto lingüístico, ya que el problema entre lenguas es una forma de dominación y subordinación de la cultura indígena por la ladina. Otro conflicto consiste en que al derecho consuetudinario se le reconozca como un subsistema jurídico y no como un sistema jurídico paralelo.

El segundo capítulo se refiere a un estudio sobre el Estado de Guatemala, su forma de organización y como trata el aspecto indígena en su política administrativa y jurídica. Y concluimos con el capítulo tercero sobre la unificación del derecho consuetudinario y la participación del Estado en el reconocimiento del mismo para la consolidación de la democracia y el Estado de derecho en Guatemala.



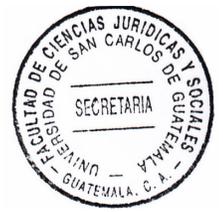
## CAPÍTULO I

### 1. Visión de Guatemala antes de la llegada de los conquistadores.

Utilizaremos el término Guatemala, por razones didácticas, aunque en rigor tal concepto no cuadre exactamente con lo que se pretende describir, ya que la idea de Guatemala, como ente jurídico internacional, como una sociedad con gobierno y leyes propias y que habita dentro de un territorio, existe desde el 21 de marzo de 1847.

En la época pre-hispánica el actual territorio guatemalteco formaba parte del área cultural mesoamericana.

De lo anterior surge la pregunta de por qué usar el termino Mesoamérica y no América Central, esto se debe a que el término anterior es estrictamente de tipo geográfico, pero desde el punto de vista cultural, las fronteras geográficas no coinciden con las fronteras culturales, ya que se incluye dentro de la delimitación de Mesoamérica: La parte central y sur de México , el territorio guatemalteco, el extremo occidental de Honduras, la faja costera del pacífico de El Salvador y Nicaragua y el extremo sur de Costa Rica. Es en este territorio donde se desarrolló la floreciente cultura maya, cuyo pueblo inventó un tipo de escritura que aún hoy nos admira, inventaron un calendario que alcanzó una altísima perfección y donde se alzaron los templos más majestuosos y bellos de todo el nuevo mundo.



## 1.1 Períodos del estudio maya.

El estudio de los mayas se divide en tres grandes períodos.

### 1.1.1 Período preclásico (2000 antes de Cristo – 300 después de Cristo)

En este período se sentaron las bases de esta cultura, la organización social predominante era la de núcleos agrícolas en forma de aldeas, su economía estuvo fundamentada en la agricultura, la base de su alimentación era el maíz y la abundante caza de las selvas seculares. Su religión estuvo representada por el culto a la fertilidad de la tierra y la edificación de los fenómenos naturales. En cuanto al arte, su arquitectura era de tipo ceremonial o religiosa; en la escultura utilizaron madera, piedra y jade; la actividad textil fue exclusivamente femenina, para la cual se utilizó la fibra de algodón.

La duración de este período fue de 2300 años, y aquí se sentaron las bases para alcanzar el esplendor del siguiente período que constituye la cima de este pueblo extraordinario.

### 1.1.2 Período clásico ( 300 – 900 después de Cristo )

En este período los mayas alcanzaron la cúspide de su desarrollo cultural. Su gobierno estaba dirigido por una teocracia, ejercida por sacerdotes que a su vez tenían cierto mando militar. En cuanto a la economía se da una



intensificación de la agricultura. En este período la religión se vuelve complicada, proliferan dioses y deidades y todo gira alrededor de la religión; las ideas jurídicas consistían en costumbres, basadas en la religión, eran meticulosamente observadoras, con una minuciosidad que rayaba en lo obsesivo.

En las artes la Arquitectura alcanzo extremos verdaderamente sublimes, se observa una proliferación de centros ceremoniales, calzadas y patios de juego de pelota.

la escultura se dio al igual que en el período anterior, en piedra, barro, estuco (pasta de cal y mármol pulverizado) y madera; la pintura alcanza su máxima expresión, tanto en el tipo mural como en cerámica; la cual llega al clímax de su belleza y perfección; los textiles no podían ser la excepción de los logros del esplendor clásico, las mujeres mayas, elaboraron primorosas telas, que podemos apreciar en forma directa en pinturas y esculturas.

### 1.1.3 Período post clásico ( 900 – 1500 después de Cristo )

El paso a este período fue determinante y se dio de manera súbita y sorprendente; existen varias teorías sobre la desaparición de este pueblo, pero la más aceptada es que hubo una sequía prolongada, el pueblo pidió ayuda a los sacerdotes, especialmente a los que celebraban el culto a Chac, el dios de la lluvia, pero los esfuerzos de los sacerdotes fueron inútiles, el pueblo se rebeló y tras sangrientas revueltas los sacerdotes desaparecieron y como ellos tenían la



mayor parte de conocimientos, los centros mayas quedaron sin gobierno

Posteriormente a esto, por las fronteras del noroeste se dio la invasión de los pueblos toltecas provenientes de Tula, centro irradiador de cultura localizado en el Altiplano Central de México, su lengua era el náhuatl. Los toltecas impusieron su dominio a los pocos y decadentes mayas que quedaban, y del cruce biológico entre mayas y toltecas, surgieron la mayoría de indígenas que existían en Guatemala, en el tiempo de la conquista.

## 1.2 Grupos indígenas en Guatemala en el momento de la conquista.

A finales del siglo, el actual territorio de Guatemala estaba ocupado por una diversidad de pueblos indígenas, no es posible precisar en que fecha estos pueblos quedaron definitivamente asentados en un territorio, pero pueden ser agrupados en troncos etno-lingüísticos. Los Kaqchiqueles, se asentaron en la región central, ocupando el occidente del Departamento de Guatemala, Sacatepéquez, Chimaltenango, norte de Escuintla y norte de Sololá; originalmente fueron aliados de los Quichés, haciendo esto posible, las famosas conquistas de la época de Quicab, la comunidad Kaqchiquel se convierte en la más importante a la llegada de Alvarado.

Los Tz'utujiles, ocuparon la región situada en el lago de Atitlán, ofrecieron ruda pero fugaz resistencia a los conquistadores.



Los Quichés, ocuparon el sur del Quiché, Totonicapán, oriente de Quetzaltenango y norte de Retalhuleu y Suchitepéquez; su importancia histórica reside básicamente en dos factores: haber presentado decidida aunque breve resistencia al avance de los españoles en 1524, y haber sido este pueblo quien produjo el Popol Vuh o Libro del Consejo, el cual comprende una explicación clara y llena de encanto de las tradiciones indígenas, de creencias, ritos y costumbres jurídicas.

Los Mames se situaron en el sur de Huehuetenango, San Marcos y Occidente de Quetzaltenango. Su conquista es una de las páginas de heroísmo de Guatemala, su fortaleza principal fue rendida solo después de un prolongado sitio impuesto por los españoles; el héroe de esta jornada fue Kaibil Balam.

Los Q´eqchi´es, ocuparon Alta Verapaz, el occidente de Izabal y el sur de El Petén, originalmente el nombre de los Q´eqchi´es era Sh´Holom Nah. Los Poqomchies, ocuparon el sur de Alta Verapaz y el norte de Baja Verapaz. Los Pocomanes se situaron en el nororiente de Escuintla.

Los Itzaes, se establecieron en el centro y norte de El Peten, varios fueron los intentos de conquistar esta región, pero la distancia, lo fragoso del terreno, la ferocidad de los indígenas y la falta de motivación para los españoles de tomar una región carente de metales preciosos, hizo que tal empresa no fuera coronada, sino hasta 1695 por Martín de Urzúa.



Existían también otros grupos minoritarios, que habitaban el país en el momento de la conquista como el Achi, Akateco, Awakateco, Chorti, Chuj, Sakapuleco, Sikapakense, Mopán, Tectiteco y Uspanteco.

### 1.3 Importancia de la costumbre indígena en el derecho indiano

A partir de la conquista, el derecho Castellano se imponía a los conquistadores, pero fue necesario para los europeos crear un régimen jurídico, que respondiera a las situaciones que se fueron presentando y a las necesidades del régimen dominante, por lo que se crea tanto en la península como en las mismas Indias, un derecho conocido como Derecho Indiano, que fue un ordenamiento jurídico, con vigencia en Indias, fruto de una elaboración normativa, desarrollada con incidencia del Derecho Castellano, elementos filosóficos jurídicos y un factor consuetudinario, transitoria y parcialmente reconocido respecto de las comunidades indígenas y marcado por la diversidad como consecuencia del carácter personalista que sus ordenamientos tenían en el período prehispánico y que conservarían en su evolución posterior.

En la elaboración del Derecho Indiano, se dieron dos tendencias en el contexto de la doctrina española: La Teoría de la Accesión, que estimaba que el mundo indígena debía quedar sujeto por completo al Derecho Castellano; y la otra tendencia que se inclinaba por una política proteccionista y respetuosa para con lo indígena. La política española a seguir se manifiesta en la afirmación que no era conveniente provocar bruscas alteraciones en las estructuras sociales y jurídicas del entorno, siendo necesario la admisión de aquellas costumbres que no estuvieran en contradicción con



la religión católica, expresándose también rechazo a las costumbres que fueran contrarias a los principios considerados como propios de una sociedad civilizada.

Esta postura se manifestó en la real Cédula del Emperador Carlos y la Princesa Juana, gobernadora de Valladolid, la cual preceptuaba que “las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro, y que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente la aprobamos y confirmamos, y nos parece que conviene al servicio de Dios, nuestro señor, y al nuestro y a la conservación y policía Christiana de los naturales de aquellas providencias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos Esta Cédula fue promulgada en agosto de 1555, a instancia de los caciques de Verapaz. Posteriormente en la Recopilación de 1680, en su ley IV, Título I Libro II, recogió el contenido de aquella cédula y se continuó reconociendo la existencia de normas de Derecho consuetudinario Indígena” sic

En 1580, se recomendó que los pleitos en que fueran parte los indígenas se ventilaran sumariamente, respetándose en lo posible los usos y fueros consuetudinarios, en la medida en que estos no fueran injustos.

Podemos incluir, que aún en la época de la conquista, la Normatividad Consuetudinaria tuvo que ser reconocida, aunque en forma parcial por los conquistadores, para evitar mayores problemas a la corona española, por lo que queda



demostrado que desde el tiempo del sometimiento español, la Normatividad Consuetudinaria ha resistido la opresión y el sometimiento, y sigue vigente a pesar de las vicisitudes de 500 años de opresión.

#### 1.4 Política ideológica respecto al derecho consuetudinario en Guatemala.

Los últimos estudios estadísticos socio-demográficos realizados en Guatemala han demostrado que la población indígena asciende a un 60%; por lo tanto es interesante e importante analizar que la cultura indígena se encuentra regida por normas de conducta únicas e independientes, que al analizarse en su conjunto dan como resultado un derecho vigente ajeno al derecho positivo del Estado y que rige con un alto grado de eficacia la conducta de las comunidades indígenas. A este conjunto de normas se le conoce como Derecho Consuetudinario, que es un elemento esencial para la identidad de nuestros pueblos, pero no es sino hasta en época muy reciente que ha merecido la atención de estudiosos de derecho y del Gobierno, vislumbrándose avances en cuanto al reconocimiento de la identidad y el pleno respeto al derecho de los pueblos indígenas que representan la mayoría de la población guatemalteca.

Es increíble, que hace poco más de 100 años, durante el gobierno del General Justo Rufino Barrios, se pretendió cambiar la identidad de un pueblo, por medio del Decreto Gubernativo número 165, del 13 de octubre de 1876, el cual regulaba que para los efectos legales, se declaran ladinos a los indígenas de ambos sexos de San Pedro Sacatepéquez, San Marcos, quienes podrán usar el traje que corresponde a la clase ladina.



En la actualidad las sociedades y culturas indígenas han pasado al primer plano de la atención internacional, tras la declaración en 1992, por parte de la Organización de Naciones Unidas, como “Año de los pueblos indígenas del mundo”. Asimismo la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, por medio del Decreto 9-96 del Congreso de la República, ha fortalecido el interés por los asuntos indígenas.

Otros aspectos importantes han sido las actividades suscitadas por la conmemoración de los 500 años de la llegada de los españoles a este territorio y el otorgamiento del Premio Nóbel de la Paz a una mujer maya; asimismo el impulso que da la Organización de Naciones Unidas al establecer el Decenio Internacional de los pueblos indígenas a partir del 10 de diciembre de 1994; finalmente la firma del Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde el Estado se obliga a respetar el derecho consuetudinario de nuestros pueblos y a crear un gobierno con visión jurídica pluralista.

De tal manera, los sistemas jurídicos consuetudinarios han dejado de ser estudiados únicamente por académicos y se han convertido en preocupación de gobernantes, funcionarios públicos, políticos, religiosos, intelectuales, dirigentes de organizaciones y movimientos de reivindicación indígena estudiantes y catedráticos universitarios en particular, en las distintas áreas de conocimiento: científico-Tecnológico, Social- Humanístico y de Salud o Asistencia.



El avance en el estudio del derecho consuetudinario, está siendo enriquecido por estudios sistemáticos sobre el tema, ampliando el conocimiento del mismo, para lograr sistemas jurídicos congruentes con la diversidad cultural, lingüística y étnica del país y que restituya la justicia en relaciones interétnicas en Guatemala.

En la actualidad, el gobierno, organizaciones internacionales y otros grupos, tienen el criterio que deben abrirse espacios a los indígenas de nuestro país con un carácter pluralista y respetuoso de sus propias costumbres e identidad étnica.

Los movimientos indígenas han cobrado tal fuerza, que han abierto espacios a tales movimientos indígenas en sus propias plataformas ideológicas.

Así también, tiende a consolidarse la vinculación, entre el Derecho Consuetudinario Indígena y la plataforma ideológica y organizacional de la defensa de los Derechos Humanos en Guatemala. Se presenta el Derecho Consuetudinario como una reivindicación política, como una demanda específica de los pueblos indígenas.

Como resultado de la lucha cada vez mas articulada que libran las organizaciones indígenas, se logro que en la Constitución de la República de Guatemala de 1985, se incorporara una serie de preceptos sobre el Derecho a la Cultura. Su protección e investigación, la identidad cultural el patrimonio cultural y su protección, la protección de los grupos étnicos, sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, traje, idiomas, protección de tierras y sobre



la traslación de trabajadores y su protección (Artículos del 57 al 69 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el cinco de marzo de 1996, por medio del Decreto 9-96 del Congreso de la República, el cual propicia un acercamiento entre el Derecho Consuetudinario y el Estatal, sin perjuicio de éstos. La ratificación de este Convenio, no genero confrontación sino reconocimiento de los Derechos Especificos de los pueblos indígenas para avanzar dentro de un marco jurídico, dinámico y que facilite su directa participación en el proceso de desarrollo y bienestar colectivo.

También se ha logrado dentro del marco del Proceso de Paz, la firma del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde se acepta el compromiso de respetar y promover el respeto a los Derechos Humanos y en forma especifica los derechos de los pueblos indígenas, lográndose de esa manera que se abran espacios a los pueblos indígenas y que se comprenda la necesidad de proteger los derechos de los indígenas, así como la conveniencia de fortalecer y consolidar sus expresiones étnicas.

#### 1.5 Estructura socio-cultural guatemalteca

Guatemala, es un país pluricultural, pluriétnico y multilingüe; pluricultural “porque sus habitantes en más de la mitad son portadores de la cultura garífuna y de la cultura



xinka (esta última casi por extinguirse) y cada uno de estos pueblos vive y tiene su propia identidad cultural”<sup>1</sup>

El concepto cultural proviene del latín *kultura*, que significa cultivo, elaboración; en un principio la cultura se relacionó con actividades agrícolas, al paso del tiempo se fue ampliando su significado, en la actualidad abarca todos los aspectos del comportamiento humano, incluye el lenguaje la lógica, la religión, la moral y el derecho; por lo que podemos definirla como el conjunto de elementos materiales de la actividad transformadora del hombre, tales como los medios de producción, el vestido, etcétera, así como elementos espirituales que comprenden la suma de todos los conocimientos, las formas de pensamiento y en general la concepción del mundo que cada pueblo tenga .

Pluriétnico, porque la diversidad cultural de Guatemala lo constituyen cuatro pueblos: Mayas, Ladinos, Garífuna y Xinkas. Entendemos por grupos étnicos, aquellas comunidades que predominantemente se autoperpetúan biológicamente, comparten valores culturales fundamentales, integran un campo de comunicación e interacción y se fundamentan en el principio de autoadscripción y de la adscripción por otros (sentirse miembros del grupo y que otros los identifiquen como tal).

La etnia maya, que son los motivos por derecho histórico, legítimos propietarios de sus medios de producción y del excedente que lograban según su organización social del trabajo y que están organizados en función de lealtades étnicas, que fueron

---

<sup>1</sup> Tzalan Leopoldo. **Indios y ladinos en cifras**. pág. 9



sujetos de despojo y de dominio por la conquista y la colonia, se identifican por la pertenencia a un grupo sociocultural, comparten vínculos lingüísticos, y se identifican con un pasado común y con estructuras simbólicas y valorativas.

La etnia ladina que surge del cruce biológico entre españoles e indígenas, no es indígena por carecer de ubicación étnica ni es criollo por carecer de sangre española en forma exclusiva; por lo que criollos y mestizos derivaron hacia la concepción genérica de ladinos.

La etnia garífuna, es descendiente de esclavos africanos, provenientes de África Occidental y del Congo. En el año de 1700 aparecieron los primeros garífunas en América, se asentaron en Honduras, Belice y Livingston, Guatemala, aproximadamente en el año de 1800. Tienen su propio idioma, traje, música y forma de vivir.

Y por último la etnia xinca, que es uno de los pueblos que conforman Guatemala, habitan en el departamento de Santa rosa y Jutiapa; antiguamente habitaron Guazacapán, Escuintla, Taxisco, Tahulla, Texcuaco e ixguatán. Los xinkas son un pueblo que tiene su propio idioma, traje y forma de vivir. Se conoce muy poco de ellos y de sus orígenes, se les asocia con los popolucas, pipiles y con los mixes (todos mexicanos de origen azteca).

Guatemala es multilingüe porque en la república habitan hablantes de 24 idiomas, 21 son mayas, además del castellano, garífuna y xinka.



## 1.6. Definición del concepto de derecho consuetudinario.

Reuniremos algunos criterios emitidos por autores nacionales y no nacionales, en relación al tema de la definición del derecho consuetudinario, a fin de obtener una visión teórica del tema objeto de estudio.

Inicialmente nos ocupamos de la definición del doctor Luis Alberto Padilla, quien afirma que Derecho Consuetudinario es el “conjunto de normas que resultan de una práctica general, constante y prolongada concerniente a una determinada relación de hecho y observada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria.”<sup>2</sup> También afirma que el derecho Consuetudinario puede definirse como el “Ordenamiento jurídico que nace en el seno de un conglomerado social determinado y se caracteriza por la adecuación voluntaria (vía consenso) de la conducta del grupo social a sus pautas normativas.”

Derecho Consuetudinario es un “Conjunto de facultades y normas objetivas que ordenan la existencia colectiva y cotidiana de un pueblo, a partir de su propia filosofía, para alcanzar armoniosa convivencia en el seno de su sociedad; se diferencia de los demás, por su carácter objetivo y humano, y se sustenta en su contenido en los Derechos Específicos de cada pueblo”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> **Elementos para una investigación del derecho consuetudinario en Guatemala.** pág. 4

<sup>3</sup> Dorotinsky, Débora. **Investigación sobre costumbre legal indígena en Los Altos, Chiapas.** pág. 67



A criterio de Flavio Rojas Lima, Derecho Consuetudinario es el “Conjunto de normas de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, jurídicamente obligatorias, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado, o bien en términos más generales, como el conjunto de reglas, normas, acciones y costumbres que forman parte del control social de un grupo”.<sup>4</sup>

Es importante analizar que las definiciones enunciadas, contienen los dos elementos de un típico ordenamiento jurídico consuetudinario, es decir los elementos subjetivo y objetivo expresados en la fórmula latina: *inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis*. El primero de dichos elementos consiste en la idea de que la costumbre en cuestión es jurídicamente obligatoria y debe por tanto aplicarse; y el segundo, en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder.

Consideramos que la definición del licenciado Flavio Rojas Lima, es la más acertada por ser la más completa, ya que indica que el Derecho Consuetudinario es un conjunto de normas tradicionales, orales, no codificadas, distinto al Derecho Estatal y que regulan la conducta de un determinado grupo. Es importante analizar la importancia que se le da a la tradición, y el Derecho Consuetudinario significativamente es más consistente y está más vertebrado en los pueblos indígenas que han logrado contra poner una larga tradición cultural a un estado prolongado de subordinación.

---

<sup>4</sup> El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca. pág. 10



## 1.7. Elementos del derecho consuetudinario.

El derecho consuetudinario, como todo un sistema jurídico, está conformado por varios elementos, siendo los más importantes, los que se señalan a continuación:

### 1.7.1 Elemento subjetivo o psíquico

Consiste en la idea de que la costumbre es jurídicamente obligatoria, adquiriendo un carácter obligatorio, transformándose en derecho eficaz, como consecuencia de su persistencia en el tiempo y del convencimiento arraigado de quienes la practican.

### 1.7.2 Elemento objetivo

Consiste en que la comunidad practica en forma prolongada determinada costumbre.

### 1.7.3 Elemento normativo

Es el conjunto de modalidades convencionales de regular la conducta en el seno de un conglomerado social; es el conjunto de usos que se transforman en derecho eficaz, como consecuencia de su persistencia en el tiempo y del convencimiento arraigado de quienes la practican y que la comunidad ha llegado a considerar beneficioso para todos en el actuar social del hombre; tomando en



cuenta que solo aquellas reglas de conducta que surgen del consenso social de todo el pueblo alcanzarán fuerza normativa.

Existe el criterio que solo deben ser reconocidas como costumbres jurídicas aquellas que cumplan con los siguientes requisitos:

- Que no contradigan una ley o principio fundamental del derecho general; criterio que sostiene el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en el Artículo 8°.;
- Que hayan existido continuamente desde tiempo inmemorial;
- Certidumbre;
- Observancia continua como derecho; y
- Racionalidad.

El criterio anterior se comparte parcialmente, pues el requisito que se señala en el segundo punto, insinúa que el derecho consuetudinario es estático y que no puede evolucionar, lo cual no puede ser así, ya que este derecho es eminentemente dinámico y cambia, evoluciona con el tiempo, aspecto que estudiaremos más detenidamente en el transcurso de este trabajo.

#### 7.1.4 Elemento imperativo

Es evidente que el carácter imperativo del derecho consuetudinario se basa en el consenso, pues esto le da legitimidad por fundamentarse en la



convicción social de que adecuar la costumbre a la convicción de que “así deben ser las cosas” (opinio necessitatis), más se generalizará la repetición de determinada conducta, y mayor será el grado de cumplimiento de la norma.

## 1.8 Características

Las principales características del derecho consuetudinario, son las siguientes:

### 1.8.1 Es objetivo

El derecho consuetudinario Indígena es objetivo porque es un derecho más humano ya que responde con objetividad para el sujeto, a quien debe aplicarse o supeditarse. Trata de darle una solución viable a los conflictos, deduciendo la resolución más favorable para las personas, siempre sin prejuicios de la norma, ya que la lógica del Derecho Consuetudinario radica en el raciocinio. Intenta resolver conflictos sociales por medio de un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de un individuo o de un grupo. En la resolución de conflictos se toman en cuenta razones socialmente aceptables y con la concurrencia de varias personas de una particular manera o modo de acción (uso social o costumbre) y que se tiene en la convicción de que es la mejor forma de satisfacer una necesidad o interés humano y no se basa en premisas, sino en comparaciones en donde se infiere un juicio desconocido a partir de otros conocidos.



### 1.8.2 Es oral

Los usos y costumbres que se practican se transmiten de generación en generación, las normas orales están manifiestas en los hechos y se materializan en la costumbre. El orden jurídico indígena tiene en la palabra su forma de expresión y existencia, gracias a la tradición oral se transmite y se entiende. Por otro lado, a través de códigos orales se pone en relación con representaciones y prácticas sociales. La tradición oral es un sistema de información que conjuga prácticas sociales, memoria histórica, concepción del mundo, normas y valores, la tradición oral, está íntimamente ligada a la cultura e identidad de un pueblo o colectividad que lo manifiesta.

### 1.8.3 Es real

Entendiendo la realidad como lo que no es solo representado, imaginado o pensado, sino que existe independientemente de nuestro representar y pensar; por lo tanto el derecho consuetudinario es real porque responde a la cosmovisión e idiosincrasia de nuestros pueblos, responde a la realidad jurídica del indígena guatemalteco; es una forma especial de impartir justicia y normas especiales de conducta propias de un conglomerado social; sus principios jurídicos pueden buscarse en la práctica social; en su cosmovisión, en su cultura; es esta una gran diferencia entre el Derecho Consuetudinario y el Derecho Occidental, ya que tenga validez y sea de cumplimiento obligatorio, debe reunir formalidades específicas señaladas en cada legislación en su gran mayoría no ha sido producto de las condiciones reales del país, sino que ha sido importada de otras latitudes y realidades y no responde a nuestra



realidad sino ha sido superpuesta a las condiciones objetivas de nuestro país, por el contrario, el Derecho Consuetudinario responde y es coherente a la crítica realidad de nuestros pueblos.

#### 1.8.4 Es dinámico

Al respecto de esta característica existe una dicotomía un enfoque que considera al derecho consuetudinario como estático, fosilizado, inerte, actuando esporádicamente como convulsiones sociales de la conducta humana y que no se utiliza una costumbre nueva porque el acto practicado en un correcto modelo; y un segundo enfoque que considera que las costumbres o normas consuetudinarias cambian con el tiempo y de acuerdo a las circunstancias. Al respecto el Doctor Luis Alberto Padilla, considera que los cambios del derecho consuetudinario pueden ser positivos o negativos, son positivos cuando contribuyen al desarrollo autónomo de las comunidades y negativos cuando causan perjuicio a sus valores culturales o modifican drásticamente su identidad étnica.

Consideramos que es equivocada la idea que el derecho consuetudinario es un conjunto de normas ancestrales, que se han mantenido inmutables desde tiempo inmemorial, si bien es cierto que el derecho consuetudinario puede contener elementos cuyo origen puede remitirse a tiempos remotos, también contiene otros que han surgido en época moderna, ya que desde cualquier punto de vista el derecho consuetudinario refleja el cambio histórico, ecológico, demográfico y cultural de nuestros pueblos.



### 1.8.5 Es eminentemente conciliador

El derecho consuetudinario se caracteriza por el empleo de recursos persuasivos, como por ejemplo consejos dados por personas honorables, consideradas como máximos representantes del pueblo, reuniones con la comunidad, etcétera; acciones en donde se requiere hacer acopio de paciencia, siendo una característica intrínseca de nuestros indígenas; en virtud que el derecho consuetudinario es oral, las conciliaciones se agotan generalmente en la primera audiencia, lo que evita que se formen expedientes de trámite engorroso como sucede con el derecho formal estatal.

### 1.8.6 Es cohesionador

Porque la vigencia del derecho consuetudinario en las comunidades indígenas, contribuye eficazmente a resguardar el derecho fundamental a mantener y adherir una cultura propia y una cohesión social que de esto último deriva inexorablemente. Por tal razón las comunidades indígenas luchan por no perder las costumbres jurídicas, culturales, religiosas y tradiciones que le dan cohesión e identidad a su grupo étnico.

### 1.8.7 Es consensual

Porque la efectividad del derecho consuetudinario está ligada fundamentalmente al consenso que se logre crear en un determinado conglomerado social, respecto a la



necesidad de su cumplimiento, en otros términos, a la convicción social de que acatar la norma consuetudinaria es lo más adecuado, lo correcto, lo justo.

Es evidente que se logra un mejor control social, cuando éste se basa en el consenso, puesto que éste da legitimidad tanto a la autoridad como al orden establecido. La eficacia de las normas consuetudinarias será tanto mayor cuanto más enraizada se encuentren éstas en la sociedad.

#### 1.9. Naturaleza del derecho consuetudinario

Los autores coinciden en afirmar que el derecho consuetudinario es de carácter social por excelencia, porque se apoya en los hechos normativos y en la garantía que el cuerpo social otorga al cumplimiento de éstos; porque las normas consuetudinarias toman como base para regular la conducta de los hombres, su individualidad concreta, atendiendo a su propia identidad y sin despojarlos de la posibilidad de realizarse conforme a su propia naturaleza racional y libre.

También se basa en el consenso, ya que la garantía social de una norma, es mucho más importante que la garantía estatal, la garantía social se apoya en el consenso (elemento objetivo de la costumbre), puesto que éste da legitimidad tanto a la autoridad como al orden establecido.



## 1. 10. Aspectos que tienden a desestructurar el derecho consuetudinario.

Este derecho como se ha indicado anteriormente es un sistema jurídico que regula la conducta de comunidades indígenas en nuestro país, no obstante ha sido reconocido por el Estado, aún existen aspectos que tienden a desestructurarlo, tales como:

### 1.10.1 Que el Estado lo reconozca con carácter de subsistema

Esto en la medida en que se encuentra subordinado al derecho vigente estatal, o que es ignorado, no reconocido y no aplicado por los órganos jurisdiccionales del Estado; sin embargo no puede considerarse como subalterno en cuanto a su valor intrínseco, ya que en el interior de las comunidades indígenas su eficacia es considerable.

El derecho consuetudinario es un sistema normativo real y objetivo, vigente en pueblos indígenas del mundo, principalmente en América. En Guatemala existe un cuerpo normativo consuetudinario, que se ha mantenido vigente a pesar de las vicisitudes de 500 años; el problema estriba en que dicho sistema jurídico es desconocido por los juristas por el hecho que no esté recopilado en lujosos tomos, es más, por no responder a quienes han sido los encargados de elaborar el sistema legal que dicho sea de paso, resulta siendo negativo para los pueblos originarios porque este sistema, no corresponde a nuestros modelos de sociedad



Sin embargo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el Acuerdo de Paz Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, se encuentra entre el sistema jurídico estatal y el consuetudinario propiciando un acercamiento entre ambos sin perjuicio de éstos; por lo que el derecho consuetudinario debe construir un sistema jurídico paralelo legítimo en su aplicación para la población étnica en el ámbito territorial guatemalteco.

### 1.10.2 El conflicto lingüístico

Guatemala, es un país multilingüe, porque se hablan 24 idiomas; 21 de origen maya, siendo estos: el Achi, Akateco, Awateco, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Q'anjob'al, kaqchikel, K'iche, Mam, Mopan, Poqoman, Poqomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sipakapense, Tectiteco, Tz'utuil y Uspanteco; además de los idiomas Garífunas, Xinka y Español. Es importante señalar la distorsión común que es la de denominar como dialecto a otra lengua que no sea el español, lo cual es un error, ya que todas ellas merecen el calificativo de lengua o idioma por contar con una estructura gramatical, con un vocabulario o léxico propios, así como la posibilidad de escribirse y desarrollarse. Un dialecto es una variante social o regional de un mismo idioma; sin embargo el dialecto se convierte en un nuevo idioma cuando los cambios fonológicos, morfológicos y sintácticos ascienden a un 67% de la lengua de la que se deriva. La pluralidad de las expresiones socioculturales del pueblo maya no ha alterado la cohesión de su identidad.



El conflicto surge entre el Estado y las grandes mayorías indígenas; ya que el único oficial señalado en el Artículo 143 de la Constitución Política de la República de Guatemala es el español, a pesar de que en la mayoría de los estudios sociolingüísticos, se ha demostrado la alta relevancia de la lengua para la cohesión y preservación de una etnia; este hecho refleja el papel primordial del lenguaje para toda cultura, es el núcleo de la identidad étnica, su medio de expresión y comunicación.

Sin embargo, el lenguaje es también un formidable instrumento de dominación, por lo que tiene una gran relevancia para un sistema jurídico. Los indígenas dentro del derecho consuetudinario utilizan su propio idioma, pero cuando se ven forzados a utilizar el sistema estatal con todas las dificultades y desventajas que ello implica, se encuentran escasas posibilidades de una defensa justa, un ejemplo muy ilustrativo de lo anterior, nos lo da la Premio Nóbel de la Paz, doctora Rigoberta Menchú Tum, cuando nos relata: “Pagamos una serie de cosas para poder hablar con las autoridades, como no hablábamos el español, entonces teníamos que buscar un intermediario que tradujera las declaraciones de mi madre. El Abogado era un ladino y no entendía la lengua de nosotros. Teníamos que buscar un intermediario para que tradujera. Inmediatamente los terratenientes pagaron al intérprete para que no dijera lo que nosotros decíamos sino que decía otras cosas en lugar de la declaración nuestra. Hicieron grandes maniobras con nosotros”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia. pág.35



Sin embargo, en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas se establece la creación de una Comisión de Oficialización, que estudiará modalidades de oficialización de los idiomas territoriales de los Mayas de Guatemala.

Como consecuencia, el punto de oficialización de los idiomas indígenas debe ser una de las primeras reformas a efectuarse.

Se espera que en un plazo breve el Estado de Guatemala revierta más de 170 años de tradición legal que ordenaba, primero la extinción de los idiomas indígenas (El Decreto Legislativo Número catorce del Congreso de la República de fecha 28 de octubre de 1824, preceptuaba: Los párrocos de acuerdo con las municipalidades de los pueblos, procuraran por los medios mas análogos, prudentes y eficaces, extinguir el idioma de los primeros indígenas).

Luego en la legislación guatemalteca se produce un silencio legal, y por último se toma a los idiomas indígenas como parte del patrimonio cultural, más nunca en igualdad de jerarquía con el idioma español.

En cuanto al derecho consuetudinario, la lengua opera como un aspecto muy importante del mismo, por lo que derecho consuetudinario y lengua indígena se complementan como reivindicaciones, puesto que conforman pilares constitutivos para la supervivencia de nuestros pueblos indígenas.



### 1.10.3 El trabajo religioso llevado a cabo en ciertas comunidades del país

Este factor ha incidido en la desestructuración del derecho consuetudinario a nivel local de ciertas regiones del país, especialmente en aquellos municipios en donde el conflicto violento que enfrentó a grupos insurgentes con el ejército fue más fuerte, ya que los grupos religiosos han sido agentes de transmisión de valores culturales ajenos a las poblaciones indígenas para estos grupos, la solución a los problemas sociales y económicos de los indígenas.

Los grupos indicados, consideran que la solución a los problemas indígenas, se halla en la aceptación de una religión y en el abandono total de sus “supersticiones”. Estos grupos conciben a los indígenas como personas originalmente buenas, pero que por su ignorancia viven en pecado, practicando “costumbres” que no son más que un indicador de moral decadente. Para ellos son una raza caída que es necesario salvar. No existe, o por lo menos no existía hasta hace muy poco tiempo, interés por conocer las ancestrales costumbres y tradiciones de los indígenas, sin pensar ni saber siquiera nada sobre un simple pero legítimo sistema jurídico, que se basa en costumbres que regulan la conducta de las personas y cuya filosofía es mas humana, producto de una floreciente cultura maya que ha sobresalido entre muchas otras en el mundo.



### 1.11 Breve análisis de los instrumentos jurídicos sobre el tema de la identidad y derechos de los pueblos indígenas.

La Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa la igualdad entre los guatemaltecos, sin embargo existen injusticias y la desigualdad es evidente, particularmente para el pueblo maya.

En forma implícita se ha impuesto la cultura ladina ubicándola como superior y se ha tratado de destruir la cultura maya, ubicándola como inferior. A continuación analizaremos dos instrumentos legales que puntualizan los derechos indígenas y se reconoce el carácter multiétnico y pluricultural de los pueblos indígenas y la necesidad de respetar esta diversidad para lograr la estabilidad política y el desarrollo social.

#### 1.11.1 Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en junio de 1989; varios países, en su mayoría de América Latina lo han ratificado, entre éstos Guatemala. Este convenio sirvió como marco conceptual en las negociaciones que culminaron con la firma del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, entre el Gobierno y la Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca (URNG), en marzo de 1995.



A diferencia del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que tiene un enfoque integracionista, asimilacionista y proteccionista, ya que parte de la idea que el problema de los pueblos indígenas desapareciera a medida que las poblaciones se integran a las sociedades en las que vivían, el Convenio 169, promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Asume que éstos seguirán existiendo manteniendo su propia identidad, estructuras y tradiciones; también, asume que éstos pueblos tienen el derecho de participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte.

En resumen, el Convenio número 169 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT tiene un enfoque progresista y pluralista que orienta el derecho legítimo de los pueblos para disfrutar de sus particularidades, en virtud de que ningún pueblo tiene derecho de negar la existencia al otro, en el marco del respeto mutuo para el desarrollo. Asimismo, tiene un enfoque respetuoso de la identidad de los pueblos, los que tienen derecho a ser lo que son y que se desarrollen participando muy activamente, no ser un sujeto pasivo sino asumir el papel autogestionario y protagónico.

Actualmente la Constitución Política de la República de Guatemala tiene cinco Artículos dedicados a las comunidades indígenas, pero son de corte proteccionista e integracionista, por lo que se espera muy pronto, reformas constitucionales que impulsen el carácter pluralista y respetuoso de la identidad de nuestros pueblos, que debe existir para lograr el progreso y desarrollo del país.



1.11.2 Acuerdos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, celebrado en el marco del proceso de paz.

Para dar fin al enfrentamiento armado entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, se negoció la paz. En este proceso de negociación se ha logrado entre otros resultados importantes la firma de este acuerdo, cuyos objetivos son reconocer la identidad de los pueblos indígenas y el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del Estado de Guatemala; luchar contra la discriminación histórica hacia los pueblos indígenas, propiciar la participación indígena en todas las situaciones que les afecten y reconocer los derechos políticos, económicos, sociales y culturales que los pueblos indígenas como componentes de la Unidad de la Nación.

En este acuerdo se reconoce en lo que se refiere a la identidad de los pueblos indígenas, que son descendientes directos de los mayas, respeto a sus idiomas y su cosmovisión. Se solicita la lucha de todos los sectores de la población para superar la discriminación histórica hacia los pueblos indígenas y como parte muy importante de la sociedad, se reconocen los derechos de la mujer indígena.

Respecto a los derechos culturales, se reconocen como pilares sobre los cuales se sostiene la cultura: el idioma, el uso de nombres, apellidos y toponimias indígenas, la espiritualidad, los templos, centros ceremoniales y lugares sagrados, el traje, la existencia y valor de la ciencia y tecnología indígena, y propugna por una reforma educativa como vehículo importante para la transmisión y desarrollo de los valores y



conocimientos culturales, así como promover el respeto y difusión de las culturas indígenas a través de los medios de comunicación masiva.

En cuanto a los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, el gobierno se compromete a promover una reforma constitucional que caracterice a Guatemala como pluricultural, pluriétnica y multilingüe reconociéndose la comunidad maya y sus autoridades indígenas locales, comprometiéndose también a regionalizar la administración de los servicios educativos, de salud y cultura de los pueblos indígenas; promoviendo la lucha contra la discriminación y fomentando la participación de todos los niveles sociales.

En cuanto al derecho consuetudinario, y como parte muy importante en nuestro estudio, el Estado se compromete a reconocer que la normativa tradicional de los pueblos indígenas es un elemento esencial para la regulación social de las comunidades y por consiguiente para el mantenimiento de su cohesión.

Por otra parte, el desconocimiento del derecho consuetudinario que regula la vida comunitaria indígena y la falta de acceso de los indígenas al sistema jurídico nacional han dado lugar a la negación de derechos, discriminaciones y marginación.

Otro punto muy importante del Acuerdo, es lo que se refiere a los derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas; tanto la tenencia colectiva como individual, los derechos de propiedad, de posesión, derechos reales, así como el aprovechamiento de recursos naturales sin perjuicio de su hábitat; para lo cual el gobierno se



compromete a adoptar las medidas para regular la situación jurídica de nuestras comunidades.

Para lograr todos los objetivos del presente acuerdo, el Gobierno se comprometió a realizar las reformas constitucionales y legales necesarias, así como a revisar las leyes vigentes para reformar todo aquello que sea discriminatorio hacia los pueblos indígenas.

Como mecanismos para lograr los compromisos adquiridos se crearon cinco comisiones

- Comisión de Oficialización de Idiomas Mayas;
- Comisión de Lugares Sagrados
- Comisión Paritaria de Reforma Educativa;
- Comisión Paritaria de Reforma y Participación;
- Comisión Paritaria de Tierras

Los sectores mayas de la asamblea de la sociedad civil estarán encargados de organizar la participación indígena en las comisiones paritarias.

Es importante señalar, que para lograr el cumplimiento de este Acuerdo deben realizarse reestructuras, entre otras las siguientes:

- Del poder local ,



➤ Formas básicas de autonomía política dentro de las comunidades

En resumen, este Acuerdo combate prejuicios que obstaculizan la convivencia pacífica de los pueblos y propicia una existencia pacífica de varias culturas para el logro del desarrollo y la paz en Guatemala.

Este Acuerdo entro en vigencia en dos fases: en lo que se refiere a los Derechos Humanos que ya están reconocidos en las leyes del país o en tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre la materia de los que Guatemala es parte, tuvieron vigencia y aplicación inmediata, desde la firma del Acuerdo en particular, y sobre los demás puntos, desde que se firmo la paz firme y duradera, al final de la negociación entre el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, (URNG), el 29 de diciembre del año 1996.





## CAPÍTULO II

### 2. Personalidad del Estado.

Para iniciar, se puede afirmar que el Estado, es la organización jurídico-política más perfecta que se conoce hasta el presente. Es un ente orgánico unitario, estructurado jurídicamente bajo la forma de una corporación, que detenta el ejercicio del poder.

El poder de imperium del Estado, también llamado poder público o poder étático, es uno y único. La división de poderes no es sino la distribución del poder étático entre distintos centros o complejos orgánicos para el ejercicio preferente, por parte de cada uno de ellos, de determinada función, todas ellas destinadas al cumplimiento de los cometidos estatales. Pero los que están separados o divididos son esos centros, no el poder.

#### 2.1 Tipos de Estado

- Unitario: Existe un solo ordenamiento jurídico.
- Federal: Hay una coexistencia de ordenamientos jurídicos
- Federal o nacional.
- Provincial o local: Las provincias ejercen el poder que no han delegado a la Nación; así pues, se reservan la facultad de dictar leyes de orden administrativo.



## 2.2 Elementos

- Población: Es el elemento humano. Al respecto, se debe distinguir entre habitantes que son los residentes dentro del territorio.
- Pueblo: Concepto más restringido, ya que se refiere a la parte de la población que tiene el ejercicio de los derechos políticos.
- Territorio: Es elemento geográfico. En nuestro caso comprende: suelo, subsuelo, espacio aéreo, mar continental, mar argentino y plataforma submarina.
- Poder: o imperium. Energía o fuerza necesaria con que cuenta el Estado para llevar a cabo sus objetivos. La finalidad del Estado es la realización de objetivos comunitarios. El ejercicio del poder será legítimo si el bien que se persigue es el bien común; es decir que una orden para ser legítima (además de emanar formalmente del órgano competente) debe serlo en su sustancia.
- Gobierno: Conjunto de órganos que ejercen el poder, para el cumplimiento de las funciones del Estado.

## 2.3 Personalidad jurídica del Estado

Se entiende la personalidad como “la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente”, de conformidad con lo establecido en el Artículo 583 del Código Civil del Ecuador. Esta capacidad, sin embargo es limitada por el llamado principio de la especialidad. La primera de las



facultades de la persona jurídica y a juicio de muchos la principal, es la de tener patrimonio propio, limitada también por el indicado principio de especialidad; y como consecuencia de todo ello, el de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Se debe pasar inmediatamente a considerar cada uno de estos cuatro atributos: capacidad, patrimonio, especialidad y representación. Se puede decir que estos elementos mencionados son todos consecuencia de un concepto único: la personalidad jurídica misma.

Así, se puede indicar que tener personalidad, ser sujeto de derechos, poseer capacidad jurídica es lo mismo. Se podría añadir: y consecuentemente poseer un patrimonio, ser representado y poder comparecer en juicio.

Para algunos estudiosos era obvio que del reconocimiento de la personalidad jurídica se seguía el reconocimiento de ciertos derechos, sin embargo que los mismos eran más limitados en las personas privadas que en las públicas, en razón de ser más específica su destinación.

A propósito, es frecuente asimilar los conceptos de personalidad y capacidad jurídica o de goce; sin embargo, personalidad es cualidad o aptitud, y capacidad de goce es medida de esa aptitud. De ahí que manifiesta que la personalidad no admite grado (simplemente se tiene o no se tiene), mientras que la capacidad sí (puede ser mayor de una persona a otra).



La capacidad de todas las personas físicas es, en principio, igual y plena. Mas las personas jurídicas nunca tienen una plena capacidad, puesto que esta varía de acuerdo con su categoría, en función del principio de la especialidad. La capacidad jurídica es la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre, es decir, la medida de su participación en el ordenamiento jurídico. Así, se puede concluir esta cuestión diciendo con él, que si bien todos tienen idéntica personalidad, no tienen, en cambio, idéntica capacidad jurídica.

#### 2.4 Las personas jurídicas de derecho público

La persona jurídica del Estado es representada hacia el exterior por el Jefe de Estado y se manifiesta internamente por medio de la administración representada extrajudicialmente por el Jefe de Gobierno; ambos encarnados por el Presidente de la República, quien es el representante legal de la administración y sus ministros actúan en su representación en los contratos relativos al respectivo ministerio. Según la Constitución Política de la República de Guatemala, el Presidente de la República, realiza una doble función: política y administrativa, los Ministros de Estado por su parte, dentro de la esfera de su competencia, pueden delegar atribuciones y deberes a funcionarios o empleados de su ministerio.

El Artículo 15 del Código Civil regula que el Estado es una persona jurídica de derecho público y se le ha considerado también de existencia necesaria. En forma



genérica se denominan "entidades públicas" o "entidades del Estado" a las personas jurídicas de derecho público.

La idea del Estado como persona jurídica es primero expuesta por Hobbes en su obra El Leviatán, donde equipara al Estado con un ser humano, tanto en el sentido naturista como en el jurídico diciendo que el Estado es una obra del hombre similar al hombre como imagen de Dios.

Finalmente Bodin es quien viene a exponer su teoría de la soberanía como atributo especialísimo de la personalidad jurídica del Estado. En la actualidad, esta tesis está aceptada por unanimidad como una ficción legal necesaria entre los tratadistas de Derecho Internacional Público, para poder hacer del Estado un sujeto de derechos y obligaciones y además, radicar en él el interés general.

## 2.5 Maneras de comprender la personalidad jurídica del Estado

Al transcurrir de los tiempos, la manera de comprender la personalidad jurídica del Estado ha variado de la misma manera que las escuelas que se han dedicado a entenderla.

### 2.5.1 Escuela Alemana

Particularmente en la escuela alemana, la noción de que el Estado constituye una persona jurídica de derecho autónomo, lo cual significa, que este es un ser jurídico



distinto a los individuos que la componen, es decir que componen la Nación; una vez constituido el Estado como una persona jurídica, este no es la personificación de la Nación sino que se personifica asimismo, es decir al Estado. Vale decir que lo que se encuentra personificado en el Estado no es la colectividad de individuos sino el establecimiento estatal en sí.

En últimas, esta teoría pretende afirmar que el Estado adquiere su personería jurídica con independencia de la Nación como si se tratara de un ente completamente ajeno al conglomerado social.

#### 2.5.2 Escuela francesa

Niega la personalidad a la Nación afirma que exclusivamente el Estado goza de esta característica. Esta tesis tuvo bastante difusión en Alemania sobre todo por parte de quien sostiene que ni siquiera el pueblo como colectividad de individuos tienen personería y además, que la Nación se limita a ser un órgano del Estado.

#### 2.5.3 La personalidad jurídica del Estado en el siglo XXI

En la actualidad del siglo XXI la personalidad jurídica del Estado es aceptada entre los tratadistas de Derecho Internacional Público como una ficción legal necesaria, de manera que los Estados sean susceptibles de adquirir derechos y obligaciones frente a otros sujetos de Derecho internacional y frente a sus administrados.



Se afirma que en realidad es la Nación el concepto que representa los intereses de la colectividad de ciudadanos y en consecuencia es la Nación y no el Estado quien debe tener la personería jurídica. Además también se fundamenta en que la soberanía reside en la Nación, y el Estado es solamente una manifestación de ella.

No obstante esta diferenciación, actualmente en el lenguaje jurídico ambos términos son usados indiferentemente aunque la precisión conceptual que es pertinente hacer, es que Nación, es un concepto sociológico como aglomerado social, mientras que Estado es jurídico, entendido este como la organización política de la Nación.

Sin embargo hay que hacer la anotación que en este aspecto no existe unanimidad en las legislaciones de los países de la comunidad internacional bien porque se han adherido a otras tesis o porque han tenido "variantes legislativas". Por ejemplo en Colombia la personería la tiene la Nación, en Alemania la tiene en Estado Alemán (Bundensrepublik Deutscheland) y hay casos extraños como el español en el cual la personería jurídica no la tiene ni la Nación ni el Estado sino la Administración.

## 2.6. Estado de derecho o constitucional.

Se ha dicho antes que toda sociedad, por muy elemental que sea, posee un sistema de normas legales que permite la convivencia ordenada de sus miembros. Además, hemos explicado esto dando por supuesto que los hombres obedecen las



normas sin poner objeción. Sin embargo, ahora tenemos que incluir el tema de la obligación de cumplir las leyes, el cual requiere algunas consideraciones históricas.

El problema de la obligación está íntimamente vinculado a las respuestas que podamos dar a las preguntas sobre el origen y la supremacía de las leyes y, por lo tanto, a la del derecho de gobernar que éstas definen. En la llamada Antigüedad Clásica (que abarca los apogeos sucesivos de las culturas griega y romana), la respuesta a la cuestión de la fuente del poder siempre osciló entre la afirmación de un origen divino de las leyes y la de los acuerdos de los hombres. Platón en *Las leyes* y Aristóteles en *La política*, hablaron de las leyes como principios provenientes del raciocinio humano; pero mientras en el primero este raciocinio descubre y postula formas eternas y perfectas que pueblan un mundo inaccesible a los sentidos y la experiencia cotidiana de los hombres, el segundo lo relaciona con las distintas formas de gobierno definidas según los distintos tipos de Constitución posibles.

La fuerza de esta concepción del poder y del derecho a gobernar ha sido una de las más poderosas de la historia. Incluso los movimientos de Reforma protestante, que dieron lugar a partir del siglo XVI a divisiones definitivas en el mundo cristiano, siguieron manteniendo la teoría del derecho divino y la defensa de una sociedad presidida y guiada por la voluntad divina.



## 2.7 Ética y Estado de derecho

La definición más precisa de la noción de Estado de derecho en el pensamiento moderno está probablemente en la obra del filósofo alemán de finales del siglo XVIII Emmanuel Kant. Este pensador, fuertemente influido por Rousseau, trató de justificar a plenitud la fundamentación de las leyes públicas en la razón y libertad individuales, aunque, a diferencia de él, retornó a la senda liberal al preconizar un ámbito moral estrictamente individual como garantía de cualquier ordenamiento externo.

Kant culmina la tradición moderna del contrato social adecuándola a una justificación de la ley a partir de la noción de autonomía moral de los individuos. Esta autonomía no significa otra cosa que la ausencia de dependencias externas del juicio moral y por tanto, libertad y responsabilidad morales de los individuos. Aunque Kant desarrolla toda una argumentación previa de orden moral que servirá de fundamento a su concepción de la política y de las leyes, aquí, por razones de claridad y espacio, partiremos sólo de la idea kantiana de la razón autolegisladora, es decir, de su idea de que la libertad natural de los hombres se caracteriza por la capacidad de dotarse asimismo de leyes morales y jurídicas que guían de manera recta su conducta práctica.

Para Kant, lo característico de los seres humanos es que pueden ser guiados por leyes de la libertad, es decir, por principios que les permiten actuar autónomamente en términos de libre decisión y responsabilidad moral. Como él dice:



Estas leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman morales. Si afectan a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman jurídicas; pero si exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son éticas, y se dice, por tanto, que la coincidencia con las primeras es la legalidad, con las segundas, la moralidad de la acción.

Tratemos de aclarar este párrafo. Para Kant, los hombres tienen la capacidad de establecer las normas que habrán de regir su vida. Cuando se trata de normas personales, que tienen que ver con el modo de conducirse en términos de lo que consideran bueno o malo, hablamos de normas morales. Pero estas normas morales no son distintas de las normas jurídicas. En realidad, ambas responden a la misma capacidad humana de autolegislar. La diferencia radica en que las normas jurídicas, aunque surgen de la moral, se expresan externamente y son aplicadas por medio de una coerción pública legítima.

Las normas morales se vinculan a la deliberación y los principios morales individuales; las normas jurídicas suponen la existencia de una sociedad en la que gobierna un poder legítimo que garantiza su ejecución. La continuidad entre ellas equivale a la continuidad entre la moral individual y la vida política regida por leyes. Por esta razón, también Kant recurre a la idea de contrato social, pues tiene que mostrar el fundamento de la obligación ciudadana de obedecer las leyes de la sociedad.

De este modo, el contrato social permite que la razón legisladora de cada individuo se comprometa a abandonar su libertad natural, salvaje y sin ley, y la recupere



luego como miembro de una comunidad, es decir, como miembro de un Estado. El contrato social vincula las aspiraciones morales individuales con un sistema de leyes jurídicas que permiten a los hombres guiar la búsqueda de su propia felicidad.

Este último punto es esencial. A diferencia de Rousseau, Kant no cree que el Estado deba tener como objetivo la felicidad de sus ciudadanos. Ésa es más bien una aspiración que cada uno de ellos debe satisfacer. Por eso, las leyes del Estado no pueden plantearse el bien común como equivalente de la felicidad de todos. Si así fuera, el Estado estaría robando a los individuos su autonomía para decidir sobre las mejores vías para alcanzar su felicidad. Lo que el Estado tiene que hacer es promulgar una Constitución que establezca normas generales y abstractas que garanticen la libertad e igualdad de todos los hombres en términos legales. Las normas constitucionales deben estar en consonancia con las normas morales descubiertas por la razón autolegisladora. Esta relación entre normas morales (que ordenan el comportamiento interno) y jurídicas (que ordenan el comportamiento externo) sólo tiene sentido si están orientadas por el mismo principio moral. Tal principio es el que Kant llama «el imperativo categórico», cuyas distintas formulaciones coinciden en definir como moralmente prohibida toda interferencia con la libertad individual, la integridad humana y las metas legítimas de los demás. En este sentido, las leyes, definidas en el horizonte del imperativo categórico, tendrán básicamente una definición negativa, es decir, habrán de definir la libertad más como derecho de los individuos a no ser obstaculizados en sus proyectos que como prescripción positiva de actos determinados. En términos más sencillos: las leyes, según Kant, hacen libres a los hombres al



proteger su espacio de decisiones, no al proponer medidas concretas para su desarrollo personal.

Este último punto también es fundamental en una concepción del Estado de derecho. Según Kant, las libertades básicas están garantizadas en un Estado que, por definición, es un Estado de leyes. Por ello dice que:

El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal.

## 2.8 Estado de Derecho y Constitución

El marco legal de este sistema liberal-democrático de instituciones es la Constitución. Las constituciones se han convertido en la ley suprema de las sociedades modernas. Pero esta supremacía sólo puede ser legítima si expresa los principios fundamentales del Estado de derecho.

No es necesario rechazar que las constituciones sean fuente de las demás leyes, sino sólo recordar que son, en sí mismas, el elemento de vinculación de la experiencia moral y política de las sociedades con su experiencia de codificación racional de las leyes. En consecuencia, las constituciones no pueden ser vistas como ordenamientos finales que definen por sí mismos los principios de justicia que rigen socialmente. Por el contrario, las constituciones expresan una serie de valores socialmente compartidos



que, aunque han encontrado esa forma de manifestarse, existen fundamentalmente como patrimonio moral y político de una comunidad específica.

Las constituciones no originan el Estado de derecho, sino que son más bien su expresión y plasmación codificada. La legalidad a la que sus principios dan lugar ha sido aceptada como valor compartido de la ciudadanía y cuyos principios provienen de las luchas, acuerdos y equilibrios resultantes de la interacción de los sujetos políticos. No obstante, una vez que una constitución ha sido establecida y su aceptación se ha generalizado, sus ordenamientos tienen una obligatoriedad que no posee ninguna norma moral o práctica política.

La doctrina del Estado de derecho exige que el principio que inspire toda acción estatal consista en la subordinación de todo poder al derecho. Pero esta subordinación sólo es posible gracias al proceso histórico de constitucionalización de las normas limitantes del poder político. Por ello, el llamado «constitucionalismo» moderno es inseparable de los fundamentos ético-políticos del Estado de derecho. Los principios constitucionales desempeñan funciones distintas según la perspectiva con que se les contemple. Cuando un juez imparte justicia recurriendo a las normas vigentes en la sociedad, se dice que actúa sub lege (según leyes establecidas); éste es el aspecto funcional del Estado de derecho y, por cierto, el que tomado de manera aislada conduce a la ilusión positivista de la plena autonomía de las leyes.

La democracia como método de elección de gobernantes no se limita, entonces, a regular el cambio sistemático y pacífico de quienes ejercen el gobierno representativo, sino que, entre otros resultados, permite la institucionalización jurídica de los principios



y valores políticos democráticos. Las normas constitucionales derivan por ello su justicia del método que las ha hecho posibles: la decisión o soberanía ciudadana expresada por medio del principio de mayoría. Si se olvida esta conexión fundamental, se olvida también que la democracia es el único recurso que permite la reforma y el perfeccionamiento de las normas jurídicas por una vía pacífica y racional.

Las democracias contemporáneas son sistemas políticos necesariamente representativos. A diferencia de los modelos antiguos de democracia por ejemplo la democracia griega, que convocaba a los hombres libres y decidía pública y colectivamente lo que las leyes debían ser, o el ideal democrático que suponía la vida democrática en pequeñas poblaciones donde todo el mundo participaba de las decisiones de la voluntad general), las democracias de hoy tienen que funcionar mediante un sistema de representación, es decir, de sustitución y concentración de la multitud de decisiones políticas individuales en la figura de un legislador o gobernante electo. En ellas, grupos políticos organizados como los partidos políticos o las coaliciones presentan sus programas de gobierno a los ciudadanos, quienes con su voto habrán de decidir cuál de ellos ocupará los puestos de decisión política. Como se sabe, el mecanismo que da razón de ser al principio de representación política democrática es el principio de mayoría. En efecto, es la mayoría de los ciudadanos la que decide qué grupo habrá de ejercer el poder durante un período previamente determinado.



## 2.9 Estado de derecho y sujetos políticos

Las democracias contemporáneas son sistemas políticos necesariamente representativos. A diferencia de los modelos antiguos de democracia (v. gr., la democracia griega, que convocaba a los hombres libres y decidía pública y colectivamente lo que las leyes debían ser, o el ideal democrático de Rousseau, que suponía la vida democrática en pequeñas poblaciones donde todo el mundo participaba de las decisiones de la voluntad general), las democracias de hoy tienen que funcionar mediante un sistema de representación, es decir, de sustitución y concentración de la multitud de decisiones políticas individuales en la figura de un legislador o gobernante electo. En ellas, grupos políticos organizados como los partidos políticos o las coaliciones presentan sus programas de gobierno a los ciudadanos, quienes con su voto habrán de decidir cuál de ellos ocupará los puestos de decisión política. Como se sabe, el mecanismo que da razón de ser al principio de representación política democrática es el principio de mayoría. En efecto, es la mayoría de los ciudadanos la que decide qué grupo habrá de ejercer el poder durante un período previamente determinado.

Dadas las dimensiones y las formas de organización de las sociedades actuales parece muy difícil, si no imposible, que algún tipo de participación directa pueda sustituir al principio de representación como mecanismo de actualización de la voluntad de los ciudadanos. Si fuéramos capaces de imaginar lo que sucedería en una situación ideal en la que todos los ciudadanos con derechos políticos pudieran debatir cualquier



proyecto de ley, no atinaríamos siquiera a encontrar un mecanismo justo que permita la expresión de todos los implicados, para no hablar de las dificultades de alcanzar acuerdos. Por ello, no parece haber más alternativa para la expresión de la voluntad de los ciudadanos que los sistemas electorales, que otorgan un peso idéntico a cada ciudadano («un hombre, un voto») en la designación de quienes habrán de tomar las decisiones que afectarán a todos.

La necesidad de recurrir a la representación niega aparentemente un fundamento individualista a la política democrática, pues parece avalar el argumento de que la influencia real que un ciudadano puede ejercer en la vida comunitaria siempre tiende a ser nula. Las democracias contemporáneas son sistemas políticos masificados cuyos métodos no pueden sustentarse en la participación delimitada de cada ciudadano, sino en su integración en grandes tendencias que así adquieren significado. La formación de grupos y tendencias políticas relevantes propende a limitar los proyectos políticos que se presentan en una sociedad. No es posible que cada opinión ciudadana represente un punto de vista absolutamente diferenciado; es necesario, por el contrario, que las opiniones individuales, aglutinándose y perdiendo su perfil privado, formen fuerzas dotadas de capacidad de negociación y decisión políticas. En cierto sentido, parece tener alguna base la crítica de Rousseau a la democracia representativa inglesa por ser un sistema «donde los individuos sólo eligen a quien en adelante habrá de someterlos.

Sin embargo, no es la propuesta de la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones políticas lo que podría rescatar el papel fundamental de los individuos en los procedimientos democráticos. La presencia individual cobra relevancia



más bien en el terreno de la fundamentación de estos procedimientos. Aunque el funcionamiento efectivo de la democracia requiere la presencia y acción de grupos y asociaciones, el principio normativo que le subyace continúa siendo individualista, pues concede a cada individuo el mismo peso en el mecanismo democrático por excelencia: las elecciones. La definición de los individuos como ciudadanos plantea un supuesto político democrático fundamental: la representación gubernamental de los intereses ciudadanos. El origen y sentido de la democracia se localizan, en última instancia, en la conservación y el desarrollo de los individuos que voluntariamente la sustentan.

Las necesarias complejidades del proceso democrático no deben hacer olvidar en ningún momento el principio normativo democrático de la primacía de los derechos humanos fundamentales sobre cualquier otro interés político. Las normas del Estado de derecho, al proponer la inviolabilidad de los derechos fundamentales de los individuos, establecen un límite insuperable a la acción de los grupos y las instituciones en el marco democrático. Así, son los principios consagrados por la figura del Estado de derecho los que, por varias vías, garantizan que los derechos humanos fundamentales no resulten afectados por los posibles efectos negativos del mecanismo de representación. El elemento de continuidad del liberalismo es ciertamente la defensa de los derechos individuales en el marco del Estado de derecho, suceda lo que suceda.

El principio democrático que postula que los derechos fundamentales de las minorías deben ser respetados por las decisiones de la mayoría implica que, así fuese un solo hombre quien se opusiera a la voluntad de la mayoría, su derecho a hacerlo estaría garantizado por el Estado de derecho.



En el siglo XIX, Alexis de Tocqueville postuló que el mayor riesgo inherente a la democracia es la tiranía de la mayoría y por ello preconizaba un control a su avasallante poderío. Tal control, podemos decir ahora, reside en las instituciones de la legalidad democrática, las instituciones del Estado de derecho.

## 2.10 El derecho indígena y la administración de justicia.

El derecho indígena es un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo. ¿Qué es el derecho indígena, dónde y quiénes lo aplican? Es posible definirlo como un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo. Su objetivo es buscar la armonía en la población, por lo que es necesario que todas las partes en conflicto asuman el proceso en forma voluntaria.

Quienes lo imparten son las autoridades indígenas, elegidas por su colaboración con la comunidad y sus cualidades personales. Ninguna autoridad puede cobrar por su servicio.

A pesar de que todas las organizaciones y juristas consultados aseguran que es una práctica cotidiana en los departamentos con mayoría indígena, este derecho continúa sin tener reconocimiento oficial.



Es necesario oficializar el derecho indígena y reconocer sus aspectos jurídicos para que todos conozcan sus alcances y límites. Se asegura que el derecho maya es una alternativa ante la ausencia de justicia oficial en las áreas indígenas.

En sus recientes recomendaciones, Rodolfo Stavenhagen, relator especial para los pueblos indígenas, señaló que la falta de acceso a la justicia por parte de los indígenas es un problema grave, al que el Estado debe darle solución. El costo de los procesos, la lejanía de los juzgados y el empleo exclusivo del español son los elementos que dificultan el acceso.

En el documento “Primer informe alternativo maya de observación”, se indica que el Organismo Judicial no ha atendido la recomendación del relator de tomar medidas legislativas para reconocer y respetar la práctica del derecho indígena y sus autoridades y continúa sin reconocimiento legal la existencia y vigencia milenaria del sistema jurídico maya.

En un estudio de la Defensoría Maya en las regiones indígenas, se determinó que el 98 por ciento de los problemas de las comunidades fueron resueltos a través del sistema maya.

De los 219 casos analizados, el 26.02 por ciento correspondía a problemas familiares, el 14.15 a conflictos de tierras, el 8.67 a problemas comunitarios y el 7.30 a herencias.



Asimismo, el 7.30 por ciento fue por atentados contra la propiedad privada, el 5.47 por linderos de tierras, el 5.02 por calumnias, el 4.10 agresiones por ebriedad, el 3.19 por daños a cultivos, el 2.73 por estafas y el 1.36 por homicidios, entre otros.

Totonicapán es un ejemplo de su puesta en práctica. En un juicio público efectuado en el año 2004 se inició con la bienvenida a todos, una oración para orientar las decisiones de las autoridades y la presentación de los participantes, incluidos los acusados.

El presidente del comité de los 48 cantones, Fortunato Solís, en su papel de juez, expuso el problema, aleccionó a la población sobre lo que significa destruir los bosques y el futuro que le espera a sus hijos si éstos desaparecen.

“El señor Fortunato Solís, en un discurso ante una comunidad expuso: “He recorrido varias de sus comunidades y da tristeza ver cómo hasta los árboles chiquitos son cortados”, señaló. “¿Quién de ustedes se animaría a destruir su propia casa?” interrogó a la concurrencia.

Tras los planteamientos morales, un miembro de cada comunidad expuso su situación, de pie ante las autoridades. Todos evidenciaron la falta de oportunidades laborales y las necesidades por las que pasan sus hijos, pero finalmente reconocieron que cortan y venden la madera.

Las autoridades comunales reflexionaron sobre las propuestas y en minutos emitieron su decisión: las cuatro comunidades deben crear un comité forestal, hacer un



plan de manejo forestal coordinado con el Instituto Nacional de Bosques, asistencia a talleres sobre la protección ambiental, junto a sus hijos y constituir un vivero.

“¿Estamos todos de acuerdo?”, preguntó Solís. Todos levantaron la mano, pero fueron advertidos de que en caso de incumplir lo acordado, la autoridad indígena tendría que imponer castigos más duros.

En este sistema jurídico, cuando alguien comete una falta le advierten una vez, si reincide se llama a las autoridades para arreglar en definitiva el problema. En caso de que persista, se emplean como penas máximas, el azote o el destierro. La sanción más grave establecida en el derecho maya es el destierro de la comunidad, debido a que la relación de los indígenas con su tierra es muy fuerte.

## 2.11 Primer reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

Existen avances en el reconocimiento del derecho indígena, como la sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre que a una persona juzgada por ese derecho no puede volvérselo a juzgar por el occidental. Este es el primer caso de reconocimiento de las sentencias del derecho consuetudinario.

Guatemala debería aprender de Colombia donde en las regiones indígenas funciona con su propio sistema. Han creado un tribunal especial con potestad para revisar los casos por si hubiera violación a los derechos humanos, pero siempre con perspectiva intercultural.



Aunque la Constitución acepta la práctica de la costumbre indígena, deben crearse mecanismos de coordinación entre la justicia oficial y el derecho consuetudinario. Ella considera que la sociedad no está preparada para la existencia de dos sistemas paralelos.

Mientras, a nivel interinstitucional se ha firmado un convenio que busca el reconocimiento de este sistema jurídico, a través de la formación de profesionales y la sensibilización social.



### CAPÍTULO III

#### 3. Derecho consuetudinario y democracia.

El Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, obliga al Estado a reconocer, respetar y promover las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de las comunidades indígenas.

Democracia es una forma de gobierno en la cual, en teoría, el poder para cambiar las leyes y las estructuras de gobierno, así como el poder de tomar todas las decisiones de gobierno reside en la ciudadanía. En un sistema así, las decisiones tanto legislativas como ejecutivas son tomadas por los propios ciudadanos (democracia directa) o por representantes escogidos mediante elecciones libres, que actúan representando los intereses de los ciudadanos (democracia representativa).

En la práctica, en la historia inicial de la democracia primó la componente directa, pero en la actualidad todos los sistemas democráticos del mundo son principalmente de tipo representativo.

Esta definición general tiene algunos matices. No todos los habitantes de un determinado municipio, región o estado democráticos participan en la política, sino sólo aquellos que ostentan de pleno derecho la condición de ciudadanos, y dentro de estos, sólo aquellos que eligen participar, generalmente mediante el voto en unas elecciones o cualquier otro proceso electoral como el referéndum.



En su uso actual, la palabra democracia se utiliza como sinónimo de democracia liberal. Este concepto moderno difiere bastante de cómo el término fue definido y utilizado por los griegos durante la democracia ateniense. Así, aunque estrictamente el término democracia sólo se refiere a un sistema de gobierno en el cual la ciudadanía ostenta la soberanía, el concepto de democracia liberal amplía esta definición con una serie de condiciones adicionales:

- Una constitución que limita los diversos poderes y controla el funcionamiento formal del gobierno, y constituye de esta manera un Estado de derecho;
- División de poderes
- El derecho a votar o ser electo en las elecciones
- Libertad de expresión
- Libertad de prensa, así como acceso a fuentes de información alternativa a las propias del gobierno
- Libertad de asociación
- Ciudadanos educados e informados acerca de sus derechos y deberes

A partir de lo anterior, algunas personas han sugerido la siguiente definición de democracia: la regla de la mayoría con derechos para las minorías.

Existen muchas variantes del concepto de democracia, algunas de ellas llevadas a la realidad y otras sólo hipotéticas. En la actualidad el tipo de democracia más extendido es la democracia representativa, de hecho se trata del sistema de gobierno más utilizado en el mundo. Algunos países como Suiza o Estados Unidos cuentan con algunos mecanismos propios de la democracia directa. La democracia deliberativa es



otro tipo de democracia, menos popular que las anteriores, que pone el énfasis en el proceso de deliberación o debate y no tanto en las votaciones.

### 3.1 Población guatemalteca:

La población de Guatemala es la más numerosa entre los países del istmo centroamericano, y aunque su ritmo de crecimiento medio anual ha disminuido en los últimos años, todavía se mantiene elevado y es sólo ligeramente menor que el observado en Honduras y Nicaragua durante el período 1995-2000. Ello ha sido el resultado de la persistencia de una elevada fecundidad -la más alta de la región latinoamericana- y de la disminución de la mortalidad, que contribuyó a una mayor sobrevivencia de la población.

Como saldo neto de estos cambios, la población guatemalteca se caracteriza por su extraordinaria juventud: cuatro de cada diez personas son menores de 15 años y seis no tienen aun 20 años. La elevada mortalidad -tanto general como infantil y materna- y la alta fecundidad son rasgos acentuados entre los grupos indígenas y rurales. Estos subconjuntos de la población nacional requieren un trato preferente de la política pública para enfrentar con éxito los desafíos inherentes al desarrollo. Una proporción importante de las muertes, especialmente de los niños, se origina en trastornos de salud evitables, asociados a las deficiencias alimentarias y a las inadecuadas condiciones sanitarias. A su vez, la alta fecundidad parece responder al efecto combinado de patrones culturales tradicionales y de las limitaciones de acceso a



la información y a medios adecuados que promuevan un manejo responsable de la sexualidad y la reproducción.

El 48% de la población nacional reside en las regiones Metropolitana y Suroccidente, y cerca de la cuarta parte en el departamento de Guatemala -donde se ubica la ciudad capital, que alberga a más de la mitad de la población urbana del país. Junto con Haití y Honduras, Guatemala conforma el grupo de países de menor grado de urbanización en el contexto latinoamericano. Cuatro de cada diez migrantes interdepartamentales tienen al departamento de Guatemala como destino preferente, lo que obedece a sus mayores oportunidades económicas y de consumo en comparación con los otros contextos territoriales; Santa Rosa y Jutiapa, por su parte, son los departamentos con menores posibilidades de retención de su población. Guatemala es un país de fuerte emigración internacional y los Estados Unidos y México constituyen el destino principal de los emigrantes; a su vez, siete de cada diez inmigrantes internacionales provienen de países limítrofes, especialmente de El Salvador.

Si bien las proyecciones demográficas ponen en evidencia que hacia el 2020, la población guatemalteca aumentará sostenidamente su esperanza de vida y reducirá su fecundidad, continuará mostrando niveles relativamente altos respecto a la mayoría de países de América Latina, lo que redundará en una estructura etaria juvenil. Estas condiciones incidirán en la evolución de las demandas sociales futuras, cuyas magnitudes se estiman en la sección final de este documento.



### 3.2 Derechos de los pueblos indígenas.

La población indígena guatemalteca (Maya, Xinca) y afrodescendientes (Garífuna) constituye aproximadamente un sesenta por ciento de la población guatemalteca, sin embargo han sido históricamente oprimidos y sistemáticamente excluidos. Desde 1996 el año de la firma de los Acuerdos de Paz, hay una institucionalidad y diversidad de nuevos espacios para la participación de los pueblos indígenas, sin embargo la existencia formal de marcos políticos y jurídicos que reconocen dicha participación en la toma de decisiones no ha garantizado una voluntad política para implementar acciones que transformen la realidad de los pueblos indígenas. Hay un vacío de acciones políticas, administrativas y de apoyo financiero para cumplir con los fines y objetivos de esta institucionalidad y de las leyes aprobadas.

Guatemala es uno de los países con mayor concentración de riqueza, donde la geografía de la pobreza coincide casi exactamente con la territorialidad indígena. Estas asimetrías se intensifican con la discriminación racial que ha determinado la segregación social, cultural y política de los indígenas, sus reducción a las regiones más desfavorecidas en términos agronómicos y la explotación de su trabajo para la consolidación de los latifundios y la construcción de las obras de infraestructuras que permitieron su crecimiento.

En Guatemala los recursos comunes no sólo han sido un factor decisivo en la conservación, sino también constituyen un mecanismo de identidad comunitaria. La fragmentación y la pérdida de las tierras comunitarias afecta a las organización y las relaciones sociales en las comunidades indígenas, provoca la sobre explotación de los



recursos naturales, el deterioro de sus sistemas tradicionales de producción y las migraciones laborales en condiciones inhumanas, tanto al interior como de manera ilegal a otros países. Por esta razón se necesita una reforma agraria que integre la cosmovisión indígena.

En este contexto también se necesita mencionar que la industria minera está ocupando los últimos años cada vez más tierras cultivables. Y también el impacto de la extracción petrolera sobre los sistemas de aguas está afectando en ciertas regiones (sobretudo en el norte del país) de manera negativa aumentando superficie de tierras cultivables así como cada vez más afecta los bosques tropicales, la fuente principal de la biodiversidad del país. Por fin, también la deforestación irracional en todas las partes del país esta causando una erosión de nivel alarmante que también esta afectando las tierras cultivables.

Es importante tomar en cuenta en una tal política los efectos de la globalización sobre los pueblos indígenas, en particular con respeto a sus derechos sobre territorios, recursos naturales y derechos de propiedad intelectual sobre técnicas y conocimientos colectivos tradicionales.

Es útil también de recordar en este contexto el papel que juegan los pueblos indígenas y comunidades locales tradicionales en la conservación y protección de la biodiversidad, incluido la biodiversidad agraria, como reconocido en el Convenio sobre la Protección de la Diversidad Biológica (1992), así como la necesidad de crear mecanismos de remuneración adecuada para que los pueblos y comunidades puedan continuar jugando ese papel.



### 3.3. Convenio 169 en el contexto de los pueblos indígenas.

El Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, es el único instrumento internacional vinculante que reconoce los derechos de los pueblos indígenas, y que ha sido ratificado por Guatemala, debe ser aplicado en toda legislación e instancia que tenga relación con los pueblos indígenas.

Sobre este aspecto, destacamos la apreciación de la Nota Conceptual : la cual indica que la participación especialmente en la toma de decisión política ha estado restringida a unos cuantos grupos que tienden a estar dominados por hombres no indígenas. La poca presencia de representantes indígenas así como de diputadas en el Congreso ilustra las limitaciones persistentes en los mecanismos de representación de las mayorías a nivel político.

### 3.4 Acuerdos de paz: Derechos de los pueblos

Los Acuerdos de paz indican, en el inciso relativo a los derechos de los pueblos indígenas, que el Estado debe promover la aceptación social y el desarrollo de las especificidades culturales de los pueblos indígenas. corte suprema de justicia.

### 3.5 Organismo Judicial y derecho consuetudinario

Hace un año, la Corte Suprema de Justicia sentenció en casación que nadie puede ser juzgado dos veces por un hecho, incluyendo sentencias mediante el sistema maya, lo que reconoce implícitamente su validez legal.



### 3.5.1 Reparación: Homicidio

En un caso de homicidio, en el que un hombre mató a otro tras una riña, la familia de la víctima prefirió que fuera aplicada la justicia maya que la oficial. El motivo es que el encierro del victimario no iba a traer ningún beneficio a las víctimas, mientras la sentencia de las autoridades mayas les compensaba más. La sentencia fue que el victimario tuviera que mantener a la familia de la víctima, a través de su trabajo, hasta que los hijos del difunto cumplieran su mayoría de edad.

Además, si pretendía quedarse en la comunidad tendría que someterse a la vigilancia de las autoridades, bajo aviso de un castigo mayor si se repetía el hecho.

### 3.5.2 Precedente: Robo agravado

Se litigó en la Corte Suprema de Justicia, en casación, la defensa de un indígena que había sido sentenciado en su comunidad al pago y resarcimiento del delito de robo agravado.

También cumplió la sanción moral y pública de recibir nueve azotes, aceptados por él. Luego, la Policía lo detuvo por confeso. Los tribunales ordinarios lo condenaron a ocho años de prisión por robo de un vehículo, que había devuelto a su dueño.

La Asociación de Abogados Indígenas recurrió la sentencia hasta casación y la Corte reconoció el derecho indígena, en octubre de 2005. El sentenciado fue dejado en libertad porque una persona no puede ser juzgada dos veces.



### 3.6 Debate sobre la posibilidad de convivencia de los dos sistemas jurídicos

Todas las comunidades indígenas mantienen su sistema de justicia, con especificidades por región, dependiendo del grupo étnico al que pertenezcan, pero con una base común. En Guatemala se ha intentado coordinar los dos sistemas a través de los juzgados comunitarios, pero lo único que han hecho es destruir el sistema indígena, ya que no han respetado ni sus procesos ni sus autoridades.

Se considera que la mejor opción sería un sistema integracionista, parecido al que se usa en Colombia, de forma que puedan convivir ambos sistemas jurídicos sin que uno tenga que estar supeditado al otro como sucede ahora.

En cuanto a la falta de documentación de las normas de la justicia indígena, es difícil sentar jurisprudencia porque los indígenas juzgan hechos que han supuesto un trastorno para la comunidad, aunque no esté contemplado previamente como delito, algo imprescindible en el derecho occidental. No se juzga por separado cada delito cometido por la persona, sino que nosotros evaluamos el comportamiento del infractor a lo largo de su vida.

Para evitar que se cometan abusos, la Defensa Legal Indígena propone la constitución de un ente que vele por el respeto de los derechos humanos, que podría ser la Unidad de Pueblos Indígenas de la Procuraduría de los Derechos Humanos.



### 3.7 Costumbres indígenas.

El Centro Pluricultural para la Democracia es una organización local que enseña a alcaldes y municipalidades sobre un mejor liderazgo, planificación y administración. En el 2003, la organización comenzó hacer investigaciones sobre el caso de Totonicapán, lo cual en primer punto el sistema tradicional ha cooperado con el maya y por eso fue conocido oficialmente.

El derecho indígena consiste en un conjunto de reglas que se deben cumplir dentro de la comunidad. Hay principios básicos que rigen al derecho indígena: el respeto a los demás, la solidaridad dentro de la comunidad y el trabajo común. Las sanciones son las que pueden hacer reflexionar a la persona, cambiar de actitud. Hay sanciones de orden moral y de orden material pero en el sentido reparador. Lo menos que se presume es meter el delincuente en la cárcel.

En Totonicapán, una mesa de 13 notables donde estaban representados los diferentes sectores de la comunidad (entre ellos una comadrona, un maestro y un sacerdote) celebraron la ceremonia. Hubo 13 notables porque es un número sagrado en la numerología maya, y participó una comadrona porque, según costumbres indígenas, el momento del nacimiento es decisivo para la personalidad del hombre, y la comadrona tenía que aclarar el rasgo característico de los ladrones. La fecha del juicio era un día propicio para la siembra, así que sembrarán en las personas procesadas la semilla de un buen comienzo.



En suma, son el derecho a respetar la identidad de cada pueblo, que no es patrimonio exclusivo de los pueblos de América, sino de todos los pueblos del mundo. Cada quien tiene derecho a vivir dentro de su historia, de buscar el desenvolvimiento de su vida conforme a los valores del grupo humano al cual pertenece y de estructurar el futuro de su familia, inspirado en los recuerdos del pasado que enredados con el presente, sirven para proyectar el porvenir.

### 3.8 Derecho consuetudinario e idioma maya

En el derecho indígena se pronuncian las sentencias en el idioma maya local y es una gran ventaja, especialmente en el altiplano donde mucha gente no entiende el español porque sólo tienen pocos años de educación y hablan uno de los 22 idiomas mayas como su lengua materna. En el derecho oficial todo sucede en el español y no hay una tradición de traducción.

Una de las ventajas es que se juzgan en nuestro idioma y existe un diálogo. La otra ventaja es que todos los padres, los hijos, los hermanos, participan para poder conocer un conflicto y darle solución. Y además el derecho indígena no deshumaniza a la persona, sino al contrario lo que hace es tratar de orientarlo para volver a una vida normal

Otro aspecto del derecho indígena es la moral. El derecho indígena valora la vergüenza y, por ejemplo, el acusado podría ser condenado a caminar a través de un pueblo sólo vestido en calzoncillo.



Los indígenas consideran que si cometieran un crimen y por ejemplo el castigo fuera de que paseara desnudo en el parque de Totonicapán, se tendría mayor vergüenza. Sería una humillación para su familia y todos los que convivan con ellos, eso duele más que los metieran diez años en la cárcel.

En Totonicapán, se llevó a cabo un juzgamiento por autoridades indígenas tradicionales en coordinación con el Juez de Instancia Penal, la defensa Pública y el Fiscal Distrital. También el Centro Pluricultural para la Democracia participó en el proceso.

En público, los procesados reconocieron su falta y cada uno de rodillas frente a sus hijos, esposas y padres pidieron perdón a la comunidad y a las autoridades por su conducta y dieron su palabra de corregir sus vidas y trabajar honestamente. Al finalizar la ceremonia se pidió a los procesados compensar a la comunidad con trabajo comunitario.

El proceso muestra que es posible solucionar conflictos localmente, y de este modo restablece el sentido de justicia, lo que es muy importante para prevenir los linchamientos y otros crímenes graves. Muchas veces la gente lincha porque está decepcionada con la justicia corrupta e inefectiva.



### 3.9 Debilidades y desconfianza.

No obstante, el derecho indígena tiene algunas debilidades, No hay reglas escritas y por eso sería difícil deducir una práctica general. Además, el derecho oficial no reconoce el derecho indígena y una gran parte de la población tiene desconfianza en el sistema maya.

Una desventaja es la negación por parte del sistema jurídico estatal. Hay muchos juristas con origen maya que son los más radicales. La causa es el racismo y los prejuicios contra el derecho indígena.

Se espera que se utilicen las experiencias con el derecho indígena para divulgar una práctica de soluciones pacíficas de los conflictos locales, presionar a las autoridades para tomar en serio los principios mayas e introducir el trabajo comunitario en la ley penal, lo cual es de gran beneficio para las comunidades de nuestro país ya que no contiene esta alternativa de prisión.

El derecho indígena ya soluciona muchos conflictos. Hay miles de casos, pero no son registrados. Los casos más típicos que resuelven las autoridades locales son problemas entre esposo y esposa, conflictos de terreno, problemas de violaciones y robos menores.



No debe olvidarse que cada pueblo indígena, ostenta en su estructura sociocultural un sistema jurídico que responde a su cosmovisión e idiosincrasia, es decir su forma de ser y de percibir el mundo, de la forma más simple del orden colectivo, sin más premisa que la armonía social, sin contraponerse a la disciplina cotidiana del accionar humano.

Dentro de cada sistema jurídico indígena hay elementos y normas comunes y diferentes, pero ninguno estrictamente establecido, porque el mismo no es subjetivo sino objetivo. No es comercio, sino servicio a la comunidad y a la persona, según el campo en que se necesite: el trabajo, el matrimonio, los negocios, la tenencia de la tierra o en otros campos.

La reivindicación del respeto a los valores culturales es fundamental en toda su amplitud y con todas sus consecuencias. Del mismo modo en que se debe respetar el derecho a sobrevivir económicamente con dignidad, se debe respetar el otro aspecto, que es el de la espiritualidad y del fondo de la vida. Cada pueblo tiene derecho a concebir el mundo y la vida interior y colectiva desde el punto de vista particular, siempre y cuando no se arrogue el supuesto derecho de imponer esta forma de pensar y de actuar a los demás.

Un respeto real a la vida humana, conculcada todo el tiempo, sólo se puede lograr mediante una nueva organización de una forma distinta de poder solucionar los problemas más ingentes de comida y de las necesidades más elementales, pero también a pensar y a que se escuche lo que se piensa. Por eso, se ignora realmente si



ante el reto al cual estamos abocados, en primer lugar, la gente, en globo, sea capaz de comprenderlo en su profundidad.





## CONCLUSIONES

1. El reconocimiento efectivo a los derechos de los pueblos indígenas solamente es posible mediante transformaciones del régimen actual de la organización del Estado.
2. No son suficientes las declaraciones de las instancias internacionales, interamericanas y nacionales. Hacen falta nuevas legislaciones, no meramente programáticas, sino sustantivas y procesales, que reconozcan plenamente los derechos indígenas, eviten interferencias en los modos tradicionales de vida y desarrollo propio de los pueblos indígenas y sean fácilmente exigibles.
3. Los principios jurídicos de generalidad de la ley e igualdad jurídica excluyen a los indígenas, en donde el derecho positivo es el mundo de las ficciones.
4. El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales es un cuerpo de principios legales que guían legislaciones específicas para responder a las aspiraciones del pueblo maya. Un indígena tiene el derecho de pensar, sentir actuar y morir como tal, nadie puede imponer una conciencia extraña a la identidad del pueblo maya.





## RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, a través del Organismo Ejecutivo, en coordinación con la sociedad civil, y por supuesto con los pueblos indígenas representados, crear acciones de gestión para establecer procedimientos e instancias de promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, basados en una comprensión cabal y compartida de la cosmovisión, dignidad, cultura e identidad propias de los pueblos indígenas.
2. El Estado debe impulsar políticas para la creación de una Instancia Interamericana de Promoción y Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas para impulsar las modificaciones y garantizar los derechos de los pueblos indígenas.
3. La Universidad de San Carlos de Guatemala, en cumplimiento a lo establecido en el Artículo 82 de la Constitución Política de la República de Guatemala, impulse la difusión del derecho consuetudinario indígena, ya que como parte de la identidad indígena, es fundamental para la construcción de la unidad nacional, basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos.
4. La Corte Suprema de Justicia, como ente rector del sistema jurídico nacional respete y continúe dictando sentencias donde se reconozca el derecho de los



pueblos indígenas de aplicar el derecho consuetudinario en la resolución de conflictos.



## BIBLIOGRAFÍA

- BATRES JÁUREGUI, Antonio, **La américa central ante la historia. Historia 1821-1921.** Tomo III, Guatemala, Guatemala: (s.e) (s.f)
- BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** 11ª. Ed. México, México: Ed. Fondo de la Cultura Económica S. A., 1989.
- BURGOS, Elizabeth. **Me llamo Rigoberta Menchu, y así me nació la conciencia.** 6ª. Ed; México, México: Ed. Siglo Veintiuno, 1991.
- CARMACK, R. 1,979 **Historia social de los quichés.** Seminario de Integración Social. Guatemala, Guatemala, (s.e), (s.f)
- Centro de Estudios de la Cultura Maya. **Derecho indígena. Sistema jurídico de los pueblos originario de América.** Seminario Internacional. Guatemala, Guatemala: (s.e), 1993.
- ENGLAD, Nora. **Autonomia de los idiomas mayas.** 2a. ed; Guatemala, Guatemala: Ed Cholsamaj Wuj, 1994.
- GIL PÉREZ, Rosario. (compiladora). **Introducción a la sociología.** Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Guatemala, Guatemala: Ed. Oliverio Castañeda de León, 1995.
- GIRAD, Rafael. **Los mayas.** Ed. Mesones. México, México: (s.e), 1966.
- INSTITUTO GEOGRAFICO NACIONAL. **Diccionario Geográfico Nacional.** Tomo II. Guatemala, Guatemala: (s.e), 1978.
- LÓPEZ AGUILAR, Santiago. **Introducción al estudio del derecho.** Guatemala, Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1983.



LOVELL G. W. **Conquista y cambio cultural. La Sierra de los Cuchumatanes de Guatemala 1,500-1,821.** Guatemala, Guatemala: (s.e), (s.f).

MARTÍNEZ PELÁEZ, S. 1,973. **La patria del criollo,** Guatemala, Guatemala: Ed. En Marcha, (s.f).

MAYEN , Guisela. **Estudio etnográfico sobre derecho consuetudinario. (Informe Final)** . Guatemala, Guatemala: (s.e), 1994.

MAYEN, Guisela. **Derecho consuetudinario indígena en Guatemala.** Guatemala, Guatemala: (s.e.), 1995.

MORLEY, Sylvanus. **La civilización maya.** 2ª. Ed. México, México: Ed. Progreso, 1988.

MUÑOZ, Gabriela. **Normas familiares vigentes en la cultura indígena actual.** Universidad Rafael Landívar. Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, 1988.

OCHOA GARCÍA, Carlos F. **Identidad, procesos culturales y conflicto.** Revista de IRIPAZ. Guatemala, Guatemala: (s.e) (s.f).

PADILLA, Luis Alberto. **Elementos para una investigación del derecho consuetudinario indígena en Guatemala.** Guatemala, Guatemala: Ed. Asociación Centroamericana de Sociología, 1989.

PINTO SORIA. **Centroamerica: de la colonia al Estado Colonial (1,800-1,840).** Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria Guatemala, 1986.

PINEDA MONT, Manuel. **Recopilación de las leyes de Guatemala.** (s.l.i.), Ed. Imprenta de la Paz. (s.f.).

POLO SIFONTES, Francis. **Historia de Guatemala.** 2ª ed. Madrid, España: Ed. Evergráficos, 1991.

PORRAS CASTEJON, Gustavo. **El indígena ante la ley, derecho vigente y derecho consuetudinario.** Ponencia, (s.l.i.), (s.e), 1995.



QUEZADA Flavio J. **Estructuración y desarrollo de la administración política territorial de Guatemala.** Guatemala, Guatemala: Ed. Universitaria, (s.f.).

RODRIGUEZ ROUANET, Francisco. **El indígena guatemalteco.** Publicado por comité de Arte y Cultura del banco de Guatemala. (s.e), Guatemala: 1990.

ROJAS LIMA, Flavio. **El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca.** Procuraduría de los Derechos Humanos. Guatemala, Guatemala: (s.e), 1995.

ROJAS LIMA, Flavio. **El derecho de la costumbre.** Madrid, España: Ed. Mafre. 1994.

ROSADA GRANADOS, Héctor. **Indios y ladinos.** Ed. Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, 1996.

SCHWANK, John y MAYEN, Guisela. **Investigación básica sobre derecho consuetudinario en tres comunidades mayahablantes de Guatemala.** (Informe Final). ASIES. (s.e), Guatemala, Guatemala: 1993.

SKINNER KLEE, Jorge. (Compilador). **Legislación indigenista de Guatemala.** Instituto Indigenista Interamericano, (s.e), México, México: 1954.

STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego (Compilador). **Entre la ley y la costumbre.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (s.e), México, México, 1990.

### **Legislación:**

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



**Ley del Organismo Judicial.** Decreto 2-89 del Congreso de la República.

**Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.** Suscrito por el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.