

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

“LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS
IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDÍGENAS”

ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA

GUATEMALA, MAYO DE 2009

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

“LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS
IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDÍGENAS”

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA

Previo a conferirsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de:

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, mayo 2,009

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Eric Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Humberto de León Velasco
Vocal: Lic. Héctor España Pinetta
Secretario: Lic. Roberto Echeverría

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. Marisol Morales Chew
Vocal: Lic. Carlos de León Velasco
Secretario: Lic. Elder Ulises Gomez

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 y del Examen General Público).

**CORPORACION DE ABOGADOS Y NOTARIOS
PELLECCER Y CASTRO.**

6ta. CALLE ORIENTE No. 7 ANTIGUA GUATEMALA, SACATEPÉQUEZ Telefax. 7832 - 3774



La Antigua Guatemala 03 de febrero de 2009

Señor:

Licenciado: Carlos Manuel Castro Monroy.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Presente.



Distinguido Licenciado:

Me dirijo a Usted respetuosamente, Atendiendo a la resolución de fecha doce de agosto de dos mil ocho, emanada de esa unidad de tesis, en la que dispuso nombrar a la suscrita como, asesora de de la Bachiller; ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA. En su trabajo de tesis intitulado "LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDIGENAS".

Sobre el particular, me permito manifestarle que del análisis efectuado al tema relacionado, desarrollado por la Bachiller, GARCÍA SÁNCHEZ, reviste de importancia para el esclarecimiento de los delitos contra la vida y la integridad física de las personas, tanto, como material de consulta o precedentes referentes al tema en mención.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud, requeridos y solicitados en el artículo 32 del normativo respectivo, y se realizó con los métodos inductivo y deductivo. Y utilizando la técnica de la investigación documental acorde al mismo; se revisó la redacción del trabajo, que las conclusiones hayan llenado los objetivos de la investigación, y las recomendaciones llenen su cometido, así, como la bibliografía utilizada.

Por lo anteriormente expuesto y en virtud de haberse satisfecho los requerimientos del suscrito asesor, emito DICTAMEN FAVORABLE para que una vez agotados los demás requisitos legales, el presente trabajo sea discutido en el examen público respectivo.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su segura, amiga y colega.

Atentamente:


Lic: ANA ELIZABETH CASTRO ELIAS.
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 4892
ANA ELIZABETH CASTRO ELIAS
ABOGADA Y NOTARIA
COLEGIADO No. 4892

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C.A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de agosto de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) CARLOS RAFAEL PELLEGER DE LEÓN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA, Intitulado: "LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDÍGENAS".

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 el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/ragm

**CORPORACION DE ABOGADOS Y NOTARIOS
PELLECCER Y CASTRO.**

6ta. CALLE ORIENTE No. 7 ANTIGUA GUATEMALA, SACATEPÉQUEZ Telefax. 7832 - 377

La Antigua Guatemala 11 de noviembre de 2008

Señor:

Licenciado: Carlos Manuel Castrò Monroy.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de san Carlos de Guatemala.
Presente.

Distinguido Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis de fecha veintidós de agosto de dos mil ocho, en donde se me nombra como revisor de tesis de la Bachiller ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA, intitulada "LA VIOLACION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDIGENAS". Para el efecto hago constar que la sustentante tomó en cuenta las sugerencias referentes a su investigación, asimismo, realizó las correcciones pertinentes que, en el desarrollo de la revisión se formularon, obteniendo con ello una indagación de suma importancia para la sociedad guatemalteca.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud, requeridos y solicitados en el artículo 32 del normativo respectivo, y se realizó con los métodos inductivo y deductivo. Y utilizando la técnica de la investigación documental acorde al mismo; se revisó la redacción del trabajo, que las conclusiones y recomendaciones llenen su cometido, así, como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución para el esclarecimiento de los delitos contra la vida y la integridad de la persona, cometidos por este tipo de tribunales.

De la misma forma procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y de fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación. Por tal motivo opino que el trabajo correspondiente llena los requisitos que exige el normativo para el examen técnico profesional y público de tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado para los efectos consiguientes emitiendo el presente DICTAMEN FAVORABLE.

Con muestra de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente,

Lic: CARLOS RAFAEL PELLECCER DE LEÓN
ABOGADO Y NOTARIO

~~Carlos Rafael Pelleccer de León~~

ABOGADO Y NOTARIO
COLEGADO No. 4200

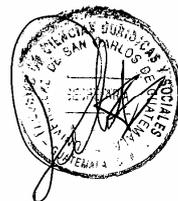


UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ANABEL SÁNCHEZ DE GARCÍA, Titulado LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS PENAS IMPUESTAS POR LOS JUZGADOS INDÍGENAS. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

A DIOS: Nuestro Padre Eterno, por todas las maravillosas bendiciones derramadas sobre mí y sobre mi familia.

A MI PATRIA: Guatemala, Bendita tierra que me ha acogido, con los brazos abiertos y darme la oportunidad de luchar cada día, para llegar a la culminación de mis sueños.

A MIS PADRES: Tomas Alonzo Álvarez Asensio y Tránsito Sánchez Nazario, (+) flores sobre sus tumbas; gracias por haberme dada la vida, yo se que donde ellos estén, están gozando de mi esfuerzo y el triunfo que hoy culmino, para ellos mis recuerdos siempre.

A MI ESPOSO: Alberto García, porque desde el día de nuestra unión matrimonial ha sido para mí: un consejero, el amigo, un hermano, esposo ideal, el hombre que Dios me dio como compañero material y espiritual, del cual me siento muy orgullosa.

A MIS HIJOS: Jéddu, Boham, Mercedes, Melissa, y Midori, por ser y seguir siendo mis amigos en quien puedo confiar, por brindarme su apoyo, paciencia, y amor. Gracias.

A MIS YERNOS: Jorge Mario Tala, Francisco Morillas Cotelí y Claudia Llaneth García

A MI NIETO: Kelsang Alejandro Ilianov Jerónimo García

A MIS HERMANOS: Delmy, Mercedes, Eva, Antonieta, Adin, Napoleón, y Noé (+) porque a pesar de la distancia que nos separa sé que en sus oraciones y las mías estamos unidos.

A LA GLORIOSA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

A ti gloriosa, majestuosa y Tricentenaria. Templo de la enseñanza y la sabiduría

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

Porque fue en ti, en donde encontré el camino que quiero seguir, y en donde se me dio la oportunidad de realizar mi sueño. Gracias.

A LOS LICENCIADOS: Ana Elizabeth Castro Elías, Carlos Rafael Pellecer, Daniel Tejeda, Carlitos Castro Monroy, Saulo de León Estrada, Boanerge Mejía, especialmente al licenciado Carlos de León Velasco y Jéddu Adálton García Sánchez, mis más sinceros agradecimientos que Dios los bendiga siempre.

A MIS AMIGOS:

Edgardo, Luis, Flor, Graciela, Paty, Glendy, Elisa
Nancy, Evelyn, Porque fue hermoso convivir con
ustedes.

A USTED ESPECIALMENTE:

Por acompañarme en este momento especial de mi
vida.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1 Los Derechos Humanos.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Origen cultural de los Derechos Humanos.....	3
1.3 Evolución histórica.....	4
1.4 Antecedentes remotos de los Derechos Humanos.....	4
1.5 Sociedad grecorromana.....	6
1.6 Influencia del cristianismo	7
1.7 Conformación del concepto de Derechos Humanos.....	9
1.8 Revoluciones burguesas y positivación de los derechos humanos.....	12
1.9 Nuevas demandas e internacionalización de los derechos.....	13
1.10 Naturaleza y fundamentación.....	15
1.11 Iusnaturalismo.....	17
1.12 Iuspositivismo.....	20
1.13 Tesis realistas.....	22
1.14 Utilitarismo.....	24
1.15 Aspectos institucionales y jurídicos.....	25
1.16 Derechos humanos y derechos constitucionales.....	26
1.17 Clasificación generacional de derechos humanos.....	27
1.18 Tres generaciones de derechos humanos.....	28
1.19 Los derechos de primera generación.....	29

CAPÍTULO II

	Pág.
2. Principio de legalidad.....	31
2.1 Origen.....	31
2.2 Efectos.....	34
2.3 Regulación legal.....	36
2.4 Naturaleza jurídica.....	52
2.5 La costumbre.....	53
2.6 La costumbre como fuente del derecho.....	54
2.7 La interpretación legal y constitucional.....	56

CAPÍTULO III

3. El derecho estatal frente a la costumbre.....	59
3.1 Violación al principio de igualdad en los juzgamientos indígenas.....	59
3.2 Vulneración del principio de legalidad en la emisión de sentencias impuestas..... por los juzgadores indígenas.....	60
3.3 Postura de las instituciones indígenas con respecto al sistema de justicia estatal	61
3.4 La eliminación de los juzgadores indígenas o análogos.....	65
3.5 La usurpación de funciones como sanción a las personas que imponen penas de carácter penal sin estar facultadas para ello.....	66

CAPÍTULO IV

	Pág.
4. Propuesta de desarrollo de constitucionalidad y jurisprudencia.....	69
4.1 Derecho Indígena y Derechos Humanos.....	69
4.2 la constitución guatemalteca de 1986 y el multiculturalismo.....	70
4.3 El reconocimiento de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas.....	73
4.4 El sistema jurídico nacional.....	74
4.5 Sistemas jurídicos indígenas.....	74
4.6 Los derechos humanos desde la perspectiva indígena.....	76
4.7 El indígena ante el régimen penal: competencia para su juzgamiento.....	81
4.8 La regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la. minimización de las restricciones.....	84
4.9 Las sanciones indígenas y la prohibición de las torturas, tratos inhumanos y... degradantes.....	86
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	105

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca establecer y demostrar la ilegalidad y la violación de los derechos humanos en las penas que imponen los juzgadores indígenas, ya que estas atentan contra la integridad física y denigración de la persona, por realizar funciones de la administración de justicia, las cuales no les han sido otorgadas por la ley.

Por todo lo acontecido durante el enfrentamiento armado, de una u otra forma el Estado quiere resarcir ese daño, lejos de esto no está que el indígena es punto clave de voto dentro de los cambios de gobierno, ante esa situación el pueblo indígena se convierte en un grupo oportunista e intenta, y muchas veces logra su objetivo de violar la propia ley burlándose de la misma poniendo como base la costumbre.

El presente trabajo de investigación inicia en el capítulo primero con el estudio de los Derechos Humanos, su definición, origen cultural y la evolución histórica del mismo, en él también se analiza el aspecto institucional y jurídico así como su clasificación.

En el capítulo segundo, se analiza brevemente el principio de legalidad, su origen, definición, la regulación legal en nuestra legislación, naturaleza jurídica, la costumbre y su definición.

En el capítulo tercero se estudia el derecho estatal frente a la costumbre, la violación al principio de igualdad en los juzgamientos indígenas así, como la vulneración del principio de legalidad en la emisión de sentencias de los Juzgadores Indígenas, la postura de las instituciones indígenas con respecto

al sistema de justicia estatal, aplicación jurídica a la ilegalidad de penas impuestas por los juzgadores indígenas, la eliminación de los Juzgadores indígenas o análogos y la usurpación de funciones como sanción a las personas que imponen penas de carácter penal sin estar facultado para ello.

Finalmente el capítulo cuarto contiene la propuesta de desarrollo de constitucionalidad y jurisprudencia, derecho indígena y derechos humanos, La Constitución Guatemalteca de 1986 y el multiculturalismo, el reconocimiento de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, el sistema jurídico nacional, el indígena, los derechos humanos desde la perspectiva indígena, por ultimo analizamos las sanciones indígenas y la prohibición de las torturas, tratos inhumanos o degradantes, haciendo uso del método comparativo se ejemplifica con un caso sucedido en el Reino unido y otro en Colombia, y la forma en cómo se pronuncio la Corte de ese último país con respecto al caso.

CAPÍTULO I

1. Los Derechos Humanos

1.1 Definición:

Los derechos humanos (abreviado como DD. HH.) “Son de acuerdo con diversas filosofías jurídicas, aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos”.¹ Que incluyen a toda persona, por el mero hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna. Son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son independientes o no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente. Desde un punto de vista más relacional, los derechos humanos se han definido “como las condiciones que permiten crear una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas, identificándose consigo mismos y con los otros”.²

Habitualmente, “se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal e igualitario, e incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinados”.³ Según la concepción iusnaturalista tradicional, son además atemporales e independientes de los contextos sociales e históricos.

¹ Papacchini, Ángel. **Filosofía y derechos humanos**, pág.40,

² Héctor Morales Gil de la Torre: **Notas sobre la transición en México y los derechos humanos**», pág. 49

³ Jesús Antonio de la Torre Rangel, **El Derecho como arma de liberación en América Latina**, pág. 44

Los derechos humanos, herederos de la noción de derechos naturales, son una idea de gran fuerza moral y con un respaldo creciente. Legalmente, se reconocen en el derecho interno de numerosos Estados y en tratados internacionales. Para muchos además, la doctrina de los derechos humanos se extiende más allá del derecho y conforma una base ética y moral que debe fundamentar la regulación del orden geopolítico contemporáneo. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se ha convertido en una referencia clave en el debate ético político actual, y el lenguaje de los derechos se ha incorporado a la conciencia colectiva de muchas sociedades. Sin embargo, existe un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas sobre la naturaleza, fundamentación, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos. Y también claros problemas en cuanto a su eficacia, dado que existe una gran desproporción entre lo violado y lo garantizado estatalmente.

La doctrina ha realizado un importante esfuerzo por clasificar y sistematizar los derechos humanos. Normalmente se dividen en dos categorías: derechos positivos y derechos negativos. “Los segundos, como el derecho a la intimidad, se define exclusivamente en términos de obligaciones ajenas de no injerencia, los primeros, por el contrario, imponen a otros agentes. Tradicionalmente aunque ya no de manera exclusiva el Estado impone la realización de determinadas actividades positivas”.⁴ Otra clasificación muy extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones, atendiendo por lo general al momento histórico en que se produjo o produce su reivindicación

4 de Sebastián, Luis, **De la esclavitud a los derechos humanos**: pág 19

1.2 Origen cultural de los Derechos Humanos

Existe un importante debate sobre el origen cultural de los derechos humanos. Generalmente se considera que tienen su raíz en la cultura occidental moderna, pero existen al menos dos posturas principales más. Algunos afirman que todas las culturas poseen visiones de dignidad que se plasman en forma de derechos humanos y hacen referencia a proclamaciones como la Carta de Mandén de 1,222, declaración fundacional del Imperio de Malí. “No obstante, ni se produjeron contactos con la cultura occidental ya que estas culturas han puesto tradicionalmente el acento en los deberes. Existen también quienes consideran que occidente no ha creado la idea ni el concepto de derechos humanos aunque sí, una manera concreta de sistematizarlos una discusión progresiva y el proyecto de una filosofía de los derechos humanos.

En una línea similar se pronuncian la Declaración de Bangkok, emitida por países asiáticos el veintitrés de abril de 1993, y la de El Cairo firmada por la Organización de la Conferencia Islámica el cinco de agosto de 1990”.⁵

También la visión occidental capitalista de los derechos humanos, centrada en los derechos civiles y políticos se opuso a menudo durante la guerra fría destacablemente en el seno de Naciones Unidas, a la del bloque socialista, que privilegiaba los derechos económicos, sociales y culturales y la satisfacción de las necesidades elementales.

5 Ob. Cit; pág. 20

1.3 Evolución histórica

Muchos filósofos e historiadores del derecho consideran que no puede hablarse de derechos humanos hasta la modernidad en occidente. Ya que hasta entonces las normas de la comunidad concebidas en relación con el orden cósmico no dejaban espacio para el ser humano como sujeto singular concibiéndose el derecho primariamente como el orden objetivo de la sociedad.

La sociedad estatalmente tenía su centro en grupos como la familia, el linaje, o las corporaciones profesionales o laborales, lo que implica que no se concebían facultades propias del ser humano en cuanto a la facultad de exigir o reclamar algo. Por el contrario, todo poder atribuido al individuo derivaba de un doble status, el del sujeto en el seno de la familia y el de ésta en la sociedad fuera del status no había derechos. La existencia de los derechos subjetivos, tal y como se piensan en la actualidad fue objeto de debate durante los siglos XVI, XVII y XVIII, habitualmente se dice que los derechos humanos son producto de la afirmación progresiva de la individualidad , ya que los derechos humanos son una constante en la historia y hunden sus raíces en el mundo clásico se dice también que su origen se encuentra en la afirmación del cristianismo que enaltece la dignidad moral del hombre.

1.4 Antecedentes remotos de los derechos humanos

Del cilindro de Ciro, se ha dicho que es la primera declaración de derechos humanos. Uno de los documentos más antiguos que se han vinculado con los derechos humanos es el cilindro de Ciro, que contiene una declaración del rey

persa Ciro el grande, tras su conquista de Babilonia en 539, A. C. Fue descubierto en 1879 y la ONU lo tradujo en 1971, a todos sus idiomas oficiales, y puede enmarcarse en una tradición mesopotámica centrada en la figura del rey justo, cuyo primer ejemplo conocido es el rey Urukagina, de Lagash, que reinó durante el siglo XXIV, A. C., y donde cabe destacar también Hammurabi de Babilonia y su famoso Código, que data del siglo XVIII, A. C. No obstante, el cilindro de Ciro presenta características novedosas, “especialmente en lo relativo a la religión. Ha sido valorado positivamente por su sentido humanista e incluso se lo ha descrito como la primera declaración de derechos humanos”.⁶ Numerosos historiadores sin embargo, consideran que el término es ajeno a ese contexto histórico.

Documentos medievales y modernos, como la Carta Magna Inglesa, de 1215, y la magna Carta de Mandén, de 1222, se han asociado también a los derechos humanos. En contra de esta idea, José Ramón Narváez Hernández “afirma que la Carta Magna no puede considerarse una declaración de derechos humanos, ya que en esta época existen derechos pero sólo entre iguales, y no con carácter universal no se predica la igualdad formal de todos los seres humanos”.⁷ Lo mismo sucedía en el imperio de Malí, cuya constitución oral, la Kouroukan Fouga, refleja cómo la población se estructuraba según su tribu de origen. En todos estos casos, los derechos y libertades reconocidos pertenecen al ámbito de los pactos entre el monarca y los estamentos del reino, no se trata en suma de derechos sino de derechos corporativos o privilegios.

6 Fernández Galiano, Antonio y de Castro Cid, Benito, **El Derecho como arma de liberación en América Latina** pág. 288.

7 Papacchini, **Ob. Ci;** pág. 46

1.5 Sociedad grecorromana

En la Grecia antigua en ningún momento se llegó a construir una noción de dignidad humana frente a la comunidad que se pudiera articular en forma de derechos, sino que se entendió que las personas pertenecían a la sociedad como partes de un todo y eran los fines de ésta los que prevalecían. La única oposición a la tiranía se sustentaba en la apelación a la ley divina como opuesta a la norma como se muestra en el mito de Antígona plasmado por Sófocles en la trágica del mismo nombre. La sociedad griega se dividía en tres grupos principales: los ciudadanos, los metecos o extranjeros y los esclavos. La esclavitud se consideraba natural como refleja la afirmación de Aristóteles, para quien es evidente que los unos son naturalmente libres y los otros naturalmente esclavos la organización política se estructuraba en la esclavitud que era tan útil como justa, la organización política estatal se estructuraba en polis o ciudades Estado.

Para los griegos, la sociedad era una consecuencia necesaria de la naturaleza humana en este contexto; “las teorías políticas de Platón y Aristóteles hicieron un gran hincapié en el concepto de bien común. Para Platón, ésta se configura en polis, cuyo bien común se sobrepone al bien particular de los individuos que lo componen. La justicia, a su vez, es la salvaguarda del bien común, y se expresa a través de las leyes que son los instrumentos que permiten la consecución del bien colectivo e individual. No obstante, en su afán por alcanzar una sociedad perfecta, Platón llegó a recomendar dar muerte a los recién nacidos deformes o enclenques y matar o desterrar a los insociables. Aristóteles también consideraba que el hombre era un ser social y que no podía realizarse fuera de la familia y la sociedad por lo que también subordinaba el bien individual al bien común. Además, al definir la ciudad como una comunidad de

ciudadanos libres redujo el bien común al bien de un grupo social determinado, que excluye a las mujeres, los extranjeros, los obreros y los esclavos. “Sobre esta visión se sustenta la idea aristotélica de la justicia que afirma que es tan justa la igualdad entre iguales como la desigualdad entre desiguales”.⁸

Ya en la decadencia de la cultura griega, conquistada la Hélade por Roma, se extendieron filosofías que ponían el acento en la búsqueda de la felicidad individual entre ellos; el epicureísmo y el estoicismo. El estoicismo “consideraba la razón humana como parte de un logos divino, lo que contribuyó a concebir al hombre como miembro de una familia universal más a la de la polis. Séneca, Epícteto, Marco Aurelio o Cicerón fueron algunos de los que extendieron la filosofía estoica por el mundo latino”.⁹

1.6 Influencia del cristianismo

La filosofía estoica, difundida en la sociedad grecorromana produjo la idea de cosmopolitismo a la que el cristianismo dio un sentido más humanista y espiritual para afirmar la igualdad de los hombres en tanto que ciudadanos del Reino de Dios y su dignidad no obstante según Luis de Sebastián; “para los teólogos cristianos medievales la igualdad teológica era compatible con la desigualdad cristiana medieval la igualdad teológica era compatible con la desigualdad social, las personas nacían con un estatus social que de acuerdo con los designios

⁸ Fix- Zamudio, Héctor, **Derechos humanos en Costa Rica**; pág 70

⁹ **Ibid**, pág. 46

divinos era el más adecuado para su salvación”.¹⁰

El cristianismo derivado de la religión judía, heredó de ella entre otras, la tradición del mišpat un concepto jurídico de rica amplitud semántica; indica las decisiones judiciales y el juicio legal justo, en relación con el derecho aquél que se manifiesta en la defensa de los pobres y oprimidos y que se vincula a su vez con los bienes mesiánicos que se esperan. Dado que hasta la modernidad, el término derecho se atribuía principalmente a lo justo como orden objetivo en el pensamiento cristiano antiguo o medieval, no existió una referencia explícita a los derechos humanos; pero sí un reconocimiento de exigencias de justicia que descendían de esta tradición judía. Por ejemplo, el Nuevo Testamento contiene enseñanzas contra la injusticia, el homicidio, el robo, la calumnia o el egoísmo en el uso de los bienes. En la epístola de Santiago el apóstol denunció a los empleadores que no pagan a sus empleados sus justos salarios. El cristianismo fue gradualmente derramando su doctrina en el derecho romano mejorando la situación de los esclavos, de los hijos y de las mujeres, cuyo estatus en la subcultura cristiana era mucho más alto que en la grecorromana. En el plano económico condenó la usura y la explotación estableciendo las bases de la doctrina del justo precio. Tales ideas fueron desarrolladas por los padres de la Iglesia proclamando un sentido social, limitado de la propiedad, y de la ley, pero fue Tomás de Aquino quien asentó las bases del orden jurídico medieval, retomando ideas de otros autores afirmando que existe, además del derecho positivo determinado y establecido por los hombres, un derecho natural propio de la criatura racional que ningún hombre ni ningún gobierno puede desconocer de la criatura racional que ningún hombre ni ningún gobierno puede desconocer.

10 comentarios sobre los derechos humanos de la Iglesia Católica. pág 122

La doctrina cristiana postulaba la existencia de dos reinos, el temporal y el espiritual “siguiendo la distinción hecha por Jesús de Nazaret (Dad al Cesar lo que es del César y a Dios lo que es de Dios). Ante el problema de la conciliación de los intereses individuales y los sociales, Tomás de Aquino afirmó en su obra *Summa Theologiae* que sí existía un conflicto entre lo social y lo individual en el seno del mundo material debía prevalecer el bien común”.¹¹

Pero, por el contrario si el conflicto afectaba a la esfera íntima del ser humano y a su salvación en ese caso prevalecería el bien del hombre frente al de la sociedad en este ámbito de existir un conflicto patente entre el derecho positivo y el derecho natural, del pensamiento tomista se desprende la existencia de un derecho de resistencia contra el arbitrio de los gobernantes.

1.7 Conformación del concepto de derechos humanos

La idea del derecho subjetivo, fue anticipada en la baja Edad Media por Guillermo de Ockham, que introdujo el concepto de *ius fori* o potestad humana de reivindicar una cosa como propia en juicio. Domingo de Soto y Francisco Suárez miembros de la escuela de Salamanca definieron el derecho como un poder moral sobre lo propio.

Aunque mantuvieron al mismo tiempo la idea de derecho como un orden objetivo, enunciaron que son ciertos derechos naturales y aludieron tanto a derechos

¹¹ Labardini, **Op. Cit**; pág. 288,

relativos al cuerpo (derecho a la vida, a la propiedad) como al espíritu (derecho a la libertad de pensamiento, y a la dignidad). El jurista Vázquez de Menchaca, partiendo de una filosofía individualista fue decisivo en la difusión del término *iura naturalia*. Este pensamiento *iusnaturalista* se vio auspiciado por el contacto con las civilizaciones americanas y el debate producido en castilla sobre los justos títulos de la conquista y en particular la naturaleza de los indígenas. En la colonización castellana de América, se suele afirmar, que se aplicaron medidas en las que están presentes los gérmenes de la idea de derechos humanos. No obstante, algunos critican que en la práctica estas medidas fueron formuladas para lograr objetivos de colonización. El pensamiento de la Escuela de Salamanca, especialmente mediante Francisco Suárez y Gabriel Vázquez, contribuyó también al impulso del *Iusnaturalismo* europeo a través de Hugo Grocio.

“Durante la Revolución inglesa la burguesía consiguió satisfacer sus exigencias de tener alguna clase de seguridad contra los abusos de la corona y limitó el poder de los reyes sobre sus súbditos. Habiendo proclamado la Ley de Habeas corpus en 1679, en 1689 el Parlamento impuso a Guillermo tercero de Inglaterra en el Bill of Rights que es una serie de principios sobre los cuales los monarcas no podían legislar o decidir. Cerrando así el paso a la restauración de la monarquía absoluta, que se basaba en la pretensión de la corona inglesa de que su derecho era de designio divino”.¹² Según Antonio Fernández Galiano, el Bill of Rights puede considerarse una declaración de derechos pero no de derechos humanos puesto que los mismos se reconocen con alcance nacional y no se consideran propios a todo hombre.

12 *Ibíd.* pág. 390

Durante los siglos XVII y XVIII, diversos filósofos europeos desarrollaron el concepto de derechos naturales. De entre ellos cabe destacar a John Locke, cuyas ideas fueron muy importantes para el desarrollo de la noción moderna de derechos. Los derechos naturales para este autor no dependían de la ciudadanía ni las leyes de un Estado, ni estaban necesariamente limitadas a un grupo étnico, cultural o religioso en particular. La teoría del contrato social de acuerdo con sus tres principales formuladores; Thomas Hobbes y Jean Jacques Rousseau, se basa en que los derechos del individuo son naturales y que en el estado de naturaleza todos los hombres son titulares de todos los derechos. Estas nociones se plasmaron en las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII. La causa directa del nacimiento de los derechos humanos desde una perspectiva sociológica ha sido también un importante objeto de debate. Por una parte; George Jellinek ha defendido que los derechos humanos estaban directamente dirigidos a permitir el ejercicio de la libertad religiosa por otra Karl Marx afirmó que se deben a la pretensión de la burguesía de garantizar el derecho de propiedad. Max Weber, en su obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* afirma que existiría una conexión entre la ética individualista en que se basaron los derechos humanos y el surgimiento del capitalismo moderno.¹³”

13 **Ibíd.** pág. 390

1.8 Revoluciones burguesas y positivación de los derechos humanos

Fundamentales hitos del efectivo paso a la edad contemporánea representan el fin o el principio según se quiera ver del complejo proceso de reconocimiento o creación de los derechos si las revoluciones, son el hecho repulsivo que da lugar a la gestación de los derechos humanos, las diversas actas de nacimiento existentes, constituyen las declaraciones de derechos de las colonias americanas y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estas declaraciones, fundamentadas en el iusnaturalismo racionalista suponen la conversión del derecho subjetivo en centro del orden jurídico y a aquél se supedita al Derecho como orden social.

Fruto de este influjo iusnaturalista, los derechos reconocidos tienen vocación de traspasar las fronteras nacionales y se consideran derechos de los hombres aunque el primer uso constatado de la expresión derechos del hombre (*iura hominum*), se produjo ya en 1537, en un texto de Volmerus titulado *historia diplomática rerum ataviarum*, la denominación no se popularizó entre la doctrina hasta finales del siglo XVIII, con la obra de Thomas Paine *The Rights of Man* (1791-1792). Según se plasmó en las declaraciones tanto los revolucionarios franceses como los estadounidenses consideraban que estos derechos eran inalienables e inherentes a la naturaleza humana incluso verdades evidentes según la declaración de Independencia de los Estados Unidos. Pese a ello, decidieron recogerlos en declaraciones públicas lo que se justifica por motivos jurídicos y políticos. Primero debe tenerse en cuenta que para el iluminismo revolucionario la Constitución es la que garantiza los derechos y libertades lo que explica la formulación positiva de los mismos. Lo segundo; se pretendía facilitar

la salvaguarda del libre desarrollo del individuo en la sociedad frente a la arbitrariedad del poder, ya el preámbulo de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano afirmó expresamente que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos, son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos.

La primera declaración de derechos del hombre de la época moderna es la Declaración de Derechos de Virginia, escrita por George Mason y proclamada por la Convención de Virginia el 12 de junio de 1776. En gran medida influyó a Thomas Jefferson para la declaración de derechos humanos que se contiene en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776, a las otras colonias de América del Norte y a la Asamblea Nacional Francesa en su declaración de 1789”.¹⁴

1.9 Nuevas demandas e internacionalización de los derechos

La noción de derechos humanos recogida en las declaraciones, “basada en la ideología burguesa del individualismo filosófico y el liberalismo económico no experimentó grandes cambios a lo largo del siglo siguiente hasta que, ante las pésimas condiciones de vida de las masas obreras, surgieron movimientos sindicales y luchas obreras que articularon sus demandas en forma de nuevos derechos que pretendían dar solución a ciertos problemas sociales a través de la intervención del Estado, como la garantía del derecho de huelga, unas

14 González Uribe, **Ob. Cit**; pág. 339

condiciones mínimas de trabajo, o la prohibición o regulación del trabajo infantil desde la primera mitad del siglo XIX se había desarrollado una nueva filosofía social que se manifestó en el socialismo utópico, el reformismo de la escuela católica social, la socialdemocracia, el anarquismo o el socialismo científico”.¹⁵

En esta nueva fase fueron muy importantes la Revolución Rusa o la Revolución Mexicana. “Además de las luchas obreras, a lo largo de la edad contemporánea los movimientos por el sufragio femenino consiguieron para muchas mujeres el derecho de voto; movimientos de liberación nacional consiguieron librarse del dominio de las potencias coloniales; y triunfaron diversas reivindicaciones de minorías raciales o religiosas oprimidas, movimientos por los derechos civiles o movimientos de políticas de identidad que defienden la autodeterminación cultural de colectivos humanos”.¹⁶

“El siglo XX se caracterizó también por la incorporación de los derechos humanos al derecho internacional. Si a principios del siglo se afirmaba que esta rama del derecho sólo regulaba las relaciones entre estados y excluía a los particulares el cambio fue rápido y tras la segunda guerra mundial; según Juan Antonio Carrillo Salcedo, los derechos humanos podían considerarse un principio constitucional del derecho internacional contemporáneo. Es especialmente desde el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, cuando “el concepto de derechos humanos se ha universalizado y alcanzado la gran

15 **Ibid.** pág 390.

16 Fix- Zamudio, Héctor, **Derechos humanos en Costa Rica.** pág 70

importancia que tiene en la cultura jurídica internacional. El diez de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como intento de sentar las bases del nuevo orden internacional que surgía tras el armisticio”.¹⁷

Posteriormente se han aprobado numerosos tratados internacionales sobre la materia entre los que destacan los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, y se han creado diversos dispositivos para su promoción y garantía.

1.10 Naturaleza y fundamentación

Norberto Bobbio, afirma la “imposibilidad de encontrar un fundamento absoluto a los derechos humanos y alega para ello cuatro razones primero: la ausencia de un concepto inequívoco y claro de los mismos segundo; su variabilidad en el tiempo tercero; su heterogeneidad y cuarto; las antinomias y conflictos que existen entre distintos derechos como entre los civiles y políticos por un lado, y los sociales y culturales por otro”.¹⁸ En el coloquio del Instituto Internacional de Filosofía celebrado en L'Aquila en 1964, Bobbio propuso sustituir la búsqueda de un imposible fundamento por el estudio de las diversas fundamentaciones posibles que las ciencias sociales avalaban. Y en cualquier caso para el jurista

17 Labardini, **Op. Cit**; pág. 238

18 **Ibid**; pág. 79

Italiano el problema básico relativo a los derechos humanos no es su fundamentación sino su puesta en práctica y protección. Pero son muchos los juristas y filósofos que no comparten esta creencia sino que por el contrario la fundamentación de los derechos humanos ha sido y es objeto de gran interés a lo largo del tiempo, y la mayoría considera que es una labor teórica con gran incidencia en la práctica.

Cada una de las numerosas teorías que los pensadores han desarrollado está influida por la Filosofía dominante en el momento histórico en que se gestó y parte de muy diferentes cosmovisiones y concepciones del ser humano al que atribuyen o niegan determinadas características inmanentes. Para algunos el eje de los derechos humanos es una serie de derechos concretos (según Herbert Hart, el derecho a la libertad atendiendo a determinados derechos como el de libertad, el derecho a la igualdad ante la ley, son deberes fundamentales de acuerdo con Ronald Dworkin; para otros los derechos humanos son la traducción normativa de una serie de valores apprehendidos de la realidad o construidos socialmente. Un tercer grupo considera que los derechos humanos son criterios o límites a los que debe adecuarse la actividad de los poderes públicos o el mercado; tesis defendida tanto desde una axiología iusnaturalista como desde un iuspositivismo crítico. Finalmente diversas teorías sostienen que los derechos humanos son la codificación de la conducta moral que de acuerdo con David Hume, es un producto social y humano que se desarrolla en un proceso de evolución biológica y social las teorías sociológicas del derecho y la conducta se desarrolla como un patrón sociológico de fijación de normas. En cuanto a su fundamentación, “según qué tipo de concepción se tenga sobre el derecho iusnaturalista, iusracionalista, iuspositivistas, vinculada al realismo jurídico o al dualismo jurídico, entre otras la categoría conceptual de derechos humanos

puede considerarse derivada de la divinidad observable en la naturaleza, asequible a través de la razón determinada por los contextos en las muchas maneras que es posible entender la historia una síntesis de ideas de éstas u otras posiciones ideológicas y filosóficas o un mero concepto inexistente y sin validez”.¹⁹

1.11 Iusnaturalismo

Los derechos humanos entendidos como derechos naturales inspiraron las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX. Ya que son tesis iusnaturalista las que afirman la existencia del derecho natural aunque en cada época se ha entendido este concepto de manera diferente todas estas doctrinas coinciden en afirmar la existencia de una juricidad previa y fundamentadora del derecho positivo y la positivación por lo tanto se limitaría a declarar derechos ya existentes.

En las declaraciones de derechos del siglo XVIII se refleja esta concepción y el artículo uno de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, lo que es considerado por juristas como Hans Kelsen una clara manifestación de la doctrina del iusnaturalismo”.²⁰ Algunas teorías iusnaturalista afirman que los derechos humanos se basan en aspectos biológicos; tales como la conveniencia para la supervivencia de la especie en el contexto de la selección natural de una conducta basada en la empatía y el altruismo, otras los sustentan en el

¹⁹ Pérez Luño, **Ob. Cit**; pág. 59

orden moral natural tal y como se deriva de determinados preceptos religiosos consideran que la conducta moral es un conjunto de prescripciones objetivamente válidas y apelan a textos como la Biblia o el Corán, frente a éstas desde el siglo XVII, con Hugo Grocio, ha cobrado fuerza el iusnaturalismo racionalista de la mano de autores que se desvinculan progresivamente de la idea de Dios. Si bien, existen en la actualidad diversas fundamentaciones iusnaturalista de carácter o inspiración religiosa. Entre ellas se encuentra “la Doctrina Social de la Iglesia, que retoma las ideas de los padres de la Iglesia y Tomás de Aquino llegar a lo realmente humano es una de las críticas principales de las ponencias de Juan Pablo II en su encíclica *Humanae Vitae*”.²¹

Según la doctrina social de la iglesia, el fundamento sólido o inmediato de los derechos se encuentra en la ley natural, la norma de derecho natural que es fuente equilibrada de derechos y deberes de cada uno, a su vez, su fundamento último es Dios mismo el orden con que Dios gobierna el universo recibe el nombre de ley eterna del que la ley natural es una participación o una derivación.

Los derechos humanos son objetivos en tanto que no dependen de la subjetividad de quien es su titular o está obligado por ellos, por tanto no quedan sujetos a los estados de ánimo, las opiniones, o la voluntad de nadie, tampoco el consenso ni siquiera de la mayoría. Para la iglesia católica además, otra característica de los derechos humanos es su sociabilidad siendo el hombre naturalmente social existen derechos naturales de la persona en cuanto a individuo, pero también como,

20 **Ibid**; pág. 79

21 **Palabras de vida del gran maestro**, pág 58

miembro de diversos grupos sociales naturales, es decir derechos naturales de la familia, de las asociaciones o de las naciones. Por la misma razón “los derechos se subsumen al bien común y están constitutivamente limitados concretando más su precisión y limitación, los derechos humanos remiten a lo justo concreto, por lo que no significan el reconocimiento de una libertad para realizar cualquier cosa en cualquier momento o de cualquier manera”.²²

Uno de los teóricos de derechos humanos más relevantes e influyentes fue John Locke, que elevó la defensa de los derechos naturales a la categoría de principio fundamental de legitimación del gobierno y fin básico de la sociedad civil.

Quien basó sus ideas en el concepto de propiedad que utilizó en un sentido amplio y en un sentido restringido; en sentido amplio se refiere a un extenso conjunto de intereses y aspiraciones humanas; más restrictivamente alude a los bienes materiales, también afirmó que la propiedad es un derecho natural y se deriva del trabajo, además dijo que la propiedad precede al Estado y que éste no puede disponer de la propiedad de los sujetos arbitrariamente de acuerdo con Locke, negar el derecho de propiedad es negar los derechos humanos. El filósofo británico tuvo una gran influencia en el Reino Unido y fue decisivo en la filosofía en que se basó la fundación de Estados Unidos. Algunos filósofos han considerado que los derechos humanos se derivan de un derecho o valor fundamental determinado para muchos autores entre los que se encuentra Samuel Pufendorf, el sistema de derechos naturales del hombre se

22 Ibid. pág. 79

deriva de su dignidad otros como Hegel o Kant, afirmaron que la libertad es fundamento de los derechos humanos y al mismo tiempo el principal de éstos Kant, representó la culminación de un proceso encaminado a depurar las teorías iusnaturalista de elementos históricos o empíricos al fundamentar su teoría del derecho natural en principios entendidas como exigencias de la razón práctica.

En la segunda mitad del siglo XX, y tras su decadencia en favor de las ideas iuspositivistas el derecho natural resurgió con fuerza con multitud de teorías muy diversas, de ellas algunas mantienen una fundamentación objetivista de los derechos humanos en tanto que afirman la existencia de un orden de valores o principios con validez objetiva y universal, independiente de los individuos, otras las subjetivistas, sitúan a la autonomía humana como fuente de todos los valores basan los derechos humanos en la autoconsciencia racional de la dignidad, libertad, e igualdad humanas. Finalmente las llamadas tesis intersubjetivistas que surgen de un intento de síntesis entre las dos tendencias anteriores consideran los derechos humanos como valores radicados en necesidades comunes y por lo tanto intrínsecamente comunicables.

1.12 Iuspositivismo

Las tesis positivistas se oponen frontalmente a las iusnaturalista ya que consideran que el único conjunto de normas que tiene carácter jurídico es el derecho positivo afirman por tanto que la positivización tiene carácter constitutivo al negar la juridicidad del derecho natural o incluso su existencia. John Austin, consideró que los derechos humanos forman parte de las normas sociales que

influyen en el derecho pero no son derecho para muchos positivistas los derechos humanos son ideas morales, pero sin valor jurídico por sí mismas, para que tengan dicho valor deben incorporarse al ordenamiento jurídico, las leyes son la formulación jurídica de la voluntad soberana del pueblo y obligan a su cumplimiento no es necesario ni procedente acudir a otro sustento que el legal.

La creciente aceptación del iuspositivismo a lo largo del siglo XIX produjo un arrinconamiento del derecho natural y motivó la plasmación de los derechos humanos como derechos fundamentales en las Constituciones de los países occidentales, el proceso se apoyó en la categoría de los derechos públicos subjetivos, que surgió como alternativa a la de derechos naturales, que los iuspositivistas consideraban de carácter ideológico, la teoría de los derechos públicos objetivos reconocía la personalidad jurídica del Estado que adquiriría así la titularidad de derechos y deberes tras el ascenso de regímenes totalitarios en los años 1920 y 1930 y la Segunda Guerra Mundial se produjo un resurgimiento del iusnaturalismo que hizo que autores como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart y Norberto Bobbio reaccionaran clarificando los conceptos fundamentales de las teorías positivistas, ello provocó una diversificación del iuspositivismo que produjo tesis a veces incompatibles entre sí.

Algunas de estas tesis recientes dan cabida a la defensa de los derechos humanos, ya que incorporan algunos elementos propios del iusnaturalismo en tanto que sólo los derechos con un fundamento moral son fundamentales pero al mismo tiempo consideran que la positivación es requisito necesario para que un derecho sea humano. Por lo tanto, conciben los derechos como la encrucijada entre lo jurídico y lo ético y como traducción normativa de los valores de dignidad, libertad, e igualdad, como legitimadores de los poderes públicos. La teoría del

garantismo jurídico defendida por Ferrajoli, afirma “que el Estado de derecho posee una legitimación formal y otra material la legitimación formal hace referencia al imperio de la ley, la material, a la vinculación de todos los poderes del Estado a la satisfacción de los derechos fundamentales de los cuales según el jurista italiano, los derechos humanos son una subclase. Ambas teorías superan un iuspositivismo puramente formal y ciñéndose a los mecanismos internos del ordenamiento jurídico, aportan criterios materiales para garantizar la estabilización del orden jurídico y la garantía de los derechos fundamentales”.²³

María de Lourdes Souza, opina que es importante considerar en su contexto el garantismo que se basa en el Estado de Derecho, ya que surge en un contexto socio jurídico democrático que aunque presenta tendencias regresivas, es más o menos igualitario y justo. De la misma manera, el dualismo jurídico se inserta dentro de un marco jurídico político determinado el del Estado social y democrático de derecho.

1. 13 Tesis realistas

Las tesis realistas pueden definirse como aquellas para las que la positivación es un requisito más junto con otros que influye en la efectividad de los derechos humanos, engloba un conjunto de posiciones doctrinales muy diverso y heterogéneo, que afirman que es la práctica de las personas los que dotan de significación a los derechos humanos, critican la concepción ideal que tienen los iusnaturalista así, como lo puramente formal del iuspositivismo dotan

23 Ferrajoli, **Ob. Cit**; pág 68.

de significación a los derechos humanos, critican la concepción ideal que tienen los iusnaturalista así, como lo puramente formal del iuspositivismo, afirmando que ambas corrientes son excesivamente abstractas y no tienen en cuenta las condiciones económicas y sociales de las que depende el efectivo disfrute de los derechos. Con carácter general, las tesis realistas insisten en alguno de los siguientes ámbitos: en el plano político, en las condiciones de democracia política y económica necesarias para el disfrute real de los derechos humanos en el jurídico, en los mecanismos de garantía y protección y en el sociológico, en la conciencia colectiva sobre derechos humanos la postura realista se relaciona en gran medida con el socialismo. “Ya en La cuestión judía, una de sus primeras obras Karl Marx; criticó la noción burguesa de derechos humanos que describió como derechos del individuo egoísta y basados en una concepción abstracta de libertad y emancipación”.²⁴ Para el filósofo alemán, los derechos humanos burgueses eran un conjunto de protecciones legales para la defensa de la clase propietaria de los medios de producción. Marx afirmó que son las condiciones materiales las que determinan el alcance real de los derechos humanos y que para su realización efectiva es necesaria una auténtica emancipación política; Gallardo, “afirma que los derechos humanos se sustentan en las tramas sociales, en las relaciones y experiencias intersubjetivas, y considera que el fundamento de los derechos humanos son las transferencias de poder que se producen entre los grupos sociales así como las instituciones en que se articulan y las lógicas que inspiran las relaciones sociales, estas transferencias de poder pueden positivarse o no y ser más o menos precarias”.²⁵

Para Joaquín Herrera, en una línea similar, los derechos humanos son las prácticas y medios por los que se abren espacios de emancipación que

²⁴ Gallardo, Helio, **Política y transformación social**. pág. 17

²⁵ **Ibid**, pág 253

incorporan a los seres humanos en los procesos de reproducción y en los procesos de reproducción y mantenimiento de la vida. La teoría consensual de la verdad desarrollada por Jürgen Habermas, propone una fundamentación intersubjetiva de los valores y derechos, a través de un acuerdo racional alcanzado en unas condiciones ideales en una línea similar para Chaïm Perelman los derechos humanos se fundamentan en la experiencia y la conciencia morales de un consenso que se alcanza a través de un proceso determinado se trata de fundamentos en los que coincidan los que denomina espíritus razonables y que serían asimismo aprobados por audiencias universales los que se consideran interlocutores válidos para cada asunto”.²⁶

1.14 Utilitarismo

En un principio, el utilitarismo surgió como una alternativa a la idea de los derechos humanos más que como una propuesta de fundamentación aunque posteriormente John Stuart Mill, y otros autores han tratado de sustentar los derechos humanos desde esta filosofía. El utilitarismo, como doctrina ética, considera la mayor felicidad para el mayor número como la medida de lo justo y de lo injusto. Los utilitaristas parten del rechazo de la idea de derechos humanos como derechos naturales especialmente crítico con dicha idea fue Jeremy Bentham, que calificó como un sin sentido la afirmación de que existen derechos previos al Estado. Los derechos de existir son un producto social que se justifica desde el principio de la utilidad. Según John Stuart Mill, los derechos son reglas para la maximización de la felicidad pero añade que los derechos no son

²⁶ Ibid; pág. 39

absolutos dados que en determinadas condiciones excepcionales su cumplimiento aleja tanto del fin que no cabe compensar la pérdida de felicidad con el peso importante que tienen. Esta fundamentación utilitarista ha sido objeto de críticas que enfatizan la falta de garantía de los derechos humanos que podrían ser violados para la consecución de la mayor felicidad y para el mayor número, en esta línea han incidido especialmente John Rawls, o James Fishkin, Thomas Nagel, y muchos otros “han denunciado el uso del enfoque utilitarista para justificar el uso de violencia a gran escala contra la población civil o el uso de armas de destrucción masiva entendidas como un mal menor la forma más rápida de obtener la victoria en una guerra y evitar supuestamente un mayor número de muertes”.²⁷

La reacción de los utilitaristas ante estas críticas hicieron surgir teorías como la del utilitarismo de normas, ideales o la integración de un principio de respeto a las personas; Algunos autores definen el utilitarismo de normas como el que afirma que un acto es obligatorio sólo si la aceptación uniforme de una regla correspondiente maximiza la utilidad esperada. El utilitarismo de normas, por lo tanto, no valora sólo los efectos de un acto específico, sino los efectos de su generalización.

1.15 Aspectos institucionales y jurídicos

Los derechos humanos tienen una creciente fuerza jurídica en tanto que se integran en las constituciones y en general en el ordenamiento jurídico de los

²⁷ Ibid; pág. 51

Estados, también en el ámbito de la comunidad internacional por su reconocimiento en numerosos tratados internacionales tanto de carácter general, como sectorial, universal y regional y por la creación de órganos jurisdiccionales cuasi jurisdiccionales o de otro tipo para su defensa, promoción, y garantía.

Además, debido a su aceptación diversos derechos humanos se consideran parte del derecho internacional consuetudinario y algunos incluso normas de *ius cogens*, tal y como han afirmado órganos internacionales como el comité de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia, entre ellos se encuentran la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida o el acceso a unas mínimas garantías procesales y la prohibición de detención arbitraria.

1.16 Derechos humanos y derechos constitucionales

Es importante diferenciar y no confundir los derechos humanos con los derechos constitucionales, aunque generalmente los derechos humanos se suelen recoger dentro de los derechos constitucionales, no siempre coinciden.

Para determinar qué derechos son constitucionales basta con recurrir al catálogo de derechos reconocidos por las constituciones políticas de los Estados el concepto de derechos humanos pertenece más bien al ámbito de la Filosofía del derecho ya que la relación entre ambos conceptos ha sido estudiada por numerosos autores y es problemática, de entre los que reconocen la virtualidad del concepto de derechos humanos algunos autores consideran que la existencia de los derechos humanos es independiente de su reconocimiento como derechos

constitucionales. Para algunos autores como Francisco Laporta, existiría un pequeño número de derechos humanos básicos de los que se derivarían los derechos constitucionales más concretos.

Tendrían por su parte para las teorías dualistas las que otorgan importancia tanto al fundamento moral de los derechos como a su positivación los conceptos de derechos humanos y derechos constitucionales un contenido equivalente. Luigi Ferrajoli considera, en su teoría del garantismo jurídico que, “siendo los derechos constitucionales o fundamentales los reconocidos en la Carta Magna de los Estados los derechos humanos son aquellos que se reconocen a todos independientemente de su ciudadanía y su capacidad de obrar la constitución de un país por ejemplo; puede otorgar derechos a sus ciudadanos que no abarquen a los no nacionales, en ese caso se trataría de derechos constitucionales que se reconocen al ciudadano pero no podrían ser derechos humanos si no se reconoce a todas las personas sean de la condición que sean”.²⁸

1.17 Clasificación generacional de derechos humanos.

Aunque la mayoría de las doctrinas jurídicas distinguen varias generaciones de derechos humanos existen múltiples y diferentes clasificaciones. Todas suelen coincidir al describir la primera generación, pero posteriormente se ramifican y complejizan, y además existen al menos dos concepciones de esta visión generacional para una de ellas son expresión de una racionalidad que se realiza progresivamente en el tiempo, para otras cada generación de derechos humanos es una expresión de una racionalidad diferente y puede entrar en conflicto con

.....
²⁸ Ferrajoli. **Ob. Cit.** Pág 129

las demás por otra parte, existen posiciones que evitan pronunciarse acerca de categorías de derechos humanos y más bien tienden a enfocarlos como un sistema unitario. “Cada nueva generación que se clasifica cronológicamente en relación con las anteriores ha sido objeto de críticas, si ya los derechos de la primera generación fueron criticados también sucedió con los derechos de la segunda durante el siglo XX, si bien en la actualidad la casi la totalidad de los juristas los aceptan hoy en día es objeto de debate la existencia de una tercera generación de derechos humanos ya que tanto desde el punto de vista jurídico como político se critica la indeterminación de esta categoría y su difícil garantía no obstante estas objeciones, existen teorías que hablan de cuatro e incluso cinco generaciones de derechos humanos”.²⁹

1.18 Tres generaciones de derechos humanos

La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por en 1979. Cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad. La división de los derechos humanos en tres generaciones fue concebida por primera vez por en 1979, cada una se asocia a uno de los grandes valores proclamados en la Revolución Francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

²⁹ Morello, **Ob. Cit**, pág. 34

1.19 Los derechos de primera generación

Son los derechos civiles y políticos vinculados con el principio de libertad generalmente se consideran derechos de defensa o negativos, que exigen de los poderes públicos su inhibición y no injerencia en la esfera privada, por su parte los derechos de segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, que están vinculados con el principio de igualdad, exigen para su realización efectiva de la intervención de los poderes públicos a través de prestaciones y servicios públicos. Existe cierta contradicción entre los derechos contra el Estado (primera generación) y los derechos sobre el Estado (segunda generación), los defensores de los derechos civiles y políticos califican frecuentemente a los derechos económicos, sociales y culturales como falsos derechos ya que el Estado no puede satisfacerlos más que imponiendo a otros su realización lo que para éstos supondría una violación de derechos de primera generación. Por su parte, la tercera generación de derechos surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad los unifica su incidencia en la vida de todos a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel mundial, normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética aunque diferentes juristas asocian estos derechos a otras generaciones. Por ejemplo, mientras que para Vallespín Pérez la protección contra la manipulación genética sería un derecho de cuarta generación, para Roberto González Álvarez es una manifestación ante nuevas amenazas de derechos de primera generación como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física.

Otras propuestas

Diversos autores mencionan que está surgiendo una cuarta generación de derechos humanos. No obstante, el contenido de la misma no es claro, y estos autores no presentan una propuesta única; normalmente toman algunos derechos de la tercera generación y los incluyen en la cuarta, como el derecho al medio ambiente o aspectos relacionados con la bioética. Javier Bustamante afirma que la cuarta generación viene dada por los derechos humanos en relación con las nuevas tecnologías; otros que el elemento diferenciador sería que mientras las tres primeras generaciones se refieren al ser humano como miembro de la sociedad, los derechos de la cuarta harían referencia al ser humano en tanto que especie.

Gallardo, por su parte, “defiende la existencia de cinco generaciones de derechos humanos, que identifica con las reivindicaciones de diferentes grupos sociales. Serían los derechos civiles y políticos, reclamados por la burguesía; los económicos, sociales y culturales, propios de los movimientos obreros y antiesclavistas; los derechos de los pueblos y sectores diferentes, incluyendo las luchas de descolonización y feministas; los ambientales, que define como derechos de las generaciones futuras; y los relativos al control del cuerpo y la organización genética de uno mismo, enfrentados a la mercantilización del interior de la vida”.³⁰

³⁰ Laporta, Francisco: *Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo*, pág. 87

CAPÍTULO II

2. Principio de Legalidad

2.1 Origen

Para empezar a tratar el principio de legalidad nos iremos a su origen y naturalmente no podemos pasar por alto lo relativo a la pena y el delito, por estar íntimamente ligados al principio que nos ocupa.

En la escuela clásica en donde se estudio con más interés lo referente a la pena, el delito y el delincuente. Al hablar de delincuente a la escuela clásica no es él, el que le interesa sino los actos que comete o sea los actos constitutivos de delito, los cuales van relacionados con la violación del derecho y esto es lo que lo convierte en ente de lo jurídico.

Carrara, que es uno de los exponentes de la escuela clásica afirma que el fin de la pena es en primer plano, el restablecimiento del orden externo de la sociedad, en segundo plano el valor moral o sea el temor que va encaminado al culpable para inducirlo a que no vuelva a delinquir, sin violentar sus propios derechos humanos. En la escuela, el delincuente esta religado no hizo un estudio profundo sobre la personalidad del mismo pues como ya hemos dicho anteriormente, solo se interesaba en tanto al ente autor de actos delictivos.

Se establece como norma constitucional que el juez en ningún caso puede juzgar por analogía, más bien debe ajustarse a la ley penal y es por lo que en esta escuela adquiere mucha importancia la máxima, *Nullum, crimen ,nulla poena,*

sine lege o sea el principio de *Legalidad*, en la investigación que estamos manejando los juzgados indígenas juzgan por analogía, además imponen penas que no se encuentran en marco legal violentando así los derechos inherentes al ser humano, como lo es la vida, las penas que los juzgados indígenas deciden son, la humillación así como la tortura humana en el caso de Guatemala. El principio de legalidad que no se debe dejar al arbitrio del juzgador porque se piensa que confiar en el hombre que no es infalible la seguridad del derecho, es incurrir en tiranía o sea en la negación del propio derecho, todo lo anterior según el pensamiento de Carrara; nos dice también este autor. "Que la razón de circunscribir la pena a un límite proporcionado al daño causado por el delito, se encuentra en que el mal causado al culpable no debe ir nunca más allá de las medidas de la tutela jurídica, todo exceso no es protección sino violación de derecho, en este caso violación a los derechos humanos, todo exceso, prepotencia, y tiranía, de las autoridades a todo ser humano es traición, ya que a las mismas autoridades no les importa traicionar toda misión impuesta".³¹

El principio de legalidad es un derecho constitucional indiscutible en la mayoría de los países, y en consecuencia de la dignidad del hombre, y su necesidad emana del derecho natural.

Como ya fue expuesto con anterioridad, el principio de legalidad o de reserva es el punto de partida de cualquier sistema de derecho penal, también es el punto de partida de validez espacial y temporal del Código Procesal Penal guatemalteco, se fundamenta en principios constitucionales y de igualdad estableciéndose la defensa de las garantías individuales, y la base de que la ley debe aplicarse a todas las personas sin ninguna discriminación cuya conducta puede enmarcarse dentro de un tipo específico de delito y constituye una superestructura ideológica.

31 S. Soler **Ob. Cit**; pág 129

En cuanto al nombre del principio de legalidad, tendremos que analizar primeramente lo que significa la palabra legalidad en sentido gramatical.

Encontramos un significado que creemos acertado el cual dice que legalidad es: la calidad legal, o proveniente de la ley, legitimidad, licitud, es el régimen fundamental de un estado especialmente establecido por la constitución y principio es el fundamento, causa primera, ideas por la que se rige una persona.

Por lo anterior podemos decir que el principio de legalidad es el fundamento que da legitimidad, y licitud a las normas que van a regir la conducta de las personas de un determinado lugar y tiempo.

“Este principio es llamado indistintamente de reserva o de legalidad. Es entendido en su forma abstracta, dando a la palabra ley el sentido de norma preestablecida en la acción que se juzga delictiva es algo más que un mero accidente histórico o una garantía.”³²

Por lo tanto es el principio fundamental en la legislación penal en este caso, porque a través de él, se le da legitimidad a las normas establecidas en el Código Penal, constituyendo ley obligatoria y vigente debiendo entonces ser atendidas porque al no acatarlas se estará violando la ley y se estará incurriendo en hechos delictivos que serán sancionados con una de las penas establecidas en las mismas. Además debe tomarse en cuenta que este principio que está contenido la carta fundamental que nos rige, por ende es un principio constitucional cabe aquí recordar que ha habido distintas expresiones clásicas de legalidad, entre ellas tenemos:

32 S. Soler, *Ibid.* pág. 129

- a) Nullum crimen nulla poena sine praevia lege penal
(Ningún crimen ni pena sin previa ley penal).
- b) Nemo iudex sine lege.
(Ningún juez sin ley o nombramiento legal)
- c) Nemo damnatus sine lege iudicium.
(Nadie sea condenado sin Juicio Legal)
- d) Nulla Poena sine Iudicio
(Ninguna pena sin juicio)
- d) Nullum crimen nulla poena sine lege

(Nadie podrá, ser penado por hechos que no estén expresamente calificados como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas por la ley).

El principio de legalidad procesal determina que el Estado, a través de su órgano acusador, El Ministerio Público está obligado a perseguir todos los hechos delictivos conocidos y que estén calificados como delitos.

2.2 Efectos

Como ya fue expuesto con anterioridad, el principio de legalidad o de reserva, es el punto de partida de cualquier sistema de derecho penal, también es el punto de partida de validez espacial y temporal del Código Procesal Penal guatemalteco, se fundamenta en principios constitucionales y de igualdad estableciéndose la defensa de las garantías individuales y la base de que la ley debe aplicarse a todas las personas sin ninguna discriminación cuya conducta puede enmarcarse dentro de un tipo específico de delito. El principio de legalidad constituye una

superestructura ideológica. Su efecto es primario de carácter obligatorio y de igualdad para la sociedad de un mismo estado.

Es importante señalar los efectos siguientes:

Primera : La prohibición de juzgar por analogía o crear figuras delictivas, esto significa que si un hecho social no se encuentra determinado claramente en el Código Penal como figura delictiva los jueces no podrán juzgar ese hecho, en virtud de que esto sería actuar con arbitrio judicial el cual es opuesto al principio de legalidad.

Segunda: La limitación que deben atender los jueces para imponer penas establecidas en el ordenamiento jurídico incluyendo naturalmente las medidas de seguridad.

Tercera: Garantía mínima parte de los derechos de las personas y de la sociedad pues según el fin del principio este debe establecer el límite de la facultad punitiva del Estado y la certeza que puede tener la colectividad al enfrentarse con la represión estatal.

Es necesario advertir que la función del derecho penal es esencialmente intimidatoria y sancionadora, puede decirse que se pena por la necesidad de coexistir del poder coercitivo del derecho, en cual se manifiesta en la pena y en la restitución de los tiempos, pero en realidad en esencia es una manifestación del poder coercitivo, pues no se ha comprobado aun que la pena tenga efectos intimidativos en el delincuente para que disminuya el delito.

También encontramos en el artículo 4 del Código Penal en el ámbito de legalidad encontramos el imperio de la ley salvo lo establecido en tratados internacionales, este Código se aplicará a toda persona que cometa delito o falta en el territorio de la República o en lugares o vehículos sometidos a su jurisdicción.

2.3 Regulación Legal

El principio de legalidad esta contenido indudablemente en la mayoría de las legislaciones y proviene del axioma tantas veces enunciado *Nullum crimen nulla poena sine lege*; es así como nuestro Código Penal de Guatemala también contiene este principio en su artículo primero; dándole el título de Legalidad y en su parte conducente establece: Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.

Además está contenido este principio en el título séptimo de las medidas de seguridad en el artículo 84 el cual también lleva el título. Principio de Legalidad, y establece No se decretarán medidas de seguridad sin disposición legal que las establezca expresamente, ni fuera de los casos previstos en la ley.

Vemos que en nuestro Código Penal está contemplado este principio, rigiendo tanto en una forma general como en las medidas de seguridad, de donde llegamos a la conclusión que el principio de legalidad tiene primacía en nuestro derecho penal vigente. No puede pasarse inadvertido que se origina como consecuencia lógica del mencionado principio de ejecución.

Significa esto que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad están contempladas en el Código penal, no han de quedar abandonadas al arbitrio de las autoridades penitenciarias o administrativas, que su conocimiento no es precisamente las leyes o mejor dicho el derecho, sino que deben aplicarse de acuerdo a lo dispuesto en las leyes y otras disposiciones legales, en forma y con las modalidades y circunstancias que establezcan.

El Código Procesal Penal, en su artículo primero recoge el principio de legalidad de que hablamos anteriormente, el cual textualmente establece No hay pena sin ley. (Nullum poena sine lege). No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad; además en el artículo 21 del mismo cuerpo legal establece, Igualdad en el proceso. Quienes se encuentren sometidos a proceso gozarán de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen, sin discriminación. En el artículo dos de este mismo cuerpo legal se establece: No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse proceso ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal. También los siguientes artículos del Código Procesal Penal establecen lo siguiente de conformidad al principio de legalidad:

Artículo: 4. Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.

Artículo 5. Fines del proceso. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido, el establecimiento de la posible participación del sindicado, el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y la ejecución de la misma.

Artículo 7. Independencia e imparcialidad. El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley. La ejecución penal estará a cargo de los jueces de ejecución.

Por ningún motivo las restantes autoridades del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de las causas pendientes o la reapertura de las ya terminadas por decisión firme.

Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa.

Artículo 8. Independencia del Ministerio Público. El Ministerio Público, como institución, goza plena independencia para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en la forma determinada en este Código, salvo la subordinación jerárquica establecida en su propia ley.

Ninguna autoridad podrá dar instrucciones al jefe del Ministerio Público o a sus subordinados respecto a la forma de llevar adelante la investigación penal o limitar el ejercicio de la acción, salvo las facultades que esta ley concede a los tribunales

de justicia.

Artículo 9. Obediencia. Los funcionarios y empleados públicos guardarán a los jueces y tribunales el respeto y consideración que por su alta jerarquía merecen. Las ordenes, resoluciones o mandatos que los mismos dictaren en ejercicio de sus funciones serán acatadas inmediatamente. La infracción de estos preceptos será punible de conformidad con el Código Penal.

Artículo 11. Prevalencia del criterio jurisdiccional. Los sujetos procesales deben acatar las resoluciones del tribunal y sólo podrán impugnarlas por los medios y en la forma establecidos por la ley.

Artículo 12. Obligatoriedad, gratuidad y publicidad. La función de los tribunales en los procesos es obligatoria, gratuita y pública. Los casos de diligencias o actuaciones reservadas serán señalados expresamente por la ley.

Artículo 13. Indisponibilidad. Los tribunales no pueden renunciar al ejercicio de su función, sino en los casos de ley. Los interesados no pueden recurrir a tribunal distinto del reputado legalmente competente.

Artículo 14. Tratamiento como inocente. El procesado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto una sentencia firme lo declare responsable y le imponga una pena o una medida de seguridad y corrección.

Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades.

Las únicas medidas de coerción posibles contra el imputado son las que éste Código autoriza, tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionales a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes. La duda favorece al imputado.

Artículo 15. Declaración libre. El imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. El Ministerio Público, el juez o el tribunal, le advertirá clara y precisamente, que puede responder o no con toda libertad a las preguntas, haciéndolo constar en las diligencias respectivas.

Artículo 16. Respeto a los derechos humanos. Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados internacionales sobre respeto a los derechos humanos.

Artículo 17. Única persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal:

- a) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente.
- b) Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma.
- c) Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos

diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas.

Artículo 18. Cosa juzgada. Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a lo previsto en este Código.

Así mismo la Constitución Política de la república de Guatemala establece:

Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.

Artículo 6. Detención legal. Ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente. Se exceptúan los casos de flagrante delito o falta. Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna otra autoridad.

El funcionario, o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente.

Artículo 7. Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá

ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación.

Artículo 8. Derechos del detenido. Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que pueda proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente.

Artículo 9. Interrogatorio a detenidos o presos. Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. Esta diligencia deberá practicarse dentro de un plazo que no exceda de veinticuatro horas. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio.

Artículo 10. Centro de detención legal. Las personas aprehendidas por la autoridad no podrán ser conducidas a lugares de detención, arresto o prisión diferentes a los que están legal y públicamente destinados al efecto. Los centros de detención, arresto o prisión provisional, serán distintos a aquellos en que han de cumplirse las condenas. La autoridad y sus agentes, que violen lo dispuesto en el presente artículo, serán personalmente responsables.

Artículo 12. Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y

preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente.

Artículo 14. Presunción de inocencia y publicidad del proceso. Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada.

El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata.

Artículo 15. Irretroactividad de la ley. La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.

Artículo 16. Declaración contra sí y parientes. En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley.

Artículo 17. No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. No hay prisión por deuda.

Artículo 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la

readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos;
- b) Deben cumplir las penas en los lugares destinados para el efecto. Los centros penales son de carácter civil y con personal especializado; y
- c) Tienen derecho a comunicarse, cuando lo soliciten, con sus familiares, abogado defensor, asistente religioso o médico, y en su caso, con el representante diplomático o consular de su nacionalidad.

La infracción de cualquiera de las normas establecidas en este artículo, da derecho al detenido a reclamar del Estado la indemnización por los daños ocasionados y la Corte Suprema de Justicia ordenará su protección inmediata. El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo

Artículo 203. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.

Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

La ley del organismo judicial en cuanto al principio de legalidad establece en sus artículos lo siguiente:

Artículo 1. Normas Generales. Los preceptos fundamentales de ésta ley son las normas generales de aplicación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Artículo 2. Fuentes del Derecho. (Reformado por Decreto 11-93 del Congreso de la República). La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Artículo 3. Primacía de la ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso, costumbre o práctica en contrario.

Artículo 4. Actos nulos. (Reformado por Decreto 64-90 del Congreso de la República). Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Artículo 5. Ámbito de aplicación de la ley. El imperio de la ley se extiende a toda persona, nacional o extranjera, residente o en tránsito, salvo las disposiciones del derecho internacional aceptadas por Guatemala, así como a todo el territorio de la República, el cual comprende el suelo, el subsuelo, la zona marítima terrestre, la plataforma continental, la zona de influencia económica y el espacio aéreo, tales como los definen las leyes y el derecho internacional.

Artículo 7. Irretroactividad. La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo.

Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine.

Artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. (Reformado por Decreto 11-93 del Congreso de la República). Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.

Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

Artículo 10. Interpretación de la ley. (Reformado por Decreto 75-90 del Congreso de la República). Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras; a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales.

El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Artículo 15. Obligación de resolver. Los Jueces no pueden suspender, retardar ni denegar la administración de la justicia, sin incurrir en responsabilidad. En los casos de falta, oscuridad, ambigüedad o insuficiencia de la ley, resolverán de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 10 de esta ley, y luego pondrán el asunto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia a efecto de que, si es el caso, ejercite su Iniciativa de Ley.

Artículo 16. Debido Proceso. Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales.

Nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante juez o tribunal competente y preestablecido, en el que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos.

Artículo 17. Buena fe. Los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

Artículo 22. Primacía del interés social. El interés social prevalece sobre el interés particular.

Artículo 51. Organismo Judicial. El Organismo Judicial, en ejercicio de la soberanía delegada por el pueblo, imparte justicia conforme la Constitución Política de la República y los valores y normas del ordenamiento jurídico del país.

Artículo 52. Funciones del Organismo Judicial. (Reformado por Decreto 11-93 del Congreso de la República). Para cumplir sus objetivos, el Organismo Judicial no está sujeto a subordinación alguna, de ningún organismo o autoridad, sólo a la Constitución Política de la República y las leyes. Tiene funciones jurisdiccionales y administrativas, las que deberán desempeñarse con total independencia de cualquier otra autoridad. Las funciones jurisdiccionales del Organismo Judicial corresponden fundamentalmente a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que a ella están subordinados en virtud de las reglas de competencia por razón del grado. Las funciones administrativas del Organismo Judicial corresponden a la Presidencia de dicho Organismo y a las direcciones y dependencias administrativas subordinadas a dicha Presidencia. Los órganos que integran el Organismo Judicial tendrán las funciones que le confieren la Constitución Política de la República, las leyes y los reglamentos, así como las que le asignen otras leyes.

Artículo 57. Justicia. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia.

Los Organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y descentralizadas deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares.

Artículo 58. Jurisdicción. (Reformado por los Decreto del Congreso 11-93 y 41-96). La jurisdicción es única. Para su ejercicio se distribuye en los siguientes órganos:

Corte Suprema de Justicia y sus Cámaras.

Corte de apelaciones.

Magistratura coordinadora de la jurisdicción de menores y de los tribunales de menores.

Tribunal de lo contencioso administrativo.

Tribunal de segunda instancia de cuentas.

Suprimido por (DC 41-96).

Juzgados de primera instancia.

Juzgados de menores.

Juzgados de paz, o menores.

Los demás que establezca la ley.

En la denominación de jueces o tribunales que se empleen en las leyes, quedan comprendidos todos los funcionarios del Organismo Judicial que ejercen jurisdicción, cualesquiera que sea su competencia o categoría.

Artículo 59. Instancias. En ningún proceso habrá más de dos instancias.

Artículo 60. Garantías. Los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, dando cuenta de los hechos al tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.

Artículo 61. No interferencia. Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal a menos que la ley confiera expresamente esta facultad.

Artículo 62. Competencia. Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro de la materia y el territorio que se les hubiese asignado, lo cual no impide que en los asuntos que conozcan puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio.

Artículo 63. Publicidad. (Reformado por el Decreto 64-90 de del Congreso de la República.

Si analizamos este principio nos podemos dar cuenta que otro de los principios a que debe sujetarse la pena es el de la personalidad. En efecto al aplicar el castigo por un hecho delictivo cometido debe éste recaer sobre la persona directamente responsable y no de otra; de tal manera que no se puede pensar que una persona que sea ajena a la relación jurídica punitiva respondiera por un hecho que no haya cometido. Además el principio de legalidad esta contenido y no podría ser de otra manera en la constitución de la República en el artículo 17 No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su

perpetración.

Pero en la legislación guatemalteca en donde se encuentra contenido expresamente el principio esencial es en el derecho penal y procesal penal, la ejecución del mismo.

Nos damos cuenta que los principios de legalidad de la pena, y de la ejecución contenidos en el Código Penal y Código Procesal Penal respectivamente dan origen a dos de las garantías que se exponen anteriormente al referirme al origen del principio son garantías de la persona en el campo represivo, los cuales son precisamente según Cuello Calón: a) la garantía criminal es la que establece la legalidad o la ilegalidad de las penas y las medidas de seguridad (nulla poene sine lege) y conforma las penas y las medidas con arreglo a las normas legales.

Es eminentemente real, que las penas impuestas por los juzgadores indígenas en materia penal son completamente ilegales como se ha demostrado en el presente capítulo.

2.4 Naturaleza jurídica

El principio de legalidad, puede decirse que tiene el rango y carácter de una importante garantía política del ciudadano, además de garantía humana, se puede decir que protege al individuo, contra las arbitrariedades que pueden cometer los jueces al sancionar a los delincuentes por los delitos en que hayan incurrido. Actúa como una garantía para la protección jurídica de la comunidad, y contra la represión estatal, lo cual es reconocido constitucionalmente y debe regir y ser

aplicado sin discriminación de raza, color, sexo o posición económica o de clase para todas las personas que estén bajo su imperio.

Su naturaleza jurídica es pues el de ser un principio considerado como el punto de partida de cualquier sistema del derecho penal; es una superestructura ideológica de la sociedad que establece el límite de la facultad punitiva del estado y de garantizar la certeza que debe tener el derecho penal al aplicar sus normas a hechos delictivos, por personas con facultad para ello y por los organismos establecidos en la ley para sancionar los hechos de acuerdo a las leyes previamente establecidas, garantizando así en minina parte los derechos humanos inherentes a todos los miembros de la sociedad, evitando así el que se cometan arbitrariedades que conducen a la violencia.

2.5 La costumbre

Una costumbre es una práctica social continua y arraigada transmitida de padres a hijos, de abuelos a nietos

Generalmente se distingue entre buenas costumbres que son las que cuentan con aprobación social, y las malas costumbres, que son relativamente comunes pero no cuentan con aprobación social, y a veces han sido promulgadas y dadas a conocer como leyes, para tratar de modificar la conducta. En el derecho internacional la costumbre es una práctica generalizada y repetitiva de los Estados y de otros sujetos del derecho internacional aceptada como derecho y obligada a través de lo denominado como expectativa de derecho. Tiene tanta validez como los tratados internacionales, no existiendo ninguna prelación de fuentes entre

ellas.

La Costumbre es un derecho. Podríamos definir la costumbre como la repetición constante de ciertos actos o modos de obrar dentro de una colectividad, con la convicción de su necesidad.

No obstante, hay que tener en cuenta los hechos que llevan a una práctica general y uniforme a ser considerada derecho por los sujetos del Derecho Internacional. Para que cristalice la opinio iuris u elemento subjetivo resulta de vital importancia las acciones u omisiones que realizan, Estados que son significativos de la comunidad internacional. Un ejemplo de ello lo tenemos en la entrada en vigor del Convenio de Naciones Unidas de Derecho del Mar, donde a raíz de la ausencia de ratificación del convenio por los países industrializados hubo que hacer una revisión de la IX parte del Convenio referente a la zona Internacional de los fondos marinos. Hoy en día habría que señalar que Estados Unidos todavía no ha firmado un convenio que rija las actividades de navegación en todo el mundo.

El Jurista Jiménez de Aréchaga ha señalado muy pertinentemente las especiales relaciones que Tratado Internacional y Costumbre tienen para el desarrollo normativo del Derecho Internacional.

2.6 La costumbre como fuente del derecho

Usualmente las leyes son codificadas de manera que concuerden con las costumbres de la sociedad que rigen, y en defecto de ley, la costumbre puede constituir una fuente del derecho. Sin embargo en algunos lugares como en los

países de aplicación del derecho anglosajón la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes (o a la vez) que la ley.

La costumbre jurídica tiene que cumplir dos requisitos:

- El factor subjetivo u *Opinio Iuris*, que es la creencia o convencimiento de que dicha práctica generalizada es imperativa y como tal produce derechos y obligaciones jurídicas.
- El factor objetivo o *Inveterata Consuetudo* que es la práctica de la costumbre en sí y que debe ser reiterada e inequívoca.

En el caso de Guatemala solo surte efecto a defecto de la ley, la costumbre tiene un gran uso en sociología como *usos y costumbres*, ya que son componentes de la cultura en los sistemas de acción, como adaptación instrumental por lo tanto, parte de la estructura social en el funcionalismo; también es asimilable por similitud con conductas en psicología social y en la teoría sistémica.

Como componente cultural el Interaccionismo simbólico lo hace su objeto de descripción y explicación. Para la Teoría del conflicto y en contraposición a la difusión de nuevas leyes impuestas a una comunidad es la resistencia popular más importante contra el cambio.

La ley del Organismo Judicial en su artículo segundo establece: La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

2.7 Interpretación legal y constitucional

Interpretación de la ley. Las normas se interpretarán conforme a su texto, según el sentido propio de sus palabras, a su contexto y de acuerdo con las disposiciones constitucionales. El conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes oscuros de la misma, se podrán aclarar, atendiendo el orden siguiente: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

El artículo 58. de la constitución política de la República de Guatemala, según hemos analizado protege la identidad cultural, entre las cuales podemos encontrar las costumbres, en este caso el termino costumbre se estableció a muy amplio criterio, si nos vamos al espíritu del legislador y nos remontamos a la historia jamás el legislador pensó violar el principio de legalidad, dando libertad a que los indígenas juzgaran en materia penal a su arbitrio, nunca el espíritu del legislador fue que se violaran garantías constitucionales y principios generales del derecho penal, como lo es, el debido proceso. El cual recita de la siguiente manera.

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

La Ley del Organismo Judicial en su artículo segundo establece: La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia la complementará.

La costumbre regirá sólo en defecto de la ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

En este caso la costumbre no puede regir en materia penal porque nosotros ya la tenemos contemplada, no hay falta de ley penal, ya esta codificado lo relativo a el procedimiento penal en el Código Procesal Penal Guatemalteco, y encontramos tipificadas los delitos y las penas en el Código Penal Guatemalteco.

CAPÍTULO III

3. El derecho estatal frente a la costumbre

3.1 Violación al principio de igualdad en los juzgamientos penales indígenas

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

Así mismo la ley del organismo judicial establece en su artículo 57. Justicia. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución Política de la República y demás leyes que integran el ordenamiento jurídico del país.

La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales establecidos por la ley, a los cuales les corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. La justicia es gratuita e igual para todos. Ninguna otra autoridad podrá intervenir ni interferir en la administración de justicia.

Los Organismos del Estado, sus dependencias y entidades autónomas y

descentralizadas deberán prestar a los Tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Igual obligación tienen los particulares.

Según la visión del derecho indígena plantea que para ser iguales tenemos que ser tratados desigualmente. El indígena debe ser juzgado de acuerdo a la costumbre y el ladino debe ser juzgado de acuerdo a sus leyes escritas.

Esta visión viene a romper completamente el esquema de igualdad y de legalidad y si se le da espacio a esta corriente entonces entraríamos a una anarquía estatal en donde quien fuese por razón de la costumbre podría imponer penas a su arbitrio, no hay una coordinación adecuada para que pudiera funcionar un pluralismo en este momento tan crítico de inseguridad en el Estado. Por lo tanto no se pueden violar garantías constitucionales y penales que son base fundamental de un estado de derecho.

3.2 Vulneración del principio de legalidad en la emisión de sentencias de los juzgadores indígenas.

Después del estudio que hemos realizado de qué es legalidad, ha quedado muy claro que las penas impuestas por los juzgadores indígenas en materia penal, rompen claramente el esquema de legalidad del Estado de Guatemala, recordemos que la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.

Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los

tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia. Y que no hay pena sin ley.

3.3 Postura de las instituciones indígenas con respecto al sistema de justicia estatal

Iniciaré este apartado con el siguiente enunciado, no se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiere fijado con anterioridad. (Nullum poena sine lege), y recordando al lector que esta es una postura de las instituciones indígenas de nuestro país. Dando a conocer que mi punto de vista difiere a que el principio de legalidad no debe de ser vulnerado.

a) Competencia material: Ni el Convenio 169 de la organización internacional del trabajo (OIT) ni los Acuerdos de Paz, limitan el conocimiento de alguna

materia al derecho y la justicia indígenas. Jurídicamente pueden regular y conocer todas las materias sin límite alguno, de cuantía, o gravedad, es más el convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas por lo cual inclusive es claro que la materia penal es de conocimiento del derecho indígena a diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista no limita las materias que pueda conocer el derecho indígena, a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.

- b) Competencia territorial. El convenio 169-OIT no especifica nada sobre la competencia territorial del derecho consuetudinario, aunque en principio se refiere a los pueblos indígenas y tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los mismos. En los Acuerdos de Paz no hay tampoco una mención expresa, salvo la referencia a: normas que rigen en las comunidades. Cabe inferir que la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas.

Sin embargo, cabe anotar que puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena pero cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas. En tales casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían ser competentes para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate. Dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena.

- c) **Competencia personal.** El Convenio 169 de la OIT tiene algunos artículos generales que hablan del reconocimiento del derecho consuetudinario, de las costumbres e instituciones, en los cuales no hace mención a la competencia personal artículo 8, 2. Pero en materia de represión de delitos, habla del respeto de los métodos que se aplican a los miembros de pueblos indígenas artículo. 9, 1. Se puede interpretar que si bien este artículo no necesariamente limita la intervención de la justicia indígena a los miembros de los pueblos indígenas, sí garantiza que en los casos de indígenas se les aplique el derecho que ellos conocen y del cual participan. Los acuerdos de paz, por su parte, no establecen ningún límite específico sobre las personas que deban someterse al derecho y la justicia indígenas. Hay referencias generales sobre la comunidad y los pueblos indígenas, pero no especifican nada al respecto.

Cabría interpretar que en general, las normas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros como parte del derecho a la propia vida cultural. Sin embargo, si alguien que no es miembro del pueblo indígena interviene en un acto con indígenas (Ej. una transferencia de propiedad, el uso de recursos como bosques, aguas, etc.) sería natural que la comunidad aplique sus reglas para la regulación de tal hecho y para resolver los conflictos que se deriven del mismo, en tanto corresponda. En principio existe el derecho de ser regulado y de ser juzgado dentro de la propia cultura y esto vale en general para todos. No obstante ello, debe considerarse que los sistemas jurídicos indígenas han sufrido un proceso de debilitamiento por su desconocimiento legal así como por la intervención del derecho estatal dentro de las comunidades, por lo cual se requiere un proceso de fortalecimiento. Por ello, si bien en principio existe el derecho de ser juzgado por el propio derecho dentro de la propia cultura, ello no sería obstáculo para que los sistemas jurídicos Indígenas puedan reaccionar en defensa de sus miembros o bienes, si un tercero no indígena realiza un hecho dañino contra personas o bienes

indígenas dentro del ámbito territorial indígena. Ello permitiría no dejar vulnerables a los indígenas frente al ataque ilegal de terceros y evitar la intervención en las comunidades de aparatos estatales que históricamente han mellado la cultura y el derecho indígenas.

En estos casos y en toda situación en general no obstante, el tercer no indígena pueden demandar que se vele por sus derechos y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

- d) Competencia temporal: Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena. Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y las justicias estatales y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena.

Esta situación podría presentarse también en adelante. Es decir, si las autoridades o una parte someten ante el derecho o justicia estatal un caso que correspondería al derecho indígena y las autoridades estatales no lo remiten al derecho indígena, cualquiera de las partes o ambas pueden demandar que dicha situación o caso sea sometido al derecho indígena en cualquier estado del proceso.

- e) Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el derecho consuetudinario.

El Convenio 169 de la OIT, indica que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos artículo. 8,2. El Convenio no especifica qué tipo de procedimiento debe seguirse, si se debe crear un órgano específico para ello o dotarse de tal función a órganos existentes. El procedimiento que fuese, debe garantizar la comprensión intercultural de los hechos y la interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle. Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, se podría conformar tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos, que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más. A veces en los pueblos indígenas se resuelven casos con trabajo comunitario, sanción física y moral y/o la manutención de las víctimas por parte del agresor. Si el mismo caso pasase a los tribunales estatales tal vez la pena sería más gravosa para el autor y menos beneficiosa para las víctimas.

3.4 La eliminación de los juzgadores indígenas o análogos

Como ha quedado demostrado los juzgamientos indígenas o análogos violan garantías constitucionales, y la decisión de qué conductas merecen sanción debe ser asumida por el organismo legislativo quien representa a los ciudadanos. Esta decisión debe plasmarse en una ley escrita que defina con la máxima precisión cuales conductas son prohibidas y determine la sanción aplicable por infringir esta prohibición. Así la prohibición ha de ser previamente conocida por los ciudadanos quienes solo podrán ser sancionados si infringen las normas descritas en las leyes, todo esto queda recogido en el principio de legalidad que fija como se

han de establecer las prohibiciones penales. Lo anteriormente aseverado delata la necesidad de aplicar las leyes constitucionales que amparen y acojan a la población guatemalteca para evitar violaciones a sus principios constitucionales, en la cual se sancione a quien infrinja el principio de legalidad emitiendo sentencias penales por razón de la costumbre y se eliminen los juzgados indígenas o análogos y se evite que sean reconocidos, y a la vez se desarrollen los mecanismos adecuados para evitar este tipo de incidencias que contrarían y tergiversan los principios fundamentales del derecho constitucional y penal.

En este caso los juzgamientos indígenas violan el debido proceso y el principio constitucional de igualdad.

3.5 La usurpación de funciones como sanción a las personas que imponen penas de carácter penal sin estar facultado para ello.

Según el Código Penal Guatemalteco tipifica esta figura delictiva de la siguiente forma: *delitos de falsedad persona, y delito de usurpación de funciones.*

Artículo 335.- Quien, sin título o causa legítima, ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario, atribuyéndose carácter oficial, será sancionado con prisión de uno a tres años. *Usurpación de calidad*

Artículo 336.- Quien se arrogare título académico o ejerciere actos que competen a profesionales, sin tener título o habilitación especial, será sancionado con prisión de cinco a ocho años, y multa de cincuenta mil a doscientos mil quetzales.

Si del resultado del ilegal ejercicio se derivare perjuicio a tercero, la sanción señalada en el párrafo que antecede, se elevará en una tercera parte.

Una de las demandas más importantes y urgentes es que el sistema de justicia estatal no despenalice: a) las prácticas culturales y jurídicas indígenas que se consideren hechos punibles o delitos (Ej. formas de unión conyugal temprana, el rapto, y b) la usurpación de calidad por ejercicio de la justicia indígena en sí mismo. La exclusividad de la función jurisdiccional, Artículo 203. De la Constitución Política de La República de Guatemala. Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República.

Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia.

Se entiende que las autoridades indígenas (como alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales) que toman decisiones usurpan la función jurisdiccional ya que nuestra carta magna establece que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Es por esta razón que no debe darse el reconocimiento a los juzgados indígenas en materia penal. El ejercicio de la justicia en materia penal en cuanto a los juzgados indígenas no es legal, nadie puede arbitrariamente imponer penas, no puede ser legal porque configura usurpación de funciones. Y no es discriminación sino solo hacer valer la ley en un Estado.

CAPÍTULO IV

4. Propuesta de desarrollo de constitucionalidad y jurisprudencia

4.1 Derecho Indígena y Derechos Humanos

El presente trabajo analiza la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en relación con los límites a la jurisdicción indígena. Límites que, tanto en la Constitución guatemalteca como en el propio Convenio 169 de la OIT, vienen enmarcados por el respeto de los derechos humanos. Los problemas se plantean, fundamentalmente, en el ámbito penal, puesto que determinadas sanciones (fuate, cepo, extrañamiento) y procedimientos indígenas podrían violar los derechos humanos.

Surge, de este modo, el eterno debate sobre la universalidad de los derechos humanos, tachados tantas veces de occidentales. Es en suma o pretende ser este artículo una reflexión sobre ésta polémica.

Debate: cabe tener en cuenta en este debate el artículo de Esther Sánchez, perita de la Corte de Constitucionalidad Colombiana quien sustenta desde la antropología el concepto de interpretación intercultural de los derechos humanos.

4.2 La Constitución guatemalteca de 1986 y el multiculturalismo.

En el curso de especialización en Derechos Humanos que organiza anualmente el Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia), curso dedicado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos con motivo de su 50 aniversario. En el mismo se abordó, como no podía ser de otro modo, el eterno debate sobre la universalidad de los derechos humanos. Profesores como el argentino Fabián Omar Salvioli no dudaron en afirmar la universalidad de la declaración de derechos, considerando que no se puede pretender un determinado relativismo cultural ante determinadas prácticas que son sin duda aberrantes y que atentan contra la dignidad de la persona, citándose como ejemplo extremo la ablación. Por otro lado dicho relativismo, defendido por los países asiáticos en aras de una armonía social y un crecimiento económico que resultarían incompatibles, según ellos, con los derechos civiles y políticos, con los derechos individuales tachados de occidentales, ha perdido peso a raíz de la actual crisis asiática. Esta pretendida exclusión de las libertades y los derechos individuales no era sino la excusa para perpetuarse en el poder ciertos gobernantes; en modo alguno afectan al crecimiento económico, más bien al contrario. Hoy en día parece claro que los derechos humanos conforman un sistema jurídico necesario sobre el que deben cimentarse los derechos civiles y políticos y también los económicos, sociales y culturales.

Sin embargo con motivo de mi estancia en la Universidad de San Carlos de Guatemala y la investigación llevada a cabo en relación a la jurisdicción especial indígena, a sus normas, procedimientos y sobre todo, sanciones penales, me hace volver a reflexionar sobre la susodicha universalidad, su compatibilidad con el multiculturalismo, si en definitiva los derechos humanos son un producto occidental y frente a ellos existe otra cosmovisión por parte en este caso de los pueblos indígenas.

No cabe duda del gran paso dado por Guatemala con su Constitución de 1986, al definir de manera expresa al Estado Guatemalteco como multiétnico ya que establece en su artículo 66. Protección a grupos étnicos; Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos. Y acorde con ello, reconocer la diversidad étnica y cultural del país y concretamente al hombre en sí mismo debería ser una de las prioridades del gobierno central.

Y para los efectos del presente trabajo, la jurisdicción especial indígena regirá en defecto de lo que establece el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial. Fuentes del derecho. La ley es la fuente del ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, la complementará. La costumbre regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Y es que como indicaba ya en el año 1990 el Director del Instituto Indigenista Interamericano, José Matos Mar, “al contrario de lo que se podía suponer y se proponía hace medio siglo, los indios no se han extinguido ni se han transformado para convertirse en parte de una masa indiferenciada de trabajadores en el esquema operativo de las economías modernas. El desarrollo desigual y dependiente del sistema ha creado condiciones para la perpetuación de modos de vida que se refugian y fortalecen en las prácticas de una cultura propia contemporánea, pero diferente a la cultura dominante”³³. Procesos de revitalización étnica y reasunción de identidades, asociados al mercado interno y a los efectos de la crisis, explican esta situación

Una de las diferencias entre la anterior Constitución Guatemalteca y la actual estriba en que la primera basaba su estructura en el principio de la igualdad de

33 Matos Mar. **Ob. Cit**; pág. 9.

todos los connacionales ante la Ley, igualdad entendida como de pleno derecho y de inmediata aplicación (una igualdad procedimental); en cambio la Constitución actual no parte de una preexistencia de ésta en la realidad, sino del reconocimiento a la diferencia. Una diferencia basada en la concepción más realista de que la nación es la sumatoria de sujetos que se adscriben a grupos étnicos diferenciados que practican culturas diferentes.

Este reconocimiento de la diversidad étnica y cultural nos adentra en la órbita del multiculturalismo. Por ello, pese a la brevedad de estos escritos y a que el objeto principal de los mismos es analizar las sentencias de la Corte de Constitucionalidad Guatemalteca en relación a la jurisdicción especial indígena y sus límites, representados por el respeto de los derechos humanos, no podemos dejar de hacer una sumaria referencia a las construcciones teóricas más importantes que sobre la materia se han dado y se dan.

Destaca, en primer lugar, el comunitarismo del filósofo canadiense Charles Taylor⁵ “con su crítica a la tradición liberal como homogeneizadora desde las mayorías; es decir, un liberalismo que olvida las diferencias para conformar a todos según la identidad de las mayorías (la igualdad procedimental a la que hemos hecho referencia). Frente a ello apuesta por la lucha por los derechos políticos y el fortalecimiento de identidades colectivas, el reconocimiento de la identidad de las personas, sus diferencias, su identidad en relación a su pertenencia cultural. Un liberalismo que se preocupa por las diferencias culturales”³⁴.

En segundo lugar, debe citarse también a John Rawls, y a Jürgen Habermas y sus tesis para conciliar las dos versiones de liberalismo. Ambos autores, cada

34 Taylor, **Ob. Cit**; pág 10

uno a su manera, intentan mostrarnos cómo se implican mutuamente la autonomía personal, propia del liberalismo tradicional, y la autonomía política del liberalismo razonable, a partir de un consenso entre cruzado, sobre mínimos en el espacio público. Esto sólo es posible, según este autor, distinguiendo moral y política.

Otros autores desarrollan la teoría comunicativa de la ética, el derecho y la política, entablándose un diálogo multicultural y a partir de la interrelación entre las diversas identidades y lograr mínimos de integración, y todo ello gracias a una íntima relación entre autonomía privada y pública.

Por último, se debe resaltar la aportación de Will Kymlicka, en cuanto cree posible poder compaginar los derechos de las minorías con los principios básicos de libertad individual y justicia social. Su punto de partida es que a miembros de grupos diferentes se les otorguen derechos diferentes

4.3 El reconocimiento de la jurisdicción especial de los pueblos indígenas.

La Constitución colombiana en su artículo 246 establece que Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República y añade que la ley establecerá las formas de cooperación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional, contrario a lo que establece nuestra Carta Magna.

Este reconocimiento de la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas en sus territorios, de conformidad con sus normas

y procedimientos, supone la aceptación de una realidad histórica como es la coexistencia en Guatemala de verdaderos sistemas jurídicos diversos al Régimen general de la República. Así pues, la Constitución incorpora un pluralismo jurídico acorde con la concepción de una Nación diversa, plural, étnica y cultural. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la norma fundamental que reconoce la existencia de sistemas jurídicos a los cuales se les reconoce a su vez jurisdicción legal paralelos al llamado Sistema Judicial Nacional, la circunscribe explícitamente al caso de las comunidades indígenas, dejando por fuera los sistemas de otros pueblos étnicos y aquellos que se consideran ilegales.

De este modo, en Guatemala podemos distinguir dos órdenes normativos:

4.4 El sistema jurídico nacional

Dentro del cual nos encontramos por un lado con la Constitución Política y la legislación nacional general, aplicable a los indígenas en cuanto ciudadanos Guatemaltecos, y por otro, la Legislación Indígena Nacional, asumida por los pueblos indígenas andinos y por aquellas comunidades indígenas que han perdido parcialmente sus costumbres, sus sistemas de control y de autoridades, y que están, por tanto, en un proceso de recuperación de sus sistemas normativos propios.

4.5 Sistemas jurídicos indígenas

Creados alrededor de sus cosmovisiones, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social. Sistemas jurídicos a los que, como hemos visto, la Constitución les reconoce jurisdicción

legal. Por otra parte, con lo preceptuado en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes que por su importancia transcribimos literalmente a continuación:

Artículo. 8.2: Dichos pueblos (indígenas) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo. 9.1: En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Los límites a la jurisdicción especial indígena que el Convenio de la OIT establece cuando indica que el ejercicio de dicha potestad no debe ser contrario a la Constitución y las leyes de la República. De acuerdo con estos preceptos y con la jurisprudencia de la propia Corte de Constitucionalidad Guatemalteca, estos límites vienen enmarcados por el respeto de los derechos humanos y ahí es donde van a surgir los problemas.

Como más adelante tendremos oportunidad de comprobar, determinadas sanciones penales de los pueblos indígenas impuestas a miembros de sus comunidades podrían vulnerar la prohibición, recogida tanto en tratados internacionales como en la Constitución Política, de torturas, tratos inhumanos o degradantes, habiéndose tenido que pronunciar la Corte de Constitucionalidad al respecto a través de la resolución de diversas acciones de tutela. En menor

medida, también estudiaremos si los procedimientos de los pueblos indígenas cumplen los requisitos de un proceso debido.

De lo anterior se desprende, como señala el profesor Juan Andrés Sampredo Arrubia; “que el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas debe reflejarse en la posibilidad real de elegir su sistema jurídico y su desarrollo con capacidad de decisión y control, permitiéndoles la conservación de sus sistemas jurídicos y el desarrollo de sus leyes consuetudinarias, mientras no sean incompatibles con sus derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales”³⁵.

4.6 Los derechos humanos desde la perspectiva indígena.

Se hace imprescindible analizar la visión que sobre los derechos humanos tienen los pueblos indígenas puesto que, como se ha indicado, suponen un límite a su jurisdicción especial. No cabe duda que los derechos humanos en su origen constituyen una reacción contra los abusos del Estado absolutista es decir, que aparecen como derechos y libertades frente al Estado.

En este sentido, “se entiende que los derechos humanos son primero; una emanación o mejor dicho una respuesta hacia el Estado totalizador moderno segundo; una protección que se preocupa sobre todo por el ser humano como individuo”³⁶.

35 Sam Pedro Arrubia, **Ob. Cit**; pág 78

36 kuppe, **Ob. Cit**; pág 47

Se trataría, por tanto, de comprobar si desde esta perspectiva los derechos humanos pueden encajar en las comunidades indígenas por lo que se hace imprescindible estudiar sus instituciones y su sistema de orden social.

En estas sociedades tradicionales no encontramos un poder institucionalizado en el sentido político o jurídico del que emanen normas imperativas que puedan vulnerar los derechos y libertades del individuo.

Naturalmente cuentan con un sistema de autoridad política como pueden ser por ejemplo; el caso del pueblo Páez de Colombia, los Cabildos, estando al frente de ellos los Gobernadores pero cuya función principal es mantener la armonía y el equilibrio de su comunidad. En todo caso tanto en la elección de esta autoridad como en el restablecimiento de la armonía que se ha visto afectada por la conducta de algún miembro de su comunidad va a participar la Nasa Wala (asamblea de indios), devolviendo el equilibrio material y espiritual que se había roto.

En estas sociedades el individuo solo cobra sentido en cuanto miembro integrante de su comunidad y por ello se comprende que un conflicto no se presente como asunto entre dos individuos sino que atañe a toda la comunidad en cuanto se ha visto afectada su armonía, se ha roto el equilibrio material y espiritual. El restablecer este equilibrio y con ello devolver la armonía es un asunto de todo el pueblo.

Fácilmente se constata del análisis anterior la dificultad de aplicar el concepto de derechos humanos a estas sociedades indígenas puesto que aunque abusos y atropellos, incluyendo violencia física, existen en esas sociedades no son

debidos a la omnipotencia de un Estado y los remedios no son las defensas del individuo dirigidas contra éste. Es más los indígenas argumentan que mientras sus instituciones funcionen de acuerdo a sus tradiciones, con sus mecanismos de equilibrios sociales se está defendiendo, protegiendo, la dignidad humana, y que las posibles violaciones a la misma se deben a fallos de dichas instituciones. En este sentido este autor llega a la conclusión de que “la necesidad del recurso al sistema de derechos humanos es en gran parte, una consecuencia de la corrupción y del disfuncionamiento de las instituciones tradicionales”.³⁷

El anterior análisis resulta muy criticable por cuanto muestra a los derechos humanos como resultado de una ética individualista de corte occidental, siendo éste el argumento más utilizado por aquellos que pretenden negar la universalidad de los derechos humanos, tal y como se pudo comprobar en el Primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Especial Indígenas y Autonomía Territorial celebrado en Popayán (Colombia) durante el mes de marzo de 1997.

Para el Presidente de la Organización Nacional de Indígenas de Colombia, Abadio Green Storel, siempre que se habla de los derechos humanos como límites “Cree que se intenta sujetar los regímenes jurídicos indígenas a un pensamiento occidental tratando de aplicar criterios como la universalidad de los derechos humanos del individuo mientras nosotros hablamos de la ley de la Madre tierra y los derechos colectivos; pero es que incluso va más allá al entender que no sólo se intenta aplicar principios propios de un pensamiento centrado en el derecho individual, sino que se presume que los principios del derecho son los mismos en todos los pueblos y todas las culturas”³⁸.

37 kuppe **Ob. Cit;** pág 48

38 Piñacue **Ob. Cit;** pág. 50

En esta misma línea de pensamiento, se entiende que “la teoría de los derechos humanos del Estado se basa en la existencia de un sujeto universal, pero frente al concepto de cultura este concepto tiene que ser abordado desde la perspectiva de la diversidad cultural, perdiendo vigencia la afirmación universal, dado que es la cultura la que determina la existencia del sujeto y no los postulados estatales”³⁹. Esta dialéctica utiliza la diversidad cultural para contraponerla a los derechos humanos siempre que su sistema jurídico no resulte compatible en algún extremo con aquéllos. Resulta especialmente elocuente cuando al hablar de los límites a la jurisdicción especial indígena se refieren a los derechos humanos con un doble lenguaje: por un lado, destaca que el pueblo y sus mitos son un ejemplo del respeto del derecho a la vida y en este sentido parece aceptar los derechos humanos; por otro, afirma que no todos los derechos humanos desarrollados por occidente se encuentran por encima de nuestro derecho a la autonomía, en este sentido no habría, en principio, nada que objetar siempre que previamente se efectuase una ponderación de derechos, tanto colectivos como individuales, pero nunca podremos, saber cómo se pretende, justificar las sanciones o castigos corporales. El derecho a la autonomía, a la diferencia, tiene límites infranqueables ya que en todos estos planteamientos se aprecia un intencionado victimismo de la cultura indígena frente a la cultura dominante occidental, manipulando el tema de los derechos humanos y su universalidad de acuerdo a sus propios intereses, y ello por las siguientes razones: a) Siempre se hace referencia a la concepción individualista de los derechos humanos, que efectivamente corresponde con un pensamiento liberal occidental, pero en pocas ocasiones se alude a la concepción marxista por cuanto se introducen los derechos colectivos eso sí corporativos. Tanto unos como otros son derechos humanos, pero claro está resulta más factible aferrarse a la concepción liberal para contraponerla a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

39 *Ibid.* pág. 48

b) Se afirma que efectivamente, los pueblos indígenas son cosmológicos pues para ellos el hombre no es el centro sino que se integra con la naturaleza, no es superior su naturaleza a otra, y de ahí se desprende la importancia de la comunidad y no del indígena considerado aisladamente. Pero ello significa que el indígena individualmente considerado no cuenta con unos derechos individuales que la comunidad no puede violar. Entendemos que principios y derechos como la colectividad, la armonía o la diversidad cultural, no son incompatibles con los derechos individuales tan esenciales como la vida o la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes.

c) Los derechos que ellos efectivamente defienden dentro de lo que llamamos derecho a la diferencia, su derecho de autonomía, el pluralismo étnico y cultural que reconoce la Constitución Guatemalteca, no son derechos humanos. Los derechos de las minorías son derechos humanos.

La concepción de los derechos humanos desde su formulación a finales del siglo XIX hasta la actualidad ha ido variando, ampliándose el catálogo de los mismos, por lo que hablamos de las distintas generaciones de derechos. Tanto los derechos individuales como derechos colectivos corporativos como también los derechos de los pueblos indígenas son derechos humanos y no podemos aceptar unos y rechazar otros.

Sin ánimo de adelantarnos al tema de las sanciones más problemáticas de los sistemas de derecho indígenas, es conveniente señalar que el reconocimiento y respeto de la diversidad étnica y cultural nunca puede llevarnos a aceptar violaciones de los derechos humanos, otra cosa es que puedan modularse en su aplicación como veremos en relación al debido proceso. Los derechos humanos

no son occidentales ni orientales ni simples libertades, en su esencia se halla el ser humano, y si el problema estriba en razones terminológicas, no encontramos inconveniente alguno para que se hable de dignidad de la persona humana, pero que se respete. Pese a quien pese, pueden existir prácticas culturales que atentan contra la dignidad de la persona.

Este problema ha sido abordado también por la comunidad científica de Guatemala desde la perspectiva de estudio de los pueblos indígenas mayenses, como era lógico suponer se encontró que los grupos étnicos de Guatemala cuentan, con una concepción filosófica diferente a la occidental y les resulta extraño el mismo concepto de derechos humanos. Así no existe ni tan siquiera el vocablo derecho. Sin embargo, se encontró el concepto de respeto entendido como una filosofía de vida y perfectamente asimilable a los derechos humanos occidentales. Con ello queremos recalcar que llámense derechos humanos, dignidad humana, respeto o cualquier otra denominación, todas las culturas conocen y entienden el significado de los derechos humanos occidentales; y éstos tal y como establece el Convenio 169 de la OIT en su artículo 8, inciso 2, suponen un límite a sus instituciones y costumbres, en definitiva, a la jurisdicción especial indígena, puesto que aun asumiendo que es efecto de las mismas instituciones indígenas el no crear situaciones violadoras de la dignidad humana, existen determinadas sanciones indígenas que no respetan a la persona humana .

4.7 El indígena ante el régimen penal: competencia para su juzgamiento

Con el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena nos encontramos ante posibles conflictos de competencia, fundamentalmente en el ámbito penal, entre la jurisdicción nacional y la especial indígena, conflicto que mientras no se apruebe la ley de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema nacional,

debe resolverse mediante la jurisprudencia sentada por la Corte de Constitucionalidad.

El problema realmente surge porque la jurisdicción penal indígena, al contrario de lo que podría suponerse, no se extiende únicamente a hechos delictivos ocurridos dentro de su ámbito territorial ni opera en todos los casos en que esté involucrado un indígena. Como la Corte de Constitucionalidad ha recalcado en sus sentencias habrá que estarse al caso concreto teniendo en cuenta estos dos fueros; el territorial y el personal.

Es evidente que si en una conducta típica coinciden los elementos personal y territorial, es decir que un indígena cometa un hecho delictivo dentro de su comunidad, la jurisdicción va a corresponder a las autoridades indígenas. Pero la solución no es tan simple cuando la infracción en que incurre un indígena se produce fuera del ámbito territorial y la parte ofendida no es miembro de su comunidad. En este último caso la Corte de Constitucionalidad, ofrece las siguientes vías de solución que por su importancia reproducimos a continuación:

a). Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o por el contrario, enfrentar un sujeto que por su

especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b). En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos

Esta doctrina de la Corte a las circunstancias del caso concreto, teniendo en cuenta fundamentalmente el grado de aislamiento o integración del indígena, de la cultura de la comunidad a la que pertenece, en relación a la cultura mayoritaria.

Atrás quedan los años en que el indígena era considerado un inimputable, como si tuviera disminuidas sus capacidades intelectuales o volitivas, por lo que si, un juez determina que un indígena debe ser devuelto a su comunidad sin ser juzgado al no conocer la ilicitud de su conducta ello es producto, como señala la ley, de una diferencia valorativa y no de una inferioridad intelecto volitiva.

4.8 La regla de la maximización de la autonomía de las comunidades Indígenas y la minimización de las restricciones

Esta regla de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía es una regla de interpretación que para los efectos que ahora nos interesa, la Corte de Constitucionalidad utiliza en sus sentencias para resolver las acciones de tutela planteadas por ciudadanos guatemaltecos indígenas que consideran violados sus derechos fundamentales por parte de la jurisdicción especial indígena.

Esta regla en palabras de la propia Corte de Constitucionalidad supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía. (Ejemplo; la seguridad interna).
- b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Esta minimización de las restricciones nos remite al problema de los límites de la jurisdicción especial indígena y concretamente, al respeto de los derechos fundamentales.

Se trata de establecer unos límites mínimos en aras del reconocimiento de los pueblos indígenas, límites que la corte denomina los mínimos aceptables. Estos límites sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre la corte ha optado claramente por un relativismo cultural moderado.

El magistrado Carlos Gaviria Díaz de la Corte Constitucional de Colombia (ponente de las sentencias que analizaremos), al referirse a aquellos derechos humanos que pueden suponer un límite a la jurisdicción especial indígena, señala que se trata de “derechos acerca de los cuales existe un mayor consenso intercultural extraídos de una parte, de una observación empírica de lo que en la misma comunidad se respeta invariablemente; pero de otra, de los textos (internacionales de derechos humanos)”⁴⁰

Estos derechos en los que existe un mayor consenso intercultural son, según la Corte, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, a los que añade por exigencia de la Constitución, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas. Nótese que no se hace referencia al debido proceso, por lo que el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado queda de esta forma en principio, fuera del conjunto de estos derechos intangibles. De lo que se trata a continuación es de analizar, a través de las Sentencias de la Corte De Constitucionalidad, por un lado aquellas sanciones penales de los pueblos indígenas que resultan más polémicas, como son el fuste (azotes) y el cepo, en cuanto pueden constituir una violación de los derechos humanos, en concreto de la prohibición de torturas, tratos inhumanos o degradante, y una breve referencia a la del destierro; por otro si la jurisdicción especial indígena cumple los requisitos de un debido proceso.

40 Gaviria Díaz, Carlos. *Aplicación de la justicia autónoma del pueblo*; pág. 171.

4.9 Las sanciones indígenas y la prohibición de las torturas, tratos inhumanos o degradantes

A través de los diversos estudios que sobre los sistemas jurídicos indígenas ha realizado Carlos César Perafán se constata la existencia de penas corporales que consisten en castigos físicos como los fuetazos o el cepo. El cepo es una pena bastante frecuente en los sistemas jurídicos, mientras la flagelación que supone el fute (latigazos) es de uso común también en otros sistemas.

Conviene eso sí, precisar que no todas las comunidades indígenas pertenecientes a estos sistemas cuentan con estas sanciones, así por ejemplo la comunidad Páez del Toribio actualmente no utiliza el cepo, y que en otros sistemas jurídicos como el Guambiano, que en su día contaban con estas penas corporales, están hoy por hoy en desuso.

A. El cepo.

a). Caracteres generales: Para poder determinar si el cepo representa o no una tortura o en su defecto, un trato inhumano o degradante debemos ofrecer una definición del mismo y para ello, nos servimos del especialista Carlos César Perafán que lo describe del siguiente modo:

“Consiste en dos maderos aserrados de cuatro por diez y tres coma veinte metros (3,20 metros) de largo, con hasta veinte huecos cilíndricos de dimensiones pequeñas y grandes para acomodar los tobillos de personas de diferentes tamaños, de tal manera que en cada madero va la mitad de un cilindro, con el propósito de que, enfrentados los maderos, conformen los cilindros completos, sobre el madero inferior se colocan las piernas a la altura de los tobillos para que

el madero superior al colocarse encima, coincidiendo los huecos, atrape al penado dejándose flojo con un poco de luz el cual no se puede soltar porque por dichos cilindros no le caben los pies, los maderos están unidos por un extremo con una bisagra y se aseguran por el otro con un candado”⁴¹.

Una vez descrito el cepo hemos de averiguar cómo se aplica dicho castigo y los efectos que produce en el indígena que ha sido sometido al mismo.

“El cepo, utilizado continuamente no es aguantable sino solo veinticuatro horas, por esta razón muchas penas menores se castigan con doce ó veinticuatro horas de cepo exclusivamente. En penas más graves se pueden prescribir hasta ocho días de cepo pero con descansos de una hora dos veces al día y con salidas adicionales para defecar y orinar. Se considera que según los huecos una persona sometida continuamente al cepo se enferma hinchándosele las piernas a los ocho o quince días. En el cepo la persona está acostada de cúbito se puede sentar deteniéndose con las manos del cepo, fumar, charlar, pero no puede girarse lo que al cabo de poco tiempo aburre”⁴²

Conviene aclarar que el cepo puede tener una duración superior a ocho días, como en el caso del castigo del homicidio dentro del sistema jurídico Chamí, otra comunidad indígena colombiana que puede llegar a ser sancionado hasta con cinco años de cepo. En estos casos dicho castigo se combina con el trabajo forzoso de tal forma que el condenado permanece de noche en el cepo y trabaja durante el día.

41 Perafán **Ob. Cit**; pág. 95

42 **Ibid**, pág. 96

Sin ánimo de hacer una enumeración exhaustiva, queremos simplemente indicar que esta pena se aplica a una variada gama de delitos, así siguiendo con la jurisdicción Chamí; a los de falso testimonio, homicidio, lesiones corporales, hurtos, infidelidad, envenenamiento de aguas, contaminación, etc. No se trata, por tanto de una sanción esporádica o excepcional.

B). La Corte de Constitucionalidad y el cepo. La Corte de Constitucionalidad de Colombia ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la sentencia. Sobre el cepo, llegando a la conclusión que dicha pena corporal no constituye tortura ni tan siquiera trato inhumano o degradante.

La sentencia en cuestión fruto de una acción de tutela interpuesta por un indígena de una comunidad embera Chamí acusado de homicidio, delito que como se ha visto es castigado con el cepo, estima que dicha pena corporal es admisible con los siguientes fundamentos unos que parecen ser los principales y otros más secundarios. Los argumentos principales son: que se trata de una forma de pena corporal que es parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto poder intimidatorio y su corta duración. Además a pesar de los rigores físicos que implica la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad.

Estos razonamientos por llamarlos de alguna manera, no solamente no justifican la procedencia del cepo sino que incluso pueden servir para avalar la postura contraria resultando totalmente intolerables y contrarios a los principios del derecho penal moderno, pasemos pues a analizar dicho parágrafo detenidamente.

Por una parte hace referencia a los rigores físicos que implica, reconociendo que se producen daños físicos y mentales aunque no sean de alguna gravedad, con lo cual la corte da motivos para pensar que estamos en presencia cuanto menos de actos inhumanos o degradantes. Se alude también a criterios de utilidad cuando expresa que la comunidad considera esta pena valiosa por su alto poder intimidatorio y la misma corte nos dice que no es inútil. Cabe preguntarse si se puede hablar de utilidad cuando está en juego la integridad personal, como suele decirse el fin no puede justificar los medios.

Para concluir con este breve análisis crítico, debemos señalar que el que el cepo forme parte de la tradición indígena aún reconociendo su importancia no es motivo suficiente para aceptar la susodicha pena corporal pena que por otro lado no resulta de tan corta duración como el Alto Tribunal refleja.

Los argumentos secundarios son:

Por otro lado esta valoración que la comunidad hace del cepo como forma de castigo vuelve ilegítimos los reclamos de sus miembros en contra de la práctica más cuando como en este caso la queja resulta más de una posición acomodaticia que de un verdadero convencimiento de la perversidad de la práctica.

En este punto cabe resaltar que, de acuerdo con el expediente el actor fue dirigente de la comunidad en 1991, razón por la cual es posible deducir que estuvo en sus manos la potestad de influir en la comunidad para variar la sanción y sin embargo no lo hizo. Sólo ahora, seguramente asesorado por los blancos y pensando que podría sacar algún provecho de ello, decidió acusar a su comunidad de proferir tratos inhumanos a sus miembros por el hecho de usar el

cepo.

Obviamos comentar estas desafortunadas líneas puesto que son un claro ejemplo de lo que no debe hacer un jurista, el que la pena sea considerada un acto de tortura (o trato inhumano) o no lo sea nunca puede venir condicionado por las circunstancias personales del autor.

B. El fuate.

a). Caracteres generales. Del mismo modo que hemos hecho con el cepo, pasamos a continuación a describir el fuate, con el fin de determinar posteriormente si dicha pena constituye un acto de tortura o representa un trato inhumano o degradante.

El fuate es una pena corporal típica de las comunidades indígenas Páez y embero Chamí, y consiste en la flagelación de una persona con látigo de arriar ganado. El látigo consta de un palo de rama de madera fina al cual se amarra una tira de entre tres a cinco milímetros de ancho, por un milímetro de espesor y hasta uno punto cinco metros de largo que no va trenzada.

La flagelación en cuestión consiste, en un latigazo por cada uno de los aguaciles del cabildo que son veinticinco (en el Toribio), tratándose de delitos sin agravante; al que se suma el que da la orden que a veces latigüea para mostrar cómo se hace como ejemplo del número de latigazos que pueden llegar a darse cabe señalar que en caso de violación la cifra se eleva a cinco por alguacil hasta llegar a cuarenta.

b). La Corte de Constitucionalidad y el fuate. Se aborda entre otras cuestiones como la sanción del destierro o lo que debe entenderse por debido proceso si la flagelación con perreo de arriar ganado (el fuate) entraña un acto de tortura o representa en su defecto un trato inhumano o cuanto menos degradante. En este apartado únicamente nos referiremos a aquella parte del objeto de la tutela correspondiente a la pena del fuate.

“La sentencia indicada es fruto de la acción de tutela interpuesta por un indígena de la comunidad Páez de Jámbalo contra el Gobernador de su cabildo y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la zona norte del departamento del Cauca, por entender que la sanción impuesta de sesenta fuetazos (dos por cada cabildo) constituía un ataque a su integridad personal.

La Corte comienza su defensa del fuate haciendo referencia a las concepciones diferentes de castigo para la sociedad mayoritaria y para la comunidad indígena. Posteriormente y tras reproducir la definición de tortura establecida en la convención contra la tortura, se centra en la sentencia en Colombia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Tyrer⁴³. Para intentar de todas las formas posibles mostrar las diferencias entre el caso que allí se resolvió y el que se le plantea a la Corte, con el único fin de legitimar el fuate.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), como bien indica la Corte, parte de la intensidad del sufrimiento de la víctima para calificar el acto llevado a cabo contra ella de tortura o de trato inhumano o degradante, por lo que debe estarse a las circunstancias concretas del caso. El problema de esta

43 Perafán **Op. Cit**; pág 112

construcción sobre la intensidad del sufrimiento es que salvo casos extremos el calificar un acto de tortura, de trato inhumano, de trato degradante, o de acto irrespetuoso, con la integridad personal es bastante subjetivo y no siempre pacífico.

A título de ejemplo citar la Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de Colombia de 18 de enero de 1978 del TEDH de Irlanda contra Reino Unido, en la que el tribunal señaló que determinadas técnicas policiales contra miembros del IRA suponían un trato inhumano y degradante, por lo que se condenó al Reino Unido; sin embargo la comisión y varios jueces de la misma Corte calificaron las mismas técnicas de tortura.

La Corte reconoce que el fuste reduce aflicción aunque acto seguido deja claro que su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo el fuste. Es pues continua diciendo, una figura simbólica o en otras palabras un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía a la población. Una vez más el Alto Tribunal intenta desviar el asunto haciendo referencia a lo que representa el fuste, la hermosa finalidad de restablecer el equilibrio, cuando la cuestión a determinar es si a una persona que reciba sesenta latigazos se le causa daño, aunque no sea esa la finalidad y si ese daño puede calificarse como tortura o trato inhumano. De las premisas anteriores la Corte pasa directamente a estimar que el sufrimiento que esa pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo y que tampoco podría considerarse como pena degradante que humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno. El que no se trate de una sanción degradante lo justifica una vez más señalando que es una práctica que se utiliza normalmente entre los países y cuyo fin no es exponer al individuo al escarnio público sino buscar que recupere

su lugar en la comunidad. Observemos como una y otra vez se cierra la corte en el argumento de la tradición y de la finalidad, evitando en todo momento pronunciarse sobre el objeto de la tutela el hecho que una persona va a ser flagelada.

No queremos ni tan siquiera comentar el argumento que como final de sus fundamentos nos ofrece y que considera muy significativo como es el hecho de que ninguno de los condenados ni siquiera el propio demandante cuestionara (entendemos se refiere ante la jurisdicción indígena) la sanción.

Por último resulta conveniente comentar las diferencias que la Corte observa entre el caso que se le ha planteado y el caso Tyrer en el que el TEDH consideró que se había infligido a Tyrer una pena degradante con el propósito de reafirmar que con los fuetazos no se da ni siquiera un elemento de humillación estas diferencias para la Corte son:

1. La edad de los condenados. En el caso Tyrer se trataba de un chico de quince años mientras que el indígena era hombre adulto.
2. El lugar de los hechos. En un caso tuvieron lugar en el Reino Unido y en el otro en el seno de una comunidad indígena colombiana que conserva sus tradiciones.
3. La función que cumple la pena. En el caso del indígena representa en opinión de la Corte, un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad y en el otro caso los azotes eran vistos como un castigo que

degrada al individuo.

4. El lugar en que se reciben los azotes. Según la Corte al chico británico se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior y agacharse debajo de una mesa para recibir los azotes, mientras que en el caso del indígena se ejecuta en la pantorrilla estando el sujeto de pie y completamente vestido.

La manipulación de la Corte de Constitucionalidad es tremenda. Por una parte, no señala como diferencias que al indígena se le dan sesenta latigazos y al chico únicamente tres mientras que por otra parte puede conducir a errores las diferencias señaladas en cuanto al lugar de los hechos de la función de la pena y del lugar en que se reciben los azotes. Hay que traer a colación que en el caso del británico el hecho tuvo lugar en una isleta la isla de Man, en la que al igual que sucede en las comunidades indígenas era una tradición dicha forma de castigar a los chicos rebeldes. Debemos también precisar que el británico recibió los tres golpes de vara sobre su espalda desnuda pero no en el trasero como pretende dar a entender la Corte por un guardián de paz, delante de su padre y en presencia de un médico, resulta evidente pues que en la isla de Man, los azotes no eran vistos como un castigo que degrada al individuo como pretende intencionadamente hacernos creer la Corte en su sentencia.

Los supuestos comentados aunque guarden semejanzas no son iguales, es mucho más grave el caso del indígena y el fuate. Si en el caso Tyrer se consideró que hubo un elemento de humillación en el del indígena también existe (se ejecuta la flagelación delante de toda la comunidad) pero es que además la intensidad del castigo del fuate es mayor y cabe perfectamente en la figura no de la tortura pero sí en la del trato inhumano.

C. La sanción del extrañamiento y la prohibición del destierro.

a). Caracteres generales.- La sanción del extrañamiento entendiendo por ella la expulsión del territorio o exclusión de la comunidad es común en la mayoría de las comunidades indígenas (Tukano, Sikiani, Paez, Kogi y Tule) y refiriéndonos a Guatemala también es común en las aéreas de Sololá, Quiché, Huehuetenango, Chimaltenango y otros departamentos, ya que en una época era típico escuchar de familias que habían sido expulsadas por haberse encontrado a un miembro de la familia cometiendo delito.

Uno de los problemas que plantea la pena del extrañamiento es que también afecta a la familia nuclear del condenado, se produce por tanto una extensión de la responsabilidad, ya que se convierte en responsabilidad familiar.

Perafán, explica esta extensión por el hecho de la socialización de la responsabilidad en la medida en que se considera que los familiares cercanos están en tal deber de cuidar el comportamiento de sus miembros, que los actos de reincidencia pasan a considerarse como actos de la unidad social de integración permanente, ya que es imputable a todos ellos su incapacidad para asumir el deber de controlar los comportamientos de sus miembros que les compete.

b). La Corte de Constitucionalidad y el extrañamiento.- La Constitución Política de 1991 de Colombia prohíbe en su artículo 38 la pena de destierro, pero la Corte en Sentencia entendió que a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por un Estado, la pena de destierro sólo se refiere a la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero no exhiben el carácter de Naciones. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia al indicar que de

acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo.12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo.5) el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo municipal y comunal y no de todo el territorio nacional y en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución Colombiana.

Entendemos que la interpretación que la corte efectúa sobre el destierro peca de literalidad y que tal vez otra sería la solución si se aplicase un criterio finalista. De todos modos en cuanto esta sanción no afecta de forma directa a los derechos mínimos establecidos por el Alto Tribunal como límites a la jurisdicción especial indígena podemos dar por buena la solución alcanzada.

El problema se plantea con la extensión de la responsabilidad y por tanto de la sanción del extrañamiento a los familiares del condenado a la misma. La Corte esta vez ha resuelto satisfactoriamente la cuestión y así teniendo en cuenta que la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, consideró que la pena de extrañamiento impuesta al peticionario se revelaba desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad de sus hijos.

D. El debido proceso.

- a. Caracteres generales.- El debido proceso aparece recogido en la Constitución Política de 1986.

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento a un debido proceso público sin dilaciones indebidas, a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Como se recordará, cuando hacíamos referencia a los límites de la jurisdicción especial indígena y a los derechos considerados intangibles dentro de éstos incluíamos, por expresa exigencia de constitucionalidad los principios de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, según la corte pero no al debido proceso. El problema viene dado porque la Corte extrae esa exigencia de Constitucionalidad del artículo 246, cuando prescribe el ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas de conformidad con sus propias normas y procedimientos y no del artículo 29 transcrito. Con ello cabe preguntarse si es necesario respetar o no el derecho de defensa con todas sus implicaciones y el de asistencia de un abogado.

Para el profesor Juan Gabriel Gómez Albarello “cualquiera que sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta magna de Colombia, Este tema fue objeto de dos aclaraciones de voto”⁴⁴.

b. La Corte de Constitucionalidad y el principio de legalidad del procedimiento.- La corte al referirse a la legalidad del procedimiento parte de que la comunidad (indígena) repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura de la arbitrariedad, y es ésa la finalidad que persigue el debido proceso de ahí concluye que dentro del respeto a su cultura dicha noción (debido proceso pero entendido como legalidad del procedimiento) hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el constituyente al elegir el pluralismo en un principio básico de la carta. En definitiva, lo que se requiere cuando se habla del principio de legalidad del procedimiento es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

Estamos totalmente de acuerdo con el tratamiento que la corte da a la legalidad del procedimiento, lo único reprochable es que se refiere a éste como debido proceso cuando este concepto incluiría también entre otros, el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado y la Corte siempre separa estas cuestiones. Por tanto léase procedimiento cuando habla de proceso.

44 Gómez Albarello **Ob Cit** pág 119

c. La Corte de Constitucionalidad y el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado. Estos dos derechos son consustanciales dentro del concepto de proceso debido recogido como hemos visto en el artículo. 29 de la Constitución de Colombia.

Por un lado tenemos que tratar el derecho que asiste al acusado de defenderse lo que conlleva estar presente en el procedimiento. La Corte en la sentencia se pronunció al respecto diciendo que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos (el derecho de defensa), pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente aceptando como sucedáneo del derecho de defensa el que sus parientes estuvieran presentes en el proceso. Sin embargo, en relación a este punto del derecho de defensa se dieron dos aclaraciones de voto a dicha sentencia en una de las cuales se pone de manifiesto que el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica correlativamente de la jurisdicción especial indígena, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio pues ella como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial la presencia del sujeto como actor por lo tanto se debe materializar la idea misma de justicia anterior a cualquier norma o costumbre. Nos sumamos a estas aclaraciones de voto.

El derecho a la asistencia de un abogado es abordado por la corte en su sentencia indicando que los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. De este modo en esta acción de tutela el Alto Tribunal consideró suficiente el haberse permitido la asistencia de un defensor que fuera miembro de la comunidad. Esta posición de la corte, al contrario de la anterior, sí resulta perfectamente asumible en aras del respeto a la

diversidad étnica y cultural.

d. La Corte de Constitucionalidad y la legalidad del delito y de la pena: Resulta evidente que si estamos en presencia de un derecho consuetudinario como son los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, estos principios de legalidad del delito y de la pena deben adecuarse a dicha realidad. Por tanto al no tratarse de un derecho escrito no podremos exigir los principios de tipicidad y taxatividad, sino que la legalidad del delito siguiendo a la corte se corresponderá con la interiorización de la prohibición en cuestión por parte de los altos miembros de la comunidad; mientras que la legalidad de la pena se relaciona con la previsibilidad que de la misma tenga en el indígena que ha cometido un delito y los demás miembros de su comunidad.

CONCLUSIONES

1. Los derechos humanos son para nuestros hermanos indígenas, solamente una noción efímera ya que en la realidad las personas no tienen una idea concreta de lo que se trata, cuando y como deben hacer uso de él, y que derechos le pueden ser protegidos por las autoridades.
2. Se comprende que los derechos humanos son independientes de factores particulares como, el estatus, sexo, etnia o nacionalidad; y son imparciales porque no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.
3. Aunque la ley prohíbe la tortura, la privación arbitraria de la vida, las vejaciones, y la prohibición de detención arbitraria, siempre se dan ya que no solo en nuestro país no se respetan.
4. El principio de legalidad, es el fundamento que da legitimidad y licitud a las normas que van a regir la conducta de las personas de un determinado lugar y tiempo, y pueden proporcionar al ser humano el goce de una vida digna.
5. Según la legislación guatemalteca las penas impuestas por los juzgadores indígenas en materia penal son ilegales, ya que la ley establece claramente quienes y como se deben aplicar las leyes. Se concluye también que las penas impuestas deben ser acorde al hecho cometido ya que en el derecho indígena estas violan el debido proceso.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario, que el Estado de Guatemala, informe con más énfasis en las diversas lenguas existentes lo relativo a los derechos humanos, como se pueden hacer valer a donde deben acudir a hacer las denuncias las personas al momento que lo necesiten.
2. Con calidad de urgencia, el Organismo Judicial debe fortalecer la administración de justicia a efecto de resolver desfavorablemente contra disposiciones: violatorias, intimidatorias, y vejatorias de los derechos fundamentales del ser humano para que se respete el orden jurídico establecido, especialmente en los indígenas de nuestro medio ya que es en esas comunidades donde suceden los linchamientos.
3. Es necesaria la creación de auxiliaturas de derechos humanos comunitarias y municipales; así como existen consejos de desarrollos comunitarios y municipales, que trabajen conjuntamente, y coadyuven a la procuraduría de derechos humanos a lograr sus objetivos principales de educar, proteger y defender los derechos fundamentales de la persona.
4. Es necesario que existan autoridades tanto judiciales, como policiales que hablen el dialecto o la lengua del lugar donde se desempeñan como autoridad, para que les ayude a mantener una actitud de vigilancia y procedan con absoluto apego a derecho evitando así, que se causen daños irreparables como es la violación al derecho a la vida.

5. Que el Estado de Guatemala fortalezca la credibilidad en las autoridades nacionales y tenga un acercamiento más continuo con los ancianos mayas, educándoles, orientándoles, e indicándoles, que existen personas que pueden hacer uso de la ley, como los juzgados de paz comunitarios para tratar de conciliar, y convenir en aquellos casos que en razón de la costumbre violentan los derechos fundamentales del hombre.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHAVAL, Tagle. **Derecho constitucional.** Buenos Aires Argentina. Ed. Desalma, 1976.
- ALEXANDROV, N.G. **Teoría del estado y del derecho.** México, D.F.: Ed. Grijalva 1962.
- ARANGO, Raúl y Enrique Sánchez. **Los pueblos indígenas de Colombia 1997.** Bogotá, TM Editores, 1997.
- BARTRAT, Roger. **Breve diccionario de sociología marxista.** México Ed. Grijalva, 1973.
- BASTIDA, Francisco. **Derecho constitucional comentado. vol I** Barcelona España: Ed. Ariel S.A. 1992.
- BERISTAIN, Antonio. **Derecho penal y criminología.** Bogotá, Ed. Temis 1986.
- BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal.** Buenos Aires Argentina Ed. Ad-Hoc 1983.
- BURGOA, O. Ignacio. **Diccionario de derecho constitucional, garantías de amparo.** México D.F. 5ª. ed. Revisada, corregida y ampliada Ed. Porrúa S.A. 1998.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental.** Buenos Aires Argentina: Ed. Heliaista. 2000.
- DIEZ RECASENS, Luis. **Introducción al estudio del derecho.** 7ªma edición. México D.F: Ed. Porrúa S.A. 1985.
- DONNELLY, Jac. **Derechos humanos universales en la teoría y en la práctica.** México, Ed. Gernika, 1994.
- GAVIRIA DÍAZ, Carlos. **Alcances, contenidos y limitaciones de la Jurisdicción especial indígena.** Bogotá, ed. Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior 1997.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho.** México D.F: Ed. Porrúa S.A. 1993.

GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel. **Sobre la articulación entre la justicia indígena y el sistema judicial nacional, en el Pensamiento Jurídico.** Bogotá, ed. Universidad Nacional, 1998.

GONZÁLES CAUHAPÉ-CAZAUX, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** 2da ed. Guatemala, (s.e.), 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa.** 2do Tomo, Madrid, Ed. Taurus, 1990.

KUPPE, René. **Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos, en Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas.** México ed. Jornadas Las casianas, 1994.

MATOS MAR, José. **A propósito de Fray Bartolomé de las Casas: Los nuevos retos del indigenismo al final del milenio.** vol. XXIX, (s.e.), 1990.

PAPADOPOLO, Midori. **El nuevo enfoque internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas.** Guatemala, ed. Universidad Rafael Landivar, 1995.

PERAFAN SIMMONDS, Carlos Cesar. **Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule.** Bogotá, (s.e.), 1995.

PERAFAN SIMMONDS, Carlos César Azcarate, y Luís Alejandro, **Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano y Sikuani.** Santa Fe de Bogotá, ed. del Instituto Colombiano de Antropología, 1996.

PIÑACUE, Jesús Enrique. **Aplicación de la justicia autonómica del pueblo Páez.** Bogotá, ed. de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, 1997.

RAWLS, John. **El derecho de los pueblos del tercer mundo**. Bogotá, (s.e.), 1996.

REALE, Miguel. **Introducción al derecho**. 5ta. Ed. Madrid España: Ed. Pirámide. 1982.

SAGASTUME GAMMELL, Antonio. **Derecho consuetudinario indígena y Derechos Humanos**. Estudio realizado en el 2006. Trabajo de investigación de Maestría.

VÁSQUEZ MARTINES, Edmundo. **Derechos fundamentales y justicia penal**. San José Costa Rica Ed. Juricentro 1992.

VILLATORO, Miguel. **Introducción al estudio del derecho**. 8va. ed. México D.F. Ed. Porrúa S.A. 1985.

Legislación:

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

Código Penal. Decreto ley 17-73. del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto ley 51-92. Del Congreso de la República de Guatemala.

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

Convenio 169 de la organización mundial de trabajo. OIT