

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a knight on horseback, holding a sword and a shield. Above the knight is a crown. To the left and right of the knight are two banners with the words 'PLUS' and 'ULTRA' respectively. The outer ring of the seal contains the Latin text 'ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER CARAS ORBIS CAROLINA'.

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS POR SU PROPIA MANO, DERIVADA DE LA INEFICACIA DEL SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL GUATEMALTECO**

MARIA ODILIA CASTELLANOS RODRÍGUEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN LAS COMUNIDADES
INDÍGENAS POR SU PROPIA MANO, DERIVADA DE LA INEFICACIA DEL SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARIA ODILIA CASTELLANOS RODRÍGUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre 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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Oscar Mauricio Villalta González
Vocal: Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Secretario: Lic. Cesar Augusto Conde Rada

Segunda Fase:

Presidente: Licda. Eneida Victoria Reyes Monzón de Mancio
Vocal: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Secretaria: Licda. María Lesbia Leal Chávez De Julián

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220



Guatemala, 17 de abril de 2009

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección, de fecha veintisiete de enero del año dos mil nueve, se me nombra Asesor de Tesis de la bachiller: Maria Odilia Castellanos Rodríguez, quien se identifica con el carné estudiantil 200218302, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS POR SU PROPIA MANO, DERIVADA DE LA INEFICACIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL GUATEMALTECO"**. Habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la bachiller Maria Odilia Castellanos Rodríguez, con quien procedí a efectuar la revisión de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema, se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la bachiller Maria Odilia Castellanos Rodríguez, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando la ponente un lenguaje altamente técnico acorde al tema desarrollado; y haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y técnicas de investigación utilizadas, lo que se refleja en las conclusiones y recomendaciones que se mencionan en el trabajo las cuales son congruentes con el tema.

Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia puesto que trata de la forma en que las comunidades indígenas guatemaltecas aplican justicia por su propia mano, debido a lo ineficaz del sistema de justicia penal en el país.



Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado 6220

Debido a lo anteriormente anotado emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; previo DICTAMEN del señor Revisor.

Atentamente,

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Asesor de Tesis
Colegiado 6220
3ª avenida 13-62, zona 1
Tel. 22327936



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de abril de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR ROLANDO GUEVARA GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARIA ODILIA CASTELLANOS RODRÍGUEZ, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS POR SU PROPIA MANO, DERIVADA DE LA INEFICACIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL GUATEMALTECO".

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/sllh

Lic. Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario
Colegiado 5434



Guatemala, 27 de mayo de 2009.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Respetable Director:

De conformidad con el nombramiento emitido de fecha veintitrés de abril del año dos mil nueve, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller: Maria Odilia Castellanos Rodríguez, intitulada: **"Análisis Jurídico de la aplicación de justicia en las comunidades indígenas por su propia mano, derivada de la ineficacia del sistema de justicia penal guatemalteco"**.

He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran necesarias; para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico - social de actualidad, la recolección de información realizada por la bachiller Maria Odilia Castellanos Rodríguez, fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado

Avenida Reforma 7-62, zona 9 edificio Aristos Reforma 6º nivel, oficina 610 Guatemala, C. A.

Tels. 23851217- 23851238 - 23628144



Lic. Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario
Colegiado 5434

apegado a las pretensiones de la autora, en virtud cumpliendo con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a la investigación realizada por la bachiller Maria Odilia Castellanos Rodríguez, la cual cumple con la metodología y técnicas de investigación, así con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, recomendaciones y bibliografía acordes al tema que se refiere a la aplicación de justicia en las comunidades indígenas del país por su propia mano, por la ineficacia del sistema de justicia penal.

Me suscribo con muestras de alta estima y consideración.

Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario

Lic. Héctor Rolando Guevara González
Abogado y Notario
Revisor de Tesis
Colegiado 5434

Avenida Reforma 7-62, zona 9 edificio Aristos Reforma 6º nivel, oficina 610 Guatemala, C. A.

Tels. 23851217- 23851238 – 23628144



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de octubre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARIA ODILIA CASTELLANOS RODRÍGUEZ, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA APLICACIÓN DE JUSTICIA EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS POR SU PROPIA MANO, DERIVADA DE LA INEFICACIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL GUATEMALTECO, Artículo 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: Altísimo Señor, creador de los cielos y la tierra y Todo lo que en ella existe, gracias padre por. Guiarme y renovar mis esperanzas en ti día a día, hasta ver culminado éste éxito en mi vida profesional.
- A GUATEMALA: Patria bendita que me vio nacer.
- A MI PADRE: José María Castellanos Flores.
- A MI MADRE: Sara Rosario Rodríguez Milián. Por darme el ser.
- A MIS HERMANOS: Luisa, Magdalena, Concepción, Sara, Floridalma, José y Julio; gracias por su apoyo y sus consejos.
- A MIS SOBRINOS: Juan Antonio, Alfredo, Mayra, con cariño y agradecimiento por su apoyo.
- A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE ESTUDIO: Gracias por su apoyo y amistad incondicional, especialmente a Yadira, Melina, Rosita, Elisa, Helen, Martita, Fabricio, Edgar, Estuardo, Julio, Marcos, Carlos y Angelito.
- A MIS CATEDRÁTICOS: Un agradecimiento eterno por sus sabias enseñanzas, especialmente a los Licenciados Juan Carlos López Pacheco, Luis Efraín Guzmán, Luis César Permouth, Edgar Armindo Castillo Ayala, y Estuardo Castellanos Venegas.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por ser la casa de estudios que me ha enseñado a mejorar en muchos aspectos importantes de mi vida.

A: La gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme albergado en sus aulas y brindarme la dicha de convertirme en un profesional del derecho.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Los derechos humanos.....	1
1.1. Evolución histórica de los derechos humanos.....	3
1.2. Distintas acepciones de derechos humanos.....	6
1.3. El fundamento de los derechos humanos.....	10
1.5. La universalidad de los derechos humanos.....	12
1.6. Los derechos humanos son garantías constitucionales.....	16
CAPÍTULO II	
2. Derecho consuetudinario.....	19
2.1. Importancia y requisitos.....	19
2.2. Derecho consuetudinario y su vigencia.....	22
2.4. Características del derecho consuetudinario.....	27
2.5. El conocimiento del derecho consuetudinario.....	31
CAPÍTULO III	
3. Las comunidades indígenas.....	33
3.1. El derecho indígena a través de la historia.....	35
3.2. Las comunidades indígenas y el derecho penal.....	39
3.3. Principios y fundamentos básicos del derecho consuetudinario.....	42
3.4. Regulación constitucional de las comunidades indígenas en Guatemala.	52
3.5. El derecho consuetudinario de las comunidades indígenas.....	55
CAPÍTULO IV	
4. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas	69
4.1. Prácticas tradicionales de justicia.....	69

	Pág.
4.2. Aplicación de justicia en las comunidades indígenas por su propia mano.....	67 74
4.3. La justicia penal y la diversidad cultural.....	76
4.4. Coordinación en el sistema de justicia.....	79
4.5. Análisis de la aplicación de justicia en las comunidades indígenas.....	
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

El derecho consuetudinario ha sido aplicado en la actualidad por las distintas comunidades indígenas y representa uno de los principales problemas que surgen de la inoperancia del Sistema de Justicia Penal Guatemalteco. El mismo es reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en cuanto al derecho de las personas y de la identidad cultural de las comunidades. De manera puntual reconoce el derecho de la utilización de sus costumbres, valores y lengua.

La Ley del Organismo Judicial en su Artículo número 2 regula, que la única fuente del ordenamiento jurídico es la ley, siendo la jurisprudencia quien la complementa y la costumbre rige solamente en defecto de norma aplicable o por delegación de la ley; siempre que no sea contraria a la ley o al orden público.

Las comunidades optan por la aplicación del derecho consuetudinario y al aplicar justicia por sus manos violan los derechos humanos, llegando inclusive a linchamientos o sometiendo a los infractores a castigos forzosos; sin esperar que sean los órganos jurisdiccionales quienes apliquen las leyes penales.

Es fundamental que las autoridades guatemaltecas desarrollen políticas para eliminar la delincuencia en el país, fomentando a su vez órganos para el combate de las prácticas comunitarias que aplican la justicia por sus propias manos; para que actúen dentro del marco de legalidad de la normativa jurídica del país.

Las técnicas empleadas durante el desarrollo de la tesis fueron la documental y de fichas bibliográficas, obteniendo información adecuada y necesaria relacionada con el tema en estudio. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual determinó la importancia del análisis del actual sistema de justicia; el sintético fue empleado para establecer la aplicación de la misma en las comunidades indígenas; el inductivo sirvió para anotar la ineficacia que existe en su aplicación y el deductivo indicó la situación de justicia actual de Guatemala y la utilización de prácticas comunitarias.

La hipótesis formulada relativa a la determinación de la problemática actual relacionada con la aplicación de justicia en el país por parte de las propias manos de las comunidades indígenas se comprobó al señalar la misma que es derivada de la ineficacia en el sistema de justicia guatemalteco. Los objetivos trazados son que las comunidades indígenas reconozcan que han actuado dentro de un marco de ilegalidad pues deben de sujetarse al Sistema de Justicia Penal Guatemalteco evitando de esta forma las violaciones actuales a los derechos humanos y la falta de seguridad en Guatemala. Además, la teoría empleada fue la publicista debido a que el tema es de interés de toda la ciudadanía guatemalteca.

El desarrollo de la tesis se dividió en cuatro capítulos: el primero, es relativo a los derechos humanos; el segundo, señala el derecho consuetudinario; el tercero, indica lo que respecta a las comunidades indígenas; el cuarto, señala un análisis de la aplicación de justicia en las mismas por su propia mano, derivada de la ineficacia del sistema judicial.

En virtud de lo anteriormente señalado, se evidenció la importancia de que la población indígena de Guatemala reconozca la importancia de la aplicación de las leyes vigentes reconocidas por el Estado de Guatemala y así terminar con las violaciones a todos los derechos reconocidos por nuestra Carta Magna fomentando el cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO I

1. Los derechos humanos

Los derechos humanos son las exigencias que brotan de la propia condición natural del hombre. Al mencionar la palabra derechos, se hace hincapié en un poder o facultad de actuar, en 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 los habitantes de la República de Guatemala. 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.

Así como todos los hombres poseen un derecho, siempre otro hombre o Estado deberá asumir una conducta frente a esos derechos relativo a cumplir con determinadas obligaciones de dar; hacer u omitir.

Los derechos humanos tienen una relación bastante directa con la democracia. Los Estados donde se reconoce a los derechos humanos y se les respeta, tutela y promueve; son democráticos. Y los que no los reconocen son; autoritarios o totalitarios.

La autora Magdalena Aguilar Cuevas, señala que: “Para que los derechos humanos puedan realizarse y reconocerse plenamente en la sociedad guatemalteca dentro de un ámbito real, el Estado; debe encontrarse en democracia”.¹

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 existe 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.

¹ Aguilar Cuevas, Magdalena. **Derechos humanos**. Pág. 6.

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

1.1. Evolución histórica de los derechos humanos

El autor Rony López Contreras, señala que: “La expresión de derechos humanos, es de origen reciente. Su fórmula de inspiración francesa, derechos del hombre, se remonta a las últimas décadas del siglo XVIII. Pero la idea de una ley que define y protege los derechos de los hombres es muy antigua”.²

La cita anterior señala que, los derechos humanos se originaron recientemente, siendo los mismos coadyuvantes con el gobierno guatemalteco y con la administración de justicia, para alcanzar una estabilidad democrática en el país.

El autor anteriormente citado, señala que: “La Asamblea Constituyente Francesa votó por unanimidad, para la declaración de un conjunto de principios considerados esenciales en las sociedades humanas y en los que habían de basarse la Constitución Francesa, y después otras muchas constituciones modernas. Tales principios, enunciados en 17 Artículos; integran la llamada: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”.³ sic

² López Contreras, Rony. **Derechos humanos**. Pág. 42.

³ **Ibid.** Pág. 44.

En cuanto al contenido político y social de la Declaración anotada no representaba una aportación original, pues su espíritu había sido ya aceptado en Inglaterra por Guillermo III.

La autora Magdalena Aguilar Cuevas, señala que: “No obstante, la gran repercusión de la Revolución Francesa universalizó los derechos del hombre y del ciudadano; consagrados en la declaración anotada y entraron a formar parte de la conciencia europea como expresión de las aspiraciones democráticas”.⁴

Dicha Declaración, en sus Artículos establece: “la misma política y social de los ciudadanos, el derecho a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a resistir la opresión, el libre ejercicio de los derechos naturales, la libertad de palabra y de imprenta; y demás derechos inherentes al hombre”.

En esta etapa comienzan a dictarse las constituciones de carácter liberal, que protegían los derechos civiles y políticos, buscaban la protección de las libertades de propiedad, y de vida. Esta etapa es en donde aparecen los denominados Derechos de primera generación; y en donde se puede claramente observar un decaimiento del absolutismo político y monárquico.

Posteriormente, existió una crisis de los derechos humanos por distintas situaciones entre ellas el comunismo y la Revolución Industrial de Inglaterra. Esta etapa se llama

⁴ Aguilar. **Ob.Cit.** Pág. 10.

Derechos de segunda generación, que son específicamente los derechos sociales y económicos, que contenían la esperanza de los hombres de mejorar sus condiciones de vida dentro de la sociedad, en lo económico y en lo cultural, ya que a medida en que otras valoraciones novedosas entran a los conjuntos culturales de las diferentes sociedades el repertorio de derechos civiles y políticos recibe una reclamación ampliatoria.

Estos derechos deben defenderse, mantenerse, subsistir, pero a la vez hay que añadirles otros nuevos derechos; siendo estas ideas las que comienzan a plasmarse en las otras constituciones.

Los derechos humanos se establecieron en el derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial, y se establecieron documentos destinados a su protección por su importancia y necesidad de respeto, entre los cuales es de importancia anotar los siguientes:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- La Declaración de Derechos del Niño, de 1959.
- La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1959.
- La Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer, de 1969.
- La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes, de 1984.

- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, entre otros.

Estos nuevos derechos de segunda generación tienen que cumplir una forma social, el individuo tiene que ejercerlos con un sentido o función social.

Posteriormente surgen los Derechos de tercera generación, los cuales son los derechos humanos que se encuentran en una etapa que todavía no ha terminado y está integrada por el derecho a la preservación del medio ambiente, al desarrollo económico de todos los pueblos, derecho a la paz, de los recursos naturales y del patrimonio cultural y artístico.

En los mismos se identifica plenamente lo relacionado a que las necesidades de la vida humana crecen día a día en la sociedad, se intensifican y demandan una mejor calidad de vida.

1.2. Distintas acepciones de derechos humanos

En la actualidad la palabra derechos humanos no es la única que se utiliza para señalar los derechos inherentes al hombre, sino que son nombrados de múltiples maneras. Esto ocurre por diversas causas, entre las que se puede nombrar el diferente idioma, el uso lingüístico de cada sociedad, las diferentes culturas, la doctrina de los autores y las distintas posturas.

Entre las diversas denominaciones, se encuentran las que a continuación se dan a conocer, siendo las mismas las siguientes:

- 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.

- 2) **Derechos individuales:** La denominación de 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 a 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 le estaría apartando de la sociedad y del Estado y entonces se estaría marcando un ser solitario y fuera de la sociedad.

- 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.

- 4) **Derechos subjetivos:** La denominación de derechos subjetivos hace referencia a que lo subjetivo es lo propio de un sujeto, como es en el caso del hombre, y determina de manera precisa todo aquello que le pertenece. Esta expresión viene en contraposición con el derecho objetivo.
- 5) **Derechos públicos subjetivos:** A los derechos humanos se les denominó derechos públicos subjetivos a partir del momento en que los derechos aparecen insertados en la normativa constitucional. La palabra público, ubica al hombre frente al Estado, dentro del ámbito del derecho público. Aparecen hacia fines del siglo dieciocho, con el constitucionalismo.
- 6) **Derechos fundamentales:** Al decir fundamentales, es en lo relacionado con la importancia de estos derechos y de su reconocimiento para todos los hombres, hoy en día también se sostiene que se habla de derechos fundamentales cuando aparecen 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.
- 7) **Derechos naturales:** También a los derechos humanos se les ha denominado derechos naturales, y los mismos obedecen al derecho natural, en un orden que tiene como fundamento a los derechos del hombre; y más específicamente, 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 cual es de importancia señalar que de alguna manera hay que compartir la idea de que el hombre tiene una íntima relación con la naturaleza.

- 8) **Derechos innatos:** Los derechos humanos han sido denominados innatos, y al decir innatos es en lo referente a que estos derechos, se encuentran en la naturaleza misma del hombre, se encuentran adheridos a él; más allá de los principios de derechos humanos y garantías propias del mismo.

- 9) **Derechos constitucionales:** También, a los derechos humanos se les ha denominado derechos constitucionales, y ello debido a que los mismos son derechos que se encuentran insertados dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala; los cuales al estar incorporados dentro del cuerpo de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen constancia y están reconocidos.

- 10) **Derechos positivizados:** A los derechos humanos, se les ha denominado derechos positivizados, y se les llama así ya que son los derechos que aparecen dentro de un orden normativo; y poseen vigencia normológica.

- 11) **Libertades públicas:** La denominación de libertades públicas es de origen francés y está relacionada con los derechos individuales; los derechos públicos subjetivos y los derechos civiles de primera generación. Se les puede ubicar

dentro de los derechos positivizados. La crítica es que estas libertades no se introducen a los derechos de segunda generación; o sea, los derechos sociales.

La denominación derechos humanos es la más usual en los últimos tiempos. Esta expresión es la utilizada en la sociedad guatemalteca, al ser los mismos derechos esenciales del hombre.

1.3. El fundamento de los derechos humanos

En Guatemala, los derechos humanos encuentran su fundamento en la naturaleza del hombre, siendo los mismos propios del ser humano en lo relacionado con su naturaleza y esencia.

La autora Magdalena Aguilar Cuevas, señala que: “Los estoicos, percibieron la natural inclinación a hacer el bien, considerándolo como el primer principio, innato en la naturaleza del hombre; haz el bien y evita el mal. Posteriormente Cicerón encuentra el fundamento de los derechos humanos en la recta razón, que es la encargada de discernir lo bueno en la conducta humana como justo y verdadero; y lo malo como injusto”.⁵

Pero a su vez, la recta razón natural es más bien la que permite discernir los verdaderos derechos humanos; su alcance y jerarquía, pero no es el fundamento de los

⁵ **Ibid.** Pág. 12.

derechos humanos, sino que es la base de los mismos y se encuentra en la naturaleza humana, por lo cual éstos son para todos los hombres, como consecuencia de que la dignidad de la naturaleza humana es; su fundamento.

La naturaleza humana otorga titularidad a los derechos universales, inviolables e irrenunciables, por lo tanto, al encontrar allí su fundamentación, se deduce que no pertenecen al hombre por una disposición estatal; sino que le pertenecen por el solo hecho de ser persona humana.

Las características de los derechos humanos son fundamentales para así contar con un adecuado respeto hacia los mismos, y son lo siguientes:

- Reconocidos: en todos los hombres por igual, este reconocimiento debe ser real y fundamental. Deben ser reconocidos para poder ser defendidos.
- Respetados: para poder efectivamente proteger la dignidad humana y para hacer que su realización sea posible. El derecho es el respeto, es la propuesta social del respeto.
- Tutelados: una vez reconocidos y respetados, hay necesidad de protegerlos, la tutela corresponde a cada hombre, al Estado y a la comunidad internacional.
- Promovidos: deben ser constantemente promovidos, esto es, que deben darse a conocer y ser elevados en todo sentido; para evitar que sean violados.

Es importante anotar que los derechos humanos, en cuanto a derechos subjetivos, se encuentran en dependencia con la ley natural.

El autor Rony López Contreras, señala que: “La ley natural es aquella en la que existen proposiciones universales del entendimiento práctico que la razón humana, formula a partir del conocimiento del orden inmanente en la realidad de las cosas. Consiste en la participación de la ley eterna en el hombre. Los principios que ésta contiene corresponden a las inclinaciones del hombre”.⁶

El fundamento absoluto no es la voluntad del hombre, debido a que no existen seres absolutos; sino limitados y contingentes.

Hay otras fundamentaciones diversas entre las cuales se encuentra la tesis estatista, la cual concibe al Estado como fuente originaria de los derechos del hombre; y la misma se entiende como entidad suprema y absoluta. Esta concepción es la propia de los gobiernos totalitarios. La soberanía absoluta del pueblo se constituye en la fuente primaria del orden jurídico.

1.5. La universalidad de los derechos humanos

Los derechos humanos son universales, porque pertenecen a todos los hombres, a todos por igual, en todo tiempo y lugar, se encuentran de manera innata ligados a la

⁶ López. **Ob. Cit.** Pág. 46.

naturaleza del hombre.

Asimismo, la universalidad es una de las características de la ley natural, de la cual los derechos humanos se encuentran en dependencia universal. La ley natural es común a todos, en cuanto a los primeros principios comunes, es lo mismo en todos los hombres, tanto por la rectitud de su inteligencia, como por el conocimiento que de ellos se tiene.

En cuanto a los preceptos particulares, que son a modo de conclusiones derivadas de los principios comunes, la ley natural es la misma en la generalidad de los casos, pero en su aplicación pueden darse excepciones por razón de las circunstancias, y en cuanto a su conocimiento, éste puede fallar en casos concretos, bien por fallo en el razonamiento, o por ignorancia a causa de la perversión de la razón debido a las pasiones o a los malos hábitos.

Los derechos humanos son innatos e inherentes a la naturaleza del hombre y además son inmutables, eternos y universales. Se imponen al Estado y al derecho positivo, son inalienables e imprescriptibles.

El autor anteriormente citado señala que: “Respecto a la universalidad de los derechos humanos, se anota que comienzan a partir del siglo XVIII, con la Independencia y la Revolución americana de las Colonias Inglesas, y con la Revolución Francesa. En este tiempo comienza el constitucionalismo moderno y comienzan a surgir las declaraciones

de derecho. Este movimiento adquiere gran difusión en el mundo”.⁷

Durante la época antes anotada, comienza la formulación de los derechos de la primera generación; los derechos civiles y políticos, los cuales en ese entonces fueron también denominados derechos públicos subjetivos y derechos individuales. El autor Alejandro Maldonado Aguirre, señala que: “La universalización se funda especialmente en la difusión de estos principios, porque cada Estado fue introduciendo y formulando en sus constituciones los derechos del hombre”.⁸

El autor anteriormente citado, señala que: “Con relación a la universalidad, a lo que se está refiriendo es a la internacionalización. Ésta comienza en la segunda mitad del siglo XX, y es un fenómeno que acontece en el plano internacional, por el cual el problema de los derechos ya no es asunto exclusivo de cada Estado en su jurisdicción interna; sino además del derecho internacional público. A la vez el derecho internacional público se ocupa y preocupa de ellos, y formula su propia declaración de derecho en documentos internacionales, como el de las Naciones Unidas”.⁹

La cita anterior señala que, debido a ello el hombre ha adquirido la calidad de un sujeto del derecho internacional, ya que todo hombre puede llevar denuncias o quejas ante las organizaciones supra-estatales; para que sus derechos sean respetados y defendidos.

⁷ **Ibid.** Pág. 49.

⁸ Maldonado Aguirre, Alejandro. **Reflexiones constitucionales.** Pág. 16.

⁹ **Ibid.** Pág. 18

El autor Alejandro Maldonado Aguirre, señala que: "Universalizar los derechos es admitir que todos los hombres siempre y en todas partes deben gozar de los derechos humanos porque el hombre es persona. Internacionalizar significa que los derechos es hacerlos exigibles en virtud del derecho internacional público de que todo Estado reconozca esos derechos a todos los hombres; también porque el hombre es persona".¹⁰

Cuando se señala lo relacionado a que los derechos humanos están cargados de historicidad, lo cual ocurre en la internacionalización de los mismos, es porque dependen de la situación de lugar y de época; de cultura y de creencias y valoraciones sociales.

La noción de historicidad de los derechos humanos es incompatible con la de su universalidad, porque esta última, en todo tiempo y lugar; permite al hombre contar con principios de derechos humanos y garantías.

Aunque los derechos se consideren los mismos, no son siempre iguales en el modo de su realización.

¹⁰ **Ibid.** Pág. 20.

1.6. Los derechos humanos son garantías constitucionales

La acción de hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos es una garantía constitucional.

La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución Política de la República de Guatemala; también es una garantía constitucional.

La acción de inconstitucionalidad, procede contra las normas que tienen rango de ley, como lo son las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso de la República de Guatemala; normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución Política de la República de Guatemala en su forma o fondo.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo, no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere la Constitución Política de la República de Guatemala.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación a derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.

El hábeas corpus procede contra los excesos de la autoridad y los abusos de los particulares. Cuando un individuo comete un atentado contra la libertad individual, en vez de denunciarlo por este delito y seguir un largo proceso penal, costoso y a veces infructuoso; la Constitución Política de la República de Guatemala permite interponer un hábeas corpus para hacer cesar el abuso y sancionar al autor.

En dicha forma la acción protege la libertad de tránsito y la inviolabilidad del domicilio. Además protege los daños que ocasione el hecho dañoso. Es decir, no solamente el hacer que ocasiona perjuicio, sino también protege a la persona contra quien se promete un daño futuro; que es lo que caracteriza a la amenaza. Aunque el hecho haya cesado, siempre procede esta acción como medio de sancionar a los autores del abuso y de la arbitrariedad; sin necesidad de recurrir a un dispendioso proceso civil. En su nueva conformación el hábeas corpus constituye un eficiente medio de defensa en la libertad personal.

Es fundamental el estudio y el respeto de los derechos humanos, para asegurar que todas las personas sin importar su raza, color, edad, sexo o profesión tengan un trato igualitario dentro de la sociedad guatemalteca.

CAPÍTULO II

2. Derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario consiste en el 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 conservado y transmitido por herencia social.

Al derecho consuetudinario, también se le denomina usos o costumbres y consiste en una fuente del derecho. Son normas jurídicas que se desprenden de hechos que se han producido repetidamente en el tiempo, en un territorio concreto. Tienen fuerza vinculante y se recurre a él cuando no existe ley o norma jurídica escrita; que sea aplicable a un hecho. Conceptualmente es un término opuesto al de derecho escrito.

2.1. Importancia y requisitos

Varias son las razones por la que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, ya que el derecho consuetudinario es considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo; por lo que su estudio es un elemento fundamental para un mejor conocimiento de las culturas indígenas.

Cuando un pueblo tiene lesionada la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aun cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad. Los pueblos indígenas de mayor vitalidad étnica son aquellos entre los cuales subsiste el derecho consuetudinario propio.

También es de importancia, debido a que la naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado; influyendo así en la posición de ellos en el conjunto de la sociedad nacional.

Finalmente, el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan o; por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos; incluyendo lo que actualmente se llama los derechos étnicos o culturales.

El derecho consuetudinario es objeto de atención por parte de dos disciplinas de las ciencias sociales, siendo las mismas: la antropología y la ciencia jurídica.

La antropología se ha ocupado del tema, subsumiéndose generalmente en la temática más amplia de la estructura social y política de los pueblos indígenas. Pocos antropólogos señalan la especificidad de lo jurídico en su tratamiento global del control social y la organización política. Sin embargo, hay notables excepciones de la antropología jurídica; la cual es una de las subdisciplinas más dinámicas de la antropología en la época actual.

El autor Joaquín Noval, determina que: “En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que se denomina derecho consuetudinario, considerando que sólo la norma escrita y codificada, o sea, el derecho positivo del Estado; merece su atención”.¹¹

Los orígenes del derecho consuetudinario se remontan a los mismos orígenes de lo que se entiende por sociedad. Sin embargo, la doctrina actual ha logrado identificar dos elementos imprescindibles para que una conducta califique como costumbre y tenga efectos jurídicos:

1) Uso repetitivo y generalizado: Sólo puede considerarse costumbre un comportamiento realizado por todos los miembros de una comunidad. Se debe tener en cuenta que cuando se señala a la comunidad; se hace en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas.

Asimismo esta conducta debe ser una que se repite a través del tiempo; es decir, que sea parte integrante del común actuar de una comunidad. Difícilmente se puede considerar costumbre a una conducta que no tiene antigüedad, una comunidad puede ponerse de acuerdo en repetir una conducta del día de hoy en adelante pero eso no la convierte en costumbre; la convierte en ley.

¹¹ Noval, Joaquín. **Resumen etnográfico de Guatemala**. Pág. 24.

2) **Conciencia de obligatoriedad:** Todos los miembros de una comunidad, tienen que considerar a la conducta común a todos ellos, de tal manera que no puede obviarse dicha conducta sin que todos consideren que se ha violado un principio que regulaba la vida de la comunidad.

En ese sentido, es claro que existen conductas cuyo uso es generalizado y muy repetitivo pero que no constituyen costumbre, en tanto no tienen emparejado el concepto de obligatoriedad. Eso diferencia al derecho de la moral y la religión. Sólo con la confluencia de estos dos elementos es que se puede considerar que ocurre la existencia de una costumbre como fuente de derecho; es decir, fuente de derechos y deberes.

2.2. Derecho consuetudinario y su vigencia

La autora Raquel Sieder, señala que: “El derecho consuetudinario no sólo ha sido reivindicado por los propios interesados, o sea por los pueblos indígenas y por las comunidades campesinas, sino también ha tenido un amplio impulso de las organizaciones internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización Internacional de Trabajo (OIT); que han tenido influencia en la Constitución Política de la República de Guatemala”.¹²

¹² Sieder, Raquel. **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala.** Pág. 25.

De manera general, se entiende al derecho consuetudinario como el derecho no escrito que nace de la repetición, a lo largo del tiempo, de actos de naturaleza jurídica, otorgando un consentimiento tácito que les confiere fuerza de ley.

La costumbre jurídica debe responder a la necesidad de cubrir una necesidad jurídica, e ir en armonía con la moral y las buenas costumbres para ser considerada como fuente de derechos; y estar amparada por el derecho consuetudinario.

En ese sentido, el derecho consuetudinario tiene que estar en armonía con la moral y las buenas costumbres, hecho que considera la relación de las comunidades indígenas con su contexto social inmediato y mediato; es decir, otras sociedades locales, regionales y la nacional, que no necesariamente comparte las formas de derecho consuetudinario; sino más bien otro, como el derecho positivo y otras formas de justicia comunitaria.

La reivindicación del derecho consuetudinario por parte de las comunidades campesinas tiene que reconocer, respetar y proteger el marco de la ley y los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales; a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas pueden ejercer en el país, las funciones de administración y aplicación de normas como solución alternativa, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes.

La aplicación de justicia comunitaria no tiene que ser contraria a la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes derivadas de ella, por lo tanto a los derechos humanos fundamentales; además de ser compatible con atribuciones estatales. La vinculación del derecho indígena particular con el derecho universal vigente en la Constitución Política de la República de Guatemala, explícita una necesaria relación y complementación entre ambas; y por lo tanto, la urgencia de una reglamentación tanto para el ejercicio del derecho indígena; como su interacción con la Constitución Política de la República de Guatemala y otras leyes generales del país.

Para avanzar y profundizar en el proceso de institucionalización del derecho consuetudinario; se tiene que regular el alcance, los límites de la jurisdicción indígena y campesina, resolver conflictos de competencia y presuntas violaciones de derechos humanos.

Además, es fundamental que la administración de justicia de los pueblos indígenas y comunidades indígenas campesinas respeten en sus resoluciones lo establecido por la

Constitución Política de la República de Guatemala y los tratados internacionales ratificados por Guatemala; en materia de derechos humanos.

Éstos deberán interpretarse prestando especial atención a sus normas y al desarrollo de sus propias prácticas culturales. El contexto de la legislación y derechos indígenas a nivel regional y de organizaciones internacionales como es el caso de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), son propicias para el ejercicio del derecho indígena, siendo ese el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT); a la cual está suscrita Guatemala, en relación a los pueblos indígenas y tribales y sostiene que: el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, el establecimiento del deber de tomar en cuenta el derecho consuetudinario al aplicar la legislación nacional, el respeto de los métodos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas en la represión de delitos cometidos por sus miembros, y toma en cuenta las costumbres de estos pueblos cuando los tribunales y autoridades competentes; se pronuncien sobre cuestiones penales.

La aplicación de la justicia comunitaria sólo es pertinente a los miembros de la comunidad indígena. Esta consideración pone en discusión la aplicación de la justicia comunitaria a personas que no son necesariamente de la comunidad y que por lo tanto no comparten los usos y costumbres, y que tienen el derecho de exigir la aplicación de otra justicia.

Al respecto, no se tiene un procedimiento que cuide los derechos humanos fundamentales de las personas y lo que más bien ha estado ocurriendo es que no se considera para nada el origen étnico del que comete el delito. Esta situación se ve claramente con los linchamientos de delincuentes en pueblos y barrios periféricos del país; donde se ha acabado con la vida de personas inocentes y que no pertenecen a la comunidad que ejerce justicia comunitaria.

Por lo tanto, hay que considerar cuáles son los límites territoriales de la aplicación de la justicia comunitaria, que no son solamente geográficos sino también subjetivos y simbólicos. En relación a los linchamientos y la necesidad de justicia por parte de los afectados por delitos personales, se afirma que el derecho consuetudinario es un tema que genera muchos celos; especialmente entre las autoridades, que suelen ser muy rígidas al abordar estos temas. Al haberse producido el creciente fenómeno de linchamientos, muchas personas los confunden con prácticas de derecho consuetudinario y por eso muestran fuerte rechazo. Por otro lado, se señala que dentro de las reivindicaciones por el derecho a la tierra, las organizaciones indígenas guatemaltecas; han empleado discursos sobre derechos humanos como plataforma de lucha. Sin embargo, en la práctica al interior de la población indígena también existen situaciones en que se vulneran estos derechos

Con respecto al derecho indígena, el gobierno de Guatemala considera que es un derecho fundamental y básico; es decir, es parte consustancial de la identidad de los pueblos indígenas.

La autora anteriormente citada Raquel Sieder, señala que: “Los sistemas jurídicos indígenas o derecho indígena o derecho consuetudinario, son un verdadero orden jurídico, con su propia axiología; sus procedimientos y sus formas de resolución”.¹³

Sin lugar a dudas que, como muchos ámbitos que hacen a la identidad indígena, se han modificado, eliminado, y recreado, por las influencias externas. Este proceso ha sido mucho más criticado y fuerte en lo que se refiere al derecho indígena, pero ello no justifica las corrientes que niegan la existencia del derecho indígena.

El reconocimiento y la aplicación del derecho consuetudinario es parte de un pluralismo jurídico; que puede ser muy bien aplicado en la gestión de los gobiernos municipales; pero cuidando de no llegar a extremos peligrosos, por un lado aquél que busca la hegemonía total de lo universal, sometiendo a otros tipos de gestión la justicia y, por el otro, el extremo de generar beneficios particulares para el derecho indígena; ignorando totalmente lo universal.

2.3. Características del derecho consuetudinario

El derecho consuetudinario cuenta con características esenciales, siendo las mismas las siguientes:

¹³ **Ibid.** Pág. 28.

- 1) **Presupone un conjunto de normas:** El derecho consuetudinario en Guatemala, presupone la existencia de un conjunto de normas; las cuales aluden a la costumbre jurídica de los pueblos que surgen espontáneamente satisfaciendo las necesidades de convivencia.

El mismo es en esencia, un sistema de normas jurídicas las cuales son nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que las comparte y las acata debidamente.

- 2) **Oralidad de sus normas:** Este carácter es implícito al derecho consuetudinario, ya que el conjunto de normas que la componen permanecen en el espíritu del pueblo; pertenecen a la sabiduría popular y se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres.

- 3) **Observancia general:** Las prácticas sociales que constituyen la costumbre jurídica, no son usos aislados de determinados individuos que conforman un núcleo social; son por el contrario, manifestaciones cuya observancia atañe a todos sus componentes; es más, las normas consuetudinarias son eminentemente coactivas en su doble aspecto, o acción psíquica y física, ya que de no ser así, se estaría simplemente frente a un uso social o trato externo cuyo cumplimiento está librado a la potestad del individuo.

La expresión espontánea de generalidad de las normas consuetudinarias en los grupos primitivos y en las sociedades tradicionales de la actualidad; se explica por el misticismo que domina la mentalidad de sus hombres; hecho que adecúa un tipo de comportamiento traducido en el respeto y acatamiento de sus normas tradicionales. La eficacia del derecho consuetudinario deriva no tanto de la costumbre; sino más bien, de la religión, manifestando que el castigo sobrenatural concita mayor temor que el castigo humano como resultado de la infracción de la ley.

Sea cual fuere el factor determinante de este tipo de comportamiento, la verdad es que cierto tipo de normas que constituyen la costumbre jurídica; son de acatamiento general allí donde imperen.

- 4) **Uniformidad y permanencia en el tiempo:** La uniformidad y la permanencia consiste en la duración y la igualdad durante un determinado término legal. El autor Joaquín Noval, señala que: “Los conceptos acerca de la uniformidad y la permanencia, aluden al hecho de que las normas consuetudinarias para adquirir el sello o el carácter de tales, tienen que revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento humano, deben suponer una coincidencia de actitudes de manera que; de modo uniforme norme la vida social y política de un pueblo o de varios pueblos dentro de uno o de varios territorios”.¹⁴

¹⁴ Noval. **Ob. Cit.** Pág. 34.

Estas manifestaciones humanas deben también, a la par, ser prácticas que se proyecten por períodos de tiempo más o menos extensos; es decir, deben normar la vida y comportamiento humanos, de manera institucional, prolongada y diferenciable de los usos populares.

Además, regula los intereses públicos y privados de una colectividad. Las normas del derecho consuetudinario, regulan el comportamiento humano en su doble aspecto; público y privado. De ahí que, determinadas infracciones merezcan, inclusive, manifestaciones de fuerza y castigos corporales; y otras, que den lugar a la coacción síquica, que también tiene fuerte gravitación en el prestigio de quienes han caído en inobservancia de aquellas máximas reguladoras del orden social.

Esto es una apreciación desde un punto de vista general, ya que existen núcleos de convivencia humana que a merced del proceso de transculturación han asimilado algunas formas de tratamiento normativo para determinadas infracciones; convirtiéndose de este modo en factores determinantes del abandono o simplemente del debilitamiento de algunas costumbres tradicionales.

Es frecuente constatar la existencia de núcleos humanos que apenas conservan ciertos rezagos de su derecho consuetudinario originario; por haber sido sustituidos por normas que son producto de la vida de interrelación grupal por medio de los procesos de cambio a que han arribado en su proceso de

desarrollo. La permanencia de las normas tradicionales es indiscutible, sobre todo teniendo en cuenta que el alma popular las va conservando indefinidamente.

- 5) Se transmiten por herencia social:** Las normas consuetudinarias son expresiones que fluyen del pensamiento popular, de las manifestaciones de vida diaria, se mantienen nada más que en la memoria de los hombres; por consiguiente, dada la dinámica de la cultura son transmitidas de generación en generación por tradición oral; por herencia social. Esa es la razón por la que en numerosas sociedades se hallan patentes algunas formas normativas correspondientes a su derecho primitivo; originario. La oralidad unida así, a la transmisibilidad, demarcan nítidamente al derecho consuetudinario con relación al derecho positivo.

2.4. El 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 formulada no debe llevar tampoco a adoptar una posición fría, estática, pesimista o conformista; por el contrario, tiene que animar a la población

guatemalteca a encararla decididamente como presupuesto fundamental en la dinámica de reestructuración del país.

Las organizaciones sociales determinan que es importante el estudio del derecho consuetudinario, para garantizar el respeto de sus derechos humanos, hasta los cuales el día de hoy han sido violados en la sociedad guatemalteca.

CAPÍTULO III

3. Las comunidades indígenas

No hay lugar a dudas de que los pueblos originarios del continente americano siguen siendo víctimas de graves violaciones a sus derechos humanos y libertades fundamentales en los Estados nacionales donde viven.

En primer lugar, las violaciones ocurren precisamente porque los Estados no cumplen con su función de garantizar, respetar, promover y proteger los derechos humanos de todos sus habitantes; especialmente indígenas.

En segundo lugar, las violaciones suceden por el desconocimiento de los propios pueblos indígenas de las normas y mecanismos nacionales e internacionales que reconocen; garantizan y protegen sus derechos.

Por tales razones, la divulgación e información sobre los derechos colectivos indígenas y las obligaciones de los Estados para la vigencia de los mismos es un tema de mayor importancia. Pues solamente conociendo los derechos se pueden defenderlos, porque nadie puede defender lo que no conoce. No se puede esperar tampoco de los Estados el cumplimiento ni la observancia voluntaria de estos derechos si no se les exige.

El autor José Emilio Ordóñez Cifuentes, señala que: “Partiendo de ello, es fundamental el instrumento que hasta la fecha sigue siendo de mayor importancia para los pueblos originarios del continente: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por ser un instrumento de derechos humanos vinculante para los Estados que lo ratifican”.¹⁵

Las explicaciones de situaciones jurídicas tienen que ser difundidas. La divulgación amena y clara de lo que se analiza; ameniza y clarifica la comprensión de la importancia de las comunidades indígenas.

El autor anteriormente citado señala que: “La cuestión de las poblaciones indígenas ha sido estudiada desde 1920, cuando los pobladores autóctonos americanos se pusieron en contacto con la Sociedad de las Naciones. Sin embargo, en aquel acercamiento no hubo grandes resultados. Posteriormente, ya en el seno de las Naciones Unidas, los pueblos indígenas hicieron llamamientos esporádicos sin muchos resultados”.¹⁶

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha tratado algunas cuestiones que afectaban indirectamente a las poblaciones indígenas, tales como el estudio de la cuestión de las minorías, la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso.

Es fundamental el estudio de una definición clara de las poblaciones indígenas, del

¹⁵ Ordóñez Cifuentes, José Emilio. **Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica.** Pág. 14.

¹⁶ **Ibid.** Pág. 16.

papel de las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, de los principios básicos y la eliminación de la discriminación en materia de derechos humanos, de las áreas especiales de acción tales como la salud, la vivienda, la educación, la lengua o idioma, la cultura, las instituciones sociales, culturales y jurídicas, el empleo, la tierra, los derechos políticos, los derechos y prácticas religiosas y de la igualdad en la administración de justicia.

Muchos de los conocimientos tradicionales existentes, son de carácter secreto y no pueden ser revelados públicamente; como los relacionados con los sitios y lugares sagrados.

3.1. El derecho indígena a través de la historia

Es fundamental el conocimiento del derecho indígena y de las comunidades indígenas y de su proceso, los cuales no son lo mismo en la actualidad y de lo que fueron antes de la conquista; debido a la existencia de un modelo distinto de sociedad.

Por ello, es de importancia analizar lo que ha pasado con esa forma cultural característica de los pueblos indígenas para la resolución de sus conflictos, la forma de sus mecanismos, el establecimiento de sus autoridades y si cuentan con una determinada forma; así como legitimidad dentro de la comunidad. Entre las características fundamentales se encuentra la legitimidad, con la cual tiene que contar la autoridad para la imposición de sus decisiones.

Debido a lo anotado, existe imposibilidad de tratar el tema relativo al derecho indígena, porque se tiene que señalar primeramente lo relativo a derechos indígenas en relación al número de comunidades existentes.

El autor Jorge Solares determina que: “Previo a la conquista, también existieron conflictos, y la paz consistía en una ilusión permanente de los pueblos; independientemente de los niveles de conflictos. La conquista fue como un quiebre en las relaciones de poder interno. Se tiene que separar el fenómeno de la conquista y de la colonización como dos temas distintos”.¹⁷

La colonia no vino por sí sola, primero mandaron a los exploradores quienes podrían ser los que supuestamente descubrieron algo, posteriormente enviaron a los militares, y después a los curas, abogados y funcionarios. Existieron tres incursiones distintas, o sea tres modelos: descubrimiento, conquista y colonización; contando cada uno con sus protagonistas y con una finalidad. La colonización, consiste en un traslado de los mecanismos de una cultura propia de la colonia.

Debido a ello, es lógico que surgiera una cultura centralizada y una justicia centralizada, la cual se instaló y se conoció bajo el nombre de derecho indiano; en el cual todas las disposiciones eran dictadas por los reyes que mandaban.

¹⁷ Solares, Jorge. **Derechos humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala**. Pág. 44.

El autor anteriormente citado determina que: “La constante pelea entre los criollos y los peninsulares, debido a la lucha de poder sobre la cual iban a administrar, consistía en una dinámica de la cual no escapaba la justicia. De ello deriva el fenómeno relativo a los motines de indígenas que se conocen como movimientos de liberación”.¹⁸

Existía una división, la cual se conoce como modelo segregacionista. O sea, de los conflictos que podían lesionar al régimen colonial; los cuales eran tratados por las autoridades coloniales. También, aquellos conflictos que no afectaban al poder colonial los relegaban a las autoridades locales de los indígenas, con sus propias autoridades, pero imponiendo algunas autoridades administrativas y religiosas.

Dichos fenómenos culturales, a pesar de que eran impuestos por la colonia, jugaban un papel de importancia, debido a que lograron ser absorbidos, para posteriormente ser identificados por el poder local.

El tema de derecho indígena tiene relación directa con la propia dinámica de las comunidades indígenas, debido a que fueron absorbiendo autoridades y a su vez generaron una especie de protección cultural del derecho indígena frente a la imposición colonial.

Durante, la época de la independencia existió la intención de trasladar las ideas liberalistas. Las ideas de que sí existiera libertad e igualdad. El resultado concreto

¹⁸ **Ibid.** Pág. 46.

consistió en la legitimación de tres clases distintas, siendo las mismas: los criollos en control del Estado y sus ordenamientos legales, los ladinos y los indígenas. La ilusión consistente en que todos eran ciudadanos, en sentido estricto, con igualdad ante la ley, queda destrozada ante la práctica social diaria, en la cual se consideraba a los indígenas como ciudadanos de tercera categoría.

El autor José Emilio Ordoñez Cifuentes, señala que: “La transición de la colonia a la vida independiente no modificó el estado de los pueblos indígenas. El cambio que se produce consiste en la sustitución de una élite dominante por otra. Es decir, los criollos sustituyen a los peninsulares en las funciones rectoras de la sociedad centroamericana en general, y muy particularmente en Guatemala”.¹⁹

Debido a lo anotado, es que los indígenas no creyeron el tema relativo a la independencia y por ende mantuvieron su derecho, su cultura, sus relaciones de poder interno como un mecanismo de defensa y de articulación social.

Posteriormente, surgieron cambios en el estado jurídico de los pueblos indígenas. Además, de la justicia penal, también la Revolución de Octubre de 1944, obtuvo mayor incidencia en este cambio, ya que en dicho proceso sencillamente existió una relación entre campesino e indígena, comenzando con ello un proceso integracionista, empezando a incorporar al indígena y reconociéndole algunos rasgos, como su idioma, vestido y diferenciaciones.

¹⁹ Ordoñez. **Ob. Cit.** Pág. 19.

También, como otro punto de quiebre de las relaciones sociales y políticas en Guatemala, se tiene el fenómeno del conflicto armado, la destrucción del tejido social, las propias instituciones creadas por la colonia e impuestas a las comunidades indígenas. Dichas instituciones fueron destruidas en variadas comunidades indígenas debido a la imposición militar.

Debido a ello, el posconflicto plantea el tema del reencuentro, de la reconstrucción del Estado guatemalteco, o sea de un Estado colonial, independientemente de si existen ciudadanos de diversas categorías, y una revolución inconclusa por la invasión e imposición extranjera; y finalmente un Estado contrainsurgente. El modelo anotado, refleja las relaciones de las personas con el poder, y la justicia no es en ningún momento ajena a dicha dinámica.

Primero, existió un proceso de reforma de justicia, o sea que al mismo tiempo que un proceso de reconocimiento del derecho indígena, no sólo en Guatemala, sino que en toda América Latina existió también un proceso de reforma de la justicia, en el cual comienza un proceso de reencuentro con la labor que no concluyó durante el período independiente.

3.2. Las comunidades indígenas y el derecho penal

La definición y tipificación de los delitos es objeto de los Códigos Penales. Es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias

históricas y contextos culturales.

Por ello, no es sorprendente que con frecuencia lo que la ley nacional tipifica como un delito no lo es para una comunidad indígena; o por el contrario, una infracción social sujeta a castigo en una comunidad indígena; es decir, un delito en lenguaje jurídico, puede no ser reconocido como tal por la legislación penal vigente.

Característica del primer tipo es actualmente la legislación sobre producción, distribución y consumo de sustancias estupefacientes, que es generalmente reprimida, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, para muchos indígenas la producción y consumo de ciertas plantas psicotrópicas forma parte de su cultura y sus prácticas sociales tradicionales.

Característica del segundo tipo es la problemática de la brujería, aceptada y sancionada como actividad antisocial en numerosas comunidades indígenas; pero que generalmente no es reconocida como delito, ni siquiera su existencia es admitida en las legislaciones nacionales.

La práctica judicial ha documentado numerosos y dramáticos casos de homicidios cometidos por causas de brujería, homicidios que son sancionados por el derecho penal nacional pero admitidos como forma de hacer justicia; o legítima defensa personal en el derecho consuetudinario de las comunidades.

El autor anteriormente citado señala que: “Los pueblos indígenas han considerado los conocimientos tradicionales como su patrimonio intelectual colectivo, un patrimonio que forma parte de su identidad cultural y su cosmovisión y que lo han transmitido, mediante sus propias normas y patrones culturales; de generación en generación”.²⁰

Por lo tanto, se manifiesta que los conocimientos tradicionales deben ser protegidos por su valor; es decir, por la importancia que ello representa para su pervivencia como pueblos.

Esta demanda ha motivado la búsqueda de distintos mecanismos y formas más idóneas, eficaces e integrales que permitan proteger los conocimientos; innovaciones y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y comunidades locales. En este sentido, se han producido una serie de debates, especialmente en los organismos internacionales ambientales, de desarrollo sostenible, comerciales y de la propiedad intelectual.

La propiedad industrial, los derechos de autor y los certificados de obtentores o sujetos con conocimiento del tema relativo a nuevas variedades vegetales, son regímenes que tienen que ser considerados para la protección de los conocimientos; innovaciones y prácticas tradicionales.

²⁰ **Ibid.** Pág. 30.

Cualquiera que sea la medida de protección que se adopte, ésta tendrá un impacto directo en los conocimientos tradicionales, sea que apoye a una mayor consolidación para su protección o bien que como patrimonio intangible de los pueblos indígenas y comunidades locales; entre a la libre oferta y la demanda del mercado.

3.3. Principios y fundamentos básicos del derecho consuetudinario

Para los pueblos indígenas, consolidar las estrategias internas de conservación y uso sostenible de los recursos de la biodiversidad y la protección de los conocimientos tradicionales asociados; siempre han sido temas de alta prioridad, pues son recursos de los cuales se han beneficiado milenariamente por su valor, sin que para ello haya sido indispensable el sometimiento a reglas en torno al acceso; la propiedad intelectual y la distribución de beneficios.

El conocimiento de la biodiversidad es indivisible en las identidades, leyes, instituciones, sistemas de valores y cosmovisiones como pueblos indígenas. Durante generaciones, las comunidades indígenas han sido y siguen siendo los guardianes de la naturaleza, de la que depende toda la población guatemalteca. Por tanto, existe un compromiso con la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

Es de importancia, reconocer los derechos y garantías relativos al control indígena, así como también el derecho al libre consentimiento basado en los pueblos y en el derecho territorial colectivo.

La mayoría de pueblos indígenas siguen conservando sus sistemas propios de vida comunitaria. El principio de reciprocidad en relación al intercambio de bienes y servicios, es una práctica milenaria que no ha desaparecido; por lo tanto, en el tema del conocimiento tradicional no es posible hablar de teorías de mercado, sino de la prevalencia de relaciones sociales y económicas consuetudinarias, pues siguen subsistiendo aún sistemas de reciclaje social y económico, formas de intercambio de trabajo por trabajo, distribución de excedentes, trueque de elementos, reciprocidad en cuanto a bienes y servicios, materiales y objetos de uso; valores que, en definitiva, fortalecen la identidad cultural de los pueblos indígenas; y su relación con la biodiversidad.

La biodiversidad es, sin duda, un elemento que forma parte de la relación integral de los grupos culturales y étnicos con su entorno social y natural; desplegada en su particular concepción espiritual. Este bien no es, por lo tanto, objeto de transacciones comerciales.

De hecho, las propias comunidades no lo identifican como un componente que puede separarse de su cosmovisión; por lo que la articulación con los sistemas de propiedad intelectual son totalmente ajenos en la vida de los pueblos indígenas.

Sin embargo, el proceso de la globalización y el libre mercado camina por otro rumbo y los conocimientos tradicionales no escapan a su inclusión.

Los conocimientos tradicionales, son todas aquellas sabidurías ancestrales y conocimientos colectivos que poseen los pueblos indígenas y comunidades locales, fundamentadas en la praxis milenaria y su proceso de interacción hombre - naturaleza y transmitidos de generación en generación; habitualmente de manera oral.

Es fundamental la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, y su relación con el derecho consuetudinario. Lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad, o sea de una comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad; es decir, generalmente el Estado.

La diferencia fundamental, entonces, sería que el derecho positivo está vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario es propio de sociedades que carecen de Estado; o simplemente opera sin referencia al Estado.

El derecho consuetudinario es un conjunto de normas, usos y costumbres que transmitidos de manera intergeneracional son ejercidos por autoridades e instituciones propias de los pueblos indígenas en sus territorios y que constituyen sistemas jurídicos reconocidos, aceptados y respetados por una colectividad; y que integran el pluralismo legal de los países con población indígena.

En todo caso, cualquier proceso que examine las relaciones entre el derecho consuetudinario, acceso a los recursos genéticos y el conocimiento tradicional, debe tener como objetivo la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y comunidades locales; con el fin de garantizar su pervivencia física y cultural, así como su bienestar y el de la humanidad.

Los conocimientos tradicionales son los sistemas de conocimiento, creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación, se consideran generalmente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio; y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno.

Entre las categorías de conocimientos tradicionales figuran: los conocimientos agrícolas, científicos, técnicos, ecológicos, medicinales, incluyendo las medicinas y los conocimientos conexos, los conocimientos relacionados con la diversidad biológica, las expresiones de folklor en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, historias y obras de arte, elementos de los idiomas, como los nombres, indicaciones geográficas y símbolos; y bienes culturales muebles.

El derecho indígena, se encuentra expresado en los siguientes términos:

- Se mira el mundo en su conjunto, con todo lo que existe en la naturaleza; con todo lo que produce.

- Se convive con la biodiversidad, se vive de ella y se busca mantenerla sin destruirla, en forma sostenible, porque en ella están los sitios sagrados y ceremoniales que se tienen que respetar; siendo los mismos: las rocas, ríos, montañas, plantas, animales que dan vida y los espíritus que dan forma a la visión del mundo.
- La tierra no se explota, no se negocia, no se vende, porque con ello se acaba con su espíritu y con su esencia, y por ello no se puede permitir que se le extraigan y utilicen sus recursos para patentarlos; y privatizar sus frutos de vida acabando con su biodiversidad.
- Se tienen que defender con honor y dignidad los recursos de la naturaleza; la cual no es producto de los hombres. Ellos nos los dejaron para servir, cuidar y administrar la vida natural y no para agotarla, venderla o permitir que sea expropiada.
- El mundo ha sido testigo de la lucha por mejorar la vida. Se ha logrado mejorar e innovar en términos de cultura material e inmaterial; se han recuperado saberes y tecnologías autóctonas, que fueron acumuladas de generación en generación y que hoy dan fe de su identidad y existencia.

Es fundamental el deber y derecho de conservar, proteger y mejorar los procesos de identidad cultural, de defender la diversidad de la naturaleza, lo mismo que la sabiduría de los conocimientos ancestrales e innovaciones colectivas de Guatemala.

Por todo lo anterior, para proteger los conocimientos tradicionales del derecho indígena, es de importancia:

- Que nadie pueda utilizar sus pensamientos para ponerlos en contra de la comunidad indígena, con el objeto de sacar ventajas y provechos ajenos a los intereses colectivos. No se tiene que permitir la presencia de investigadores que van en busca de datos; inventarios y conocimientos dentro del territorio de la república para luego llevárselos o ayudar a otros a que los quiten.
- Se tiene que ejercer el derecho a defender, proteger, decidir, repatriar y potenciar todos los recursos existentes en el territorio, que no sean objeto de actividad alguna.
- La prohibición de todo acto de uso, abuso, robo, apropiación, contaminación de biodiversidad nativa por transgénicos, patentes, licencias, o cualquier otra acción que se realice sin la autorización expresa del gobierno de Guatemala, ya que se cuenta con el derecho exclusivo no sólo sobre el patrimonio cultural y arqueológico, sino también sobre el idioma y las tradiciones ancestrales; lo mismo que sobre los conocimientos colectivos ancestrales. Sea que se trate de medicina y medicamentos ancestrales, arte ideográfico, sobre prácticas de sanación y curación, semillas nativas, sistemas agrícolas de producción, transformación alimentaria, formas de conservación y consumo, valores genéticos; biodiversidad y manejo de los recursos biológicos y naturales.

Muchos pueblos indígenas han realizado pronunciamientos similares. Para la protección de los pueblos indígenas, es de importancia que se opte por los sistemas propios y ancestrales de los mismos; es decir, sobre la base del derecho consuetudinario y las prácticas culturales propias; permitiendo así que las comunidades tengan una mayor consolidación de sus estructuras tradicionales internas.

Siguiendo esta línea epistemológica y conceptual de la declaración de un pueblo indígena de base, al que se ha hecho referencia, mediante las comunidades existentes en el país y articulando la importancia del rol del derecho consuetudinario para la protección de los conocimientos tradicionales, se tiene que señalar la importancia de los aspectos de su naturaleza y fundamentos de derecho consuetudinario; que deben ser tomados en cuenta para su reconocimiento:

- Permanencia en el tiempo y espacio, ligado a la identidad cultural de los pueblos indígenas
- Práctica que fomenta la reciprocidad en cuanto al intercambio de bienes, servicios y los conocimientos al interior de las comunidades.
- Legados del conocimiento, mediante el derecho consuetudinario, los cuales transmiten intergeneracionalmente los conocimientos tradicionales.
- Vigencia de normas culturales propias y en constante adecuación, que hacen posible la conservación y uso de los recursos biológicos.
- Reciclaje cultural en las propias comunidades, a través de todo un sistema de saberes articulados a la cosmovisión indígena.

- Manejo adaptativo de sistemas, que se relacione con la administración de conocimientos y recursos naturales que guardan sinergia con la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas.
- Sistema de saberes originados en la ley de origen, el derecho propio o natural llamado derecho indígena.

Precisamente la naturaleza del derecho indígena enraizado en lo más profundo de la cosmovisión de los pueblos indígenas, ha hecho posible que por generaciones se siga adaptado y mejorado especies vegetales y animales.

El proceso de adaptación de especies biológicas continúa y se prolonga hasta el presente. En este sentido, las sociedades indígenas continúan aportando a la humanidad plantas alimenticias, medicinales, plantas colorantes, oleaginosas, fibras; y conocimientos sobre parientes silvestres de estas especies.

No se debe olvidar que los indígenas aportaron al mundo importantes alimentos y medicamentos tales como: tabaco, papa, coca, caucho, yuca, algodón, quinua, numerosas variedades de maíz, achiote, maní, ají pimiento, cacao y quinina.

A pesar de estos aportes relevantes que los pueblos indígenas han realizado, existe otra realidad que debe ser vista: algunos pueblos indígenas sufren un franco período de deterioro de sus conocimientos tradicionales; ocasionado por agentes externos de toda índole, especialmente por impactos ambientales, sociales y económicos.

A lo anotado, se suma la acelerada pérdida de la diversidad biológica, debido a la amenaza constante en contra de la integridad de los territorios indígenas y las áreas de protección; causada principalmente por parte de las industrias extractivas.

Como efecto inmediato, el proceso de deterioro cultural en las comunidades indígenas es muy fuerte y cada vez más las nuevas generaciones están dejando de ser receptoras de la transmisión intergeneracional; de los conocimientos tradicionales. De allí la importancia de preservar, recuperar y proteger los conocimientos tradicionales; como los relacionados con la biodiversidad a través de políticas, estrategias y prácticas que contemplen medidas como el incentivo a la conservación y el uso sostenible de los recursos de la biodiversidad, la libre práctica de la medicina tradicional, la consolidación de los territorios indígenas y de las formas de organización tradicional, el respeto al gobierno propio y el derecho consuetudinario; así como las diferentes manifestaciones de la expresión cultural de los pueblos indígenas.

En definitiva, se puede afirmar que el derecho consuetudinario, por su naturaleza, contiene un complejo cultural muy amplio, de elementos que pueden contribuir de manera sustantiva a la protección integral de los conocimientos tradicionales; desde la propia vivencia de los pueblos indígenas y comunidades locales; ya que el derecho consuetudinario se ha dicho que es todo un sistema de saberes que son parte del derecho indígena.

Por tanto, en un esfuerzo orientado a proteger los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales, es ineludible tener presente la naturaleza descrita de este derecho, que sincroniza perfectamente con los siguientes elementos intrínsecos de los conocimientos tradicionales:

- Su carácter colectivo.
- Su vínculo imprescindible con la identidad y la territorialidad indígena.
- Su carácter inalienable e imprescriptible.
- El sistema de conocimiento indígena no puede expresarse solamente con palabras.

- Está estrechamente vinculado con las leyes de origen y el derecho propio, mayor o indígena.
- Van más allá de lo escrito en los códigos y leyes del derecho positivo, pues existen desde antes de la conformación de los Estados nacionales.
- El conocimiento tradicional no es estático. Las innovaciones son parte del proceso evolutivo de los pueblos indígenas.
- Sus expresiones no persiguen un fin económico y comercial, sino que adquieren connotación por su valor representado para los pueblos indígenas.
- El conocimiento tradicional como patrimonio de los pueblos indígenas y como ejercicio de su vida creativa es parte de los derechos humanos fundamentales y del ejercicio a la libre determinación.

Siendo así, se puede afirmar que hay conocimientos que son parte ineludible de la especificidad cultural de los pueblos indígenas, como los relacionados con la espiritualidad; y éstos no deben entrar al mercado ni deben ser protegidos mediante las costumbres de las comunidades indígenas.

Tampoco tienen que buscarse normas que conlleven a crear una cultura económica, puesto que lo espiritual no es cuantificable; ni está concebido para ser llevado al mercado.

El autor Jorge Solares, señala que: “Existe una gran diversidad de prácticas asociadas a los conocimientos tradicionales y a la vez, una gran diversidad de pueblos indígenas culturalmente diferenciados. La codificación artificial de estas costumbres puede resultar en la imposición de una uniformidad sobre las sociedades indígenas, las cuales no se han regido por códigos escritos; adicionalmente, la inserción en el derecho positivo puede coartar su proceso evolutivo y de innovación propia”.²¹

3.4. Regulación constitucional de las comunidades indígenas en Guatemala

La Constitución Política de la República Guatemala, regula los derechos de las comunidades indígenas, en los siguientes Artículos:

²¹ Solares. **Ob. Cit.** Pág. 49.

El Artículo 66 preceptúa que: “Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

El Artículo citado, reconoce que el país se integra mediante diversos grupos étnicos; pudiéndose encontrar entre los mismos a los grupos indígenas de ascendencia maya. Además, el Estado guatemalteco, es el encargado del respeto, promoción y reconocimiento de sus distintas formas de vivir, de sus tradiciones, formas de organizarse, costumbres y de la utilización del traje indígena; dialectos e idiomas.

El Artículo 67 regula lo siguiente: “Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectiva de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de protección especial del Estado, de asistencia crediticia y de técnica preferencial, que garanticen su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes su posesión y desarrollo, a fin de asegurar a todos los habitantes una mejor calidad de vida.

Las comunidades indígenas y otras que tengan tierras que históricamente les pertenecen y que tradicionalmente han administrado en forma especial, mantendrán ese sistema”.

El Artículo citado, señala la importancia de la protección de las tierras de las cooperativas y de las cooperativas agrícolas indígenas, ya que las mismas tienen que gozar de protección especial que proporcione el Estado guatemalteco, relativa a una adecuada técnica y asistencia para su protección y desarrollo, con la finalidad exclusiva de garantizar una debida calidad de vida. Además también señala que, las comunidades indígenas, así como también otras que tengan tierras históricamente y las cuales han administrado de manera especial; tienen que mantener el sistema.

El Artículo 68 regula que: “Mediante programas especiales y legislación adecuada, el Estado proveerá de tierras estatales a las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo”.

La cita anterior de la Constitución Política vigente en Guatemala señala que a través de programas especiales y de legislación acorde, el Estado guatemalteco se encargará de proporcionar tierras estatales a las comunidades indígenas; que tengan necesidad de contar con las mismas para su debido desarrollo.

El Artículo 69 regula lo siguiente: “Las actividades laborales que impliquen traslación de trabajadores fuera de sus comunidades serán objeto de protección y legislación que aseguren las condiciones adecuadas de salud, seguridad y previsión social, que impidan el pago de salarios no ajustados a la ley, la desintegración de esas comunidades y en general todo trato discriminatorio”.

De la lectura del Artículo antes citado, se determina que las actividades de trabajo que signifiquen la traslación de los trabajadores fuera de sus comunidades son objeto de protección y de legislación, y las mismas tienen que encargarse de asegurar las condiciones adecuadas de salud, de seguridad y de previsión social y que limiten el pago de sueldos no acordes a las normas, así como la desintegración de las comunidades y cualquier trato discriminatorio existente.

3.5. El derecho consuetudinario de las comunidades indígenas

En lo que respecta al caso particular de Guatemala, cabe manifestar que los estudios correspondientes al complejo normativo pre-existente del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas 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 existente, lo que induce a la tarea fácil de acomodo, de la imitación y de la importación de un pensamiento social, económico y jurídico diferente al guatemalteco; a la propia mentalidad, y a la idiosincracia.

En Guatemala después de un largo proceso histórico, en vez de conseguirse la unidad nacional, se profundiza la antinomia social entre un grueso sector de la población, representando por el campesinado y un pequeño sector que conforman la minoría; sin embargo, constituyen la única población válida, política y económicamente conforme

Se perfila con ello, el problema indígena con nítida significación en el cuadro social, político, económico y nacional, por la falta de recursos materiales para su desarrollo, es por su débil potencial humano, urge por lo tanto como condición necesaria realizar estudios serios de la realidad polifacética en que se desenvuelve, preferentemente del sector indígena del que se tiene poco conocimiento y al que hay que asistir con prioridad, si es que se quiere contar con una población vigorosa; la cual es la base del desarrollo económico nacional.

Es por lo antes anotado que, uno de los aspectos que tiene que merecer especial cuidado, por la originalidad de la concepción indígena, es el referente al conjunto de normas tradicionales que viene a constituir; en definitiva, su derecho consuetudinario.

Este elemento, regulatorio de la vida y comportamiento indígena, ha sido olvidado a menudo, pese a que la comprensión de su complicado mecanismo puede arrojar satisfactorios resultados en la sustitución de sus patrones culturales por otros, o, el perfeccionamiento de los mismos, acorde al desarrollo socio-económico del mundo contemporáneo.

Los indígenas utilizan usos, prácticas tradicionales, normas de comportamiento e instituciones jurídicas en su diario vivir; en fin, constituyen un complejo cultural propio, extraño al derecho positivo que impera en Guatemala. De ahí que las garantías penales y constitucionales resulten poco prácticas en la regulación de la vida y comportamiento indígena.

Todo esto debido a que la legislación común ha omitido considerar la serie de normas consuetudinarias que constituyen el soporte de las actividades sociales, políticas y económicas de los indígenas.

Es cierto que el legislador, dado el analfabetismo, la pobreza ostensible del indígena disminuido, ha dictado dispositivos que atenúan su responsabilidad. Pero estas previsiones no han resultado efectivas, ya que ha aumentado la criminalidad en el país. 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.

CAPÍTULO IV

4. La aplicación de justicia en las comunidades indígenas

El sistema de administración de justicia es una de las instituciones fundamentales en cualquier sociedad porque cumple por medio del derecho, la función tradicional y esencial de asegurar la coexistencia pacífica de toda comunidad organizada, armonizando las actividades de sus miembros, y porque le corresponde la misión de poner en práctica este objetivo solucionando en forma imparcial, justa y rápida los conflictos que puedan surgir entre los individuos o entre éstos y el Estado; como consecuencia de la vida en comunidad.

Ello es cierto, con respecto al sistema de administración de justicia considerado en su conjunto, y también lo es e incluso, más en lo que atañe al subsistema penal, cuya finalidad fundamental es la de resolver los conflictos individuales y sociales más graves; es decir, aquéllos derivados de la comisión de un delito.

Los sistemas penales presentan importantes deficiencias tanto en sus estructuras como en su funcionamiento. Las reformas ocasionales de que son objeto suelen ser parciales, derivadas del surgimiento de nuevos códigos, del incremento en el número de tribunales o en el personal de éstos, de la adquisición de equipos o bibliotecas y se realizan sin considerar al sistema de administración de justicia como un conjunto.

Para poder alcanzar su principal objetivo, consistente en colaborar con los gobiernos del área en la promoción de sistemas de justicia accesibles, independientes, justos y eficientes, dentro de un marco de respeto absoluto por los derechos humanos, y para poder conseguir una mejor planificación en la región de sus programas de investigación, capacitación, asistencia técnica y documentación, el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) inició un proyecto regional para el mejoramiento de la administración de justicia.

Para la realización del estudio guatemalteco, se conformó un equipo de profesionales del país integrado por historiadores, juristas, antropólogos y científicos sociales, quienes después de haber elaborado una metodología de trabajo que garantizara la obtención de los objetivos propuestos, efectuaron la investigación, cuyos resultados fueron publicados en forma de un informe final sobre la administración de justicia, que estableció la aplicación de la justicia en las comunidades indígenas por su propia mano.

Hasta ahora no se ha realizado ningún estudio jurídico-antropológico de carácter general sobre la administración de justicia y las comunidades indígenas en Guatemala. Aunque algunas investigaciones han compilado la documentación jurídica que afecta a los naturales y recogido evidencias históricas sobre la desigualdad étnica ante la ley y la incomprensión de los indígenas ante las normas legales; no existen trabajos que aborden el tema de la administración de justicia a partir de las concepciones y experiencias vividas por los miembros de los grupos étnicos del país.

Ello, es de una importancia capital en un país donde la población indígena representa la mitad de la población total. Por esta razón, es fundamental llevar a cabo un estudio exploratorio sobre este problema, utilizando las técnicas de observación, y métodos de investigación apropiados y dirigidos por personas claves en los cuatro grupos indígenas mayoritarios como lo son: Mam, Quiché, Cakchiquel y Tzutuhil.

El autor Elicinio Torres Mayorga, señala que: “Teóricamente, cualquier investigación sobre este tema tiene que abarcar por lo menos dos grandes ámbitos; como lo son: la existencia de un sistema propio y el funcionamiento del sistema formal oficial cuando el usuario es un natural perteneciente a uno de los distintos grupos étnicos del país”.²²

La mitad de la población total es indígena y está concentrada en el occidente del país, donde viven numerosos grupos étnico-lingüísticos; principalmente de la agricultura.

Los indígenas de Guatemala han estado tradicionalmente marginados de los procesos de desarrollo. Desde la conquista hasta la actualidad, han sido objeto de opresión y aislamiento; lo que ha acentuado su poca disposición a los cambios tecnológicos y sus patrones de ocupación.

La posesión de la tierra siempre ha estado asociada no sólo a la subsistencia sino también a su sistema de creencias. El cultivo de la milpa es el foco principal de una cosmogonía siendo la misma la creencia y fe en un determinado cultivo y según la cual

²² Torres Mayorga, Elicinio. **Administración de justicia y pueblos indígenas**. Pág. 20.

este producto está dotado de vida y provee de comida y de bienes. Así pues, la tierra es el asiento de su identidad.

El Estado no ha promulgado normas específicas para los grupos indígenas del país. Se sigue manteniendo el principio de la universalidad del derecho; aunque su aplicación adquiera connotaciones especiales cuando sus destinatarios son los naturales.

En la mayoría de las cabeceras municipales, los litigios son resueltos en los juzgados de paz y de instancia; en cambio, en los cantones y caseríos parece funcionar un sistema distinto; basado en las costumbres del grupo y en las jerarquías patriarcales. La persistencia de tales costumbres se debe a la inaccesibilidad de ciertos lugares y a la distancia entre numerosas aldeas y los municipios.

En las regiones étnicamente homogéneas, el principal actor de la justicia es el alcalde y, cuando no lo hay; el alcalde auxiliar. En otras zonas, suelen intervenir diversos actores, siendo los más importantes, por orden de importancia, el cura párroco quien imparte justicia informal con respecto a cuestiones civiles tales como matrimonios, nacimientos y defunciones, los pastores y ministros protestantes, los comandantes de las bases militares y los comisionados militares sobre todo en las regiones conflictivas y en materia penal y; los principales, esencialmente en las comunidades donde el poder está desdoblado en alcaldías indígenas y ladinas.

Así pues, se recurre poco a los juzgados, por no estar familiarizados con ellos y no conocer al juez; salvo cuando se trata del alcalde-juez de paz. En numerosos casos se necesitan intérpretes, aunque éstos son mal vistos por cambiar el sentido de las declaraciones prestadas. Los jueces, casi todos ellos ladinos, no parecen prestar gran atención a los asuntos planteados por los indígenas; a quienes se les hace esperar hasta que se solucionen los litigios de los ladinos.

Los jueces y los abogados han tenido poca oportunidad de tratar profesionalmente con los indígenas. Otra de las razones por las que no se recurre al sistema formal, es la corrupción existente en él; los indígenas estiman que los pleitos se solucionan a favor del que pague mejor. No sólo se soborna con dinero, sino también mediante obsequios e incluso, en el caso de las mujeres, con favores sexuales.

En la mayoría de los casos se prefiere solucionar los conflictos por la vía de la conciliación, y únicamente cuando se han agotado las instancias informales o cuando se trata de un caso grave o delicado se recurre a los juzgados de paz o de instancia.

La imagen que los indígenas tienen de la justicia es vaga y negativa. Para ellos la noción de justicia es sinónimo de igualdad, imparcialidad, respeto de las libertades y derechos ajenos, elementos que, como se sabe, conforman tal concepto en la doctrina universal.

Sin embargo y con la excepción de los organismos y procedimientos existentes en su región, los naturales desconocen en general las instituciones jurídicas oficiales, lo que no les impide emitir juicios bastante negativos sobre los principios y el funcionamiento del sistema formal.

4.1. Prácticas tradicionales de justicia

Las prácticas tradicionales de justicia parecen haberse perdido en los últimos tiempos, conservándose únicamente hoy día fragmentos normativos del pasado, especialmente en las aldeas y caseríos aislados y alejados de las cabeceras municipales.

Las principales causas de la pérdida de tales prácticas se debe en gran parte a la desaparición de la cosmogonía tradicional consistente en la costumbre y fe a cosechas un determinado producto y al constante hostigamiento de la cultura nativa. Así pues, parece ser que más que un sistema paralelo de justicia, existen modalidades o estilos diferentes de hacer justicia. Además, y sin perjuicio de las deficiencias señaladas, los indígenas entrevistados reconocen el carácter universal de la justicia que actualmente se les aplica; así como la legitimidad del juez de paz y de los juzgados oficiales.

Con respecto a este tema, la mayoría de los actores del sistema de justicia consideran que debe existir un sistema homogéneo para todo el país, aunque se estima que tal sistema debería presentar especificaciones que tuvieran en cuenta la idiosincrasia de la

población indígena. Además, jueces y abogados parecen opuestos a la idea de conceder facultades judiciales a las autoridades locales.

A pesar de que los derechos civiles y políticos son los derechos que han sido objeto de mayores reivindicaciones por parte de los Estados modernos, siguen siendo motivo de preocupación en la mayoría de los países de la región centroamericana.

En Guatemala, esta situación es particularmente alarmante ya que la seguridad personal y jurídica de las personas frente a actos arbitrarios de agentes del Estado, no está garantizada; a pesar del discurso de reconocimiento y promoción de los derechos humanos adoptados por el gobierno.

Tanto la seguridad pública, como el sistema de procuración y administración de justicia son asuntos centrales en el grave problema de violaciones a los derechos humanos que se vive en Guatemala. Los sistemas no cumplen con los objetivos para los cuales fueron creados y vale la pena cuestionarse si esto se debe sólo a fallas de los mismos o a problemas estructurales que tienen que ver con los intereses que los rodean.

La deficiencia de las instituciones encargadas de procurar justicia y seguridad no se debe a cuestiones aisladas o a la simple permanencia de una cultura de violencia policíaca y abuso de poder; sino que por lo general responde a intereses institucionales y políticos, que dejan a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y a los

acusados de delitos conjuntamente en un segundo lugar frente a la necesidad de resultados; y a la defensa de la imagen pública de las instituciones.

“El carácter sistemático de violaciones graves a los derechos humanos como las ejecuciones, desapariciones, detenciones arbitrarias, tortura y tratos crueles inhumanos o degradantes, la violación al derecho a la protección judicial, entre otros, es favorecido por el mantenimiento de prácticas violatorias institucionalizadas, así como por la impunidad generalizada de los responsables”.²³

En el país, es común la existencia de problemas que generan los órganos de procuración de justicia, y a ello se suma la actuación de tribunales, la cual sigue caracterizada por la pasividad; la arbitrariedad y el encubrimiento de prácticas violatorias a los derechos humanos perpetradas por las autoridades investigadoras. Las cárceles están llenas de personas de escasos recursos, en muchos casos inocentes, mientras que las personas que tienen dinero para defenderse; por lo general pueden evadir la acción de la justicia. El argumento de la defensa del estado de derecho y la aplicación de todo el peso de la ley, se utiliza en contra de quienes defienden sus legítimos intereses y en contra de quienes se oponen a las arbitrariedades del Estado, pero no así contra quienes por su posición de poder económico, político o social; violan flagrantemente la ley y los derechos humanos.

²³ **Ibid.** Pág. 24.

4.2. Aplicación de justicia en las comunidades indígenas por su propia mano

Las comunidades indígenas aplican justicia por su propia mano, lo cual es una práctica que no debe de ocurrir en el país, y que debe de ser analizada por el Estado guatemalteco tomándose las medidas y mecanismos necesarios para una debida aplicación de justicia basada en el principio de legalidad.

Uno de los elementos generalizados en América Latina en los últimos quince años es el reconocimiento de los Estados naciones como entes multiculturales y multiétnicos.

El reconocimiento del derecho consuetudinario indígena, o sea de las autoridades, normas y prácticas legales de los pueblos indígenas, es un elemento esencial para ampliar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Esto puede contribuir a una mayor identificación de la población con el sistema judicial y por lo tanto aumentar la legitimidad del mismo.

En Guatemala, el reconocimiento del derecho consuetudinario fue estipulado en los Acuerdos de Paz y a pesar del rechazo de la reforma constitucional en la consulta popular en mayo de 1999, los compromisos del Estado para reconocer el derecho consuetudinario siguen vigentes; tanto en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) como el Acuerdo sobre la Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

El reconocimiento del derecho consuetudinario es una forma de garantizar la participación comunitaria en el diseño de un nuevo sistema de justicia nacional, lo anterior se vincula con la posibilidad históricamente marginada de que el sistema de justicia se pueda apropiarse de él.

Es fundamental la modernización del estado de derecho en su conjunto, debido a que abre la posibilidad de reducir la distancia geográfica; económica y cultural que existe entre la mayoría de la población y el sistema de justicia nacional. El punto más importante no es la búsqueda de un sistema de derecho indígena auténtico, sino más bien lograr una respuesta creativa de las comunidades ante la falta de una justicia estatal adecuada y también promover la elaboración y reforzamiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en otros contextos legales. Estos elementos tienen que ser incorporados en el sistema judicial en su conjunto, ya que el énfasis casi exclusivo en la sanción punitiva al castigo que caracteriza el actual sistema de justicia puede más bien constituir un atraso. En varios casos de naturaleza familiar, laboral o incluso penal, la mediación y las medidas alternativas pueden ser una opción preferible; más justa y eficaz.

Es de tanto interés el tema relativo al conflicto entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, que en años recientes los acuerdos internacionales para reconocer los derechos de los pueblos indígenas han sido elaborados con derechos especiales y un multiculturalismo. De cierto modo, esto ha implicado un desafío al universalismo de los derechos humanos y la idea de una estricta igualdad ante la ley.

Los enfoques multiculturalistas cuestionan la influencia de los grupos culturalmente dominantes y proponen el reconocimiento especial de derechos culturales y étnicos previamente excluidos.

“En la práctica los derechos indígenas y los derechos humanos no están separados sino entrelazados. Los derechos humanos no son algo fijo, sino que su forma y contenido están siendo constantemente negociados en contextos históricos y sociales específicos”.²⁴

En general se acepta, que los pueblos indígenas deben tener autonomía para elegir a sus autoridades y para definir sus propios procedimientos legales, siempre y cuando exista respecto a los derechos humanos. Esto se refiere esencialmente al respeto de los derechos de participación y a la diferencia de los miembros de las comunidades indígenas. Cuando exista un conflicto entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos; éste debería ser analizado por un foro judicial intercultural.

Los derechos humanos nacen para proteger a la persona frente al Estado de las arbitrariedades; de los agentes estatales. Los mismos se encargan de garantizar aquellos derechos inherentes a la persona misma por el simple hecho de ser persona, y los mismos cuentan con las siguientes características:

- Inconmutabilidad: Los derechos humanos no pueden sufrir transformaciones.
- Inembargabilidad: No pueden ser embargables.

²⁴ **Ibid.** Pág. 26.

- Inalienabilidad: Los derechos humanos cuentan con autonomía.
- Indivisibilidad: No pueden ser divididos.

El término derecho consuetudinario se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente; que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias.

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 y procedimientos.

Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este 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.

Se denomina derecho consuetudinario, a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica en los pueblos conquistados o políticamente subordinados. Es el derecho de una manifestación social, producto de la cultura.

Si el derecho es un producto cultural, o la intuición que tienen los seres humanos de imaginar un orden acorde a su propia cosmovisión; para el pueblo maya su derecho entonces se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en la

que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz un signo sagrado en su cultura; además, de una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes; es una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales.

El pensamiento en el derecho indígena, se fundamenta de la siguiente forma: el derecho indígena es el instrumento de las relaciones sociales que se apoya en la escritura y la oralidad y no sólo para resolver conflictos entre humanos sino también los del hombre y la naturaleza. En este sentido el derecho consuetudinario es el resultado de una visión global de la existencia, donde todo está relacionado.

Desde la doctrina positiva, existen tres clases de costumbre, siendo las mismas las siguientes:

- Costumbre según la ley;
- Costumbre fuera de la ley;
- Costumbre contra la ley.

La primera es aquélla que realiza una constante aplicación de la norma legal, sin contradecir sus exposiciones y ajustándose a su letra.

La costumbre fuera de ley tiene como objetivo, el corregir los errores o deficiencias que presenta la norma legal. Debe prever aquello no previsto por la ley.

La última es aquélla que puede derogar la ley perjudicial.

De acuerdo a esta clasificación el derecho como realidad socio-jurídica es en la clasificación de costumbre contra ley, es decir es un derecho clandestino que en estas sociedades o comunidades derogan la ley perjudicial, el derecho estatal.

Lo antes anotado, puede ser por diferencia y deficiencia del derecho estatal o la resistencia de las comunidades indígenas por conservar su cultura, de allí la necesidad de establecer normas que tiendan al respecto de este derecho como parte de la identidad de los pueblos indígenas y de políticas pluralistas.

La doctrina exige dos condiciones para que pueda hablarse de la costumbre como materia de derecho consuetudinario:

Elemento objetivo: es aquél que está constituido por la práctica, la actuación; o la exteriorización de un acto o conducta.

Elemento subjetivo: Es aquél que está constituido por la convicción de que la práctica consuetudinaria es lo mejor para obtener la convivencia de la comunidad indígena. La doctrina la denomina *opino juris*.

Características del derecho indígena:

- Oral: porque es un derecho que esta comprendido dentro del derecho no escrito.
- Constante: porque es un derecho que está integrado por un conjunto de normas que se originan del uso prolongado.

- Positivo: porque es un derecho que se practica en la realidad.
- Vigente: porque es un derecho que se encuentra en vigor. En las comunidades rurales la costumbre jurídica ocupa el lugar de la ley.
- Conciliatorio: porque la autoridad del derecho indígena dirime los conflictos entre los vecinos.
- Imparcial: porque la autoridad comunal resuelve los problemas jurídicos consuetudinarios en forma equitativa, razonable y justa.
- Dinámica: porque la mayoría de los casos jurídicos consuetudinarios se resuelven en una sola audiencia.
- Cambiante: porque es un derecho que se transforma constantemente, precisamente porque no está codificado.
- Gratuito: porque es un derecho no costoso, ya que las partes no gastan en papelería ni honorarios.
- Discrecional: es decir que los usuarios del derecho consuetudinario tienen la libertad o facultad de elegir a la autoridad consuetudinaria o a las autoridades judiciales reconocidas expresamente por la ley para la solución del conflicto.
- Inveterado: porque es un derecho que está arraigado en la conciencia colectiva de la comunidad indígena.
- Voluntario: porque no es obligatorio que la víctima acuda a las autoridades que aplican el derecho indígena, pero por costumbre se someten a ellas.

4.3. La justicia penal y la diversidad cultural

Es de importancia el análisis de la justicia penal en lo relacionado con la diversidad cultural del país, para que se respeten los derechos humanos de las comunidades indígenas.

Al hacer referencia a la justicia penal, se hace referencia a la pena, y por ende, a la administración de justicia, la cual responde al enfrentar al conflicto social y a la violencia social de la sociedad guatemalteca.

“En la antigüedad, existieron hechos sociales de juicio y de castigo dentro de un contexto sociocultural definido, consistente en la cultura maya de la época clásica. O sea, el fenómeno del castigo es, entonces un fenómeno eminentemente cultural”.²⁵

Inicialmente la forma de resolver los conflictos, se encontraba culturalmente establecida y pudo haberse originado entre las partes en conflicto. O sea, que en la solución del mismo tenían intervención, tanto el ofendido como también el ofensor, los cuales involucraban no solamente a los actores originales, sino que también a sus familias y a su conformación social.

²⁵ **Ibid.** Pág. 27.

También, los enfrentamientos eran de distinta índole, inclusive el más fuerte frente al débil. Ello, se observa en el Estado actual, como una organización jerárquica o estructurada; pero especializada en el castigo.

Los tribunales de justicia, la policía y los jueces son especialistas que buscan la resolución de conflictos o bien buscan la forma de su resolución. La justicia penal, consiste en una forma cultural de enfrentar un conflicto, sea éste un delito, el cual sería el original del conflicto y una violencia que es la pena, la cual implica de manera definitiva un uso del dolor; de un uso de violencia.

Las relaciones entre la justicia penal y la diversidad cultural se tienen que abordar desde la perspectiva histórica de la justicia penal. La justicia penal, como fenómeno cultural, se expresa como un fenómeno de castigo; para castigar a las personas a través del ejercicio del poder.

La situación actual del sistema de justicia en las comunidades indígenas guatemaltecas es un problema que debe analizarse para que no se violen los derechos humanos de las comunidades anotadas y se permita a su vez la resolución de conflictos derivados de la diversidad cultural en Guatemala.

Es fundamental, que el derecho indígena avance en su reconocimiento, en su aplicación, y en la recuperación misma de las comunidades indígenas, debido a que tal y como ha ocurrido en el caso de Guatemala; se ha perdido debido al conflicto armado

con la destrucción de las comunidades indígenas y el desplazamiento de las autoridades por parte del ejército. Las patrullas de autodefensa civil se impusieron y trataron de darle una solución a los problemas, a través de medios militares en lugar de los medios a los cuales se encontraban acostumbradas las comunidades indígenas.

Actualmente existen dos mecanismos de coordinación entre los dos sistemas de justicia de Guatemala. O sea, uno oficial, el cual es reconocido constitucionalmente y jurídicamente y el otro que se encuentra en desventaja debido a su no reconocimiento, pero que se práctica en el país; cuando se toma justicia por las mismas manos de las comunidades indígenas.

El medio social guatemalteco, es bastante discriminatorio y racista, y en el mismo la Constitución Política de la República de Guatemala es eminentemente discriminatoria y racista en su totalidad. A pesar de que en la Constitución vigente hay varios Artículos que efectivamente reconocen la existencia de grupos de ascendencia maya, no se reconoce al pueblo maya, ni garífuna; ni xinca.

4.4. Coordinación en el sistema de justicia

Para poder coordinar acciones y políticas entre un grupo, entre una sociedad y entre las comunidades indígenas, tiene que existir igualdad entre los dos sistemas de justicias existente; como lo son el formal y el empleado por las comunidades indígenas al tomar por propia mano el cumplimiento de la justicia.

Cuando uno de los dos sistemas se encuentra débil frente al otro, es lógico que no existe ninguna posibilidad de coordinación, situación en la cual se encuentra el país en la actualidad; debido a que es imposible plantear una coordinación inmediata entre los dos sistemas de justicia, al estar en un proceso de destrucción del tejido social y de comenzar a practicar profundamente el derecho maya o sistema de justicia maya como también se le denomina.

La igualdad jurídica de los dos sistemas supone, que se encuentra reconocido el derecho constitucional, legal y jurídico. En el caso de Guatemala, se tiene que reconocer si es derecho maya, si es derecho consuetudinario, o si es costumbre.

Cuando en el país se comenzó a plantear la existencia de un derecho maya o del derecho consuetudinario o de la costumbre, de manera inmediata existió gente que escribió en los medios de comunicación de mayor difusión y se expuso mediante autoridades encargadas de impartir justicia que: las comunidades indígenas lo que buscan es hacer un territorio dentro del mismo Estado y por ende; ello es imposible.

Debido a lo anotado, la Defensoría Maya ha planteado la estrategia de la recuperación, sistematización y poner en práctica la experiencia con la cual cuentan las autoridades de las comunidades indígenas para solucionar los problemas de los mismos. La Defensoría Maya trabaja en la sistematización de las experiencias del sistema de justicia maya, de las autoridades, de los mecanismos de solución, de los pasos de

intervención en la solución de los problemas, de la filosofía del sistema de justicia de las comunidades indígenas; de las normas y principios.

En el caso del derecho maya o el sistema de justicia maya, la coordinación del sistema de cooperación del sistema formal y el anotado, tiene lugar cuando existe voluntad de las partes y se someten a una resolución. Se les da la opción del diálogo y de la conciliación entre las partes, ya que de lo contrario, no existe la posibilidad de solución.

Es importante tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario, por lo que en Guatemala existe presión por parte de la Corte Suprema de Justicia en lo relacionado con el mantenimiento de las costumbres y formalidades.

En materia procesal, el tema de la justicia bilingüe es fundamental. Lo mínimo que puede exigir un indígena es un traductor, que no debe ser el del tribunal, sino su traductor debido a que es su derecho de defensa. El mismo, tiene derecho a que una persona de confianza le traduzca.

En el tema relacionado al derecho de defensa de las comunidades indígenas, no solamente que el juicio se desarrolle en su idioma es lo fundamental. Las actas también tienen que ser traducidas, y el juicio debe ser realizado en el idioma de la comunidad, debido a que el juicio oral permite el acceso no solamente para la persona que está siendo procesada; sino que también el de la comunidad. La comunidad cuenta con el derecho a controlar culturalmente su proceso.

4.5. Análisis de la aplicación de justicia en las comunidades indígenas

Los linchamientos son producto de la falta de aplicación de la justicia, identificada como disfuncional en diversos aspectos: la tardanza, el costo, la falta de conocimiento del idioma, su politización, la aplicación desigual y marcada por el racismo y discriminación social. Todo ello crea un clima de desconfianza e incertidumbre, el cual se alimenta de ideas y concepciones militaristas, como lo son la violencia, la venganza, la desconfianza, la prepotencia, el sexismo, los cuales han sido heredados de la militarización.

Diversos son los caminos por recorrer por parte de los pueblos indígenas, para hacer énfasis y aportar ideas para la creación de normas jurídicas en su beneficio y reflexiones sobre las temáticas; mecanismos y propuestas a seguir para solucionar la problemática actual.

Se necesita además, capacitar adecuadamente a los operadores del sistema de justicia guatemalteco, para que se pueda mejorar el desempeño al interior de las comunidades indígenas, partiendo de la comprensión de su cultura, de su contexto y de su idioma. La posibilidad de una participación real de los pueblos indígenas en la debida administración de justicia se tiene que alcanzar para vivir en un estado de derecho, donde impere la democracia.

En Guatemala, es urgente llevar a cabo discusiones profundas, generadoras de soluciones a la problemática de las condiciones de seguridad actuales de las comunidades indígenas, desde un enfoque integral que abarque los diversos aspectos que los lesionan; así como también la reflexión de la participación adecuada de las organizaciones indígenas cuando las mismas ingresan a la justicia oficial.

Es fundamental, el papel que desempeñan las autoridades del gobierno guatemalteco, que se encargan de proporcionar la seguridad y aplicar la justicia del país, debido a que de no ocurrir ello, se propicia un ambiente de muertes entre hermanos, el cual es producto de un Estado con un sistema de justicia ineficaz; que permite que las comunidades indígenas guatemaltecas tomen justicia por sus propias manos.

Actualmente, las comunidades indígenas aplican la justicia por su propia mano, debido a que el sistema de justicia penal en el país no es eficiente y no sanciona a los responsables de la comisión de delitos en contra de este sector poblacional tan vulnerable, siendo las prácticas de aplicación de justicia anotadas no legales, debido a que el Estado es el único y exclusivo ente encargado de la potestad relativa a la aplicación de justicia en Guatemala.

CONCLUSIONES

1. El reconocimiento de las comunidades indígenas y la justa aplicación de justicia en Guatemala, son de importancia debido a que solucionan de manera eficaz los problemas del desarrollo y consolidación de los criterios de la aplicación de justicia en el país derivados del respeto de los derechos humanos cuando aplican la ley y que no permiten las prácticas comunitarias.
2. Desde la óptica de los legisladores y de la ciudadanía guatemalteca, la aplicación de justicia por las propias manos de las comunidades indígenas, representa un problema para el país debido a que no es legal, siendo primordial el estudio y análisis de las motivaciones que actualmente han generado en Guatemala dicha prácticas.
3. Dentro de las comunidades indígenas se encuentran normas fundamentadas en prácticas de usos y costumbres, con las cuales no se superan los obstáculos para la correcta administración de justicia, ya que se deja por un lado la realidad social, sin importar las consecuencias que pueden sobrevenir de la aplicación de justicia por parte de las comunidades indígenas.
4. Las dinámicas de conflictividad y de falta de seguridad y justicia que enfrenta el sistema guatemalteco son de diversa índole, ya que en la actualidad las comunidades indígenas aplican la justicia por sus propias manos, lo cual ocurre

debido a la falta de una adecuada protección a dichas comunidades por parte del Estado guatemalteco.

5. La discusión relacionada con la condición en el país de la aplicación de justicia por parte de las comunidades indígenas guatemaltecas se estudia desde ópticas que tengan que ver con los diversos aspectos que ocasionan que se aplique la justicia de esa forma y no acorde a leyes vigentes; lo cual permite alcanzar una debida estabilidad democrática.

RECOMENDACIONES

1. El Instituto de Estudios Comparados tomando en cuenta la opinión de las comunidades indígenas, señale las causas por las cuales los mismos aplican la justicia por sus propias manos con la finalidad de darles a conocer que el Estado es el único que cuenta con la potestad para aplicar e impartir justicia a toda la ciudadanía.
2. El Ministerio Público a través de los Jueces de Primera Instancia Penal, señale que es de importancia el estudio de los delitos y la aplicación de las penas reguladas en la legislación penal, determinando que la utilización de prácticas comunitarias no constituye la forma eficaz de combatir la violencia y delincuencia en Guatemala.
3. Las comunidades indígenas mediante la representación de sus integrantes, tienen que señalarle al Gobierno a través de documentos y la participación activa de sus miembros, todos sus problemas y necesidades, así como también la forma de solucionarlo coadyuvando con el sistema de justicia para que se respeten los derechos humanos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala.
4. El Organismo Judicial a través de la Corte Suprema de Justicia, tiene que establecer que las dinámicas de conflictividad que enfrenta el sistema de justicia

del país son de distinta índole, debido a que las comunidades indígenas se encargan de aplicar justicia por sus propias manos, lo cual ocurre debido a la falta de una adecuada protección a dichas comunidades por parte del Estado.

5. La Defensoría Maya mediante la opinión de las comunidades indígenas, tienen que determinar desde una óptica de carácter integral soluciones a sus comunidades como lo son medios de investigación y de conciliación entre los mismos para la efectiva solución de la conflictividad derivada de la aplicación de justicia por sus propias manos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CUEVAS, Magdalena. **Derechos humanos**. México, D.F.: Ed. Universitaria, 1989. Págs. 6 – 20.

LÓPEZ CONTRERAS, Rony Eulalio. **Derechos humanos**. Guatemala: Ed. Fenix, 2006. Págs. 40-80.

MALDONADO AGUIRRE, Alejandro. **Reflexiones constitucionales**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1990. Págs. 15-60.

NOVAL, Joaquín. **Resumen etnográfico de Guatemala**. Guatemala: Ed. Piedra Santa, 1992. Págs. 5-49.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio. **Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica**. Guatemala: Ed. CIDECA, 1997. Págs. 20 – 100.

SIEDER, Raquel. **Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala**. Guatemala: Flacso, 1996. 12-90.

SOLARES, Jorge. **Derechos humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala**. Guatemala: Ed. Flacso, 1995. Págs. 3-100.

TORRES MAYORGA, Elicinio. **Administración de justicia y pueblos indígenas**. Guatemala: Ed. Serviprensa, 2000. Págs. 20- 80.

Legislación:

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

Código Penal, del Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal, del Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno de Guatemala y la URNG, 1996.

Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo del derecho de los pueblos indígenas y tribales (OIT), 1989.

Convenio sobre Diversidad Biológica, 1992.