

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



**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN EL
DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD**

ELISA TERESA RUIZ HERRERA

GUATEMALA, JUNIO DE 2009.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN
EL DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN
GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ELISA TERESA RUIZ HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2009.

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

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

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 del Examen General Público).

Lic. OSCAR RUPERTO CRUZ OLIVA
ABOGADO Y NOTARIO.

Tel. 59606255

Guatemala, 20 de septiembre de 2008.



SEÑOR:

JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO.



Licenciado Castro Monroy:

En atención a la providencia de asesor de tesis, de fecha quince de mayo del año dos mil ocho, en la que se me notifica el nombramiento como asesor de Tesis de la Bachiller ELISA TERESA RUIZ HERRERA y oportunamente a proceder a emitir el dictamen correspondiente. Habiendo cumplido con asesorar el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

- a) El trabajo de tesis se intitula "ANALISIS JURIDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN EL DERECHO INDIGENA DENTRO DE LA LEGISLACION GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD."
- b) El tema que investigo la bachiller ELISA TERESA RUIZ HERRERA, es un tema de suma importancia e innovador en la materia de Derecho Indígena.
- c) La bibliografía y leyes examinadas son las adecuadas para el profundo estudio jurídico y doctrinario del tema investigado y la metodología de Derecho Comparado y científico redundan en darle un valor de obra de consulta.
- d) Durante el tiempo empleado en la asesoría de la presente investigación de manera conjunta analizamos los diferentes aspectos y procedimos a puntualizar, en la cual ambos estuvimos de acuerdo.
- e) Por lo anteriormente relacionado concluyo informando a usted que procedí ASESORAR el trabajo encomendado, por lo que me permito:

OPINAR

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis asesorado, para que continúe su trámite.

Con las muestras de mi respeto soy de usted deferente servidor.

Lic. OSCAR RUPERTO CRUZ OLIVA.
ABOGADO Y NOTARIO
ASESOR

COLEGIADO 6,671
8 avenida 13-72 zona 1 of. 5.
Oscar Ruperto Cruz Oliva
Abogado y Notario



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) EMILIO ENRIQUE PÉREZ MARROQUÍN, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ELISA TERESA RUÍZ HERRERA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN EL DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD".

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



Lic. EMILIO ENRIQUE PEREZ MARROQUIN
ABOGADO Y NOTARIO
8ª CALLE 3-53 ZONA 11
TELEFONO 52693487
Email EMILIO_ENRIQUE58@hotmail.com



Guatemala, 07 de octubre de 2008.

SEÑOR
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
LICENCIADO CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
SU DESPACHO

Licenciado Castro:

En atención a la providencia de revisor de tesis, de fecha treinta de septiembre del año dos mil ocho, en la que se me notifica el nombramiento como revisor de Tesis de la Bachiller **ELISA TERESA RUÍZ HERRERA** y oportunamente a proceder a emitir el dictamen correspondiente. Habiendo cumplido con revisar el trabajo confiado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN

- a) El trabajo de tesis se intitula "ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN EL DERECHO INDIGENA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD."
- b) El tema que investiga la bachiller **ELISA TERESA RUÍZ HERRERA**, es un tema de suma importancia e innovador en la materia de Derecho Indígena.
- c) La bibliografía y leyes examinadas son las adecuadas para el profundo estudio jurídico y doctrinario del tema investigado y la metodología de Derecho Comparado y científico redundan en darle un valor de obra de consulta.
- d) Durante el tiempo empleado en la revisión de la presente investigación de manera conjunta analizamos los diferentes aspectos y procedimos a puntualizar, en la cual ambos estuvimos de acuerdo.
- e) Por lo anteriormente relacionado concluyo informando a usted que procedí a **REVISAR** el trabajo encomendado, por lo que me permito:

OPINAR

- I. En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico , resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE** , aprobando el trabajo de tesis revisado, para que continúe su tramite hasta culminar su aprobación en el examen Publico de tesis.
- II. Que es procedente ordenar su impresión y oportunamente el examen Publico

Con las muestras de mi respeto soy de usted deferente servidor.

Lic. EMILIO ENRIQUE PEREZ MARROQUIN
REVISOR
COLEGIADO 3637

Lic. Emilio Enrique Pérez Marroquín
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés 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 ELISA TERESA RUÍZ HERRERA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS CAUSAS LEGALES QUE APLICAN EL DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA Y SU POSIBLE INCOMPATIBILIDAD. 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: Por darme fortaleza en los momentos más difíciles de mi vida; siendo mi guía en la senda correcta, y darme el entendimiento para la culminación de mi carrera profesional.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, forjadora de mis conocimientos, a la que dignamente represento.

A MIS PADRES: Efraín Reinaldo Ruiz Ochoa y Olga Marina Herrera Hernández (+)
Con todo mi amor y agradecimiento por sus esfuerzos, sus sabias enseñanzas, los principios de honradez y superación que durante toda la vida me han brindado, los que llevo siempre conmigo. Los quiero mucho.

AL AMOR DE MI VIDA: Salomón Morales Lemus, por haber llenado de amor mi vida; por su comprensión y apoyo incondicional al permitirme esta breve separación, para lograr mi objetivo.

A MIS HERMANOS: Carina, Edwin, Alba, Elder y Axel, por su amor, apoyo incondicional; quienes siempre estuvieron conmigo en cada momento para el logro de este triunfo. Con mucho cariño.

A MIS AMIGOS: Lic. Esteban Aguilar, Licda. Elvia Elizabeth Chuy, Mónica Figueroa y Celeste Alvarado, por el apoyo recibido para el logro de este triunfo.

A MI FAMILIA EN GENERAL:

Con mucho cariño en especial a mi primo Christopher.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho indígena.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Monismo jurídico.....	1
1.3 Estado excluyente.....	3
1.4 Antecedentes históricos.....	4
1.5 Estado de derecho en el siglo XIX.....	7
1.6 Naturaleza jurídica.....	7
1.6.1 El origen de los derechos humanos.....	8
1.6.2 Derechos humanos y democracia.....	9
1.7 Distintas acepciones.....	10
1.7.1 Derechos del hombre.....	10
1.7.2 Derechos individuales.....	10
1.7.3 Derechos de la persona humana.....	11
1.7.4 Derechos subjetivos.....	11
1.7.5 Derechos públicos subjetivos.....	11
1.7.6 Derechos fundamentales.....	11

	Pág.
1.7.7	Derechos naturales.....12
1.7.8	Derechos innatos.....12
1.7.9	Derechos constitucionales.....12
1.7.10	Derechos positivos.....13
1.8	Categorías.....13
1.8.1	Los derechos humanos dentro de estas categorías.....15
1.9	Filosofía de los derechos indígenas.....16
1.10	Estado, derechos humanos y Organización de las Naciones Unidas –ONU-.....17
1.10.1	La discriminación como denuncia principal entre los casos atendidos por los comités creados por la ONU.....18
1.11	Los derechos de los pueblos.....19
1.11.1	Nacimiento de nuevas instituciones legales internacionales para normar los derechos de los pueblos indígenas.....20
1.11.2	Génesis de la problemática indígena..... 21

	Pág.
1.11.3 El derecho a la cosmovisión y espiritualidad.....	22
1.11.4 El derecho a su dignidad como pueblo.....	22
1.11.5 El derecho a su autonomía política.....	23
1.11.6 El derecho a su autonomía económica.....	24
1.11.7 El derecho a su propio derecho.....	24
1.11.8 El derecho a la jurisdicción estatal.....	25
1.12 Análisis del derecho indígena.....	25
1.13 Generalidades del derecho indígena.....	30
1.14 Concepto.....	31
1.15 La identidad nacional.....	32
1.16 La interculturalidad.....	33
1.17 La cosmovisión maya.....	35
1.18 La espiritualidad maya.....	37
1.19 El derecho indígena.....	39
1.19.1 La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal.....	39
1.20 Vigencia y adecuación cultural del derecho indígena.....	42
1.21 Derecho consuetudinario.....	46

	Pág.
1.22 Derecho consuetudinario y la ley.....	47
1.22.1 Características especiales del derecho consuetudinario.....	48
1.22.2 Importancia del conocimiento del derecho consuetudinario.....	48
1.22.3 Importancia que el derecho consuetudinario tiene en la actualidad.....	49
1.23 Derecho indígena internacional.....	50
1.23.1 Garantías internacionales de protección.....	51
1.23.2 Instrumentos internacionales.....	52
1.24 Finalidad del derecho indígena.....	53

CAPÍTULO II

2. Factores influyentes en la aplicación del derecho indígena.....	55
2.1 La pluriculturalidad.....	55
2.2 El multilingüismo.....	56
2.3 Discriminación y racismo.....	56

	Pág.
2.3.1 Definición de discriminación.....	59
2.3.2 Las raíces de la discriminación.....	60
2.3.3 Tipos de discriminación.....	61
2.4 El analfabetismo.....	63
2.5 El conflicto armado interno.....	63
2.6 La autodeterminación.....	65

CAPÍTULO III

3. Causas legales que aplican el derecho indígena dentro de la legislación guatemalteca.....	67
3.1 Pluralismo jurídico.....	67
3.2 Antecedente constitucional.....	68
3.3 Implementación del Convenio 169 de la OIT.....	69
3.4 Aplicabilidad del Acuerdo sobre identidad y derechos sobre los pueblos indígenas.....	75
3.5 Libre acceso a la justicia.....	75
3.6 Principio de igualdad.....	76
3.7 Enumeración de los convenios y acuerdos que fundamentan el derecho indígena en Guatemala.....	79

CAPÍTULO IV

4.	La incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca.....	81
4.1	El derecho indígena frente al sistema jurídico vigente.....	81
4.2	Causas de incompatibilidad desde el punto de vista jurídico.....	84
4.3	Causas de incompatibilidad desde el punto de vista económico.....	86
4.3.1	Factores económicos que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca.....	88
4.4	Causas de incompatibilidad desde el punto de vista político.....	89
4.4.1	Factores políticos que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca.....	90
4.5	Causas de incompatibilidad desde el punto de vista social.....	91

	Pág.
4.5.1 Factores sociales que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca.....	92
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata fundamentalmente de la realidad jurídica que se presenta en Guatemala, un país sociológicamente multiétnico, pluricultural y multilingüe; que al tenor de lo que establece la propia Constitución Política de la República de Guatemala, resulta procedente aplicar el derecho indígena dentro de la legislación guatemalteca; sin embargo, muchos propugnan porque sólo existe un sistema jurídico interno, y otros porque debe reconocerse y aplicarse el derecho jurídico indígena basado en la sistematización del derecho consuetudinario, en el cual los destinatarios nominalmente son los pueblos indígenas.

Uno de los propósitos de este trabajo no es el de causar confusión en cuanto al modo de aplicar justicia en Guatemala, por existir en ésta, diversidad de grupos étnico-sociales; más bien, es aclarar el panorama concerniente al papel que juega el derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico vigente en el país, pese a que la Constitución Política de la República norma lo referente a las comunidades indígenas y a su cultura, aunque sigue siendo éste, tema de discusión, no sólo de grupos juristas sino de otros profesionales. Por lo cual se analiza la bibliografía acerca de la materia dentro de la cual se fundamentan algunas teorías que se desarrollan dentro de la misma; principalmente la del derecho consuetudinario indígena guatemalteco, frente al sistema jurídico estatal; haciendo una breve revisión histórica de la imposición del derecho colonial primero, y del derecho de los llamados “Estados Nacionales”. Fortalecer el sistema jurídico indígena es otro de los objetivos importantes que compete al Estado y demás entidades, para evitar enfrentamientos entre los diversos sectores de la población guatemalteca.

La hipótesis planteada para este trabajo fue: “que la Constitución Política de la República de Guatemala promueve, respeta y reconoce el derecho indígena, que es precisamente el fundamento de los pueblos indígenas para luchar por el establecimiento y aplicación del sistema jurídico indígena; sin embargo, existen factores que no permiten que coexista paralelamente con el sistema jurídico vigente, debido a la desigualdad económica, política y social en Guatemala”.

Este estudio está compuesto por cuatro capítulos: en el primero, se analiza el derecho indígena, sus fundamentos; así como su relación con los derechos humanos. Se trata de un desarrollo diverso, jurisprudencial en el primer caso, y legislativo en el segundo, que ha permitido niveles crecientes de recepción de distintas manifestaciones del derecho indígena en su interior; en el segundo, se desarrollan los factores influyentes en la aplicación del derecho indígena, entre los que se destacan la discriminación y el racismo; en el tercero, se describen las causas legales que aplican el derecho indígena dentro de la legislación guatemalteca, aquí se hace una revisión más exhaustiva del tratamiento dado al derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT (1989), y demás acuerdos internacionales; éstos han sido reformados en los últimos años e implementados en el país como vigentes, no logran alcanzar mayor protagonismo por parte de las autoridades encargadas de administrar justicia, considerando el tema del derecho consuetudinario como controversial y polémico, imposibilitando una gradual acogida de algunas manifestaciones del derecho indígena; se concluye entonces que ambos sistemas tienen fundamento, pero más allá de éste habría que analizar aspectos trascendentales para verificar la compatibilidad o no, de ambos sistemas jurídicos.

CAPÍTULO I

1. El derecho indígena

1.1 Definición

Es preciso indicar que antes de definir el derecho indígena, hablar de este ha sido cuestión de debate, en tanto que muchos prefieren consignar al mismo como derecho indígena y otros como derecho consuetudinario, haciendo referencia a la resolución de sus conflictos, misma actividad que es diferente al sistema jurídico estatal. Derecho consuetudinario, simplemente por la costumbre, es importante principiar por distinguir los marcos más relevantes desde los cuales se ha buscado calificar dichos sistemas normativos, sus supuestos teóricos y valorativos, y las consecuencias políticas de tales calificaciones.

1.2 Monismo jurídico

Cuando un Estado cuenta con un solo sistema jurídico, es decir que no existen más sistemas jurídicos, permitiendo así la centralización del poder político. Dentro del sistema monista únicamente se acepta la norma creada por el Estado a través del procedimiento legal establecido, el que debe ser escrito y de aplicación general. En la Constitución Política, Artículo 140, se establece que Guatemala es un Estado, libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

Precisamente en este artículo se fundamenta legalmente que en éste, no se acepta otro sistema de normas que no surjan del mismo Estado. Esto se complementa con las disposiciones constitucionales contempladas en los Artículos 174 al 181, que contempla el procedimiento para la formación y sanción de la ley, normando una serie de etapas que principia con la iniciativa de ley, facultando y otorgando únicamente a los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral; presentación y discusión durante tres sesiones y se votará en la tercera; Aprobación por parte del Congreso; sanción, promulgación y publicación por parte del Organismo Ejecutivo. De esta manera se ensambla jurídicamente el proceso de creación de ley en Guatemala. Poder soberano y mandato constitucional de un monismo jurídico, que definitivamente no acepta el pluralismo jurídico.

La concepción “monista” del derecho. La doctrina jurídica instituida con el llamado “derecho moderno”, establece un modelo de configuración estatal que supone el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica. Llamándosele así “monismo jurídico”, a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa. Dentro de este concepto, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico.

El sistema de división de poderes consagra tal principio al sancionar que es el poder u órgano legislativo el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el poder u organismo judicial para administrar justicia de modo exclusivo (producir normas de carácter concreto), y el Ejecutivo, el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. De otra parte, el sistema

de garantías liberal, también se ha construido bajo esa idea, con los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la “costumbre”, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ésta.

1.3 Estado excluyente

Aparejada a la identidad Estado-derecho está la idea del “Estado-nación”. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una nación. El significado dado a “Nación” es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura. En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de “Estado excluyente”. En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales.

“Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas “no oficiales” han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas

clandestinas y marginales. Esto ha pasado en muchos países que, como Guatemala, tienen un importante componente indígena”.¹

La pervivencia y legitimidad de sistemas normativos indígenas, revela que tales sistemas son necesarios a la población tanto en términos materiales, como simbólicos o culturales. Esto significa: a) que el sistema de justicia estatal no les es eficiente y culturalmente adecuado y, b) que los sistemas indígenas responden mejor a sus necesidades sociales y a su mundo cultural. La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal son condiciones para la pervivencia de los sistemas indígenas. De otra parte, el tipo de respuestas que puede dar el derecho y el sistema de justicia estatal, está muy lejos de la forma en la que se encara los problemas en las comunidades.

En base al lo explicado anteriormente, el derecho indígena puede definirse como el conjunto de normas jurídicas o no, generalmente basadas en la costumbre, que se aplican para condenar o perdonar la comisión de un acto que contraría las reglas a la buena conducta o a la moral.

1.4 Antecedentes históricos

Mesoamérica es una extensión geográfica que mide aproximadamente 325,000 kilómetros cuadrados, de lo que hoy comprende el territorio de Yucatán, Chiapas (México) Guatemala, Belice, El Salvador y Honduras.

¹ Raquel Irigoyen Fajardo, **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Pág.11

La ancestral tierra del maíz, que hoy se conoce como Guatemala, es el corazón mismo del continente americano, por otra parte, la colonización a la que han sido sujetos los pueblos indígenas asentados en Mesoamérica, ha marcado un momento histórico en su proceder, en el que los sistemas políticos, económicos, culturales y religiosos de dichos pueblos, se vieron transformados, subordinados y controlados por sistemas distintos y dominantes.

Guatemala particularmente se ha constituido en un Estado con políticas de control estructuralista y monocultural, heredado de la histórica colonización, desplazando los patrones culturales de los pueblos indígenas, principalmente los de origen maya. Se aplica el término de pueblos indígenas a aquellos que por el hecho descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que cualquiera sea su situación jurídica conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

Las prácticas del derecho consuetudinario, tienen una identificación con las regulaciones que tienen que ver con la comunidad y el entorno natural y cósmico.

“En el caso de Argentina, después de la guerra de 1875 se empezó a desconocer el derecho consuetudinario y de legalizar el despojo de sus tierras y de su patrimonio cultural a las comunidades indígenas. Sólo tienen derechos precarios sobre la tierra, de posesiones o reservas donde el Estado tiene la propiedad. Hay normas penales que consideran la cosmovisión indígena. En este evento, también se concluye que el derecho consuetudinario siempre ha

existido pero ha sido desconocido y subordinado al derecho nacional, ellos lo llaman positivo”.²

En el caso de Guatemala, son varios los casos de la práctica de derecho consuetudinario que se registran en el país. Aunque éstas no presentan homogeneidad en cuanto a las normas y sanciones que aplican, ya que cada comunidad responde a su origen cultural y a la necesidad de ordenar su vida social.

La vida en los pueblos mayas está regulada por costumbres que obedecen a la solución de conflictos que pueden resultar entre los habitantes. Las personas reciben desde la niñez la formación necesaria para actuar ante situaciones difíciles, se les induce la aceptación y el respeto por los mayores, pero sobre todo por el principal.

Los sistemas liberales impuestos luego de la creación de los llamados “Estados Nacionales” intentaron asimilar a los indígenas al resto de la población. Para ello no solo utilizaron la educación y la cristianización, sino también el derecho como herramienta central de unificación. Es por ello que los sistemas normativos de los indígenas, así como la jurisdicción de sus autoridades, sería desconocida por las nacientes repúblicas, imponiéndose en cambio sobre éstos la normatividad e instituciones emanadas de los Estados.

² Derecho consuetudinario maya ch’orti’, Pág. 10

1.5 Estado de derecho en el siglo XIX

El Estado de Derecho concebido por los países de América Latina en el siglo XIX dentro de ese entorno se basó en concepciones napoleónicas de unidad del Estado e igualdad de todos los habitantes ante la ley, conforme a los principios un sólo Estado, una sola nación, un sólo pueblo, una sola forma de organizar las relaciones sociales, una sola ley, una sola administración de justicia.

“Algunos autores señalan, sin embargo, que durante la colonia española se habría reconocido a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas, las que en los asuntos internos aplicaban su derecho propio. Esta situación habría cambiado a contar de la llegada de los Borbones al trono español. Entre los efectos negativos que para los pueblos indígenas produjeron los procesos de colonización Miguel Alfonso Martínez identifica la extinción (o una reducción sustancial) de su base territorial, así como el menoscabo de su orden político, económico, judicial, cultural y social en general, e incluso su supervivencia como sociedad diferenciada”.³

1.6 Naturaleza jurídica

“Es un tratado sobre derechos humanos ya que su contenido se refiere a éstos, en relación a los pueblos indígenas, y a la manera como pueden hacerse efectivos los mismos ante el derecho interno”.⁴

³ José Aylwin O. **Derecho indígena y derecho estatal en América Latina**. Pág. 2

⁴ Rodolfo Rohmoser Valdeavellano, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, Pág. 277

El derecho indígena tiene su concepción en la conciencia del grupo, en el instinto colectivo, hasta convertirse en un conjunto de prácticas de observancia general, alimentadas por la costumbre. El derecho, así, se perfila como producto histórico y social, puesto que los hombres desde el instante en que se organizan en sociedad, no se quedan ahí donde están, sino que engendran una serie de manifestaciones espirituales y materiales que vienen a constituir el contexto cultural de los pueblos. La vida de interrelación presupone la existencia de mecanismos que, por su parte, funcionan interdependientemente configurando un orden social, político, económico y jurídico producto del estado de convivencia humana.

1.6.1 El origen de los Derechos Humanos

Para explicar la naturaleza jurídica es importante resaltar el origen de los derechos humanos y podría decirse que son aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural del hombre. Cuando se habla de la palabra derecho, se hace hincapié al poder o facultad de actuar, un permiso para obrar en un determinado sentido o para exigir una conducta de otro sujeto. Son llamados humanos porque son del hombre, de la persona humana, de cada uno de nosotros.

El hombre es el único destinatario de estos derechos. Por ende, reclaman reconocimiento, respeto, tutela y promoción de parte de todos, y especialmente de la autoridad. Estos derechos son inherentes a la persona humana, así también son inalienables e imprescriptibles. No están bajo el comando del poder político, sino que están dirigidos exclusivamente por el hombre.

1.6.2 Derechos humanos y democracia

Así como todos los hombres poseen un derecho, siempre otro hombre o Estado deberá asumir una conducta frente a esos derechos, de cumplir con determinadas obligaciones de dar, hacer u omitir. Mucho tienen que ver los derechos humanos con la democracia. Los Estados donde se los reconoce, respeta, tutela y promueve son democráticos. Y los que no los reconocen son no democráticos, o bien, autoritarios o totalitarios. Para que estos derechos humanos puedan realizarse, y reconocerse dentro de un ámbito real, el Estado, debe encontrarse en democracia. La democracia es la que permite que todos los hombres participen realmente del gobierno de manera activa e igualitaria, cooperando con el reconocimiento, respeto, tutela y promoción de los derechos humanos.

En todos los sistemas donde no existe base de democracia, existen diversas situaciones donde falta equidad y justicia. En cambio cuando media democracia, el hombre está inserto en una sociedad donde la convivencia es organizada, donde cada ciudadano tiene la garantía de que sus derechos serán respetados y tutelados al igual que él debe respetar a los demás; donde la convivencia es acorde a la dignidad de la persona teniendo en cuenta su libertad y sus derechos humanos.

El Estado cumple un papel fundamental, porque las autoridades deben, además de reconocerlos, ponerlos en práctica dentro de la sociedad, para que puedan desarrollarse en un ambiente próspero.

1.7 Distintas acepciones

Antes de iniciar concretando las distintas acepciones del derecho indígena es sumamente importante destacar los derechos humanos que como ya se dijo anteriormente, éste es el eslabón que une a los derechos indígenas. En la actualidad, la palabra derechos humanos no es la única que se utilizó para señalar los derechos inherentes al hombre, sino que son nombrados de múltiples maneras. Esto ocurre por diversas causas, entre las que podría nombrar, el diferente idioma, el uso lingüístico de cada sociedad, las diferentes culturas, la doctrina de los autores, las distintas posturas, etc. Entre las diversas denominaciones se desarrollan:

1.7.1 Derechos del hombre

Se utiliza la palabra "hombre", para asignar a aquellos derechos que son inherentes a la persona, en razón de su naturaleza humana, por lo cual todos los hombres son titulares de ellos, por igual, esta denominación tiene sus orígenes en la Declaración Francesa de 1789 la cual apunta al hombre como titular de los derechos.

1.7.2 Derechos individuales

Se refiere a la individualidad de cada persona, su origen es de raíz liberal-individualista, hace hincapié en que al tratarse de una persona humana u hombre, se trata de un "individuo". A su vez, esta expresión se le puede realizar una crítica, porque el hombre en comparación con el resto de los animales, es una persona, y no es cualquier individuo. También se le puede criticar el hecho de que al reducir al hombre a un individuo, se lo estaría apartando de la

sociedad y del Estado, se estaría marcando un ser solitario y fuera de la sociedad.

1.7.3 Derechos de la persona humana

Alude a que el nombre es ontológicamente una persona humana, y se encuentra relacionada con la concepción de los derechos del hombre, porque el hombre por su condición de persona humana es titular de estos derechos.

1.7.4 Derechos subjetivos

Hace referencia a que lo subjetivo es lo propio de un sujeto, como es en el caso del hombre, es en sí lo que le pertenece. Esta expresión viene en contraposición del "derecho objetivo".

1.7.5 Derechos públicos subjetivos

Es a partir del momento en que los derechos aparecen insertados en la normativa constitucional. La palabra "público", estaría ubicando al hombre frente al Estado, dentro del ámbito del derecho público. Aparecen hacia fines del siglo XVIII con el constitucionalismo.

1.7.6 Derechos fundamentales

Al decir fundamentales, se está refiriendo a la importancia de estos derechos y de su reconocimiento para todos los hombres, hoy en día también se sostiene la teoría que es derecho fundamental cuando aparecen estos mismos en el derecho positivo. Pero más allá de esta concepción, los derechos humanos al

encontrarse fundados en la naturaleza humana, no pueden tomar valor en el momento en el que ingresan a una norma, porque tienen un valor anterior.

1.7.7 Derechos naturales

Arrastra una fuerte carga filosófica. Lo de "naturales" parece, en primer lugar, obedecer a una profesión de fe en el derecho natural, en un orden natural como fundamento de los derechos del hombre; más moderadamente, y en segundo término, significa que los derechos que le son debidos al hombre, le son debidos en razón de las exigencias propias de la naturaleza humana, con lo que de alguna manera hay que compartir la idea de que el hombre tiene naturaleza.

1.7.8 Derechos innatos

Al decir innatos se está refiriendo a que estos derechos, se encuentran en la naturaleza misma del hombre, se encuentran adheridos a él, más allá de no ser reconocidos por el Estado.

1.7.9 Derechos constitucionales

Son los derechos que se encuentran dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, los cuales al estar incorporados dentro de la misma, tienen constancia y están reconocidos.

1.7.10 Derechos positivos

“Son los derechos que aparecen dentro de un orden normativo, y poseen vigencia normológica”.⁵

En síntesis, al referirse a las distintas acepciones del derecho indígena en la actualidad, mismo que es objeto de estudio, se deben tomar en cuenta los distintos derechos, porque si se hace referencia al derecho indígena, mucho tiene que ver con los derechos humanos y este se derivada de los derechos que se relacionan con la personas físicas que deberían ser iguales en todos sus derechos, pero por razón de nacionalidad, raza, idioma y costumbres se diferencian por su cultura y es allí precisamente donde se acude a fundamentar el derecho indígena, tomando en cuenta las diferentes posturas dentro de la doctrina legal.

1.8 Categorías

Los pueblos indígenas fundamentan sus derechos a partir de cuatro categorías principales:

1. Pueblo indígena,
2. Territorio indígena,
3. Derecho indígena y
4. Educación indígena.

⁵ D. Herrenford y Bidart Campos, **Principios de derechos humanos y garantías**, Págs. 132, 133, 134

Pueblo indígena significa en términos de derecho internacional, autodeterminación política y separación del Estado aunque no sean reconocidas en varios países.

“El único instrumento aceptado por algunos países y ratificado por otros, es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el que se reconoce a los pueblos indígenas y sus correspondientes derechos. De hecho, en la OIT solamente participan los gobiernos, los sindicatos y las empresas, en tanto que los pueblos indígenas no son tomados en cuenta, no tienen voz ni voto, así que detrás de este Convenio se tiene la necesidad de expansión del capital en los territorios ocupados por pueblos indígenas, que la satisfacción plena del reconocimiento de los derechos de estos pueblos, ya que los conceptos fundamentales como pueblos o territorio son reconocidos con una serie de acotaciones que limitan el ejercicio de estos derechos”.⁶

En nuestro país sucederá algo similar a lo que pasa en otros países, si al elaborar una ley que reconozca los derechos de los pueblos indígenas, ésta no va acompañada del conjunto de recursos requeridos para ponerla en práctica.

⁶ Resumen de la conferencia presentada por el etnólogo José del Val Blanco, **director del Instituto Indigenista Interamericano, en la reunión de trabajo de la Comisión de Asuntos Indígenas**. Este trabajo se publica a solicitud expresa del diputado Efraín Zúñiga Galeana, Presidente de la Comisión de Asuntos Indígenas.

1.8.1 Los derechos humanos dentro de estas categorías

Es importante mencionar también que los derechos humanos, normalmente, se dividen en dos categorías:

1. Derechos positivos y
2. Derechos negativos

Para ejemplificar lo antes descrito se entiende que los derechos negativos pueden ser expresados como un derecho positivo, pero no viceversa. Por ejemplo, el derecho de un recién nacido a tener padres que lo cuiden, asumiendo que es un derecho humano, sólo puede ser expresado positivamente. Otra clasificación ampliamente extendida es la que ordena los derechos humanos en tres o más generaciones. El derecho indígena es igual puesto que se parte desde el punto de vista que todas las personas que habitan el globo terráqueo son seres humanos sin distinción alguna.

Legalmente, los derechos humanos se definen 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. Pero la validez, contenido e incluso la existencia de los derechos humanos son objeto de un permanente debate en el ámbito de la filosofía y las ciencias políticas. Según qué tipo de concepción se tenga sobre el derecho, como iusnaturalista, iusracionalista, iuspositivista, vinculada al realismo jurídico o al dualismo jurídico, entre otros, la categoría conceptual de derechos humanos puede considerarse divina, 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.

1.9 Filosofía de los derechos indígenas

A pesar del interés que se ha generado mediante diversos sectores de la sociedad, especialmente de países en los cuales existen diversos grupos culturales y al empeño en crear instrumentos que normen sus actividades entorno a sus hábitos de vida, es difícil hablar de filosofía de los derechos indígenas cuando aun se debate la aplicación del mismo y cuando no se logra adaptarlo al sistema jurídico vigente aunque éste se encuentre regulado en las diferentes constituciones de los países aludidos. En el caso de Guatemala, existe el interés de varios sectores por llegar a solucionar este problema de una vez por todas y así balancear la aplicación de justicia a todos los diferentes grupos étnicos que forma parte del Estado guatemalteco; partiendo de todo lo anterior es importante destacar que se tiene que empezar por analizar la filosofía de los derechos humanos, misma que es objeto de negación y devaluación por varias posturas, pero es importante adoptar esta filosofía que no por ser desfavorable deja de ser tal.

De este modo, la filosofía asume el papel de una ideología. Como concepto de ideología tenemos que son las ideas que los hombres nos forjamos sobre lo que es, como es y como debería ser el régimen político. Esta ideología es la que contiene todas las esperanzas de cómo queremos que sea dicho régimen.

La justicia debe ser igual para todos y aplicada correctamente sin discriminación alguna, porque atañe a personas naturales iguales en derechos y obligaciones y porque todos somos ciudadanos de un mismo país, hijos de una misma nación.

1.10 Estado, derechos humanos y Organización de las Naciones Unidas -ONU-

Se puede decir que los derechos humanos son aquellos derechos básicos o elementales, que son inherentes a toda persona y que se derivan únicamente de su condición de ser humano, condición que debe ser de dignidad. Ahora bien, existen también otros derechos de naturaleza colectiva que tienen que ver con particularidades de los grupos humanos, como son los derechos de la niñez y la juventud, los derechos de la mujer o los derechos de los pueblos indígenas. Éstos tienen por objeto estructurar un proceso que garantice los derechos de los administrados (los ciudadanos o los habitantes), a la vez que asegure la efectiva tutela administrativa de todos los actos de la administración pública, garantizando el derecho de defensa de los particulares frente a la administración. En ella están normados los procedimientos para hacer peticiones a funcionarios y empleados públicos y los plazos que se tendrán para resolver, las formas que tendrán las resoluciones y el tipo de éstas. Los convenios o tratados del Sistema de Naciones Unidas tienen como órganos de vigilancia y recomendación a los distintos comités que se encargan de evaluar las situaciones según los informes que presente el Estado, igualmente están los relatores temáticos, dentro de los cuales se acaba de crear el relator especial sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, que se creó a propuesta de Guatemala. Algunos de estos comités atienden quejas individuales, lo que permite contrastar las versiones oficiales con los planteamientos de las personas o grupos, deviniendo estas comunicaciones en recomendaciones o

exigencias para el Estado reclamado. Esto incluye el derecho a la identidad cultural, lo que implica el respeto a las diferencias culturales.

1.10.1 La discriminación como denuncia principal entre los casos atendidos por los comités creados por la ONU

Aunque el tema de discriminación se desarrollará a lo largo del presente trabajo, es importante puntualizar en ella sin olvidar que lo que concierne a este punto, es estructurar básicamente un proceso que garantice la igualdad de derechos de los administrados, así como el derecho de defensa, regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala. De tal manera es procedente hablar de discriminación debido a que en la mayoría de veces ésta es motivo de queja o denuncia, precisamente por ser ésta directa o indirecta, y por causar un impacto negativo al iniciarse esta acción por un grupo identificado en base a su raza, religión, identidad cultural, orientación sexual, u otra forma de diferenciación prohibida por la ley. El Artículo 66 de la Carta Magna, complementa otras características relativas a la cultura al referirse a tradiciones, formas de vida, uso del traje indígena, formas de organización social, que el Estado debe reconocer, respetar y promover cuyo fin es mantener los factores que tienden a conservar su identidad, entendiéndose ésta como el conjunto de elementos que los definen a los pueblos indígenas y, a la vez, los hacen reconocerse como tal.

La legislación ordinaria guatemalteca desarrolla las formas en que pueden asociarse las personas para los diversos fines de la vida humana. También, algunas prácticas de parte del Estado, de otras instituciones o empresas privadas pueden contravenir, perjudicar o deteriorar algunos usos y costumbres de las comunidades o pueblos indígenas, lo que muchas veces atenta contra la

permanencia misma o sobrevivencia de las formas de organización social o mecanismos de toma de decisiones de dichos pueblos o comunidades.

1.11 Los derechos de los pueblos

Guatemala es un país que de sobrada razón tiene el propósito de abordar uno de los aspectos significativos de la vida cultural de sus pueblos indígenas: Su derecho consuetudinario, mismo que ha sido motivo de discusión en el país y de interés internacional en la implementación de Acuerdos y Convenios, pero todo esto no basta, porque hace falta que se despierte el interés nacional, no solo de cierto grupo de juristas u otros profesionales, o en sí la misma comunidad internacional, esto es responsabilidad de un pueblo en General, por eso se dice que aunque ya se sentaron las bases para implementarlo, aun sigue escueta su aplicación y funcionamiento a pesar de la importancia sustantiva que presenta en la formulación de una nueva estructura jurídica en base a una total y adecuada comprensión del orden normativo pre-existente a la par que de las condiciones sobre cuyas bases descansa toda acción gubernamental.

Este aspecto no ha sido descuidado en aquellas sociedades que han conseguido su culminación; de ahí que, inclusive hoy mismo, se constata que países como Suiza e Inglaterra vienen normando muchas de sus actividades en base a sus costumbres tradicionales no obstante haber conseguido una expresión superada en su derecho positivo; sucede, en cambio que en muchas sociedades de Asia, África y especialmente en las de América Latina, se descuidó su consideración y estudio adecuados, sustituyéndosela con la importación de cuerpos legales y su acomodo al propio marco geográfico y humano den o no resultados allí donde imperen. Y es que la mentalidad

latinoamericana ha venido desarrollándose así, repetición de determinados moldes que en lugar de producir la integración deseada, ha dislocado y debilitado el fondo estructural de su vida institucional. ¿Puede negarse esto que se afirma? se concluye que no. Por suerte, la historia no obstante los meditados intereses de desnaturalizar la esencia de los acontecimientos humanos, ha registrado datos que constituyen capítulos de oprobio que deben ser enjuiciados por las futuras generaciones con el propósito de romper, en definitiva, las barreras limitativas del desarrollo de Guatemala.

En lo que respecta al caso particular de Guatemala, cabe manifestar que los estudios correspondientes al complejo normativo pre-existente han sido descuidados, unas veces por el fuerte interés que gravitó en mantener a la población en una situación de dependencia, de sometimiento, en beneficio de grupos oligárquicos; y en otras, por el estado de inmadurez por el que se atravesaba, lo que indujo a la tarea fácil de acomodo, la imitación y a la importación de un pensamiento socio-económico- jurídico diferente al propio, a la propia mentalidad a la idiosincrasia guatemalteca.

1.11.1 Nacimiento de nuevas institución legales internacionales para normar los derechos de los pueblos indígenas

La preocupación por la situación y la protección de los pueblos indígenas en el sistema de las Naciones Unidas es bastante reciente, aunque existen algunos antecedentes. Es cierto que la ONU y anteriormente la sociedad de naciones, tomaron nota de los “indígenas” en los territorios coloniales.

En 1953, la Organización Internacional del Trabajo publicó su importante proyecto sobre los pueblos indígenas y en 1957 la OIT adoptó el Convenio 107 sobre la protección de las poblaciones indígenas y tribales, revisado en 1989.

En 1970 la subcomisión de prevención y discriminación y protección a las minorías nombró un relator especial para preparar un estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, y en 1981 fue establecido el grupo de trabajo sobre poblaciones indígenas de la propia subcomisión, en el cual se está preparando un proyecto de declaración universal sobre derechos indígenas. A nivel regional, el Instituto Indigenista Interamericano organiza periódicamente desde 1940 congresos indigenistas internacionales, cuyas resoluciones ha establecido normas para las políticas de éstos en los pueblos americanos. Posteriormente el Convenio 107 sirvió de base para la creación del Convenio 169 que fue ratificado por Guatemala.

1.11.2 Génesis de la problemática indígena

“El fenómeno actual del indígena guatemalteco tiene su génesis en la época colonial, producto del despojo, de sus tierras y riquezas y condenados a una discriminación permanente, sin oportunidad de obtener las condiciones mínimas de educación, salud y trabajo que los mantiene en un nivel de pobreza extrema, negándole sus derechos individuales y colectivos, por lo que los pueblos indígenas exigen que sus instituciones tradicionales y sistemas jurídicos sean reconocidos por el Estado”.⁷

⁷ Carlos Ronaldo Paiz Xula, **Derechos de los pueblos indígenas**, Pág. 47

1.11.3 El derecho a la cosmovisión y espiritualidad

Cosmos, es sinónimo de universo; la cosmología se considera como la ciencia de las leyes generales que rigen el universo. En la filosofía antigua, esta comprendía toda la filosofía del conocimiento físico del firmamento y en la época de las luces significaba filosofía natural. La cosmovisión consiste en un conjunto de representaciones mentales que pretenden explicar el universo en su totalidad.

Los mayas, tenían una concepción del mundo, considerando que el mundo fue creado al menos tres veces y que su primer padre fue el dios de maíz, vinculaban los fenómenos naturales a su vida cotidiana, los derechos indígenas y la espiritualidad maya. La cosmovisión maya es la visión y explicación del mundo y de la vida, es la práctica de un sistema de valores que relaciona y explica al ser humano, la naturaleza, el tiempo, la vida y las cosas como una totalidad de relaciones de un sistema vivo: el cosmos.

1.11.4 El derecho a su dignidad como pueblo

La protección a la dignidad de la persona humana, en la actualidad responde a una preocupación universal. En respuesta esta preocupación en el Artículo 4 de la Constitución Política de la República se establece: “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”, reconociéndose que el respeto a la dignidad es un valor fundamental reconocido en nuestro sistema jurídico.

En la Constitución, en su Artículo 58, se reconoce el derecho de las comunidades a su identidad cultural; el Artículo 66 contempla que el Estado

reconoce, respeta y promueve sus formas de vida. Con esta normativa el legislador constituyente esta previniendo la conservación y preservación de la dignidad e identidad de los pueblos indígenas. Derecho a la dignidad de un pueblo que debe traducirse en el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo, vivienda, salud, educación, urbanización, en sí el acceso al desarrollo; todo esto conlleva un freno a la discriminación y exclusión a que han estado sujetos los pueblos indígenas desde el momento de la colonización; esta dignificación debe permitir a los pueblos indígenas espacios de participación activa en la toma de decisiones en los asuntos que afecten su cultura, patrimonio e intereses en general, permitiéndoles el desarrollo de su propia cultura, que culmine con la construcción de un estado multilingüe, multiétnico y pluricultural”.⁸

1.11.5 El derecho a su autonomía política

Después del despojo español los indígenas adoptaron parte de la cultura española en el aspecto religioso y a pesar del tiempo han mantenido sus costumbres, no se ignora el estado de pobreza y marginación en el que se encuentran inmersos, por lo que se ha mantenido una lucha por recuperar esos derechos. En la actualidad se reclaman los derechos sociales, políticos, económicos y culturales y por supuesto por obtener su autonomía.

La autonomía política es una forma de descentralización. Los pueblos indígenas guatemaltecos mediante su autonomía política, pretenden gobernarse con sus propias leyes, autoridades y así obtener una participación directa en la actividad política, económica y cultural del país y tener su propio gobierno. Esta

⁸ *Ibid*, Página 65

autonomía pretende lograr un desarrollo local de las comunidades indígenas en vista que han estado excluidas. Impidiendo la educación, salud e infraestructura en sus comunidades alejadas. Importantísimo para el desarrollo de un país.

1.11.6 El derecho a su autonomía económica

“Pretende ejercer control de los recursos naturales del suelo y subsuelo que se encuentran en sus territorios y que sea la propia comunidad la que decida sobre la forma de explotación de dichos recursos, para que el producto obtenido esté al servicio de la comunidad, en sí tener participación en los programas que tengan relación con sus recursos y sus vidas”.⁹

1.11.7 El derecho a su propio derecho

No es más que tener derecho a lo que les corresponde, en el ámbito jurídico por el solo hecho de ser guatemaltecos naturales su propio sistema jurídico nacional debe ser el que se aplica a todos los ciudadanos en general debido al monismo jurídico del cual ya se hizo referencia, por eso es que se discute en cuanto a que una forma de racismo y discriminación sería aplicar otro sistema de justicia al pueblo indígena ya que todos somos hijos de una misma nación, por eso es que este tema se caracteriza por su complejidad, porque según los que defienden el derecho consuetudinario obviamente debe aplicarse conforme sus costumbres, mientras los que opinan que el derecho debe ser igual para todos defienden el sistema jurídico vigente, lo que formula discrepancia. De allí emana la razón del presente trabajo de investigación.

⁹ **Ibid**, Pág. 50,51

1.11.8 El derecho a la jurisdicción estatal

“Como primer paso en el sentido de desglosar esta problemática y confusa aplicación, para evitar enfrentamiento entre los sectores que defienden la aplicación del derecho consuetudinario y el derecho jurídico estatal, y principalmente para evitar que el pueblo indígena siga después de mucho tiempo sintiéndose marginado o discriminado, una de las formas más sabias de evitar lo anterior sería en definir estos derechos en cuanto a que ellos decidan si determinados asuntos los someten a la jurisdicción estatal o los resuelven de conformidad con su derecho consuetudinario”.¹⁰

En conclusión estos dos sistemas son compatibles siempre y cuando los indígenas reiteren su derecho de resolver sus conflictos de la manera en que les beneficie como pueblo en cuanto sean aplicables a los diferentes ámbitos en que se desenvuelve el mismo. Por supuesto que no debe adoptarse una posición separatista entre sistemas sino más bien lograr la tan anhelada integración.

1.12 Análisis del derecho indígena

Guatemala, vive una coyuntura de procesos políticos, económicos, sociales y culturales, que pone a toda prueba su esfuerzo por materializar efectivamente los compromisos establecidos en los Acuerdos de Paz.

¹⁰ **Ibid**, Pág. 63

Desde el 29 de diciembre de 1996 fecha en que el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG firmaron los Acuerdos de Paz; distintos esfuerzos sociales, de organismos nacionales e internacionales, se han sumado e involucrado por la construcción de esa verdadera paz, firme y duradera, soñada y clamada por una sociedad víctima de un conflicto armado de 36 años.

Las circunstancias diversas que han implicado logros mínimos y avances de los compromisos de los Acuerdos de Paz, especialmente lo relativo a los pueblos indígenas; han demandado necesaria y urgentemente recalendarizar el cronograma de los compromisos, implementación y verificación de dichos Acuerdos, en el período 2000-2004 correspondiente.

A efecto de tener una noción clara del tema, el presente material aborda generalidades del proceso de la firma de la paz, haciendo énfasis en el Acuerdo indígena. Asimismo, detalla elementos que visualiza la relación de los compromisos iniciales, los logros y avances, así como la recalendarización del cronograma del Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es una reflexión que se hace sobre algunos elementos de los derechos indígenas a partir de su cultura. La posibilidad de sobrevivencia como pueblo con identidad y cultura propia, es un problema muy complejo que enfrentan los pueblos indígenas día con día, a continuación se ilustra la forma en que el indígena conserva y desarrolla su lengua, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social. Precisamente, cuando se trata de derechos indígenas, hablamos de derecho consuetudinario, es decir, de las normas y reglas de comportamiento y convivencia social, que contribuye a la integración

de la sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos.

Para analizar el derecho indígena, al respecto conviene proceder a hablar de ciertas particularidades del derecho indígena, tales como las que se describen a continuación:

- **Derecho de poseer la tierra**

El saila Manuel Smith, maestro tradicionalista kuna, dice en uno de los relatos sapienciales orales, que "Baba y Nana (seres creadores, divinidad, padre y madre) crearon la Madre Tierra muy bella. Un río distribuía sus aguas sobre ella. Colinas y montañas se erguían sobre la gran Madre Tierra. Todo era hermoso". Desde esta concepción, para el kuna, la tierra está viva. El kuna tiene muy presente esta convicción su misión es la de cuidar, proteger, defender y hermosear la tierra. Por lo tanto, la tierra (Napguana) ha surgido como una criatura. Por eso, para el kuna Napguana es un derecho del pueblo; la negación al derecho posesorio de la tierra ha significado y significa muerte segura para los pueblos indígenas. Actualmente el indígena es consciente de que, hoy más que nunca, debe aumentar el grado de conciencia en relación indígena-tierra, en la necesidad de organizar para la defensa de la tierra, en la solidaridad con los pueblos despojados de sus tierras.

- **Derecho a la identidad**

La identidad es la conciencia que tiene un grupo humano de poseer elementos y características propias, que le hacen percibir y sentir distinto de otras naciones.

El proceso verdadero de darse cuenta con posibilidades, iniciativas y capacidades se realiza dentro de una cultura. Entonces, la cultura es el conjunto de respuestas y soluciones a las preguntas, ¿cómo asegurar la vida?, ¿cómo convivir con otros?, ¿qué sentido darle a la vida? Por eso, hay distintas culturas, porque los pueblos solucionan de distintas maneras estos problemas vitales, de acuerdo a las condiciones de su tierra, de su población y de su propio ingenio e iniciativa.

- **Derecho de ser sujeto transformador**

El indígena sabe que para gobernarse no necesita copiar o imitar moldes de los gobiernos extranjeros ajenos a la realidad y circunstancia, sino saber con qué elementos está hecho su pueblo, y cómo ir guiándolo juntos, hasta estructurar con los métodos nacidos del propio pueblo. El indígena está en actitud de búsqueda de lo nuevo. Ha demostrado su confianza y seguridad en su potencial creativo y autodefensa de la vida organizándose con base en sus necesidades vitales. Todo el sentido de fiesta que se vive en la fraternidad, los trabajos comunitarios y la creatividad de la comunidad son signos que muestran que los indígenas son sujeto de su realidad. Por eso, nunca renunciarán a lo propio tratando ser lo que no es.

- **Derecho de ser un pueblo distinto entre los demás**

Es bien claro para el indígena el carácter multiétnico y pluricultural de los países del mundo. También es claro que la plena autonomía de sus autoridades y de sus formas de organización social y política, será posible cuando se adopte como tal en la constitución nacional de los países. *Para Nele Kantule era necesario el derecho de ser comprendido por los demás como un pueblo digno y comprender las expresiones culturales del otro.* Concretamente él esperaba que las naciones europeas, americanas, entre otras, comprendieran que en la "expresión cultural de un pueblo está el sello ineludible de la esencia de su libertad, de su dignidad y de su respeto como pueblo". Los valores y los derechos básicos de cada persona deben estar fundamentados en el mutuo reconocimiento. "Ser con los demás".

El otro (no indígena) para el indígena cuenta, y siente la enorme corresponsabilidad con él. El indígena nunca está sólo. Cuando Ibeler y sus hermanos descubren el sufrimiento de la Madre Tierra buscan aliados para hacerle frente a Biler (fuerza maligna que azota la tierra). La existencia kuna siempre está orientada hacia los demás, ligadas a los demás, en comunión con los demás.

Para concluir el análisis del derecho indígena y después de analizar cada uno de los apartados descritos en el presente tema, se concluye que es imposible dejar en el olvido la vida ancestral para buscar un desarrollo a costa de ello, aunque si bien es cierto lo que se pretende es buscar un mecanismo en el cual se empiecen a sentar las bases para que el pueblo indígena nacional no se sienta diferente al resto de la población, sin embargo, los indígenas están

convencidos de que solamente habrá desarrollo en el mundo cuando ellos sean los autores de su progreso y dueño de su destino.

1.13 Generalidades del derecho indígena

Los derechos indígenas encierran diferentes aspectos relativos a la vida humana, toda persona posee por el mero hecho de su condición humana para la garantía de una vida digna; independientemente de cual sea el derecho positivo vigente y de factores particulares como su estatus, etnia o nacionalidad.

“Desde un punto de vista más relacional, 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. Estos derechos, habitualmente, se definen como inherentes a la persona, irrevocables e inalienables, lo que implica que no pueden transmitirse, enajenarse o renunciar a ellos: Nadie, por ejemplo, puede venderse como esclavo. Los derechos humanos de los individuos y pueblos indígenas de Guatemala, aproximadamente la mitad de la población total, han sido objeto de constante atención a diversos grupos. El pueblo maya, el mayor número de integrantes, comprende las comunidades lingüísticas Achi’, Akateco, Awakateco, Ch’orti’, Chuj, Itza, Ixil, Popti’, Q’anjob’al, Kaqchikel, K’iche’, Mam, Mopan, Poqomam, Pocomchi’, Q’eqchi’, Sakapulteko, Sipakapense, Tektiteko, Tz’utujil y Uspanteco. La población indígena está también integrada por los pocos sobrevivientes del antiguo pueblo xinca, y por el pueblo garífuna, este último de raíces indígenas y africanos ubicado en áreas cercanas a la costa atlántica de Guatemala”.¹¹

¹¹ Los derechos de los pueblos indígenas, **Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala**, Pág. 1

1.14 Concepto

Para describir con mejor propiedad el tema es importante definir que Derechos: Se refiere al conjunto de normas que corresponden a un grupo de personas, y que en cierta manera ejercen reivindicaciones de carácter colectivo; Pueblo: Se le denomina a una población, como un núcleo compacto con continuidad, nombre propio y patrimonio; Indígena: Originario de un país, o sea las personas naturales, oriundas de un determinado lugar, o país; Indio: En Guatemala han existido indígenas, naturales, a ellos fueron a quienes encontraron los españoles a su llegada, Pedro de Alvarado les llamaba naturales, pero a partir de la colonización surge el concepto de indio, como si este existiera desde la eternidad y debe seguir existiendo, según, el principio criollista de que el indio siempre ha sido indio y siempre será indio. Esto constituye una condena eterna y significa una negación permanente al derecho al desarrollo económico, político y social que tiene el indígena guatemalteco.

Este concepto es universal e igualitario, e incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, pueblo, grupo o clase social determinado.

El derecho indígena, es aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social.

No obstante, la aplicación de los derechos indígenas implica a los derechos humanos, de igual manera asume una posición respecto que es derecho e implícita o explícitamente sobre que es lo humano. Muchas violaciones o

limitaciones de derechos humanos se derivan de concepciones restrictivas y excluyentes de humanidad y por ende de los derechos de los indígenas, objeto de la presente investigación.

1.15 La identidad nacional

Todos los seres humanos tienen varias identidades: Género o sexo, profesión u oficio, color de piel o “raza”, etnia de pertenencia o nacionalidad, lugar de residencia, municipio o departamento de localización, religión, etc.

Un grupo étnico se caracteriza por sus marcadores objetivos o externos (idioma, organización, artes, etc). La identidad étnica es el conocimiento de dichos marcadores étnicos, la valoración que se tiene de los mismos, la que a su vez de la imagen positiva o negativa de sí. Asimismo, es la imagen que se tiene de la identidad de otros pueblos y lo que los pueblos piensan de ellos mismos y de otros.

“Se trata entonces de la conciencia y acuerdo que se tiene del ser étnico, de lo que se piensa que debe ser y de la conducta consecuente que deriva del mismo. Una conciencia positiva de sí puede dar orgullo y autoestima, y por ende, puede favorecer la autenticidad y el desarrollo de la propia cultura. Una conciencia negativa de sí puede dar re negación, rendición y vergüenza del propio ser étnico, las que pueden favorecer la identificación e imitación de culturas e identidades étnicas ajenas”.¹²

¹² Waqí` Q`anil Demetrio Cojtí Cuxil, Máximo Domingo Díaz Montejo, Ajpop Mayab` Tijonik, Consejo Nacional de Educación Maya CNEM, **Problemas actuales de la identidad nacional guatemalteca**, Pág. 16

Hay un tipo de identidad colectiva, muy importante y generalizada en la actualidad, que apenas se menciona. Sí se han mencionado los conflictos entre ciudades, pero no plantea la cuestión de la identidad nacional. Una persona puede tener múltiples identidades, pero ser extranjero, para el caso de Guatemala no se menciona mucho. Merece la pena explicar con algún grado de detalle este modelo occidental o cívico de la nación. En primer lugar, es una concepción predominantemente espacial o territorial, según la cual las naciones deben poseer territorios compactos y bien definidos. La patria se convierte en la depositaria de recuerdos históricos y asociaciones mentales. Es el lugar donde los sabios, santos y héroes vivieron, trabajaron, rezaron y lucharon, todo lo cual hace que nada se pueda comparar. Asimismo, los recursos de la tierra pasan a ser exclusivamente del pueblo, su fin no es ser utilizados y explotados por extraños. Por eso se dice que la identidad nacional es la cultura y las costumbres que se tienen y se relacionan con su calidad de vida.

1.16 La interculturalidad

La cultura es la forma de vida de un grupo social o un pueblo, de conformidad con su geografía y momento histórico.

La convivencia humana ha permitido fortalecer las prácticas y dinámicas que permiten la producción de satisfactores; a estas prácticas en su conjunto se les denomina cultura y según la iglesia católica, en el documento *Gaudium et spes*, por cultura se puede entender en sentido general, todo aquello con lo que el hombre afina y desarrolla sus innumerables cualidades espirituales y corporales, procura someter el mismo orbe terrestre con su conocimiento y trabajo; progreso de las costumbres e instituciones, finalmente, a través del tiempo expresa, comunica y conserva en sus obras grandes experiencias

espirituales y aspiraciones para que sirvan de provecho a muchos, e incluso a todo el género humano (Concilio Vaticano II, 1973) desde luego, cada uno de estos componentes culturales adquieren diferentes dimensiones en cada sociedad, lugar y momento histórico.

“Interculturalidad es el proceso que conlleva la posibilidad de la convivencia entre culturas, sabiendo que existen vínculos y valores comunes, así como la necesidad de establecer relaciones entre ellas, puesto que son interdependientes y a la vez son potencias de desarrollo, en tanto se tenga la disponibilidad de aprender de la otra u otras culturas”.¹³

La interculturalidad debe entenderse como una relación entre culturas en las que se persigue unificar intereses comunes que logren la unidad de las diversidades positivas para las culturas que están teniendo la relación. Por lo que la interculturalidad en la sociedad guatemalteca se hace necesaria para lograr una estrecha relación entre los miembros de las diferentes etnias indígenas, con el sector ladino, con el sistema político, gobierno, universidades y comunidad internacional para lograr la integración de las dos culturas mayoritarias en el país, que permitan a la más vulnerable el derecho a participar y tener acceso al desarrollo, económico, político y social.

¹³ Obdulio Pappa Santos. **Interculturalidad enfoque académico**. Pág. 83

1.17 La cosmovisión maya

La cultura es algo construido históricamente que no existe en forma separada de la estructura social. Sin embargo, existen elementos de la cosmovisión maya-q'eqchi' que pueden ser entendidos como manifestación ideológica de una normatividad culturalmente específica.

Esto es importante de remarcar debido a la relación que tienen, aunque sea de forma indirecta, con los sistemas comunitarios de solución de conflictos. Aquí nos referimos a la idea del “derecho como cultura”. Resulta imprescindible un acercamiento a los entendimientos culturales a nivel de cosmovisión del orden, la transgresión y la sanción para poder entender la especificidad de la normatividad consuetudinaria en las comunidades mayas. En este sentido, por ejemplo, es imposible separar “lo legal” de “lo espiritual”. Esta sección no pretende ser exhaustiva ni definitiva en cuanto a la cosmovisión q'eqchi', sino que se centra en señalar algunas pistas de investigación para la reflexión.

Durante el auge de la violencia, muchos ritos tradicionales fueron interrumpidos y las obligaciones y normas mutuas de reciprocidad fueron fundamentalmente debilitadas. Como recordó un anciano de Semuy II, antes, antes, sólo hacían el mayejak. Después de que vino la violencia vinieron los soldados y nos cambiaron. ¿Qué decían en las capillas (Evangélicas)? Decían: Nosotros somos los únicos que nos vamos a salvar, los que queman pom (incienso) y candela van a morir'. Entonces la gente tenía miedo de hacer el mayejak. En muchas de las entrevistas con los ancianos, la idea de delito o pecado a menudo fue vinculada a la falta de observancia y respeto hacia las tradiciones dentro de las comunidades.

La continuidad de los ritos es percibida por la mayoría de ancianos (y ahora por muchos catequistas también) como algo esencial para las relaciones armoniosas y la paz social dentro de la comunidad. Otro anciano de Puribal lo expresó así: “Tenemos que hacer la paz como Dios manda para no caer en problemas. Ahora los ancianos estamos trabajando con las ideas y los pensamientos que nos dejaron nuestros padres. Estamos haciendo el mayejak, porque nuestros padres ofrendaron el mayejak, hicieron fiestas, supieron comprenderse”.

“Esta normatividad idealizada de la cosmovisión, entonces, sólo existe en partes de muchas comunidades, no son normas que acatan todos sus miembros. Su vigencia depende de varios factores, entre los que se incluyen el grado de cohesión de la comunidad, el nivel de división religiosa, y el grado de desarrollo económico o intromisión estatal. Una parte esencial de la investigación sobre el derecho consuetudinario debe ser, entonces, la exploración de los vínculos entre las maneras locales de resolución de conflictos y las particularidades de la cosmovisión local durante determinados períodos históricos. Aquí se sugiere que exista una relación significativa, aunque indirecta, entre la cosmovisión por un lado y las normas y prácticas legales en las comunidades q’eqchi’s estudiadas. También se propone que partes de esta cosmovisión pueden ser elementos importantes en la reconstrucción de sistemas normativos más autónomos en las comunidades indígenas rurales”.¹⁴

¹⁴ Rachel Sieder, **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala**, Pág. 104

No está demás destacar que la cosmovisión maya es la forma en que el pueblo ve las cosas, es decir ellos tienen la creencia de seguir con sus tradiciones y por lo mismo no ofenden a nadie, solamente quieren ser libres para ejercer sus actos como la han venido haciendo por miles de años, conservando la paz entre ellos sin afán de que se levante pueblo contra pueblo ya que según ellos han sido víctimas de atropellos vulnerando sus derechos y sin embargo nunca han dado lugar a que se levante una guerra por su causa, en sí defienden sus derechos, costumbres y tradiciones adoptando como herencia ancestral los medios pacíficos a la solución de sus conflictos.

1.18 La espiritualidad maya

Se considera un conjunto de conceptos y valores que permiten una visión de la conexión y respeto hacia el cosmos, que pretende responder las preguntas acerca del universo, que les permite una vida sana física y mental en perfecta armonía con la creencia de un Dios omnipotente creador de la naturaleza y el ser humano, amo y señor de todo lo que existe, bondadoso y con capacidad de perdonador y su desarrollo se realizó sin perder la relación y respeto con su creador. En el Acuerdo sobre identidad de los derechos de los pueblos indígenas en el inciso C, se reconoce la espiritualidad de la forma siguiente: “Se reconoce la importancia y la especificidad de la espiritualidad maya como componente esencial de su cosmovisión y de la transmisión de sus valores, así como la de los demás pueblos indígenas.”

Los mayas utilizaron el método de observación, haciendo estudios, análisis y reflexiones del espacio y el tiempo, y consideraban que debían mantener un equilibrio con la naturaleza, por lo que ellos se sentían parte de esa naturaleza, considerando al maíz como un elemento de la madre tierra y que constituía el

eje de su cultura. La espiritualidad maya se fundamenta en el equilibrio que debe existir entre el creador, naturaleza y persona, su esencia se manifiesta en el fuego sagrado utilizado en sus ceremonias. También consideran que la espiritualidad consiste en el desarrollo de dimensión espiritual del hombre.

Por lo expuesto, los descendientes de los mayas, el indígena guatemalteco, tiene derecho a que se respeten sus creencias, costumbres y sistema de vida, porque tienen su propia concepción del mundo, su cosmovisión basada en el equilibrio que debe existir en él, Dios y la naturaleza.

“En el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas en el artículo 1.2. iii), se dice que la cosmovisión constituye uno de los elementos de la identidad de los pueblos indígenas exponiéndolo de la siguiente forma “una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita y por medio de la tradición, en que la mujer ha jugado un papel determinante”.¹⁵

¹⁵ Audelino Sac Coyoy, **Los derechos indígenas y la espiritualidad maya**, Pág. 20

1.19 El derecho indígena

1.19.1 La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal

Desde La Colonia hasta antes de la Constitución de 1985 los alcaldes tenían funciones de justicia la cual era ejercida dentro de las comunidades indígenas por los alcaldes auxiliares y consejos respectivos. La Constitución de 1985 eliminó la atribución de los alcaldes de administrar justicia y el acceso a la justicia estatal devino más deficiente en las aldeas y cantones. La falta de cobertura nacional de las instituciones de justicia es un problema agudo: Una década después del cambio constitucional, no había juzgados de paz ni siquiera en la mitad de municipios del país. En los dos últimos años se ha incrementado la presencia de tales juzgados en las cabeceras municipales, pero todavía no pueden cubrir aldeas ni cantones. Los juzgados de instancia sólo se encuentran en las cabeceras departamentales y para acceder a las salas de apelaciones se debe viajar a través de varios departamentos. El Ministerio Público, creado por el Código Procesal de 1992, está instalado en las cabeceras departamentales. La Policía Nacional de igual manera tiene un despliegue limitado en las cabeceras departamentales y algunos municipios. El servicio de defensa Pública es una de las instituciones más nuevas y limitadas. Apenas hay uno o dos abogados defensores públicos por departamento.

“La mayoría de oficinas de los aparatos de justicia se ubica en zonas urbanas cuando la mayor parte de la población nacional (65%) vive en zonas rurales. En el año 1996, según el Instituto Nacional de Estadística, este porcentaje es más alto en regiones como el Occidente donde el 80% de la población vive en zonas rurales. A la distancia geográfica se añade la distancia cultural y lingüística. La

mayoría de operadores de justicia no habla los idiomas mayas ni comprende tal cultura. La mayoría de la población guatemalteca es indígena y en muchos municipios la mayoría de la población es maya-hablante. Por el contrario, la mayoría de jueces está conformada por “ladinos” que no hablan los idiomas indígenas. Los operadores de justicia que saben idiomas indígenas son muy pocos y los utilizan de modo empírico. No hay peritos antropológicos. “Por ejemplo, en los departamentos del Occidente, la población indígena conforma el 60% del total (INE, 1996), y en todos los municipios se habla algún idioma maya”.¹⁶

En departamentos como Totonicapán, la población indígena llega al 95% (INE, 1996). De su parte, el personal judicial que habla algún idioma maya en la región apenas llega al 14% y los que lo escriben al 3.6%. De hecho, uno de los problemas más importantes de acceso a la justicia percibidos por la población indígena es el de “el idioma y la comunicación”. Recién a partir de 1997 el Organismo Judicial y el Ministerio Público empezaron a nombrar intérpretes judiciales que tenían un mínimo de preparación para tal puesto, pero éstos apenas tienen presencia en algunas cabeceras departamentales del Occidente.

A la distancia geográfica, lingüística y cultural entre la justicia estatal y los pueblos indígenas, debe sumarse la discriminación y el maltrato. El derecho y el sistema de justicia estatales no respetan e inclusive criminalizan la diferencia cultural. Además, hay una actitud de discriminación y racismo en el comportamiento de muchos operadores de justicia. “Más de la mitad (53.6%) de dirigentes mayas encuestados en Occidente sobre las principales carencias

¹⁶ Instituto Nacional de Estadística: Censos 1994. República de Guatemala, **Características generales de población y habitación. Guatemala: INE, 1996**

de la justicia, consideran que éstas consisten en la marginación de los indígenas y el desconocimiento de la pluriculturalidad (idioma, falta de jueces indígenas, etc.). Esto es percibido inclusive con mayor incidencia que problemas como costos de la justicia, corrupción e impunidad (35.7%). Le siguen la falta de formación de operadores de la justicia (14.3%) y problemas procesales (14%)”.¹⁷

De otra parte, el tipo de respuestas que pueden dar el derecho oficial y el sistema de justicia estatal están muy lejos de la forma en la que se encara los problemas en las comunidades indígenas. El sistema de justicia oficial, además de los problemas mencionados, tiene carencias estructurales de funcionamiento como la morosidad, corrupción y falta de independencia. En el campo civil tiene un modelo de encaramiento de los conflictos fundamentalmente basado en la fórmula ganador/perdedor. Declara derechos pero no resuelve conflictos y difícilmente posibilita arreglos medios. En lo penal, cuando no prima la impunidad, el sistema está centrado en la persecución del autor antes que en la atención de la víctima, con lo cual termina victimizándola doblemente y probablemente también victimizando al autor sin ningún provecho.

“Así lo manifestaron dirigentes mayas en una encuesta realizada en los departamentos de la región occidental del país.

Los problemas de idioma y comunicación alcanzan el 42% del total. Le siguen, con un consenso de más de un tercio (32.1%), problemas vinculados a la desatención y falta de respeto de los derechos de la persona por parte de los

¹⁷ Fuente: Base de datos del proyecto: **Administración de justicia y pluralismo lingüístico**. Guatemala: MINUGUA, 1997.

operadores de la justicia, luego en porcentajes semejantes, el temor y desconocimiento de derechos por parte de los denunciantes (10.7%), la corrupción (7.1%) y la lentitud de los procedimientos (7%)”.¹⁸

1.20 Vigencia y adecuación cultural del derecho indígena

Los sistemas comunitarios indígenas de regulación social y resolución de conflictos son cercanos a la población, responden más adecuadamente a su cultura y necesidades sociales, y gozan de mayor legitimidad y eficacia en el ámbito en el que operan, entre otras razones, por: a) La pertenencia a los mismos códigos culturales, y por compartir normas y valores comunes entre quienes resuelven conflictos o toman decisiones y los usuarios del sistema. Los hechos y las reglas se interpretan dentro de sistemas de creencias comunes. b) La primacía del criterio de “resolver conflictos”, arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores/perdedores.

Esto permite recuperar niveles de “armonía social” dentro de una red compleja de parentesco sanguíneo y político, donde todos son parte de numerosas redes de parentesco y reciprocidad. c) La importancia dada al consenso, así como a la reparación y restitución antes que al mero castigo. d) La indiferencia entre asuntos “civiles” o “penales”, sino un encaramiento global de los problemas. e) El uso del mismo idioma. El uso del lenguaje común o de la vida cotidiana y no uno especializado o de iniciados (como es el lenguaje jurídico occidental). f) La cercanía entre las “partes” y los entes resolutorios de los conflictos, el mutuo control comunitario. La cercanía geográfica, social y cultural. g) La

¹⁸ Fuente: Base de datos del proyecto: **Administración de justicia y pluralismo lingüístico**. Guatemala: MINUGUA, 1997.

innecesaridad de pagar abogados, y otros gastos del sistema estatal. h) La celeridad en resolver casos, etc.

Algunas etnografías muestran que los sistemas normativos indígenas en Guatemala, son integradores y no especializados, porque articulan la cosmovisión, la cultura, el derecho y la espiritualidad. Hay un gran rango de esferas de la vida social que regula el derecho indígena, variando de acuerdo a cada comunidad. Tal cubre materias como las uniones conyugales o matrimonio, las relaciones familiares, las herencias, la tierra, el sistema de administración de recursos, la definición de los hechos dañinos socialmente (lo que serían delitos) y las sanciones que se les puede aplicar (suspensión de servicios, trabajos colectivos, etc.); así como lo que corresponde al llamado “derecho público”, esto es, los sistemas de autoridades y cómo elegirlos, deberes y derechos de los miembros de la comunidad, los distintos servicios que deben cumplir las personas a lo largo de su ciclo vital, etc. Por lo general, la gente llama al seguimiento de estas pautas “el costumbre” (ej. Él está casado por “el costumbre”).

El control social de las diversas conductas se da mediante un complejo sistema de autoridades y mediante controles sociales, culturales, espirituales y también coercitivos. Dada la superposición de sistemas de autoridades a lo largo de la historia colonial y republicana, algunos sistemas de autoridades indígenas tienen raíces pre-hispánicas, como los aj'quija'b, guías espirituales o sacerdotes mayas, así como los kamalbe, ancianos o principales, las comadronas y otras autoridades o dignidades. Su saber se vincula al “calendario maya” y la fuente de su autoridad se funda en el servicio que prestan a la comunidad desde el “don” recibido.

Otras autoridades tienen origen colonial y luego fueron re apropiadas por la cultura indígena, como las alcaldías y cofradías. Las alcaldías indígenas, fueron instauradas como instituciones “bisagra” del mundo colonial con el indígena, para facilitar el control de éste; pero re-apropiadas por los indígenas, han permitido y aún hoy permiten espacios de auto-regulación y control propio. “Las cofradías, de su parte, fueron creadas para el control religioso del mundo indígena. Sin embargo, los indígenas aprendieron a re-utilizar estas instituciones coloniales para elaborar formas de resistencia cultural detrás de la aparente práctica de la religión católica”.¹⁹

La participación en las responsabilidades o cargos tanto del municipio o alcaldía como de la cofradía, se entrecruzan, y todas las personas, a lo largo de su ciclo vital, deben asumir alternadamente cargos en ambos sistemas, llamados sólo para efectos pedagógicos, secular y religioso.

Las variaciones a este modelo son muchas y reflejan el complejo entramado de los diversos sistemas de autoridad. Y finalmente hay un conjunto de autoridades y formas más modernas de liderazgo.

Las autoridades y formas de liderazgo más modernas tienen su origen en la presencia de movimientos sociales, organizaciones gremiales, partidos políticos, movimientos religiosos y nueva presencia o nuevas formas de presencia de las iglesias, formas de organización local para el desarrollo, organizaciones de promotores de salud, derechos humanos, entre otras.

¹⁹ Rojas Lima, Flavio (1988): **La cofradía. Reducto cultural indígena. Guatemala:** Lit. Modernas.

Estas nuevas autoridades y formas de liderazgo se articulan a las antiguas dándoles un nuevo contenido. En tanto son re apropiadas desde el eje cultural indígena, se convierten también en parte de su derecho.

La resolución de conflictos al interior del espacio comunal, desde La Colonia, fue dejada en manos de los indígenas en lo que correspondía a los conflictos menores, debiendo remitir los casos “graves” a las autoridades estatales. Esta práctica ha continuado más o menos hasta nuestros días.

En los lugares alejados o donde el control estatal es menor, los indígenas tienen mayor margen de auto-regulación; en lugares más próximos a los centros de control, suelen remitir los casos graves con más frecuencia a los jueces y autoridades estatales para evitar ser procesados.

La relación entre autoridades estatales e indígenas siempre ha sido compleja y en algunos casos violenta. En ciertos lugares hay una suerte de “convivencia pactada” pues son las comunidades las que llevan a los presuntos delincuentes ante la policía, ya que ésta no llega a los lugares alejados. En otros casos, en el marco de una relación conflictiva entre autoridades indígenas y estatales, éstas últimas han controlado o reprimido a aj q'ij ab (o sacerdotes mayas) por la práctica de su cultura y espiritualidad; así como han procesado a alcaldes auxiliares indígenas por delito de usurpación de funciones, por administrar justicia sin ser jueces, ordenar arrestos de “bolos” (ebrios), hacer levantamiento de cadáveres, etc. Las autoridades indígenas han aprendido a auto-limitarse en sus funciones para evitar ser reprimidos por las autoridades estatales remitiendo a la autoridad estatal casos graves como homicidios, o cuando se trata de extraños.

1.21 Derecho consuetudinario

El término “derecho consuetudinario” viene de una categoría del derecho romano, la “*veterata consuetudo*”. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias (*opinio juris necessitatis*). Por la categoría “derecho” se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término “costumbres”, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra “consuetudinario” fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado éste término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización, o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “el derecho” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “derecho consuetudinario” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribuales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las políticas de integración” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas.

1.22 Derecho consuetudinario y la ley

La Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 58 reconoce el derecho de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres; en el Artículo 66 también regula que el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres y tradiciones de los grupos étnicos; el Artículo 8 del Código Municipal, comprende dentro de los elementos básicos del municipio al ordenamiento jurídico municipal y al derecho consuetudinario del lugar; los acuerdos de paz, en el Título IV Inciso E está plasmado lo referente al derecho consuetudinario, instándose a respetar la organización de las comunidades indígenas incluyendo el derecho consuetudinario como sistema para resolver sus asuntos; existiendo además compromisos del gobierno para promover reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, para el logro del reconocimiento a su propio derecho, con eje cultural también propio; el “derecho o sistema consuetudinario”, permitiéndose una dualidad jurídica que conlleve a la convivencia y resolución de muchos de los conflictos surgidos en las comunidades naturales, reconociendo un derecho propio a los pueblos indígenas que regule su vida social.

Las disposiciones constitucionales, ordinarias y acuerdos políticos citados, dan la pauta para interpretar que el sistema jurídico guatemalteco en una forma integral, acepta el derecho consuetudinario y en cumplimiento con los acuerdos de paz, se tiene la voluntad política de promover reformas legales en el sentido que dicho derecho se norme en una forma clara, que no deje lugar a dudas e interpretaciones que permitan la negación del citado derecho.

El derecho es producto cultural, el derecho consuetudinario es parte de la cultura de las comunidades indígenas por lo que el sistema jurídico positivo guatemalteco lo acepta constitucionalmente.

1.22.1 Características especiales del derecho consuetudinario

1. **Es conciliador:** Utiliza la persuasión, el consenso y el convencimiento;
2. **Es oral:** Constituye un proceso ágil;
3. **Es gratuito:** No genera costos para las partes;
4. **Es equitativo:** Porque busca la justicia
5. **Es consensual:** Busca el entendimiento entre las partes
6. **Es reparador:** Tiende a reparar el daño, en ningún caso busca la venganza.

1.22.2 Importancia del conocimiento del derecho consuetudinario

La necesidad del estudio y conocimiento del derecho consuetudinario se justifica plenamente. Esta importancia se patentiza aún más en aquellas sociedades en las que se ha hecho poco o casi nada por comprender y superar sus problemas. Es cierto que la problemática en cada una de estas colectividades tiene un corte polifacético y complejo, pero esta dificultad que formulamos no nos debe llevar tampoco a adoptar una posición fría, estática,

pesimista o conformista; por el contrario, debe animarnos a encararla decididamente como presupuesto fundamental en la dinámica de la reorientación estructural a la que estamos llamados a desembocar.

En los Estados latinoamericanos, en que se ha optado por asumir estructuras jurídicas del derecho occidental greco-romano- anglosajón, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas prehispánicos, es contradictorio con el derecho positivo, pues tiene una estructura diferente a la estructura de la sistemática jurídica originaria. Por eso se hace una llamada de atención para no confundir ambas categorías.

1.22.3 Importancia que el derecho consuetudinario tiene en la actualidad

Las consideraciones expuestas a grosso modo, constituyen razones justificativas de la enorme importancia que tiene el conocimiento del contexto total, preferentemente del derecho consuetudinario de una sociedad que pretende emerger de una situación de subdesarrollo a una etapa más separada de orden y bienestar social. El sello de nacionalidad y de verdadera unidad nacional debe conseguirse procurando cambiar la mentalidad indígena, haciendo uso de sus propias manifestaciones, de sus pautas, de sus patrones de conducta, de su propia simbología, en tal forma que el proceso de transculturación no produzca la quiebra de la mentalidad originaria guatemalteca con amenaza de su estabilidad en este inicial proceso de respeto intercultural.

El instante en que el comportamiento de quienes conforman este anchuroso marco geográfico haya alcanzado uniformidad, unidad de criterio en torno a

nuestro desarrollo, se afirma que en definitiva, se ha conseguido la ruta del movimiento ascensorial del pueblo indígena.

1.23 Derecho indígena internacional

El derecho internacional sobre pueblos indígenas es nuevo. La Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos de mediados del siglo XX pusieron énfasis en los derechos individuales de las personas y no en los derechos colectivos de los pueblos. En forma consecuente con este enfoque, no hicieron referencia a los derechos de los pueblos indígenas.

Los pactos de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales aprobados por la ONU en 1966 reconocieron en su Artículo 1 común el derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho claramente orientado, sin embargo, a los pueblos entonces en proceso de descolonización y no a los pueblos indígenas. El primer pacto se refiere en su Artículo 27 a los derechos de quienes integran las minorías étnicas, religiosas, o lingüísticas “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.” Dicho artículo se refiere, sin embargo, a minorías, término cuya aplicación a los pueblos indígenas es cuestionado. No se hace mención alguna a los indígenas o a sus pueblos como sujetos de derecho.

1.23.1 Garantías internacionales de protección

El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, fue adoptado por la conferencia general de la Organización Internacional del

Trabajo el 27 de junio de 1989 está orientado a ser un instrumento jurídico que facilite el desarrollo de los pueblos indígenas.

En el año de 1991, en Guatemala se inicia un proceso de consulta para la ratificación del Convenio, el que se organiza regionalmente, creándose la delegación guatemalteca pro ratificación del convenio; en 1992, el Presidente Serrano Elías, envía el convenio al Congreso para su discusión. En 1995 el Congreso pide opinión a la Corte de Constitucionalidad, la que el 18 de mayo de 1995 opina: que el contenido de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no contradice la Constitución Política de la República.

“Como lo expresa Miguel Ángel Balcárcel. I Conferencia Nacional Sobre Derechos Humanos. En marzo de 1996 mediante el decreto 9-96 el Organismo Legislativo aprueba y se inicia el proceso de ratificación, el cual se materializa en abril de 1996, el certificado de depósito tiene fecha de 24 de mayo de este año y del acuse de recibo, la fecha oficial para OIT es el 5 de junio de 1996; por lo tanto, un año más tarde, en 1997, entra en vigencia el instrumento en Guatemala”.²⁰

Lo esencial del convenio estriba en primer término el derecho a la auto identificación de los indígenas; el segundo, el derecho a ser consultados por el Estado; el tercero, el derecho a la participación y del derecho fundamental a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, esto es esencia.

²⁰ Carlos Rolando Paiz Xulá, **Derechos de los pueblos indígenas**, Pág. 69

En síntesis lo esencial del convenio es la identificación de indígena, la participación (cultural, social, económica y política) al decidir sobre sus propios asuntos.

1.23.2 Instrumentos internacionales

- Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
 1. El Gobierno se compromete a promover ante el Congreso de la República un proyecto de ley que incorpore las disposiciones de la convención al Código Penal.
 2. Siendo Guatemala parte de la convención, se compromete a agotar los trámites tendientes al reconocimiento del Comité para la eliminación de la discriminación racial tal como lo establece el Artículo 14 de dicha Convención.
- Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo).
 3. El Gobierno ha sometido al Congreso de la República, para su aprobación, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, por lo tanto, impulsará su aprobación por el mismo. Las partes instan a los partidos políticos a que agilicen la aprobación del convenio.
- Proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.
 4. El Gobierno promoverá la aprobación del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las instancias

apropiadas de la Organización de las Naciones Unidas, en consulta con los pueblos indígenas de Guatemala.

1.24 Finalidad del derecho indígena

En los últimos años, un movimiento maya activo y diverso se ha convertido en una fuerza significativa para la reforma política nacional en Guatemala, el que propone una transformación del Estado guatemalteco, cuya naturaleza tradicional ha sido excluyente y fundamentalmente antidemocrática. En las secuelas de las campañas contrainsurgentes de principios de los años ochentas cuyo efecto destructivo principal recayó sobre las comunidades rurales indígenas, la organización maya ha crecido en términos de fuerza y unidad. La campaña continental de “500 años de resistencia” en protesta en contra de las celebraciones oficiales del quinto centenario del “descubrimiento” de las Américas en 1992, y el otorgamiento del Premio Nobel de la Paz en el mismo año a una mujer indígena guatemalteca, Rigoberta Menchú, focalizó la atención nacional sobre el tema de los derechos indígenas. Subsecuentemente, la organización popular en repudio del intento de autogolpe por parte del presidente Jorge Serrano Elías en mayo de 1993 otorgó una presencia mayor a las organizaciones mayas en la esfera política nacional.

En junio de 1993 se formó la Asamblea del Pueblo Maya (APM) para garantizar y promover la participación maya en las discusiones políticas dirigidas a asegurar la transición a la democracia. La presencia de varios mayas en el gobierno de Ramiro De León Carpio (1993-96), como lo fue el ministro de Educación Alfredo Tay Coyoy, abrió la brecha para fortalecer la participación del pueblo indígena dentro del gobierno central. Como fin principal del derecho

indígena cabe mencionar que en Centroamérica y en Guatemala en particular, esta brecha “el hecho y el derecho” o sea entre el orden legal teórico y la práctica, ha sido particularmente marcada. En términos generales, lo que se propone es evitar que existan clases dominantes que violen los derechos de estos ciudadanos que por el hecho que éstos pertenezcan a una raza indígena no tiene nada que ver con que se les margine ni se les vulnere sus derechos.

Es así como se intenta consolidar un sistema que permita la adecuación normativa que obliga el Convenio 169 de la OIT a que deben constitucionalizarse derechos de los pueblos indígenas que están contenidos en dicho Convenio, como el derecho al territorio (Arts. 13 y ss), la autonomía interna (2,b), la consulta (Art. 6) y la participación en los planes y programas nacionales que los puedan afectar (Art. 7). “El mismo concepto de pueblos indígenas, que es más amplio que el de comunidades, debe ser incorporado en la Constitución, que ahora sólo reconoce personalidad jurídica a dos formas de organización comunal, dejando sin reconocimiento a otras figuras como las rondas campesinas, grupos étnicos extensos, pueblos no contactados, organizaciones supra comunales, entre otras. Debe constitucionalizarse también, como principio de interpretación de normas, el principio pro-pueblos indígenas que consagra el Artículo 35 del Convenio 169”.²¹

²¹ Rachel Sieder, **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala**, Página 17.

CAPÍTULO II

2. Factores influyentes en la aplicación del derecho indígena

2.1 La pluriculturalidad

Es un modelo de organización social, la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedades, grupos o comunidades étnicas, culturales, religiosas o lingüísticamente diferentes. Valora la diversidad sociocultural y parte de que ningún grupo tiene por qué perder su cultura o identidad propia.

En una sociedad pluralista, la diversidad es considerada como algo nuevo y deseable; fomenta la práctica de tradiciones etno culturales, busca vías para que la gente se entienda e interactúe, hace hincapié en la interacción de los grupos étnicos y en su contribución al país; asume que cada grupo tiene algo que ofrecer y aprender de otros. “El desarrollo de una sociedad pluralista, implica alcanzar la interculturalidad en los diferentes campos, además conlleva a que “la interculturalidad pretende ir más allá del reconocimiento formal de la existencia de diversas culturas, propiciando el intercambio, la reciprocidad, la interacción, la relación mutua, la solidaridad entre diferentes formas de entender la vida, los valores, la historia, las conductas sociales.

En Guatemala, después de la firma de los Acuerdos de Paz, se intenta construir una nueva sociedad, basada de la unidad en la diversidad, de esta manera con la finalidad de superar la discriminación, desigualdad y exclusión entre los diferentes pueblos que coexisten en el país, hacia la configuración de una nación y el reconocimiento del pluralismo cultural”.²²

²² Derecho consuetudinario maya Ch'orti' **Los ámbitos comunidad, familia y medio ambiente**. Pág. 17

2.2 El multilingüismo

El Estado construido después de la Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. De otra parte, las categorías jurídicas elaboradas por el monismo jurídico con base en la idea del Estado-Nación (en el entendido de un solo pueblo con una sola cultura) no están pensadas para poder explicar la existencia empírica de sistemas normativos diferentes al estatal y que corresponden a culturas diferentes a la consagrada oficialmente. Tanto a nivel general, como en Guatemala en particular, se ha buscado entender, describir y calificar a los sistemas normativos no estatales, en la medida que su realidad se impone, utilizando categorías conceptuales creadas por la doctrina jurídica.

2.3 Discriminación y racismo

Los invasores españoles que llegaron a América, venían pensando y practicando un racismo de base religiosa y biológica. En dicha época, Siglo XVI en España, ya se practicaba un racismo contra los judíos y los judíos conversos, con quienes había de evitar la promiscuidad y los efectos nocivos para la fe cristiana. Se odiaba más a los judíos conversos puesto que se sospechaba que se convertían al cristianismo pero que no abandonaban su antigua fe. A estos judíos, se les llamaba “marranos” y se consideró conveniente tomarlos como cristianos nuevos así como a sus descendientes, para diferenciarlos de los cristianos viejos, quienes sí podían presentar pruebas de su pureza de sangre. La falsa conversión engendró pues una opinión y una práctica racista contra los judíos. Así, en 1494, se elaboró en Toledo, el primer estatuto de pureza de sangre, el que establecía que los judíos conversos eran indignos de ocupar cargos privados o públicos.

Antes de la invasión española, y en el campo biológico, indígenas y españoles ya eran mestizos. Así los ibéricos ya eran mestizos, puesto que ya habían asimilado aportaciones genéticas árabes y europeas, y en menor escala, aportaciones africanas y asiáticas. Los indígenas o indo americanos por su lado, también ya lo eran. Así, generalmente presentaban dos tipos de color de piel, la cobriza y la blanca. Como botín de guerra, los españoles siempre prefirieron a las mujeres indígenas de piel blanca. El resultado de la relación entre mujeres indígenas y hombres españoles produjo una nueva mezcla mestiza también denominada mestiza, pero de hecho, eran y son mestizos de mestizos.

Por ello, en Guatemala, generalmente se sigue definiendo a los grupos humanos como si algunos fueran puros (los mayas y los criollos blancos) y otros mezclados o cruzados (los mestizos). Esta es una situación que demuestra el contraste que hay entre la realidad (el mestizaje biológico generalizado) y la creencia en una falsedad (la existencia de la pureza de sangre), inclusive, en los casos en que hay conocimiento del mestizaje generalizado, ello no significa que se deje de ser racista.

“Así, y aún hoy, criollos y blancos guatemaltecos que se autodefinen como seres de raza pura, y por ende como raza superior puesto que no poseen marca de sangre india. Por su lado, el indígena guatemalteco actualmente puede creerse puro y valorar positivamente su supuesta pureza racial. El mestizo puede llegar a descalificarse así mismo por su condición de mezclado o cruzado y a valorizar positivamente la pureza de los indígenas y criollos”.²³

²³ Máximo Domingo Díaz Montejo, Waqí' Q`anil Demetrio Cojtí Cuxil, A'jpop Mayab' Tijonik, Consejo Nacional de Educación Maya CNEM, **El racismo contra los pueblos indígenas de Guatemala**, Pág. 43

La existencia de todo el sistema de los derechos humanos, su estructura fundamental, se asienta sobre el principio universalmente admitido que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. “En la carta de San Francisco de 1945, en virtud de la cual se constituyeron las Naciones Unidas, el Artículo 1. Párrafo 3, y el Artículo 56, inciso C), consagran el reconocimiento de la comunidad internacional de que respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales exige que ese respeto sea para todos sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión”.²⁴

“La Declaración Universal, de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en Paris el 10 de diciembre de 1948 en su Artículo 1. Regula: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros; en el Artículo 2. Numeral 1. Dice: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.²⁵

“En la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José 1969) Se establece en su Artículo 24: Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”²⁶

²⁴ **Declaración Universal de Derechos Humanos** aprobada por la Asamblea General de la ONU en Paris el 10 de diciembre de 1948

²⁵ **Ibid, Pág. 20**

²⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, **Pacto de San José** 1969

En las normas internacionales citadas está la situación de proteger a los ciudadanos, garantizándole el principio fundamental de igualdad, evidencian que si no se respeta la libertad e igualdad, habrá fenómenos y hechos que desembocan en discriminación, la que ha sido una constante lucha en la historia de la humanidad, y se manifiesta entre otras, la discriminación por raza, religión y sexo.

2.3.1 Definición de discriminación

“Doctrina que afirma la superioridad de una raza y procura su pureza, considerando que su decadencia empieza cuando absorben elementos de razas inferiores”.²⁷

Se considera como discriminación, todos los actos que excluyan, distingan, restrinjan o prefieran a una persona o grupo y que con dichas acciones se anulen o menoscaben los principios de libertad e igualdad, el goce y ejercicio de los derechos humanos.

No debe rechazarse, menospreciarse o excluirse a nadie por ningún motivo. El compromiso del Gobierno de los Acuerdos de Paz, las peticiones del sector indígena de emitir una ley en contra de la discriminación, surte sus efectos y se hace una reforma al Código Penal por el Congreso de la República por medio del Decreto 57-2002 del Congreso de la República, creándose el Artículo 202 bis el que queda así:

²⁷ **Enciclopedia universal**, tomo 8, Pág. 152

“Discriminación. Se entenderá como discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de género, raza, etnia, idioma, edad, religión, situación económica, enfermedad, discapacidad, estado civil, o en cualesquiera otro motivo, razón o circunstancia, que impidiere o dificultare a una persona, grupo de personas o asociaciones, el ejercicio de un derecho legalmente establecido incluyendo el derecho consuetudinario o costumbre, de conformidad con la Constitución Política de la República y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos. Quien por acción u omisión incurriere en la conducta descrita en el párrafo anterior, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de quinientos a tres mil quetzales”.²⁸

2.3.2 Las raíces de la discriminación

La discriminación se debe buscar en las estructuras sociales, culturales, políticas y económicas de un país, en algunos lugares, la estructura política y económica interrelacionadas, en algunas ocasiones o en un país determinado son las causantes de que grandes sectores de la población vivan en situación de pobreza, permitiendo la intolerancia y la discriminación.

La discriminación nace de la idea de algunos grupos o razas que consideran que ellos son superiores, los más fuertes e inteligentes, y por lo general surge de aquellos grupos que detentan el poder.

²⁸ Decreto 57-2002 del Congreso de la República

Esta situación es la raíz de discriminación porque el que no pertenece a la raza, se considera inferior, menosprecia a los otros grupos y a los extranjeros, surgiendo así la discriminación por diferentes motivos. “La cuestión étnica no solo domina todos los problemas de la historia, sino que además es su principal motor”.²⁹

2.3.3 Tipos de discriminación

La discriminación constituye un abanico, se puede discriminar de diferentes formas, si se profundiza se verá que existe una discriminación generalizada, que comprende a millones de seres humanos en todo el orbe terrestre, respondiendo a una situación económica, esta discriminación se llama “pobreza”, y bajo esta se discrimina en cualquier país que podrían ser, Guatemala, Italia, España, Rusia, Estados Unidos etc., por mencionar algunos, pudo haber sido otros. Ningún país escapa a esta situación. Las causas más evidentes de discriminación, son los tipos de discriminación que más afloran en las sociedades y por ende son las siguientes.

- **Discriminación racial**

Manifestada sobre el sector indígena, envuelta en muchos factores económicos y sociales con respecto a su cultura.

²⁹ Joseph Arthur Gobineau, **Enciclopedia moderna universal**, Tomo 8. Pág. 53

- **Discriminación por sexo**

Guatemala es un país en el cual se caracteriza por la imponencia del hombre y lamentablemente muchas de las mujeres aceptan esta disposición porque la cultura así lo enseña y se auto discriminan ya que este es el sector más vulnerable a ser discriminado en todos los ámbitos por su sexo. En Guatemala una mujer indígena, pobre, pasa inadvertida, como si no existiera, se le da menos importancia que al hombre.

- **Discriminación por religión**

Esta ha sido una práctica constante, que ha provocado persecución, y la necesidad de emigrar para evitarla, por lo que el derecho Internacional tienda a protegerla, pese a que la Constitución Política de la República de Guatemala otorga la libertad de culto.

- **Discriminación indígena**

“Al indígena se le discrimina en todos sus tipos y forma, sea en forma racial, sexo, religión, cultura, etc., por lo que acertadamente en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas se trata la discriminación, con miras de erradicar la discriminación contra los pueblos indígenas”.³⁰

³⁰ Carlos Ronaldo Paiz Xulá, **Derechos de los pueblos indígenas**, Pág.30-34

2.4 El analfabetismo

Es cierto que el legislador, dado el analfabetismo, la pobreza ostensible del indígena disminuido por el alcohol y la servidumbre, ha dictado dispositivos que atenúan su responsabilidad. Pero estas previsiones conforme venimos constatando no han resultado efectivas, aumentó la criminalidad en el país y consiguientemente las cárceles se han convertido en reductos casi exclusivos del indígena. Y, es que con simples repartos legislativos mientras exista una población mayoritaria en las condiciones descritas, la consecución del desarrollo socioeconómico nacional se torna distante. Por ello se considera que el analfabetismo es una forma de ceguera mental que permite la ignorancia de los pueblos, un ejemplo quizá cruel, podría ser que cualquier persona indígena o no ingiera alimentos que esté envenenados o que su fecha de vencimiento esté expirada simplemente por el hecho de no saber leer.

2.5 El conflicto armado interno

En 1954 un movimiento armado nacional apoyado por Washington, derrocó al gobierno de Jacobo Arbenz Guzmán, e instaló un gobierno contrario, liderado por Carlos Castillo Armas. Este gobierno emitió de inmediato el Decreto No. 31 de julio de 1954, que derogó el Decreto 900 de la Reforma Agraria, y restableció el orden antiguo eliminando las expropiaciones y entregas de tierra afectadas por dicho Decreto, mientras se emitía la ley que sustituiría a la misma.

Al mismo tiempo, empezó la persecución de los líderes campesinos y dirigentes obreros. Los finqueros expulsaron de las tierras que les fueron expropiadas a los campesinos beneficiarios de la reforma agraria y estos abandonaban parcelas y cultivos, temerosos de sufrir atropellos. El Decreto 170 del Coronel

Castillo Armas restituyó el colonato en las fincas, y en febrero de 1956 emitió el Decreto 559, Estatuto Agrario.

“En 1959, el general Idígoras Fuentes, con ínfulas de promotor indigenista inició los concursos para seleccionar a la “India Bonita”, y organizó ligas pro matrimonios entre indígenas y ladinos. Su premisa fue: “no nos conviene conservar al indio ni indigenizar al país, sino realizar la integración social guatemalteca”.³¹

En 1963 se consolidó el Estado autoritario y el reforzamiento de la dominación militar y oligárquica, con el Golpe de Estado de Enrique Peralta Azurdia. Pero sobre todo de 1978 hasta 1985, el racismo de Estado alcanzó su máxima expresión, dejando de ser instrumento para pasar a ser ideología de Estado. Esta consagración del racismo de Estado coincide con la crisis de dominación militar oligárquica y con la irrupción del movimiento popular y revolucionario, con activa participación indígena.

En la conducción del Estado, se da una alianza entre militares, oligarcas y neopentecostales que sataniza al indígena. Los espacios del racismo se ampliaron, se profundizaron en todas las dependencias del Estado, el que elaboró una estrategia basada en la violencia racista contra el indígena. Para los gobernantes de entonces, la prosperidad de Guatemala pasa por la aniquilación de la tradición maya o por la exclusión de los mayas de esa prosperidad, lo cual es legítimo ya que son los indígenas inconversos los responsables de que Guatemala no haya nunca levantado la cabeza.

³¹ González Ponciano, J.R., **Derecho consuetudinario latinoamericano**, Pág. 31

El racismo les proveyó de una legitimación y de una estrategia de acción contra los pueblos indígenas que incluyó, tanto nuevas reformas de discriminación y de segregación, como la limpieza étnica y el genocidio.

Los largos años de la guerra (más de tres décadas), la militarización (reclutamiento forzoso y masivo de jóvenes indígenas, la presencia de patrulleros y comisionados militares en todo el país durante el enfrentamiento armado), la muerte de autoridades y líderes indígenas, catequistas, guías espirituales mayas; la secular presencia de la iglesia católica; la penetración de sectas fundamentalistas (junto con el proceso de militarización de las comunidades); la estratificación y diferenciación social indígena, los procesos migratorios internos y externos, y otros complejos procesos sociales, han agudizado la ruptura de elementos de cohesión social y han mellado fuertemente los valores culturales indígenas, sus formas tradicionales de organización y sus mecanismos de regulación social y resolución de conflictos. No obstante a ello, todavía persisten o están en proceso de recuperación y reestructuración los sistemas indígenas de regulación y resolución de conflictos, en algunos lugares más que en otros.

2.6 La autodeterminación

La búsqueda por el reconocimiento de los derechos que identifican a los diferentes grupos étnicos de Guatemala, ha sido tarea ardua, amén de ello se ha logrado un gran avance en la lucha por el reconocimiento legal que aunque enmarcado en la legislación nacional, existe discrepancia en cuanto a su reconocimiento, pero gracias a esta autodeterminación del pueblo indígena, a partir de la firma de los Acuerdos ha habido mayores garantías y respeto para el ejercicio indígena y sus organizaciones de los derechos de reunión, asociación

y libertad de expresión, absolutamente necesario para el ejercicio de sus derechos y exigencia de los compromisos adquiridos en los acuerdos de paz, mismos que el organismo ejecutivo ha definido como Acuerdos de Estado y se ha comprometido públicamente a continuar implementándolos.

Aunque todavía falta mucho por hacer, es preciso mantener el deseo de superación no solo del pueblo indígena sino del pueblo guatemalteco en general ya que la autodeterminación es fundamental en la vida del ser humano, lo independiza de cualquier acto discriminatoria del cual pueda ser víctima, es importante rechazar cualquier actividad que vaya en contra de sus derechos, principios pero principalmente de sus costumbres. El pueblo indígena tiene que luchar por el cumplimiento de sus derechos sin aprovecharse de obviar sus obligaciones como ciudadanos y el pueblo no indígena a respetar la costumbre indígena y por que no, hasta defender de igual manera sus derechos, por lo cual es imposible separar estos dos grupos sino es posible unificar las fuerzas para poder construir un Estado que sea verdaderamente de Derecho.

CAPÍTULO III

3. Causas legales que aplican el derecho indígena dentro de la legislación guatemalteca

3.1 Pluralismo jurídico

“Pluralismo jurídico es aquel que permite la existencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico”.³²

Definitivamente Guatemala es un país multiétnico y por ende multilingüe, razón por la cual justifica el pluralismo jurídico, si bien es cierto actualmente el sistema jurídico maya se encuentra subordinado al monismo jurídico, causa por la cual, este país se encuentra inmerso en una controversia en cuanto al modo de aplicar justicia a estos ciudadanos que ni siquiera hablan el idioma español, lo cual llena de preocupación a los sectores interesados en el tema, puesto que aún no se tiene definida una solución en cuanto a la forma de aplicar justicia a los diferentes integrantes de estos pueblos, por lo menos en la Constitución Política de la República de Guatemala del año 1965 en su Artículo 241 segundo párrafo establece que “los alcaldes municipales actuarán como jueces menores en los casos y en la forma que establece la ley”, lo cual significa que durante la vigencia de esta Constitución, los alcaldes municipales tenían la facultad de administrar justicia; pero como se planteó anteriormente esto era en los años pasados, ahora no es así y por eso es cuestión de estudio, aunque también se debe tomar en cuenta que la población indígena ha venido resolviendo sus controversias desde la época colonial aplicando el derecho consuetudinario.

³² Carlos Ronaldo Paiz Xulá, **Derechos de los pueblos indígenas**, Pág. 60

Entonces, cuando se analiza el derecho, cabe preguntarse si debería centrarse en los significados culturales o en las diferencias de poder en una sociedad; o también acerca de si el derecho es un sistema simbólico o una codificación de relaciones de poder asimétricas, sería mejor concebir el derecho como ambas cosas ya que, todos los estatutos legales reflejan dinámicas de poder y también representan lenguajes simbólicos particulares a contextos culturales específicos. Sin embargo, los ordenamientos legales no son sistemas culturales cerrados impuestos por un grupo sobre otro; es mejor entenderlos como códigos o lenguajes de grupos hegemónicos, que pueden ser aprovechados por grupos subordinados para hacer valer sus demandas e intereses. Tal perspectiva concibe a las reglas legales como recursos sistémicos que pueden ser utilizados para mantener o desafiar a los sistemas de desigualdad dentro de las sociedades.

“Es necesario analizar la forma en que las estructuras sociales y las dinámicas históricas condicionan el tipo de ideología legal representada por los sistemas legales, los tipos de demandas que se presentan ante ellos, y las opciones de procedimiento disponibles para los distintos participantes. En vez de analizar el derecho como una serie de estatutos o procesos, debe cuestionarse: ¿Quién decide la ley? ¿Quién tiene conocimiento de la ley? ¿Quién tiene el poder de hacer efectiva la ley? ”.³³

3.2 Antecedente constitucional

La legislación en Guatemala contiene una serie de normas específicas y dispersas, de rango constitucional y legal, sobre los pueblos indígenas. La tendencia legislativa de la última década en esta materia se ha caracterizado

³³ Rachel Sieder, **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala**, Pág.44

por incorporar en el ordenamiento legal normas de reconocimiento y protección en favor de los indígenas, en relación por ejemplo con la protección del niño o la niña indígena, la promoción de la educación bilingüe intercultural, la creación de instituciones de protección y defensa de la mujer indígena, entre otras.

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce que el Estado está formado por diversos grupos étnicos y asegura reconocer, respetar y promover sus formas de vida, costumbres y tradiciones. “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 hombre y mujeres, idiomas y dialectos.”

En 1997 entró en vigencia en Guatemala el Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) que es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas, que establece que: “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.”

3.3 Implementación del Convenio 169 de la OIT

El tres de mayo de 1996 el Congreso de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo-OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ello se produjo a pesar de la oposición de

los sectores cafetaleros del país (que controlan el mayor porcentaje de exportaciones y todavía utilizan mano de obra indígena en condiciones de explotación), y con la opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad (sobre la inexistencia de incompatibilidad entre la Constitución de 1985 y el Convenio 169 de la OIT). El cual está vigente en Guatemala desde junio de 1997. Con relación a la justicia, el Convenio establece derechos de los indígenas frente a dos situaciones: a) ante la justicia estatal, y, b) el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. Respecto de los derechos de los indígenas ante la justicia estatal plantea, entre otros, el respeto de su cultura, el uso de sus idiomas (mediante intérpretes u otros medios), el derecho de defensa, medidas alternativas a la cárcel, etc. (Artículos 1, 2, 8, 9, 10, 12), del citado Convenio.

Con relación al derecho consuetudinario y temas conexos, el Convenio establece los siguientes derechos: a) Derecho a la identidad cultural (Art. 2,b). El respeto de las “costumbres, tradiciones e instituciones” es parte intrínseca del derecho a la identidad cultural. El derecho a la identidad es el fundamento del respeto del derecho consuetudinario. b) Derecho al respeto del derecho consuetudinario (Art. 8,1). Cuando se aplique en general la legislación nacional en los pueblos indígenas, se debe respetar el derecho consuetudinario. Esto implica no criminalizarlo, cooptarlo o manipularlo. c) Derecho de conservar el derecho consuetudinario (Art. 8,2, primer párrafo) “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)”. Los pueblos indígenas tienen atribución legal a partir de este Convenio de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas.

El Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos. d) Respeto de Métodos de control penal (Art. 9,1). “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y 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”. El Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía.

Expresamente incluye la materia penal y no limita los casos que pueda conocer el derecho consuetudinario por la gravedad de los mismos. El límite que establece es que el control penal deba ser compatible con los derechos humanos. Establecimiento de Procedimientos para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos (Art. 8, 2). “Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio, que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos.”

Esto significa que si alguien alega que en aplicación del derecho consuetudinario se viola los derechos humanos, deben existir procedimientos para solucionar tal denuncia sin transferir automáticamente el caso a la justicia estatal. Para efectos de no generar una nueva imposición cultural del derecho estatal, el procedimiento por el cual se resuelva una denuncia por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena, debe permitir hacer una interpretación intercultural de los hechos y del derecho.

Esto podría garantizarse, por ejemplo, mediante un tribunal mixto, formado por jueces estatales y autoridades indígenas. f) Adecuación de la legislación nacional al Convenio. (Art. 33, 2, b). El Convenio indica que para implementarlo,

los programas sobre pueblos indígenas deben incluir “la proposición de medidas legislativas y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados (indígenas)”. En efecto, el Convenio reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas cuya implementación nacional requiere una adecuación de la legislación y de las instituciones y de un mecanismo de control permanente y por los pueblos indígenas. g) Supremacía de los derechos más favorables (Art. 35).

El Convenio establece que primarán los derechos que otorguen más ventajas a los pueblos indígenas así estos provengan de normas inferiores al Convenio o incluso de acuerdos políticos.

Derecho de Consulta (Art. 6): Esto es, que si se va a hacer alguna reforma legal o administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas tal debe ser consultada con los mismos. Ello también aplica a las medidas referidas al reconocimiento legal del derecho consuetudinario o la implementación administrativa de mecanismos de coordinación. En síntesis, el Convenio 169 reconoce y respeta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, limitando dicho reconocimiento a la no afectación de derechos humanos. Esto obliga a una adecuación normativa a fin de eliminar incoherencias en el derecho interno. Ello pasa por cambios en la Constitución (el artículo 203, por ejemplo) y leyes (códigos, leyes orgánicas, etc.). Partiendo de lo que se regula en la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, se reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones.

Como política general el Convenio se aplica a los pueblos tribales en países independientes cuya condición social cultural y económica le distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o por una legislación especial; bajo esa perspectiva al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas en un caso concreto deberán tomarse en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario y siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos en aplicación a este principio y en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos, deberán respetarse los métodos que tradicionalmente se utilizan para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, en esa virtud la Constitución Política de la República de Guatemala dentro del apartado de derechos sociales establece la protección a los grupos étnicos de conformidad con el Artículo 66 en el cual 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.

Para el efecto de estos fines la Constitución Política establece en el Artículo 70 la creación de una ley que regule esa materia específica, sin embargo actualmente se carece de la misma basado en que la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta por la Corte de Suprema de Justicia, en base al sistema jurídico positivo; sin embargo se infiere que debe crearse una ley de coordinación que permita la aplicación de la dualidad de sistemas jurídicos tanto el vigente como el sistema jurídico indígena, lo anterior en base a lo que establecen los artículos citados y el Artículo 203 de la Constitución Política de la República, al mencionar en su último párrafo que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca, al respecto entonces deviene

procedente la aplicación de ambos sistemas jurídicos dentro de la jurisdicción ordinaria.

De esa cuenta Guatemala ha suscrito varios instrumentos jurídicos internacionales de reconocimiento promoción y defensa de los Derechos Humanos de los habitantes en general y de los cuales también son destinatarios los pueblos indígenas; sin embargo, tomando en cuenta que si bien es cierto que las reglas del juego democrático son formalmente iguales para todos, existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores del país, por lo cual el convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales, para que por lo menos los disfruten en el mismo grado de igualdad.

Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socioculturales de los pueblos indígenas, los que aun mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia maya.

En base al análisis anterior y tomando en cuenta los casos investigados, mismos que de alguna manera han sentado un antecedente histórico en el país, se llega al acuerdo que si es procedente la aplicación del derecho indígena a un caso en concreto, respetándose lo resuelto por las autoridades correspondientes a dicho pueblo, pues está reconocido constitucionalmente y a nivel internacional por medio del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

3.4 Aplicabilidad del Acuerdo sobre identidad y derecho sobre los pueblos indígenas

El presente acuerdo suscrito entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, tiene por objeto el reconocimiento de la identidad de los pueblos indígenas para la construcción de la unidad nacional basada en el respeto y ejercicio de los derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de todos los guatemaltecos.

La identidad de los pueblos indígenas es un conjunto de elementos que lo hacen necesario reconocer como tales particularmente porque los pueblos indígenas han sido sometidos a niveles de discriminación, explotación e injusticia por su origen cultural y lengua y que como otros sectores de la colectividad nacional padecen tratos y condiciones desiguales e injustas por su condición económica y social y esta realidad histórica ha afectado y sigue afectando a dichos pueblos negándoles el pleno ejercicio de sus derechos y participación política por lo que en tanto no se resuelva este problema la sociedad guatemalteca, jamás podrá desenvolverse en toda su magnitud afectando sus potencialidades económicas, políticas, sociales y culturales.

3.5 Libre acceso a la justicia

La Constitución Política de la República de Guatemala, del año 1985 actualmente vigente, fundamenta lo concerniente a las comunidades indígenas, según lo establece el Artículo 70, en cuanto a que una ley específica regulará lo relativo a las materias de esa sección, este artículo aclara el panorama para quienes afirman que no está regulado el Derecho Indígena, pero lo que no existe aún es esa ley específica a la que se refiere,

partiendo de lo anterior, también el Convenio 169 tiene suficiente base legal para ser aplicado, lamentablemente no existe voluntad política para que se reconozca, de lo contrario no habría necesidad de alguna legislación suplementaria.

Por eso es preciso luchar para que tanto el Artículo 70 y el Convenio 169, sean aplicados sin restricciones y así consolidar la aplicación de justicia por igual, sin distinción de religión, raza y lengua, obedeciendo así uno de los principios constitucionales regulados en el Artículo 4 de la Constitución guatemalteca en el cual establece “que 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.

3.6. Principio de igualdad

La cuestión de los derechos, nos lleva necesariamente al tema de la igualdad, en el sentido que los derechos se defienden y desarrollan bajo esta premisa general; que constituye a su vez uno de los elementos fundamentales de la doctrina de los derechos humanos. El reconocimiento que se hace de los derechos de los indígenas, tiene directa relación con la consideración que se tiene de los indígenas, y de la manera que se entiende la igualdad. De ahí los diferentes sentidos y alcances de las legislaciones sobre indígenas que se han dictado en este y otros continentes, en diferentes períodos de la historia.

Durante La Colonia, por ejemplo, “se aplicaron políticas de segregación mediante la separación de regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y racial de indios y españoles”. El advenimiento de la independencia trae consigo, al igual que en la formación de los Estados europeos, la noción de Estado-nación, la teoría de separación de poderes, y el principio de la igualdad ante la ley. “Se buscaba asimilar o desaparecer a los indios dentro de la naciente nación mestiza y se impuso una homogeneización cultural forzosa por los criollos y mestizos que hegemonizaron los procesos de independencia. Surge el cuestionamiento de los estatutos privilegiados y la declaración de ciudadanía plena de los indígenas, decretada por O’Higgins en 1819.

Con el surgimiento del Indigenismo, desde 1920, pero con mayor vigor desde mediados del siglo XX surge la idea de que los indígenas corresponden a un grupo de personas subordinados y que transitan por etapas inferiores de la civilización, que es necesario integrar a la sociedad e incorporar al mercado, para su propio desarrollo. En este contexto surgen las agencias estatales asistencialistas para los indígenas y las normas jurídicas de protección (Convenio 107 de la OIT); y se acuña la terminología de minoría étnica.

Por esto señaló que la controversia sobre los derechos indígenas, es la cuestión sobre lo que se entiende por igualdad. Se discute entre nosotros la tesis de Dworkin, compartida por otros pensadores liberales, acerca de que es posible aplicar el principio de discriminación inversa, en favor de las minorías étnicas. Sin embargo, las teorías liberales rechazan la idea de que existan ciertas colectividades que puedan ejercer derechos diferenciados que tiendan a favorecer la efectiva vigencia de los derechos individuales; lo cual encierra una posición etno céntrica, pues el valor universal del individuo como único sujeto

de derecho, constituye en sí una opción cultural, que sólo parece estar presente entre nosotros; no así en los indígenas. Por lo cual, la diversidad exige asumir una concepción de la igualdad que valore la pertenencia cultural y la igualdad entre los distintos grupos nacionales. En aquellos que forman un solo Estado esto es reconocido por el derecho internacional, pero se discute si debe aplicarse al interior de los Estados multinacionales.

“Dicho de otra manera, los derechos individuales sólo pueden protegerse de manera efectiva en un contexto de comunidad cultural. Hipótesis que, se encuentra en la génesis de la doctrina de los derechos humanos, y es recogida en los Pactos de Derechos de Naciones Unidas”.³⁴

Dejando atrás la discusión sobre la discriminación positiva, durante la década de los noventa y a la luz de los reconocimientos constitucionales e incorporación del Convenio a los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, se plantea el desafío de impulsar la transformación de los Estados, incorporando a los ordenamientos internos el pluralismo jurídico; que se ha traducido en la búsqueda por oficializar la diversidad cultural y el ejercicio de los derechos que de ella emanen.

³⁴ Revista Liwen No. 6 del **Centro de Estudios y Documentación** Mapuche Liwen Tamuco, Chile, 1001

3.7 Enumeración de los Convenios y Acuerdos que fundamentan el derecho indígena en Guatemala

- 1. Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes**, aprobado por la conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989, aprobado por la Organización Internacional del Trabajo –OIT- el 5 de junio de 1996 y con fecha 7 de junio de 1997 entra en vigencia el instrumento en la república de Guatemala. Esencialmente defiende el derecho a la auto identificación de los indígenas, el derecho a ser consultados por el Estado y el derecho a la participación fundamental a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo.
- 2. Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas**, Comunidad internacional, por medio de las Naciones Unidas y las agencias y programas de su sistema, la Organización de los Estados Americanos –OEA- y otros organismos e instrumentos internacionales, que reconocen las aspiraciones de los pueblos indígenas para lograr el control de sus propias instituciones y formas de vida como pueblos. El Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, México, D.F., a 31 de marzo de 1995.
- 3. Pacto internacional de derechos civiles y políticos**, aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. Este pacto incorpora a nivel jurídico el derecho a la libre determinación de los pueblos, a la prohibición de toda apología a favor de la guerra, el odio nacional, el odio racial y el odio religioso, el derecho de las minorías a la propia vida cultural, la propia religión y el propio idioma.

4. **Convenio Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial**, vigente desde el 4 de enero de 1969. Este convenio tiene la finalidad de adoptar las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas la formas de segregación y discriminación raciales.

5. **Declaración Universal de Derechos Humanos**, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Promueve mediante la enseñanza y educación, el respeto a los derechos, libertades y asegure, por medios progresivos de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

CAPÍTULO IV

4. La incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca

4.1 El derecho indígena frente al sistema jurídico vigente

En Guatemala, como en gran parte de los países latinoamericanos con población indígena, los rasgos del derecho indígena actual están condicionados por la historia de los pueblos indígenas y su interacción desventajosa con el sistema dominante. No obstante ello, gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión.

Cabe anotar que cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas están en una situación política subordinada y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo. Marco socio-demográfico. Los estudios etno-demográficos coinciden en señalar que la mayoría de la población guatemalteca es indígena, conformando alrededor del 60% de la población total. “Sin embargo, el Censo Nacional de 1994 da una cifra menor para el total nacional, un 43%; aunque indica que en varios departamentos del país la población indígena está entre el 60 y más del 90% de la población (INE: 1996)”.³⁵

³⁵ Instituto Nacional de Estadística, **Censo poblacional** de 1996

Étnicamente, la mayoría de la población indígena es de raíz maya, y apenas un grupo muy reducido descende de los xincas, que tienen otra raíz. También hay población afro-americana, los garífunas, básicamente ubicados en el nor-oriental del país. Y hay un conglomerado poblacional étnicamente mestizo que se suele autodefinir como “ladino”. En términos lingüísticos, en Guatemala se habla el castellano, así como 21 idiomas mayas (por lo menos), el garífuna y muy limitadamente, el xinca.

En resumen el derecho maya tiene validez dentro de la teoría general del derecho contemporáneo, como un sistema, con una construcción conceptual propia, con un sustento ético-moral, el cual también está estrechamente ligado con otras ramas de las ciencias sociales, porque la teoría jurídica “rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la ‘teoría pura del derecho, la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social. Como todos los extremos llevan en si mismo las semillas de su propia destrucción, es evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser y no será la última palabra de la ciencia del derecho.

Las instituciones jurídicas indígenas no tienen necesidad de ser interpretadas a través de lentes positivistas, para ser reconocidas como “verdaderas y legítimos estatutos jurídicos”. El reconocimiento del derecho indígena corresponde a un momento de gran desprestigio del derecho oficial y las instituciones del Estado.

Estos últimos, con toda su elaboración y su razonamiento convencional positivista, han demostrado su ineficacia para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente latinoamericano.

El derecho maya como un sistema diferente con características propias, pareciera que no cabe en el campo jurídico, debido a que el sistema jurídico del estado está construido y basado en la teoría pura del derecho propagada por Hans Kelsen y bajo cuyo lente se estudia en las facultades de derecho. Esta teoría propone como única finalidad, asegurarse un conocimiento preciso del derecho, en que puede permitirse excluir de dicho conocimiento todo cuanto en rigor no integra lo que con verdad merece el nombre de derecho, por lo que aspira a librar a la ciencia jurídica de elementos extraños entre estos la moral.

En este contexto, es necesario reconocer que el predominio de las concepciones positivistas dificulta la comprensión de la existencia o coexistencia del derecho maya.

Una de las ideas directrices de la teoría positivista es la separación entre derecho y moral. La clara diferencia entre las normas morales y jurídicas hace sostener la inexistencia de relaciones necesarias entre aquellas disciplinas, lo cual facilita el alejamiento de los valores y hasta de los principios, incluso contenidos en la Constitución Política de la República, ya que éstos aproximan ideas morales al ordenamiento jurídico. Es obvio, que no puede dejar de considerarse, como consecuencia del predominio del positivismo que, en buena medida, “el derecho no llega a ser asimilado por el ciudadano actual, a formar parte de su carácter, a correr en los glóbulos en su sangre...”, no se siente el dolor de las injusticias y pasan inadvertidos los mayores atentados jurídicos.

El derecho maya no solo se basa en lo ético-moral sino también está tejido en la comunidad. No existe una sistematización ni una clasificación de las normas jurídicas, como sí ocurren en el sistema jurídico oficial; ni se hacen distinciones

radicales entre los ámbitos religiosos, jurídicos, morales y sociales.

El propósito de lo antes expuesto, es hacer ver que el derecho maya tiene validez dentro de la teoría general del derecho contemporáneo, como un sistema, con una construcción conceptual propia, con un sustento ético-moral, el cual también está estrechamente ligado con otras ramas de las ciencias sociales, porque la teoría jurídica “rara vez se ha llevado al extremo a que la ha conducido la “teoría pura del derecho” la separación completa de la jurisprudencia de todas las otras ramas de la vida social. Como todos los extremos llevan en si mismo las semillas de su propia destrucción, es evidente que esta teoría de positivismo jurídico no podía ser y no será la última palabra de la ciencia del derecho.

4.2 Causas de incompatibilidad desde el punto de vista jurídico

A pesar de la existencia milenaria del pueblo indígena y del origen de sus tierras, el tema de los pueblos indígenas es reciente en el contexto del Estado guatemalteco. En Guatemala coexisten cuatro pueblos, siendo ellos, el pueblo maya con una población aproximada, según datos obtenidos del Plan Nacional de Desarrollo del Pueblo Maya de Guatemala (Menmagua 1,999) de un 60.58%, el pueblo garífuna con 0.07% el pueblo xinka con 0.03% y el pueblo ladino o no indígena con una estimación de 39.35% de población.

En el aspecto legal es poco o casi nulo el reconocimiento de dichos pueblos. La Constitución Política de la República de Guatemala (1985) en su Título II, Capítulo II, Sección Tercera, regula la denominación de comunidades

indígenas, pero no dimensiona el carácter de pueblos y culturas existentes en Guatemala.

El Estado, históricamente ha sido monocultural y etnocentrista, es por ello, que el movimiento indígena en las décadas pasadas, se ha encauzado además, hacia la lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Es irreversible la modernización del Estado, su importancia es generadora de la construcción de una nación sustentada en un Estado de carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico, la cual debe ser abordada en forma participativa y representativa. El proceso democrático iniciado a partir de 1985 ha propiciado espacios de participación de los distintos sectores sociales organizados, incluidos los pueblos indígenas, promoviendo asimismo en los últimos acontecimientos suscitados; los pueblos maya, garífuna y xinka han protagonizado un papel histórico, tomando auge desde la conmemoración de los 500 años, convirtiéndose ésta en un espacio de manifestación para las demandas y reivindicación de los derechos de los pueblos originarios de América.

El proceso de paz desarrollado por el Gobierno de la República y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, URNG, con la participación de la sociedad civil y la anuencia de la Comunidad Internacional, se constituyó en un espacio político y beligerante para abordar entre otros, el tema de los pueblos indígenas. Producto de ello, el 31 de marzo de 1995 se suscribe el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Por otra parte, la lucha por el reconocimiento legal de los derechos de dichos pueblos, finaliza una etapa con la ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el 5 de junio de 1996. En esa fecha Guatemala se convierte en país signatario de dicho instrumento internacional

que en la actualidad forma parte del sistema jurídico nacional. Es importante recalcar que dicho convenio ha sido ratificado por varios países, y que el mismo es aplicable a países donde habitan pueblos indígenas, por tanto, se puede decir que no resuelve problemas específicos de Guatemala, en virtud de ello existe incompatibilidad con el sistema jurídico estatal, puesto que aún se debate su aplicación siendo ésta débil en donde debiera conocerse, precisamente en aquellas comunidades olvidadas en donde ni siquiera se habla el idioma oficial.

4.3 Causas de incompatibilidad desde el punto de vista económico

Hablar del tema económico nacional es como navegar en un mar, en el cual definitivamente la capacidad humana no puede finalizar tal actividad, sin caer en resentimientos, es lamentable saber la verdadera y triste historia que Guatemala tiene que contar a sus hijos por largas generaciones, no es intención desarrollar la historia nacional, pero si se empieza a explicar una variante jurídica nacional en la cual tenga que verse desde el punto de vista económico, es imposible obviar la historia nacional, puesto que es la única que ha sido testigo de cómo nuestros antepasados sufrieron desde la invasión extranjera, hasta la actualidad por parte de gobiernos que solamente se han dedicado a velar por sus propios intereses sin importar la consecuencias y aunque esto parece un tema concerniente a la política nacional, posteriormente se expondrá lo relacionado a la misma, solamente se hace un breve llamado a los gobiernos de turno que Guatemala ha tenido desde la época de su conquista hasta la presente fecha, tristemente el panorama no ha cambiado en absoluto, en conclusión las clases menos afortunadas de aquella época o los más pobres de antes, siguen siendo los mismos, es como para deprimirse y pensar que se está luchado contra la corriente, por supuesto que esta es una opinión de un ciudadano común y corriente, pero preocupado por el pueblo que ha sido menos afortunado, no solo

Guatemala, sino Centroamérica se ha caracterizado por desigualdades socioeconómicas agudas y por formas excluyentes y autoritarias de gobierno. En términos generales las personas con poco poder político y socioeconómico han ejercido poco sus derechos y han estado sujetas a obligaciones múltiples, mientras una poderosa elite militar y civil ha estado actuando con impunidad, operando por encima de la ley dando como resultado la explotación campesina y la marginación en sus derechos. Es importante resaltar que no solo el grupo indígena ha sido víctima de tal explotación, sino también algunos ladinos quienes forman parte también del campesinado nacional.

Afortunadamente durante el relato de la triste historia nacional se logra ver aunque muy lejana, la luz al final del túnel, mediante la implementación del Convenio 169 de la OIT, que va en la misma línea del reconocimiento de los métodos de control propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Señala que deberán establecerse procedimientos para solucionar conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos.

La ratificación de este Convenio significa que los Estados firmantes admiten “el pluralismo jurídico interno” bajo el techo constitucional, al respetar formas de control y producción jurídica emitidas por instancias sociales (pueblos indígenas) distintas a las instituciones estatales (organismo o poder judicial, etc.).

El Convenio 169 de la OIT no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario a los “casos civiles”, sino que expresamente dice que “deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren

tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros” (Art. 9, inc. 1), con lo cual tampoco el Convenio 169 pone un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el convenio es más explícito en lo que respecta a los casos penales, diciendo que los métodos de los pueblos interesados deberán respetarse en el caso de los miembros de los pueblos indígenas. Ahora bien, el propio convenio indica que priman las normas o acuerdos nacionales más favorables a los pueblos indígenas (Art. 35). En este caso, si una Constitución da un mayor margen de competencia a los pueblos indígenas, debe respetarse lo que les es más favorable.

Después de hacer referencia sobre el camino que conduce hacia la equidad jurídica no solo de Guatemala sino de los demás países en los cuales existen grupos indígenas, llámese Convenio 169. A continuación se enumeran los siguientes factores influyentes en el desgaste económico nacional:

4.3.1 Factores económicos que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca

- Falta de trabajo
- Bajos ingresos en el campo
- Maltrato por explotación
- Alto costo de la vida
- Enriquecimiento de los terratenientes a costa de la clase obrera
- Los problemas económicos campesinos, no son prioridad para las autoridades gubernamentales

- Problemas de tierras
- Dificultades intracomunales que se derivan del turismo vinculado con la producción artesanal. (Por ejemplo, la demanda de tejidos en Chichicastenango provoca la queja que se ha desatado mucha competencia entre los que producen tejidos típicos, a lo que se agrega el riesgo de que "se empieza a dar el problema preocupante de los ricos y los no ricos"

4.4 Causas de incompatibilidad desde el punto de vista político

Como ya se hizo referencia en relación al punto de vista económico, definitivamente estas dos causas de incompatibilidad van relacionadas, en virtud que el atraso económico de la población no solo la indígena sino la general, son derivadas de la incompetencia y de la avaricia de las autoridades estatales que únicamente piensan en salir beneficiados con jugosos salarios, no solo ellos sino sus familiares también, olvidando que existen clases sociales desprotegidas necesitadas de una oportunidad que mejore su calidad de vida. Se hace esta referencia debido a que igualmente la clase poderosa del país se hace cada vez más acaudalada, porque precisamente es allí donde el poder gubernamental entra en acción en el sentido de fiscalizar los ingresos de esta clase social que domina al país además de velar por los intereses de los trabajadores no solo campesinos sino de los demás en su mayoría clase obrera capitalina. Se sabe de sobra que no es así, los gobiernos de turno no se atreven a ejercer su autoridad para hacer que se cumplan los derechos de estas personas explotadas, no se sabría si por temor a luchar contra un gigante o porque simplemente no les interesa el bien común, demagógicamente tienen un plan de gobierno apto y capaz para trabajar por los más olvidados o la clase débil del país.

Después de muchos años de engaño el pueblo de Guatemala ha perdido el fervor político precisamente por la desilusión que ha venido protagonizando cada vez que las autoridades que ellos han elegido, se olvidan de sus promesas y de todos los beneficios que les ofrecen, porque no se hacen realidad y no porque no existe el capital suficiente para implementar fuentes de empleo sino porque a través de los medios de comunicación se desenmascaran las atrocidades que cometen estos señores que han sido electos popularmente. Es como si fuera un pueblo olvidado sin esperanzas sin incentivo para luchar por sus propósitos porque la desilusión ha matado sus aspiraciones para lograr mejorar aunque sea un poco su calidad de vida a la cual tienen derecho con justa razón; es necesario que los estatutos constitucionales cobren vida al momento de defender las clases más débiles del país, quienes son engañadas y tomadas en cuenta únicamente para responder a distintos intereses, un ejemplo: el voto indígena es importante y significativo dado el porcentaje poblacional que posee, pero vulnerable al abandono y olvido porque aunque integren el mayor porcentaje de habitantes en el país no pueden luchar contra las autoridades gubernamentales que son quienes deciden y tienen en sus manos el poder, político para coadyuvar e implementar mecanismos y fortalecer los ya existentes, con el único fin, ayudar a los más necesitados.

4.4.1 Factores políticos que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca

- No existe prioridad por parte de las autoridades gubernamentales, para mejorar el nivel de vida indígena

- La clase dominante guatemalteca no tiene conciencia en relación a intervenir en el mejoramiento por mejorar la calidad de vida indígena
- El Estado no toma las medidas pertinentes para sancionar la explotación agraria
- Corrupción dentro del Estado
- Poco interés en fortalecer proyectos destinados a la educación indígena

4.5 Causas de incompatibilidad desde el punto de vista social

A la carencia de derechos sociales de la mayoría de la población se suma la discriminación étnica de la población indígena y su marginación en amplios aspectos de la vida nacional; la exclusión política de las mayorías nacionales y la falta de respeto de los derechos fundamentales. Esta situación, de viejas raíces, ha consolidado un modelo de sociedad y de Estado de carácter altamente excluyente.

El resultado de esta exclusión es el divisionismo de las naciones, impide la cooperación internacional, crea tensiones políticas, perturba la paz interna e internacional. En Guatemala la discriminación racial ha recaído sobre muchos guatemaltecos, pero se ha manifestado en forma más acentuada sobre el sector indígena, a través de la exclusión, explotación, persecución, el exilio, el despojo, la marginación y la opresión; la falta de respeto a su cultura, sus valores, la desaparición de sus tradiciones, la falta de oportunidad al acceso a la educación, salud, vivienda y trabajo.

Es importante destacar el tema del racismo aunque ya esta expuesto, por la razón que éste está íntimamente ligado al tema social, por eso es que se hace referencia, tanto las causas políticas, económicas y sociales, se considera que también estén relacionadas, en virtud que una lleva a la otra y así sucesivamente.

4.5.1 Factores sociales que influyen en la incompatibilidad del derecho indígena y la legislación guatemalteca

- Dentro de este aspecto se menciona el divisionismo, la envidia entre los mismos pueblos
- Discriminación por parte de los ladinos que se sienten mejores aunque no tengan nada
- La falta de fe, el divisionismo y conflicto con las diversas religiones que están entrando

Finalmente, algunos comentarios pesimistas, no hay organización para resolver todos estos problemas. Los mismos pueblos indígenas son los protagonistas de atropellos no solo de la mayoría de extranjeros sino los mismos guatemaltecos, "Guatemala no se va a componer porque siempre hay matanzas y el Gobierno no hace nada".

Como una especie de necesidad, se pide que los profesionales guatemaltecos que no velen por sus propios intereses sino que ellos sean los líderes quienes muestren el camino correcto a seguir. Pero la confianza no es gratuita y debe ser ganada con actitudes de respeto y utilidad al pueblo que recibe a las personas.

En tal virtud, y para concluir, es útil hacer constar lo que se planteó anteriormente: Es importante investigar los pueblos indígenas, porque seguramente dejará algún beneficio, porque conocer sólo por conocer no tiene ninguna razón. Que se complementen algunos cursos con ellos, que se escriba algo sobre los pueblos es deber de cada uno mejorar nuestra situación, hay que conservar esta cultura tan maravillosa que por algo Dios ha puesto en esta Nación, dueña de estos idiomas y trajes, dando el derecho de ser orgullosamente el pueblo maya guatemalteco.

CONCLUSIONES

1. En Guatemala el derecho indígena tiene base legal en la Constitución Política de la República, el Convenio 169 de la OIT y demás acuerdos relativos a la materia, pero éstos no son suficientes, porque aún no se ha logrado implementar una administración de justicia que sea igual para todos los ciudadanos y así modernizar el sistema jurídico vigente guatemalteco.
2. Aún existe cierto desinterés por parte de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en educar a la población estudiantil para que se concientice, especialmente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; si ésta promoviera un anteproyecto de ley en el sentido de administrar justicia, se fortalecería la defensa de sus derechos, y se evitaría la discriminación racial, que padece la ciudadanía indígena guatemalteca.
3. Es notoria la deficiencia jurisdiccional en cuanto al modo de aplicar justicia, ya que no hay coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema jurídico estatal, realmente si el Organismo Judicial buscara soluciones inmediatas para cumplir sus funciones de administrar justicia, cumpliendo los requisitos de capacidad para fortalecer los diferentes juzgados; como contratar personal bilingüe, dependiendo su jurisdicción, se fortalecería dicha gestión. Mismo papel importante juega la Defensa Pública Penal.
4. En Guatemala hay varios grupos indígenas que son representados por líderes que han surgido entre ellos; quienes buscan el desarrollo de sus comunidades, mediante el cumplimiento de los acuerdos y convenios que

regulan el derecho indígena y, a la vez, fomentando la educación de niños, jóvenes y adultos, incentivando así a los padres de familia de sus comunidades, para que no se opongan al desarrollo de sus hijos.

5. A pesar de múltiples intentos por consolidar la igualdad social en nuestro país, aún no se han sentado verdaderamente las bases para la construcción de un Estado de derecho que cumpla con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, y Acuerdos de Paz. Hay presupuesto para cubrir muchas necesidades, por lo que tienen que ser fiscalizados los fondos de inversión social, ya que éstos administran el capital donado por la Comunidad Internacional.
6. Si se fortalecieran también las leyes laborales en Guatemala, se evitaría la explotación de los trabajadores agrícolas nacionales, ya que muchos de los propietarios de fincas y terrenos que contratan personal para las tareas de cultivo y demás, no respetan los mismos, exponiéndolos a maltrato físico y hasta discriminatorios, no sólo a los campesinos indígenas sino al campesinado en general.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe presentar una iniciativa de ley que regule el derecho indígena, obedeciendo lo que establece el Artículo 70 de la Constitución Política de la República, ya que éste es claro al expresar que una ley específica regulará lo relativo a las materias de esta sección.
2. La Universidad de San Carlos de Guatemala, como ente rector de la educación superior estatal, debe coadyuvar al fortalecimiento de la defensa de los derechos indígenas, mediante la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Administración de Justicia Indígena, que sirva de base para el inicio de una verdadera igualdad de derechos.
3. El Organismo Judicial, como ente rector de justicia, debe establecer mecanismos de coordinación o compatibilización entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, implementando procedimientos para solucionar las incompatibilidades que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, como lo indica el Convenio 169 de la OIT (Art. 8,2).
4. Tanto el Estado de Guatemala como la población indígena, a través de sus líderes, deben promover y fortalecer la educación escolar indígena en todos los niveles; además de crear programas de capacitación que impulsen al desarrollo de cualquier tipo de tareas, de acuerdo con sus necesidades, como una forma de subsistir, desarrollando sus capacidades y habilidades.

5. Las Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) que existen en el país, y los Fondos de Inversión Social, deben priorizar las políticas de mejoramiento cualitativo e inversión social; es decir, que los fondos donados por la Comunidad Internacional, sean destinados verdaderamente para el cumplimiento del desarrollo indígena, y así facilitarles los servicios básicos que les garanticen una mejor calidad de vida.

6. Tanto el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, como los juzgados del ramo laboral, deben fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral; en especial con respecto a los trabajadores migrantes internos que se trasladan a las explotaciones de la Costa Sur, sancionando según lo contempla la ley a los empleadores que transgredan las normas establecidas.

BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN O, José. **Derecho estatal en América Latina**. Tesis de maestría Universidad de Columbia Británica, Canadá, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- DERECHO MAYA CH'ORTÍ'. **Identidad y derechos de los pueblos indígenas**. Foto Publicaciones. Guatemala, 1993.
- GODOY, Víctor Hugo. **Sistematización de casos de violación de derechos humanos colectivos de los pueblos indígenas**. Estudios y Artículos-Guatemala. Guatemala, 1995.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. **El Estado y las etnias nacionales en México. La relación entre el derecho estatal y el derecho consuetudinario**. Universidad Nacional Autónoma de México. 1995.
- HERNÁNDEZ NAVARRO, Luis. **Constitución y derecho indígena**. México, 2001.
- IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El carácter pluricultural del Estado y la nación y la justicia indígena campesina**. Toronto. 2001.
- IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala**. OEA. 1999.
- IRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Fundación Myrna Mack. 1999.

- LEM MASC, Víctor. **Los Acuerdos de Paz y los pueblos indígenas.** Estudios y Artículos-Guatemala. San José Costa Rica, 1996.
- MARTINEZ, Miguel Alfonso (Relator ONU), **Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas informe final, Naciones Unidas, Consejo Económico Social, E/CN.4/Sub.2/1999/20.**
- MONTENEGRO, Gloria. **El difícil desafío de implementar los Acuerdos de Paz en Guatemala después de un largo y dramático conflicto armado.** Guatemala, 2003.
- MORYÓN, Félix García. **Los derechos humanos a lo claro.** Editorial Popular Madrid, 1992.
- NOVAL, Joaquín. **Resumen etnográfico de Guatemala.** Guatemala Editorial Piedra Santa. 1992.
- ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando. **La percepción de los pueblos indios en torno al Convenio 169.** México, 1997.
- PAIZ XULÁ, Carlos Ronaldo. **Derechos de los pueblos indígenas.** Primera edición. Guatemala 2006.
- ROJAS LIMA, Flavio. **La cofradía, reducto cultural indígena.** Guatemala, 1988.
- ROHRMOSER Valdevellano, Rodolfo. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales.** (s.f.)
- SAC COYOY, Audelino. **Los derechos indígenas y la espiritualidad maya.** (s.f.)

SIEDER, Rachel. **Derecho y transición democrática en Guatemala.** (s.f.)

SOLARES, Jorge. **Derechos humanos desde la perspectiva indígena de Guatemala.** CLACSO. Buenos Aires, Argentina, 1994.

STAVENHAGEN GRUENBAUM, Rodolfo. **Derecho indígena y derechos sobre humanos en América Latina.** México. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. El Colegio de México. 1990.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **Los derechos humanos.** Editorial Tecnos. Madrid, España. 1982.

Legislación:

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

Código Municipal. Decreto 12-2002 del Congreso de la República.

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

Acuerdos de Paz Firme y Duradera. 1996. IDIES. URL. Guatemala.

Acuerdo de Paz. Cronograma de implementación, cumplimiento y verificación de los Acuerdos de Paz. 2000-2004.

Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. El Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, México, D.F., a 31 de marzo de 1995.

Convenio 107 Sobre la Protección a las Poblaciones Indígenas y Tribales.
Revisado en 1989.

Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989.

Convenio Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Vigente desde el 4 de enero de 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Verificación de los Acuerdos de Paz de Guatemala. MINUGUA. Junio 2001.

Informe de Verificación. Los desafíos para la participación de las mujeres guatemaltecas. MINUGUA. Marzo 2001.

Informe de Verificación. Los pueblos indígenas de Guatemala; la superación de la discriminación en el marco de los Acuerdos de Paz. MINUGUA. Sept. 2001.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966.

Plan de Desarrollo Nacional del Pueblo Mayo de Guatemala. Editorial Cholsamaj, MENMAGUA. Guatemala, 1999.