

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUECUDINARIO EN LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO
IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL
DERECHO PENAL ESTATAL**

NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL

GUATEMALA, OCTUBRE 2011

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUECUDINARIO EN LAS
COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO
IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL
DERECHO PENAL ESTATAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, octubre de 2011

**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. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal: Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario: Lic. Pablo Xitumul de Paz.

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval Amado
Vocal: Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Secretaria: Licda. Magda Nidia Gil Barrios

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



LIC. EDI LEONEL PÉREZ

Abogado y Notario

Teléfono: 23325622 - 57848140

Guatemala, 29 de marzo de 2011

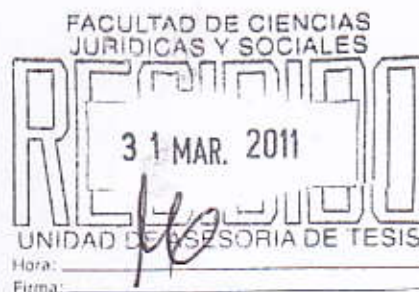
Licenciado:

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Su despacho.



Respetable Licenciado:

Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a la resolución, de fecha tres de marzo del año en curso, he revisado el trabajo de la Bachiller: NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL, en la preparación de su trabajo denominado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUECUDINARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL DERECHO PENAL ESTATAL".

A ese respecto y en cumplimiento a lo que se establece en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

- a. El tema de Tesis, es importante ya que trata de un problema que se ha presentado desde hace algún tiempo en la sociedad guatemalteca, como lo es el derecho penal consuetudinario y la aplicación práctica en las comunidades indígenas. No se realiza cambio en el título del tema presentado.
- b. Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron a la bachiller la facilidad y eficacia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.



LIC. EDI LEONEL PÉREZ

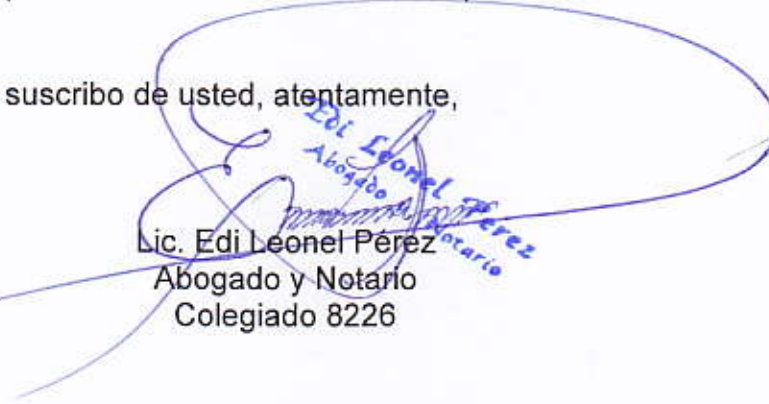
Abogado y Notario

Teléfono: 23325622 - 57848140

- c. La bachiller observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la redacción, utilizando correctamente la aplicación del idioma Español y la redacción jurídica respectivamente.
- d. Con respecto a la contribución científica, este trabajo derivó en el marco del derecho penal concretamente en la sanción de los delitos de poco impacto social como un mecanismo para evitar la sanción penal estatal.
- e. Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución al tema investigado como lo es el análisis jurídico penal consuetudinario.
- f. En cuando a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros.
- g. El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho, por el enfoque que se le ha dado y además porque es una necesidad jurídica del país, que los habitantes en general conozcan el fundamento del derecho penal estatal y el derecho penal consuetudinario respectivamente.

Por lo antes indicado, considero que el trabajo de investigación de la bachiller: NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito como asesor mi dictamen y opinión FAVORABLE para continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted, atentamente,


Lic. Edi Leonel Pérez
Abogado y Notario
Colegiado 8226



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VICTOR HUGO GIRÓN MEJÍA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUETUDINARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL DERECHO PENAL ESTATAL."

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/Cpt



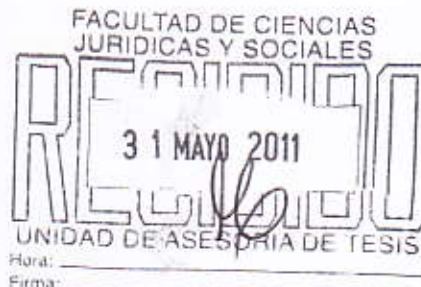
LIC. VÍCTOR HUGO GIRÓN MEJÍA

Abogado y Notario
10ª. Avenida 3-68 zona 4
Guatemala, teléfono 5010-7807



Guatemala, 24 de mayo de 2011.

Señor Jefe:
De la Unidad de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Licenciado:

En atención al nombramiento de fecha cuatro de abril del año en curso, en donde se me designa como REVISOR de tesis, de la bachiller NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL, respecto a su trabajo de tesis intitulado "ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUECUDINARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL DERECHO PENAL ESTATAL", con el objeto de informar sobre mi labor y oportunamente emitir dictamen respectivo:

I. El trabajo de investigación desarrollado por la Bachiller es interesante, porque se trata de una temática abordada durante mucho tiempo, se plantea un problema común, en vista que se desarrolla un tema sumamente importante, al analizar jurídicamente la aplicación del derecho penal consuetudinario, principalmente en la sanción de los delitos de poco impacto social, analizando la aplicación práctica en la sociedad guatemalteca, principalmente en comunidades de descendencia indígena, donde se aplica la costumbre como fuente de derecho. Por lo mismo no se realiza cambio en el título del presente trabajo de investigación.

II. Se pudo evidenciar que en la investigación, la bachiller empleó los métodos y técnicas que fueron propuestos en su plan de investigación aprobado, especialmente el método inductivo, para conocer los aspectos generales y método analítico, para analizar desde el punto de vista de la interpretación del derecho el tema de tesis, por lo que el trabajo lo ha podido concluir satisfactoriamente.

III. Al revisar la presente investigación jurídica, considero que el referido trabajo tiene un contenido científico y técnico, y que puede contribuir a que estudiosos sobre este tema, se motiven para profundizar más en esta problemática; al considerar que al realizar este tipo de estudio resulta interesante para la comunidad jurídica ampliar sus conocimientos en materia del derecho penal consuetudinario, en especial a los delitos de poco impacto social.



LIC. VÍCTOR HUGO GIRÓN MEJÍA

Abogado y Notario
10^a. Avenida 3-68 zona 4
Guatemala, teléfono 5010-7807

IV. La bachiller utilizó la metodología y técnica de investigación adecuadas, su redacción, ortografía y puntuación son congruentes para el marco de la temática objeto de investigación.

V. En cuanto a los títulos y subtítulos, considero que fueron fundamentales para poder emitir las conclusiones y recomendaciones correspondientes del presente trabajo de investigación.

VI. También considero que la investigadora recopiló y utilizó la bibliografía adecuada al tema de investigación propuesto y elaborado, además de hacer referencia de autores nacionales y extranjeros que han escrito a cerca del derecho consuetudinario, comunidades indígenas, derecho penal y delitos de poco impacto social.

Por lo que considero que cumple con los requisitos que para el efecto establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen Público, por lo anteriormente indicado procedo a emitir el presente dictamen de revisor en forma **FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo de usted,

Atentamente,

Lic. Víctor Hugo Girón Mejía
Abogado y Notario
Colegiado No. 5695

Victor Hugo Girón Mejía
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de agosto del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante NANCY CARMENCITA SICÁN OSCAL, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL CONSUECUDINARIO EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA SANCIÓN DE LOS DELITOS DE POCO IMPACTO SOCIAL EVITANDO LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL DEL DERECHO PENAL ESTATAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Creador de todo el Universo y fuente de sabiduría. Gracias por todas las bendiciones recibidas, por haber iluminado mi vida y permitirme culminar la meta propuesta.
- A MIS PADRES:** Carlos Sicán y Celsa Oscal; por el apoyo incondicional y las muestras de amor brindadas a lo largo de mi vida; por ser las personas que me dieron la vida y por ser lo mejor de mi existir, con todo mi amor les dedico este éxito.
- A MIS HERMANAS Y HERMANOS:** Bendiciones a lo largo de su vida, por el apoyo brindado y por haber disfrutado a mi lado cada éxito obtenido. Para que ellos tengan el ánimo de seguir sus sueños. Mi apoyo incondicional.
- A MIS ABUELOS:** Por cada muestra de cariño recibido, por el apoyo moral y material brindado gracias por ser parte de mi vida. Tengan el éxito como recompensa en su vida.
- A USTEDES:** A cada uno de ustedes por brindarme su amistad, por compartir y convivir junto a mí los momentos más especiales de mi vida, gracias por estar en las buenas y en las malas y gracias por compartir este momento tan importante en mi vida.
- A:** A mi gloriosa Universidad San Carlos de Guatemala; y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, centro de enseñanza que albergó mis sueños y me permitió realizar mis estudios.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Las comunidades indígenas en Guatemala.....	1
1.1 Aspectos generales de la población maya	1
1.1.1. Periodo clásico.....	5
1.2 Extensión territorial y colindancias	7
1.3 Cultura e idiomas indígenas	8
1.4 Escolaridad de la población indígena	9
1.4.1. Educación	9
1.4.2. Cultura maya	11

CAPÍTULO II

2. El derecho consuetudinario	15
2.1 Aspectos generales	15
2.1.1. Derecho objetivo y derecho subjetivo.....	17
2.1.2. Derecho vigente y derecho positivo.....	18
2.1.3. Derecho positivo y derecho natural	20
2.2 Definición de derecho consuetudinario	21
2.3 Importancia del derecho consuetudinario.....	26
2.4 Limitaciones de derecho consuetudinario	28
2.5. El derecho consuetudinario en Guatemala.....	29
2.5.1. El derecho indígena	34
2.5.2. La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal	35
2.6. Normas que contemplan el derecho consuetudinario.....	43

CAPÍTULO III

3. La sanción penal	47
3.1 Derecho penal	47
3.1.1. Fines del derecho penal	48
3.1.2. Escuelas del derecho penal	49
3.1.3. El delito.....	53
3.1.4. Naturaleza jurídica del derecho penal	56
3.1.5. Participación	57
3.1.6. La pena	61
3.1.7. Características de la pena.....	62
3.1.8. Las medidas de seguridad	62
3.2 El proceso penal	63
3.2.1. Fines del proceso penal	64
3.2.2. Objeto del proceso penal.....	65
3.2.3. Principios y garantías	65
3.2.4. Jurisdicción y competencia.....	74
3.2.5. Sistemas del proceso penal	74
3.3 Ministerio Público	79
3.3.1. Funciones.....	80
3.3.2. La acción penal pública	83

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la sanción penal consuetudinaria en los delitos de poco impacto social	85
4.1. Sanciones de tipo penal en el derecho consuetudinario	85
4.2. Motivos de la preferencia del derecho consuetudinario.....	87
4.3. Causas que provocan la falta de credibilidad en el sistema jurídico legal	91

	Pág.
4.4. Análisis de la sanción penal desde el punto de vista del derecho consuetudinario como un resarcimiento a la sociedad indígena afectada	92
4.5. La reivindicación del derecho indígena y la forma del derecho penal	93
CONCLUSIONES.....	99
RECOMENDACIONES	101
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas actualmente, tienen la problemática de sobrevivencia como pueblo con identidad y cultura propia. Se debe de estudiar cuáles son las causas económicas, sociológicas y jurídicas que determinan la preferencia y credibilidad de la aplicación del derecho consuetudinario en la sanción de delitos de poco impacto social de las poblaciones, determinando los factores que inciden en la no aceptación de la sanción penal y del proceso mismo para su aplicación en las comunidades indígenas.

La hipótesis fundamental que guía la presente investigación tiene su base que en el derecho consuetudinario, se debe analizar sobre los delitos leves que puedan ser sancionados en base a la costumbre, lo cual resultaría ser parte integral en las áreas donde la mayoría de la población es indígena, implementando el Convenio 169, aceptando nuevas pautas culturales en la ley penal vigente que permitan mayor preferencia y credibilidad en la aplicación.

El presente trabajo tiene como objetivo principal, realizar un análisis jurídico del derecho consuetudinario, la ley penal y procesal penal vigente, su aplicación y la forma de organización de las comunidades indígenas, con el fin de establecer el por qué la preferencia de la utilización y aplicación del derecho basado en la costumbre, determinar con ellos las consecuencias jurídicas que devengan de su aplicación; siendo un derecho que no se encuentra regulado en la ley estatal. Para ello, se deduce que es necesario establecer normas que guíen una mejor aplicabilidad del derecho consuetudinario.

Los supuestos en que se basa la presente investigación, indica que la deficiencia del sector justicia en la sanción inmediata de los delitos de poco impacto social, hace que la población indígena se incline por la aplicación del derecho consuetudinario; la falta de credibilidad en el sistema jurídico legal, se convierte en barreras, que provocan marcadas divergencias entre el derecho consuetudinario y la ley penal estatal. La

situación multicultural y plurilingüe de las comunidades indígenas, es un factor determinante en la aplicabilidad del derecho consuetudinario.

La presente investigación se divide en cuatro capítulos: El capítulo uno, se refiere a las comunidades indígenas en Guatemala, cultura, idiomas y escolaridad; el capítulo dos trata del derecho consuetudinario, importancia, limitaciones, derecho consuetudinario en Guatemala y normas que la contemplan; el capítulo tres, se refiere al derecho penal, fines, características, medidas de seguridad, proceso penal, principios y garantías, sistemas y lo relacionado a las funciones del Ministerio Público; en el capítulo cuatro, se presenta un análisis jurídico de la sanción penal consuetudinaria en los delitos de poco impacto social, sanciones de tipo penal en el derecho consuetudinario, los motivos de preferencia, causas que provocan la falta de credibilidad en el sistema jurídico legal, análisis de la sanción penal desde el punto de vista del derecho consuetudinario y reivindicación del derecho indígena.

Los métodos utilizados, fueron el analítico y sintético; y dentro de las principales técnicas, utilizadas fueron las bibliográficas, para la recopilación de documentos relacionados al tema en libros de texto, disposiciones legales, tanto de autores nacionales como de extranjeros, así como la utilización de tecnología como la internet. Esta investigación pretende, analizar que con la aplicación del Convenio 169, sea la guía y permita así poder legalizar la sanción de los delitos de poco impacto social en forma inmediata y en base a la costumbre.

CAPÍTULO I

1. Las comunidades indígenas en Guatemala

1.1. Aspectos generales de la población maya

También llamado Período Agrícola, existe un debate sobre los años de inicio y fin de este intervalo de tiempo, el más aceptado, en este caso para el área maya inicia “aproximadamente en el año 1000 a. C. y terminaría rumbo al 320 d. C.”¹ Durante este periodo se desarrolla el idioma maya, el pueblo maya adquiere experiencia y construye algunas grandes ciudades.

Una teoría basada en estudios de cerámica, motiva a deducir que en el periodo preclásico la costa del Pacífico; desde el este de Oaxaca hasta El Salvador, estuvo poblada por los ancestros de los mixe, zoques y popolucas actuales, uno de los cuales es del grupo de los mayas, que hacia el 1200 a. C. emigraron hacia el Golfo de México y desarrollaron la civilización Olmeca arqueológica, de hecho la cerámica más antigua de esta región es de un estilo inconfundible llamado Ocos, originaria del Pacífico de Guatemala, pero unos 600 años más antigua que la Olmeca.

Según otra teoría complementaria a la anterior, los descendientes de los olmecas emigraron a la zona del Petén Guatemala, donde posteriormente se mezclaron con la gente del lugar originando a los **protomayas**. Existen algunos fragmentos del Chilam

¹ Campillo Cuauti, Héctor. **Diccionario Quintana Roo enciclopedia regional**. Pág. 17

Balam de Chumayel, donde se afirma que estos provenían de una migración que se produjo en el núcleo original maya que ciertos arqueólogos han encontrado en la zona maya de Guatemala conocida como El Petén, cuando en el Preclásico medio se comenzaron a desarrollar ciudades monumentales, en la Cuenca del Mirador, como Nakbé, 1000 a. C. El Mirador, 600 a. C., Cival, 450 a. C. y San Bartolo 400 a. C. con sus ahora famosos murales del Preclásico, los más finos y antiguos del área maya. Estas grandes ciudades, ya contaban con todas las características que hicieron famosos a los mayas del periodo Clásico, y dando lugar a la duda si los Olmecas y Mayas, de hecho fueron culturas que se desarrollaron independientemente.

Posteriormente, en el Posclásico, algunos grupos emigraron del Petén rumbo al norte (Península de Yucatán) y otros se quedaron allí, de esta manera se explica el origen de las diferentes tribus mayas (itzaes, xiús, cocomes, tzotziles, tzeltales, lacandones, entre otras), ya que cada una de ellas conservaba rasgos comunes, sólo variaban los distintos dialectos. Cuando se realizó la conquista española cada uno de estos grupos se fue adaptando al mestizaje cultural y se fue haciendo único y autónomo en sus tradiciones.

Al paso del tiempo la gran civilización maya floreció y alcanzó auge en la zona norte del Petén, en la Cuenca del Mirador, en el corazón de la selva tropical, allí fue su núcleo original. Algunos especulan que el pueblo maya, tomó como ejemplo muchos estilos de vida de la cultura Olmeca, aunque los recientes hallazgos en las ciudades del Petén, como El Mirador, Cival, etc., contradicen esta teoría. “De esta época, datan el urbanismo y la organización estatal que se fueron desarrollando en un ambiente estable

y prolongado; se adaptaron al medio ambiente en que vivían y sabían convivir con la naturaleza. Por aquello se distingue un gran respeto que ellos tenían como seres humanos hacia su entorno.”²

Se estima que la selva del Petén se encontraba deshabitada al inicio del tercer milenio antes de Cristo, cuando los primeros agricultores construyeron sus chozas a orillas del río La Pasión y Cuenca del Mirador, demostrada por muestras de polen de maíz, que datan 2750 a. C. en lagos de la Cuenca del Mirador, estos se empezaron a relacionar con la población de los Altos y la costa Pacífica de Guatemala en sitios como Takalik Abaj 1000 a. C. y Kaminaljuyú 800 a. C., y El Salvador 900 a. C., así como con la de la costa del Golfo de México. Hacia el año 1000 a. C., la población en expansión se extendió por toda esta zona central iniciándose el proceso de urbanización, el empleo de sistemas agrícolas más complejos y una organización política más avanzada, capaz de controlar la creciente población y con una jerarquización interna, en la que nobles y sacerdotes iban ocupando los puestos de autoridad. Se inicia una división del trabajo con la diversificación de ocupaciones: agricultura, caza, pesca, recolección, alfarería, industria lítica, industria textil, comercio y culto religioso.

El trabajo de la tierra, dio prioridad al cultivo del maíz, el frijol, el cacao y la calabaza, en tanto la caza, la pesca y la recolección quedaron como actividades complementarias; por eso a este periodo se le conoce también como agrícola. En él se va desarrollando una religión sencilla con la creencia en una vida ultra terrena y el culto a los muertos.

² Campillo Cuauti, Hector. **Ob. Cit.** Pág. 17

La evidencia arqueológica muestra, que los mayas comenzaron a edificar una arquitectura ceremonial hace unos 3.000 años. Hay un desacuerdo entre los límites y la diferencia entre los mayas antiguos y una civilización mesoamericana preclásica vecina, la cultura Olmeca. Los Olmecas y los mayas antiguos parecen haberse influenciado entre sí. Los monumentos más antiguos consisten en simples montículos de tumbas, los precursores de las pirámides se erigieron más tarde.

De modo gradual, la influencia de la cultura Olmeca dejó de ser tan grande como había sido durante el período Preclásico Medio. Hacia el siglo III a. C. había cesado definitivamente. Sin embargo, muchos pueblos de toda el área mesoamericana habían absorbido algunos de sus rasgos principales (culto a los muertos, arquitectura y escultura monumentales, el culto a las divinidades del agua y el fuego, etc.). Para el Preclásico Tardío, en toda Mesoamérica surgieron tradiciones culturales regionales, que fueron construidas sobre la base del legado Olmeca. Los mayas tomaron de ese pueblo la escritura, el sistema de numeración y la Cuenta Larga, y muchas otras cosas. La cultura maya, propiamente dicha, no surgió sino hasta el primer siglo de la era cristiana, más o menos contemporánea al desarrollo de Teotihuacán.

Del período Preclásico Tardío, se han detectado numerosos asentamientos humanos entre los cuales se encuentran Santa Marta (Chiapas), donde se constata una temprana ocupación en labores de cerámica y cultivo de maíz, fechada con el año 1320 a. C.; “Chiapa de Corzo, Tonalá, Padre Piedra, e Izapa, con influencia Olmeca; Edzná, Xicalango, Tixchel y Santa Rosa Xtampak (Campeche); Yaxuná, Acanceh, Dzibilchaltún (Yucatán); El Trapiche, Casa Blanca, Laguna Cuzcachapa, Las Victorias y Bolinas

(Chalchuapa); Kaminaljuyú en el sur de Guatemala. Los pobladores de este último asentamiento controlaron las relaciones comerciales de la zona con el resto de Mesoamérica hasta que fueron invadidos hacia el año 400 d. C.”³, por guerreros provenientes del centro de México, de la poderosa ciudad de Teotihuacán, cuya influencia militar y cultural se dejó sentir desde entonces en todo el ámbito maya.

1.1.1. Período Clásico

También llamado Periodo Teocrático, abarca desde los años 320 a 987 d. C. aproximadamente. Recibe este nombre porque en un principio se creyó que fue el grupo sacerdotal el que ejerció el poder político y que toda la vida económica, social y cultural se desarrolló en torno a la religión.

Los grupos sacerdotales, tuvieron gran importancia en el gobierno de los Estados mayas del Clásico; a pesar de eso, nunca fueron dirigentes. Existía una clase noble y en todo caso, eran los guerreros quienes concentraban el poder. La imagen de los mayas como una sociedad gobernada por sacerdotes fue derribada cuando se descubrió que las ciudades estaban en permanente guerra unas con otras.

Se incrementó notablemente la agricultura como actividad económica básica, la cual era practicada por grandes contingentes de labradores, propiciando una compleja división del trabajo y en consecuencia una fuerte estratificación social.

³ Rivera Dorado, Miguel. **El pensamiento religioso de los antiguos mayas.** Pág. 47

Las zonas arqueológicas más conocidas de este periodo son: “Tikal, Uaxactún, Piedras Negras, Cancuén, Caracol, Yaxhá, Naranjo, Xultún, Río Azul, Naachtún, Dos Pilas, Machaquilá, Aguateca, Comalcalco, Palenque, Yaxchilán, Kankí, Bonampak, Quiriguá , Tulum, Edzná, Oxkintok, Ceibal, Xamantún, Copán, San Andrés, Yaaxcanah, Cobá, El Cedral, Ichpaatún, Kantunilkín, Kuc (Chancah), Kucican, Tazumal, Las Moras, Mario Ancona, Muyil, Oxlakmul, Oxtancah, Oxhindzonot, Pasión de Cristo, Río Indio, San Antonio III, Nohkuo Punta Pájaros, San Manuel, San Miguel, Punta Molas, Tamalcab, Templo de las Higueras, Tupack, Xlahpak, Tzibanché y Kohunlich.”⁴

Los dos principales centros de la zona del Petén son Uaxactún y Tikal. Uaxactún (600 a. C. al 889 d. C.), localizado a 25 kilómetros al norte de Tikal (Guatemala), tiene el templo maya más antiguo que se conoce en la región, y es el primer lugar en donde se observó la existencia de la bóveda falsa. Tikal (800 a. C. al 869 d. C.), enclavado en el corazón de la selva, muestra una gran influencia teotihuacana y llegó a poseer 100 mil habitantes en su momento culminante, siendo la ciudad más grande de América en el Clásico Tardío. Este centro dependía de una complicada red comercial y se encontraba enclavado en un lugar estratégico, entre dos sistemas fluviales que iban al Golfo de México y al mar Caribe.

Copán, en Honduras, cuyo esplendor se dio hacia el año 736 d. C., fue el centro científico del mundo maya, en donde la astronomía se perfeccionó al punto de determinar la duración del año tropical, de crear las tablas de eclipses y de idear una fórmula para ajustar el calendario, más exacta que la usada en la actualidad. Sobre su

⁴ Rivera Dorado, Miguel. **Ob. Cit.** Pág. 48

arte, Eric Wolf en la obra Pueblos y culturas de Mesoamérica, menciona que a los mayas les gustaba amangoiona.

1.2. Extensión territorial y colindancias

Guatemala (náhuatl: Quauhtlemallan, lugar de muchos árboles) —oficialmente, República de Guatemala— es un país situado en América Central, en su extremo noroccidental, con una cultura autóctona producto de la herencia maya y la influencia española durante la época colonial.

A pesar de su relativamente pequeña extensión territorial, Guatemala cuenta con una gran variedad climática, producto de su relieve montañoso que va desde el nivel del mar hasta los 4.220 metros sobre el nivel del mar, esto propicia que en el país existan ecosistemas tan variados que van desde los manglares de los humedales del pacífico hasta los bosques nublados de alta montaña. Limita al Oeste y al Norte con México, al Este con Belice y el Golfo de Honduras, al Sureste con Honduras y El Salvador y al Sur con el océano Pacífico. El país posee una superficie de 108.889 km². Su capital es la Ciudad de Guatemala, llamada oficialmente Nueva Guatemala de la Asunción. Su población indígena compone un tercio de la población del país. El idioma oficial es el español, asimismo cuenta con 23 dialectos mayas, los idiomas xinca y garífuna, los cuales son hablados por la población afrodescendiente en Izabal.

1.3. Cultura e idiomas indígenas

Las actuales culturas de Guatemala reúnen en sí, numerosas influencias provenientes de las mayas, españolas y afrocaribeñas, y en menor medida mexicana y norteamericana, así como también del resto de Europa. Las influencias de los indígenas y de los colonos españoles, aún pueden ser vistas por toda Guatemala. Los tejidos típicos y algunas vestimentas tradicionales se elaboran de forma tradicional maya, sin embargo, la transculturización ha tenido su influencia en las prendas de vestir, principalmente en la población indígena joven. También pueden encontrarse importantes sitios arqueológicos con ruinas mayas. En Guatemala, por su tradición religiosa, se celebra en cada uno de sus municipios la Fiesta Titular o Fiesta Patronal. Esta toma lugar en la semana de veneración del Santo o Santa Patrona de cada municipio y auge en el día particular con asueto para ese día, realizándose celebraciones especiales. Para la Ciudad de Guatemala por ejemplo es el 15 de agosto en honor a la Virgen de la Asunción.

La Semana Santa es una festividad de un gran valor artístico, además del fervor religioso. Las procesiones de mayor tamaño se realizan en Antigua Guatemala y en la Ciudad de Guatemala. En estas, además de la belleza de las andas, los pobladores se organizan para hacer alfombras, las cuales son el mayor atractivo de esta celebración debido a sus detalles artísticos que son característicos de Guatemala y a su vez, atraen a turistas quienes observan la detallada elaboración de estas. Las alfombras son hechas de aserrín, frutas, flores y distintos materiales, que son toda una expresión de fe

y color. En Huehuetenango y en otras poblaciones del país llama la atención la representación de la Pasión de Cristo en vivo.

El español es el idioma oficial, aunque es utilizado como segundo idioma, por algunos grupos étnicos en el interior de la república. Existen 21 idiomas mayenses distintos, que son hablados en las áreas rurales y un idioma amerindio no-maya, el xinca, hablado en el sur-oriente del país así como un idioma afro-americano, el garífuna, hablado en la costa del Atlántico (Izabal).

El Decreto número 19-2003 promulgó la **Ley de Idiomas Nacionales**, en concordancia con el Artículo 143 de la Constitución Política de la República, y reconoce a los 23 Idiomas vernáculos guatemaltecos como idiomas nacionales, con lo cual se autorizó la utilización de los idiomas en las actividades públicas y en la prestación de servicios de educación, salud y de naturaleza jurídica, entre otros, en cualquiera de los 24 idiomas que se hablan en el país (incluyendo al Español).

1.4. Escolaridad de la población indígena

1.4.1. Educación

Los guatemaltecos indígenas entre 15 y 31 años presentan un promedio de 3,5 años de escolaridad mientras que los ladinos presentan 6,3 años. En 2000, solo 53% de la población indígena entre 15 y 64 años podía leer y escribir en español comparado con un 82% de los ladinos. La demanda y calidad de la educación escolar parecen ser

razones significantes del por qué los indígenas guatemaltecos presentan menos años de escolaridad. “Cerca de un 44% de la población indígena desertan en el primer año de escuela, en comparación a un 31% de la población ladina. Además la población indígena demuestra menores puntajes en las pruebas de matemáticas y español. A pesar de que investigaciones han demostrado que la educación bilingüe es costo-efectiva para enseñar a los estudiantes indígenas, menos de un tercio de los guatemaltecos indígenas están matriculados en clases bilingües”⁵

En términos generales, el enfoque autoritario de la mayoría de los sistemas educacionales que se han impuesto a la población indígena, no ha tomado en consideración la importancia de los valores tradicionales y culturales de esas poblaciones. Antes bien, en los sistemas educacionales se ponía el acento en la integración de los grupos indígenas en el molde nacional. Con frecuencia, la mayoría de los niños indígenas no podían adaptarse a esos sistemas y, en consecuencia, en las comunidades indígenas existen tasas de analfabetismo muy elevadas y una escasa preparación educacional. En Bolivia, por ejemplo, los niveles de escolaridad de las poblaciones indígenas son tres años inferiores a los de la población no indígena, y la diferencia es mayor en relación con las mujeres indígenas.

Recientemente, se han introducido algunas medidas innovadoras para remediar esta situación. En las escuelas de Guatemala y de Bolivia, por ejemplo, a los niños indígenas se les enseña en su propio idioma, al igual que en español, para ayudarlos a preservar

⁵ Rivera Dorado, Miguel. **Ob. Cit.** Pág. 49

su identidad cultural. En algunas zonas, se ha elaborado un sistema educacional para cada comunidad étnica, sobre la base de la diversidad lingüística y cultural.

Una escasa preparación educacional, significa que la mayoría de las mujeres indígenas no pueden esperar sino ganar bajos salarios, en el caso de que encuentren trabajo. Según un informe dado a conocer en 1991 por la Oficina de Estadística de Australia, las mujeres aborígenes a menudo adquieren conocimientos en esferas reservadas tradicionalmente a la mujer, como trabajo de oficina, enfermería o en la enseñanza. Las que carecen de conocimientos trabajan principalmente en el sector no estructurado como sirvientas o trabajadoras agrícolas.

En consecuencia, a las mujeres indígenas les resulta muy difícil escapar del ciclo de extrema pobreza, explotación y empleo mal pagado. Según la Organización Internacional del Trabajo, los ingresos devengados por los aborígenes de Australia ascienden únicamente a la mitad del promedio nacional y la tasa de desempleo entre los aborígenes es cinco veces superior a la tasa de desempleo a nivel nacional.

1.4.2. Cultura Maya

La civilización maya, habitó una vasta región denominada Mesoamérica, en el territorio hoy comprendido por cinco estados del sureste de México que son, Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán; y en América Central, en los territorios actuales de Belice, Guatemala, Honduras y El Salvador, con una historia de aproximadamente 3.000 años.

Durante ese largo tiempo, en ese territorio se hablaron cientos de dialectos que generan hoy cerca de 44 lenguas mayas diferentes. Hablar de los antiguos mayas, es referirse a la historia de una de las culturas mesoamericanas precolombinas más importantes, pues su legado científico y astronómico es mundial. Contrariamente a una creencia muy generalizada, la civilización maya nunca desapareció. Por lo menos, no por completo, pues sus descendientes aún viven en la región y muchos de ellos hablan alguno de los idiomas de la familia mayense.

La literatura maya ilustra la vida de esta cultura. Obras como el Rabinal Achí, el Popol Vuh, los diversos libros del Chilam Balam, son muestra de ello. Lo que sí fue destruido con la conquista, es el modelo de civilización que hasta la llegada de los primeros españoles, había generado tres milenios de historia.

La Conquista española de los pueblos mayas se consumó hasta 1697, con la toma de Tayasal, capital de los mayas Itzá y Zacpetén, capital de los mayas Ko'woj en el Petén. El último estado maya desapareció cuando el gobierno mexicano de Porfirio Díaz ocupó en 1901 su capital, Chan Santa Cruz, dando así fin a la denominada Guerra de Castas.

Los mayas hicieron grandes e impresionantes construcciones desde el Preclásico medio y grandes ciudades como “Nakbé, El Mirador, San Bartolo, Cival, localizadas en la Cuenca del Mirador, en el norte del Petén, y durante el Clásico, las conocidas ciudades de Tikal, Quiriguá, (ambas las primeras en ser declaradas Patrimonio de la Humanidad por la Unesco, en 1979 y 1981 respectivamente) Palenque, Copán, Río Azul, Calakmul, Comalcalco (construida de ladrillo cocido), así como Ceibal, Cancuén,

Machaquilá, Dos Pilas, Uaxactún, Altún Ha, Piedras Negras y muchos otros sitios en el área. Se puede clasificar como un imperio, pero no se sabe si al momento de colonizar impusieron su cultura o si fue un fruto de su organización en ciudades-estado independientes cuya base eran la agricultura y el comercio.”⁶ Los monumentos más notables son las pirámides que construyeron en sus centros religiosos, junto a los palacios de sus gobernantes y los palacios, lugares de gobierno y residencia de los nobles, siendo el mayor encontrado hasta ahora el de Cancuén, en el sur del Petén, muchas de cuyas estructuras estaban decoradas con pinturas murales y adornos de estuco. Otros restos arqueológicos importantes incluyen las losas de piedra tallada usualmente llamadas estelas (los mayas las llamaban Tetún, o tres piedras), que describen a los gobernantes junto a textos logográficos que describen sus genealogías, victorias militares, y otros logros. La cerámica maya esta catalogada como de las más variadas, finas y elaboradas del mundo antiguo.

Los mayas participaban en el comercio a larga distancia en Mesoamérica, y posiblemente más allá. Entre los bienes de comercio estaban el jade, el cacao, el maíz, la sal y la obsidiana.

⁶ Tiesler Blos, Vera. **Aspecto físico de los mayas.** Pág. 14

CAPÍTULO II

2. El derecho consuetudinario

2.1. Aspectos generales

Desde el punto de vista jurídico, la ley es la fuente formal del derecho, sin embargo, la costumbre en ausencia de disposición legal es considerada como fuente de la misma. Para ello, es necesario establecer que la costumbre aplicada al derecho indígena forma parte de sus tradiciones y sus costumbres. Para el efecto, existen desde hace mucho tiempo aspectos tradicionales en la cultura de cada sociedad, misma que es considerada una ley aplicable y por ende deber ser respetada y cumplida. Para el efecto, a continuación se desarrolla el aspecto y aplicación del derecho consuetudinario a los pueblos indígenas.

Derecho consuetudinario, también llamado usos y costumbres, es 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), aplicable a un hecho. Conceptualmente, es un término opuesto al de derecho escrito.

Los orígenes del derecho consuetudinario, se entierran en 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:

a. **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 habla de comunidad, se hace en el sentido más estricto posible, aceptando la posibilidad de la existencia de comunidades pequeñas. Así mismo, 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 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.

b. **Conciencia de obligatoriedad.** Todos los miembros de una comunidad, deben considerar que la conducta común a todos ellos tiene una autoridad, 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.

Solo con la confluencia de estos dos elementos, es que se puede considerar que se está frente a una costumbre como fuente de derecho, es decir, fuente de derechos y deberes.

Las principales acepciones de la palabra derecho, son las siguientes:

2.1.1. Derecho objetivo y derecho subjetivo

El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades. Frente al obligado por una norma jurídica, se descubre siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo preescrito. “La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho subjetivo. Por ejemplo en las frases: Pedro es estudiante de derecho, el derecho romano es formalista, la palabra se emplea en sentido objetivo.”⁷

Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo, derecho existe una correlación perfecta. “El derecho subjetivo es una función del objetivo.”⁸ Éste, es la norma que exige o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer u omitir, lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el

⁷ Torres Galarza, Ramón. **Derechos de los pueblos indígenas**. Pág. 64

⁸ **Ibid.** Pág. 64

sello positivo de la licitud. El derecho subjetivo se apoya en el objetivo, pero sería erróneo creer que el primero es sólo un aspecto o faceta del segundo.

Se ha discutido largamente si el derecho objetivo precede al subjetivo, o viceversa. Dejándose llevar por consideraciones de orden psicológico; algunos autores declaran que el subjetivo es lógicamente anterior, ya que el hombre adquiere en primer término, la noción del derecho como facultad y solo posteriormente, con la ayuda de la reflexión se eleva a la del derecho como norma. Otros sostienen que el subjetivo es una creación del objetivo y que, consecuentemente, la prioridad corresponde a éste. Los primeros, confunden la prioridad psicológica con la de orden lógica; los segundos, interpretan una simple correlación como sucesión de carácter temporal.

2.1.2. Derecho vigente y derecho positivo

Se llama orden jurídico vigente, al conjunto de normas impero-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias. “El derecho vigente esta integrado tanto por las reglas de origen consuetudinario que el poder público reconoce, como los preceptos que formula.”⁹ La vigencia deriva siempre de una orden de supuestos. Tales supuestos cambian con las diversas legislaciones. En lo que toca al derecho legislado, su vigencia se encuentra condicionada por la reunión de ciertos requisitos que la ley enumera. De acuerdo con la Constitución, por ejemplo, son preceptos jurídicos, y, por ende, se reputan obligatorios, los aprobados por ambas

⁹ **Ibid.** Pág. 64

Cámaras, sancionados por el Ejecutivo y publicados en el diario oficial, desde la fecha que en el acto de la publicación o en otra norma indique.

El orden vigente, no solo está integrado por las normas legales y las reglas consuetudinarias que el poder público reconoce y aplica. A él pertenecen, asimismo, los preceptos de carácter genérico que integran la jurisprudencia obligatoria y las normas individualizadas (resoluciones judiciales, contratos testamentos, etc.). La validez de todas estas normas -sean generales o individuales-, depende siempre de un conjunto de requisitos extrínsecos, establecidos por otras del mismo sistema.

Las locuciones derecho vigente y derecho positivo, suelen ser empleadas como sinónimos. No todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto, vigente o no vigente.

La costumbre no aceptada por la integridad política es de derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: Las disposiciones que el legislador crea, tienen vigencia en todo caso, mas no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a ésta su vigencia. Desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue sin vigor mientras otra ley no lo derogue. Tal principio ha sido consagrado por la ley mexicana, lo que viene a confirmar la conveniencia de distinguir con pulcritud los dos términos a que esta sección se refiere.

La posibilidad de que exista un derecho dotado de vigencia, pero desprovisto de eficacia, sólo es admisible cuando se trata de preceptos jurídicos aislados. Sin dificultad puede aceptarse que una norma elaborada de acuerdo con todos los requisitos que estructuran el proceso legislativo, carezca por completo de positividad. Todo el mundo conoce ejemplos de preceptos formalmente válidos, que nunca fueron cumplidos por los particulares, ni aplicados por el orden público.

Esta separación entre positividad y validez formal, no puede admitirse en relación con todo un sistema jurídico. Un ordenamiento que en ningún caso fuese obedecido ni aplicado, no estaría en realidad dotado de vigencia. Pues ésta supone, por definición, la existencia del poder público. Derecho vigente, es el políticamente reconocido, es decir, el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos. No es posible admitir - en lo que toca a todo un sistema jurídico-, el divorcio entre positividad y validez formal. La vigencia de cada ordenamiento, tiene una serie de supuestos sociológicos. Y el primero y fundamental, es la existencia del Estado.

2.1.3. Derecho positivo y derecho natural

De acuerdo con los defensores del positivismo jurídico, solo existe el derecho que efectivamente se cumple en una determinada sociedad y una cierta época. Los partidarios de la otra doctrina aceptan la existencia de dos sistemas normativos diversos, que, por su misma diversidad, pueden entrar en conflicto. La diferencia consiste en el distinto fundamento de su validez. El natural vale por sí mismo, en cuanto que es intrínsecamente justo; el positivo es caracterizado atendiendo a su valor formal,

sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido. La validez del segundo, se encuentra condicionada por la concurrencia de ciertos requisitos, determinantes de su vigencia.

Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones vigencia y validez formal poseen en la terminología igual significado. Estos atributos pueden aplicarse tanto a las disposiciones establecidas legislativamente como a las reglas nacidas de la costumbre. Frente a tales preceptos, los del derecho natural son normas cuyo valor no depende de elementos extrínsecos. Por ello, se dice que el natural es el único y auténtico, y que el vigente solo podrá justificarse en la medida que realice los dictados de aquél.

2.2. Definición de derecho consuetudinario

El término derecho consuetudinario no es aceptado universalmente, hay quienes hablan de costumbre jurídica o legal o de sistema jurídico alternativo. Se refiere a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto del derecho positivo vigente en el país. Esta definición, puede implicar que el derecho consuetudinario es anterior en términos históricos al derecho codificado. Así, el derecho positivo incluye elementos del derecho consuetudinario anterior, por ejemplo, el de la época feudal. El derecho consuetudinario se transforma en, o es absorbido por, el derecho positivo de origen estatal, el cual representaría una etapa superior en la evolución del derecho.

Pero también implica, que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo, cuando menos durante algún tiempo. Esta coexistencia puede significar una adaptación mutua, o bien puede representar un conflicto entre sistemas legales o jurídicos. Así entran en conflicto, los dos derechos cuando una legislación sobre la propiedad de las tierras contradice las normas tradicionales de distribución y usufructo de derechos agrarios en una comunidad. Sin embargo, el tratadista Manuel Ossorio, indica que el derecho consuetudinario es: “El que surge y persiste por obra de la costumbre, con trascendencia jurídica.”¹⁰

La ciencia jurídica, acepta que la costumbre es una fuente del derecho. Lo que caracteriza al derecho consuetudinario es precisamente que se trata de un conjunto de costumbres reconocidas y compartidas por una colectividad (comunidad, pueblo, tribu, grupo étnico o religioso, etc.), a diferencia de leyes escritas que emanan de una autoridad política constituida, y cuya aplicación está en manos de esta autoridad, es decir, generalmente el Estado. La diferencia fundamental, sería que el derecho positivo, esta vinculado al poder estatal, en tanto que el derecho consuetudinario propio de sociedades que carecen de Estado, o simplemente opera sin referencia al Estado. Esta distinción conduce a otra, también fundamental, en las sociedades complejas, con Estados, el derecho constituye una esfera bien distinta y específica del resto de la cultura y la sociedad. Puede hablarse así de derecho y sociedad, como de dos ámbitos que de alguna manera se relacionan pero son autónomos. En cambio la costumbre jurídica o derecho consuetudinario en las sociedades tribales o menos complejas, no

¹⁰ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 318

constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad, por el contrario aquí lo jurídico se encuentra inmenso en la estructura social.

Por otra parte, en las sociedades modernas no hay prácticamente ninguna esfera de la actividad humana que no esté reglamentada de alguna manera por una ley, reglamento administrativo o Decreto. En cambio en las sociedades en las que prevalece la costumbre jurídica, la identificación de lo propiamente legal es tarea de investigación y definición. Se puede indicar que lo legal o jurídico, en sociedades que se manejan de acuerdo al derecho consuetudinario, consiste en lo siguiente:

- a. Normas generales de comportamiento público.
- b. Mantenimiento del orden interno.
- c. Definición de derechos y obligaciones de los miembros.
- d. Reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (agua, tierras, etc.).
- e. Reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (herencia, trabajo, etc.).
- f. Definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público.
- g. Sanción a la conducta delictiva de los individuos.
- h. Manejo, control y solución de conflictos y disputas.
- i. Definición de los cargos y las funciones de las autoridades públicas.

El derecho consuetudinario, es: “aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social.”¹¹

Del concepto emitido se extraen las siguientes características:

- a. El derecho consuetudinario, **presupone un conjunto de normas**. El derecho consuetudinario es, en esencia, un sistema de normas nacidas justamente del fondo anímico de un agregado humano que la comparte y la acata.
- b. **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, acuñadas en forma de refranes como muy bien advierte Dittmer.
- c. **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; de no

¹¹ http://www.robertexto.com/archivo14/cosuet_indigena.htm. Revisado, el 17 de enero 2011.

ser así, se estaría simplemente frente a un uso social o trato externo cuyo cumplimiento esta 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. Kuns Dittmer, “hace derivar la eficacia del Derecho Consuetudinario 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.”¹²

- d. **Uniformidad y permanencia en el tiempo.** 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, deben revestir un marco más o menos uniforme de comportamiento humano; debe suponer una coincidencia de actitudes de manera que, de modo uniforme norme la vida social, política de un pueblo o de varios pueblos dentro de uno o de varios territorios.

- e. **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, castigos corporales, etc. y otras que dan

¹² Kuns Dittmer. **Etnología general.** Pág. 56

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.

f. Esto que se señala, es por supuesto, una apreciación desde un punto de vista general, ya que existen núcleos de convivencia humana que merced al 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.

g. **Se transmiten por herencia social.** Como quiera, que 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 dinamicidad de la cultura son transmitidas de generación en generación por tradición oral, o por herencia social. Es esa la razón por la que en numerosas sociedades se hallen patentes algunas formas normativas correspondientes a su derecho primitivo, originario.

2.3. Importancia del derecho consuetudinario

Son varias las razones por la que es importante el estudio y conocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, en primer lugar, porque 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 mejor conocimiento de las culturas indígenas.

En segundo lugar, porque junto a la lengua, el derecho consuetudinario constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad. Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aún 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.

En tercer lugar, 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: la antropología y la ciencia jurídica. La antropología, se ha ocupado del tema, subsumiendo 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 es una de las subdisciplinas más dinámicas de la antropología en la época actual.

En cuanto a los especialistas en derecho, generalmente ignoran o niegan validez a lo que se puede llamar el derecho consuetudinario, considerando que sólo la norma escrita y codificada, o sea, el derecho positivo del Estado, merece su atención.

2.4. Limitaciones del derecho consuetudinario

El Estado para unificar la sociedad bajo un mismo proyecto cultural, económico y político, intenta unificar mediante la generalización de un régimen común que disuelva en la legalidad las prácticas particulares de los pueblos indígenas, para asegurar y ampliar las condiciones de reproducción de capital y el ejercicio de la hegemonía. Contrariamente, los pueblos indígenas vienen planteando como una de sus reivindicaciones la oposición a un orden normativo, que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen. Más recientemente, esta oposición se formula como la demanda de reconocimiento de la vigencia de un derecho propio que regule la vida social indígena.

El desarrollo de este planteamiento en la plataforma de los movimientos indígenas, ha puesto en vigencia, una vez más, el estudio de las prácticas jurídicas de los pueblos indios y su comparación con los sistemas nacionales.

La definición y tipificación de los delitos, es objeto de los Códigos Penales. De todas maneras, es bien sabido que el concepto y la identificación de un delito es la resultante de circunstancias históricas y contextos culturales. Por todo 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. Tal es el caso de la coca en los lugares andinos y del peyote y los hongos alucinógenos en México.

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 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.

2.5. El derecho consuetudinario en Guatemala

Guatemala, según datos cuenta: “con un aproximado del 60% de población indígena

respecto del total, es el país más indígena de Latinoamérica y del mundo.”¹³ Mayoritariamente de ascendencia maya, los indígenas guatemaltecos hablan 23 idiomas y muchas variantes dialectales. En el país, el 50% del producto bruto interno se debe a la agroexportación, la cual todavía está fundamentalmente basada en la explotación intensiva de mano de obra indígena, así como de ladinos (mestizos) pobres.

La alta concentración de la riqueza en pocas familias, así como de las tierras productivas (especialmente de la costa y bocacosta), es un patrón que caracteriza el modelo de distribución de la riqueza en Guatemala. A la carencia de derechos sociales de la mayoría de la población, se suma la discriminación étnica de la población indígena y su marginación de amplios aspectos de la vida nacional; la exclusión política de las mayorías nacionales y la falta de respeto de los derechos fundamentales. Esta situación, de viejas raíces, ha consolidado un modelo de sociedad y de Estado de carácter altamente excluyente.

Como en todos los países latinoamericanos, en Guatemala durante la Colonia, se instauró un modelo de segregación por el cual se separaron física y jurídicamente los Pueblos de Indios de las Villas de Españoles. Los indios fueron sometidos a los encomenderos, quienes como hermanos mayores eran responsables de su evangelización y control. De su parte, los indios les debían su trabajo, base de la riqueza en una economía agrícola de uso intensivo de mano de obra. Para justificar este sometimiento se construyó la ideología de la inferioridad del indígena, cuya

¹³ Augusto Willemsem, **Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas**. Pág. 37

impronta se hereda hasta ahora. Se respetó algunas de las autoridades indígenas para poder organizar el trabajo, el tributo y la evangelización. También se permitió la conservación de sus usos y costumbres, mientras no afectasen la ley divina y natural. Se permitió a los alcaldes indígenas administrar justicia en causas de indios pero sólo para casos menores, pues los que merecían penas graves debían pasar al corregidor español, para no reconocerles tanto poder. Se justificó dicho modelo en la idea de que los indios eran escasos de entendimiento, flojos e incapaces de autogobernarse.

A raíz de la Independencia, todas las Constituciones de las nacientes repúblicas latinoamericanas abolieron la diferencia de regímenes jurídicos, así como también los derechos que el derecho social indiano concedía a los pueblos de indios (como las tierras comunales) y se proscribió la palabra indio de dichas Constituciones. Se instituyó un modelo liberal de configuración estatal por la que los aparatos estatales debían monopolizar la producción jurídica y la violencia legítima. El supuesto de este monopolio, era la idea del Estado-nación. El significado dado a Nación era el de un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma, y por ende un sólo sistema jurídico, de autoridades, de administración de justicia.

El Estado, como orden jurídico político, en tal marco, representa un grupo social homogéneo. Tal es la base de la supuesta legitimidad de un Estado monocultural, monolingüe y donde sólo existe un sistema jurídico. Por ello, el modelo de Estado construido desde la Independencia, es claramente un modelo de exclusión de la población indígena y su cultura. Explícitamente buscaba eliminar sus idiomas, su cultura, su espiritualidad y su derecho. El derecho indígena, a pesar de estar

formalmente proscrito, sobrevivió de modo clandestino y marginado. Además, como las Constituciones facultaban a los alcaldes administrar justicia, tal fue una vía de sobrevivencia del derecho indígena pues en la mayor parte de aldeas y cantones alcaldes indígenas cumplían tal función.

A partir de la reforma liberal a fines del Siglo XIX, en Guatemala se construyó un modelo de Estado abiertamente al servicio de la burguesía agroexportadora. El Estado, fue un instrumento directo de tal clase pues la institucionalidad estatal, fue utilizada para legalizar el trabajo forzoso indígena, expandir las fincas a costa de tierras comunales y someter a condiciones de explotación a grandes masas de fuerza de trabajo para favorecer el crecimiento de las fincas y la agroexportación. Las leyes que ordenaban portar la tarjeta de jornalero, así como las de vialidad y contra la vagancia reforzaron en el plano penal dicho modelo económico. Este modelo económico clasista, el modelo político excluyente y el modelo de coerción étnica son, entre otros, los componentes del modelo de Estado excluyente.

La llamada Primavera Democrática de 1944 a 1954, fue una década en la que se vislumbraron cambios en el país: La abolición del trabajo forzoso indígena, el reconocimiento de derechos a los grupos indígenas, la reforma agraria, la autonomía municipal y de las universidades, la instauración de derechos laborales para el trabajo libre asalariado, entre otros. Pero tales se convirtieron en expectativas frustradas con la invasión extranjera y las sucesivas dictaduras militares. El contexto de la guerra fría y la lucha anticomunista, dio marco primero a la persecución de todos los defensores de la Revolución de Octubre, de los agraristas y de quienes planteaban reforma agraria o un

mínimo de apertura política. Ante el cierre de espacios políticos, surgieron los diferentes movimientos guerrilleros demandando cambios en el país. Le siguieron las sucesivas oleadas represivas.

Al principio, las reivindicaciones de la guerrilla eran fundamentalmente de carácter económico y durante los sesenta hubo poca inserción en el mundo indígena. La represión se dirigió fundamentalmente hacia gremios y organizaciones sindicales y populares, en su mayoría de composición ladina. Hacia fines de los setenta y principios de los ochenta, en cambio, la guerrilla tenía una fuerte presencia en las áreas indígenas. Por ello, la estrategia contrainsurgente, guiada por la Doctrina de Seguridad Nacional, definió a los indígenas como enemigo interno y aplicó políticas de tierra arrasada, masacres, torturas y otros actos genocidas con la idea de quitarle el agua al pez. Ello hizo que la mayor parte de víctimas del enfrentamiento armado fuese población indígena.

Durante la década de los noventa, luego de casi cuatro décadas de enfrentamiento armado, el gobierno y la guerrilla (URNG), firmaron los Acuerdos de Paz con el objetivo de que cese el fuego y se respeten los derechos humanos. Pero dichos Acuerdos también entraron a cuestionar -y duramente- el carácter excluyente de la institucionalidad estatal guatemalteca, en tanto no representa el carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe de la nación. Como consecuencia, criticaron la juridicidad construida en ese marco, por ser discriminatoria y negatoria de derechos de amplios sectores de la población, así como por no reconocer el derecho indígena. En el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas-AIDPI se establece expresamente

que: “tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias que rigen la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negación de derechos, discriminación y marginación”¹⁴

Por ello, otros objetivos explícitos de los Acuerdos de Paz, están orientados al cambio del modelo excluyente de Estado hacia una nueva definición que lo caracterice como pluricultural, multiétnico y multilingüe. Igualmente proponen el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, su idioma, su espiritualidad, su cultura, su derecho consuetudinario. Los Acuerdos de Paz, presentan planteamientos tímidos en el plano socio-económico; pero son explícitos en la necesidad de construir una nueva institucionalidad más democrática y respetuosa de los derechos humanos. Plantean un modelo de justicia plural con tres componentes: a) la reforma de la justicia estatal a fin de que sea más garantista, multicultural y multilingüe, b) el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario y, c) el reconocimiento y ampliación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

2.5.1. El derecho indígena

La supervivencia y legitimidad de sistemas normativos indígenas, revela que tales sistemas son necesarios a la población tanto en términos materiales, como simbólicos o culturales; esto significa: “a) que el sistema de justicia estatal no les es eficiente y culturalmente adecuado y, b) que los sistemas indígenas responden mejor a sus

¹⁴ CEH-UNOPS. **Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (1999)**. Guatemala. Pág. 51

necesidades sociales y a su mundo cultural.”¹⁵

La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal, son condiciones para la supervivencia de los sistemas indígenas. De otra parte, el tipo de respuestas que puede dar el derecho y el sistema de justicia estatal, está muy lejos de la forma en la que se encara los problemas en las comunidades indígenas.

2.5.2. La inaccesibilidad e inadecuación cultural del sistema de justicia estatal

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

¹⁵ **Ibid.** Pág. 52

es una de las instituciones más nuevas y limitadas. Apenas hay uno o dos abogados defensores públicos por departamento.

La mayoría de oficinas de los aparatos de justicia se ubica en zonas urbanas, cuando la mayor parte de la población nacional (65%), vive en zonas rurales. Este porcentaje es más alto en regiones como el Occidente, donde el 80% de la población vive en zonas rurales (INE, 1996).

A la distancia geográfica se añade la distancia cultural y lingüística. La mayor parte de operadores de justicia no habla los idiomas mayas ni comprende tal cultura, siendo que la población guatemalteca en mayoría es indígena; y en muchos municipios la población es maya-hablante. Por el contrario, la mayoría de jueces está conformada por ladinos que no hablan los idiomas indígenas. Los operadores de justicia que saben idiomas indígenas, son muy pocos y los utilizan de modo empírico. No hay peritos antropológicos. Por ejemplo, en los departamentos del Occidente, la población indígena conforma el 60% del total (INE, 1996), y en todos los municipios se habla algún idioma maya. En Departamentos como Totonicapán, la población indígena llega al 95% (INE, 1996). De su parte, el personal judicial que habla algún idioma maya en la región apenas llega al 14% y los que lo escriben al 3.6%. “De hecho, uno de los problemas más importantes de acceso a la justicia percibidos por la población indígena, es el del idioma y la comunicación”¹⁶. Recién a partir de 1997 el Organismo Judicial y el Ministerio Público empezaron a nombrar intérpretes judiciales que tenían un mínimo de preparación para tal puesto, pero estos apenas tienen presencia en algunas cabeceras

¹⁶ MINUGUA Informe de la Administración de Justicia y Pluralismo Lingüístico. Guatemala, 1997.

departamentales del Occidente.

A la distancia geográfica, lingüística y cultural entre la justicia estatal y los pueblos indígenas, debe sumarse la discriminación y el maltrato. El derecho y el sistema de justicia estatales no respetan e inclusive criminalizan la diferencia cultural. Además, hay una actitud de discriminación y racismo en el comportamiento de muchos operadores de justicia. Más de la mitad (53.6%) de dirigentes mayas encuestados en Occidente sobre las principales carencias de la justicia, considera que estas consisten en la marginación de los indígenas y el desconocimiento de la pluriculturalidad (idioma, falta de jueces indígenas, etc.). “Esto es percibido inclusive con mayor incidencia que problemas como costos de la justicia, corrupción e impunidad (35.7%). Le siguen la falta de formación de operadores de la justicia (14.3%) y problemas procesales (14%)”¹⁷

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

¹⁷ **Ibid.** Pág.

provecho.

Los sistemas comunitarios indígenas de regulación social y resolución de conflictos, son cercanos a la población, responden más adecuadamente a su cultura y necesidades sociales, y gozan de mayor legitimidad y eficacia en el ámbito en el que operan, entre otras razones, por:

a) La pertenencia a los mismos Códigos Culturales, y por compartir normas y valores comunes, entre quienes resuelven conflictos o toman decisiones y los usuarios del sistema. Los hechos y las reglas se interpretan dentro de sistemas de creencias comunes.

b) La primacía del criterio de resolver conflictos, arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores/perdedores. Esto permite recuperar niveles de armonía social, dentro de una red compleja de parentesco sanguíneo y político, donde todos son parte de numerosas redes de parentesco y reciprocidad.

c) La importancia dada al consenso, así como a la reparación y restitución antes que al mero castigo.

d) La indiferenciación entre asuntos civiles o penales, sino un encaramiento global de los problemas.

e) El uso del mismo idioma. El uso del lenguaje común o de la vida cotidiana y no uno

especializado o de iniciados (como es el lenguaje jurídico occidental).

f) La cercanía entre las partes y los entes resolutorios de los conflictos, el mutuo control comunitario. La cercanía geográfica, social y cultural.

g) La innecesariedad de pagar abogados, y otros gastos del sistema estatal.

h) La celeridad en resolver casos, etc.

Algunas etnografías muestran que los sistemas normativos indígenas en Guatemala, son integradores y no especializados, porque articulan la cosmovisión, la cultura, el derecho y la espiritualidad. “Hay un gran rango de esferas de la vida social que regula el derecho indígena, variando de acuerdo a cada comunidad. Tal cubre materias como las uniones conyugales o matrimonio, las relaciones familiares, las herencias, la tierra, el sistema de administración de recursos, la definición de los hechos dañinos socialmente (lo que serían delitos) y las sanciones que se les puede aplicar (suspensión de servicios, trabajos colectivos, etc.); así como lo que corresponde al llamado derecho público, esto es, en los sistemas de autoridades y cómo elegirlos, deberes y derechos de los miembros de la comunidad, los distintos servicios que deben cumplir las personas a lo largo de su ciclo vital, etc. Por lo general, la gente llama al seguimiento de estas pautas el costumbre (ej. el está casado por el costumbre)”¹⁸.

El control social de las diversas conductas se da mediante un complejo sistema de

¹⁸ URL, El sistema Jurídico Maya, una aproximación. Guatemala, 1988, Pág. 14

autoridades y mediante controles sociales, culturales, espirituales y también coercitivos. Dada la superposición de sistemas de autoridades a lo largo de la historia colonial y republicana, algunos sistemas de autoridades indígenas tienen raíces pre-hispánicas, como los aj'q'ijab, guías espirituales o sacerdotes mayas, así como los kamalbe, ancianos o principales, las comadronas y otras autoridades o dignidades. Su saber se vincula al calendario maya y la fuente de su autoridad se funda en el servicio que prestan a la comunidad desde el **don** recibido. Otras autoridades tienen origen colonial y luego fueron reappropriadas por la cultura indígena, como las alcaldías y cofradías. Las alcaldías indígenas, fueron instauradas como instituciones bisagra del mundo colonial con el indígena, para facilitar el control de éste; pero re-apropriadas por los indígenas, han permitido -y aún hoy permiten- espacios de auto-regulación y control propio. "Las cofradías, por su parte, fueron creadas para el control religioso del mundo indígena. Sin embargo, los indígenas aprendieron a re-utilizar estas instituciones coloniales para elaborar formas de resistencia cultural detrás de la aparente práctica de la religión católica"¹⁹. La participación en las responsabilidades o cargos tanto del Municipio o Alcaldía como de la cofradía, se entrecruzan, y todas las personas, a lo largo de su ciclo vital, deben asumir alternadamente cargos en ambos sistemas, llamados sólo para efectos pedagógicos, secular y religioso. "Las variaciones a este modelo son muchas y reflejan el complejo entramado de los diversos sistemas de autoridad."²⁰ Y finalmente, hay un conjunto de autoridades y formas más modernas de liderazgo.

Las autoridades y formas de liderazgo más modernas, tienen su origen en la presencia

¹⁹ Rojas Lima, Flavio **La Cofradía. Reducto cultural indígena**. Pág. 24

²⁰ Ordoñez, José Emilio **Justicia y pueblos indígenas**. Pág. 87

de movimientos sociales, organizaciones gremiales, partidos políticos, movimientos religiosos o nuevas formas de presencia de las iglesias, formas de organización local para el desarrollo, organizaciones de promotores de salud, derechos humanos, entre otras. Estas nuevas autoridades y formas de liderazgo, se articulan a las antiguas dándoles un nuevo contenido. En tanto, son reapropiadas desde el eje cultural indígena, se convierten también en parte de su derecho.

La resolución de conflictos al interior del espacio comunal, desde la Colonia, fue dejada en manos de los indígenas en lo que correspondía a los conflictos menores, debiendo remitir los casos graves a las autoridades estatales. Esta práctica ha continuado más o menos hasta estos días. En los lugares alejados o donde el control estatal es menor, los indígenas tienen mayor margen de auto-regulación; en lugares más próximos a los centros de control, suelen remitir los casos graves con más frecuencia a los jueces y autoridades estatales para evitar ser procesados.

La relación entre autoridades estatales e indígenas, siempre ha sido compleja y en algunos casos violenta. En ciertos lugares hay una suerte de convivencia pactada, pues son las comunidades las que llevan a los presuntos delincuentes ante la policía, ya que esta no llega a los lugares alejados. En otros casos, en el marco de una relación conflictiva entre autoridades indígenas y estatales, estas últimas, han controlado o reprimido a *aj q'ij ab* (o sacerdotes mayas) por la práctica de su cultura y espiritualidad; así como han procesado a alcaldes auxiliares indígenas por delito de usurpación de funciones, por administrar justicia sin ser jueces, ordenar arrestos de bolos (ebrios), hacer levantamiento de cadáveres, etc. Las autoridades indígenas, han aprendido a

auto-limitarse en sus funciones para evitar ser reprimidos por las autoridades estatales remitiendo a la autoridad estatal casos graves como homicidios, o cuando se trata de extraños.

Los diversos sistemas normativos (el estatal y los no estatales), se comportan como círculos semi-autónomos de poder, como dice Sally Moore, teniendo campos propios y otros con muchas intersecciones. “Hay situaciones en las que la auto-regulación comunitaria indígena es significativa, pero hay otros espacios en los que el control es disputado violentamente por el sistema estatal y los sistemas no estatales (dependiendo de la materia, el monto, el sujeto y el lugar -si es distante o cercano a los centros urbanos de control estatal-).”²¹ Frente a la coexistencia de diversos sistemas, los indígenas han desarrollado estrategias de utilización de recursos diversos, dirigiéndose a uno u otro sistema de acuerdo a sus intereses, el poder relativo de cada sistema y las posibilidades de obtener las soluciones deseadas. La población aprende a utilizar el sistema oficial en determinados casos, especialmente cuando se ha roto la cohesión social, cuando se requiere una decisión judicial respecto de alguien que no es indígena o cuando se tiene que hacer valer dicho derecho ante otras instancias estatales (administrativas, judiciales o políticas).

Los largos años de la guerra (más de tres décadas), la militarización (reclutamiento forzoso y masivo de jóvenes indígenas, la presencia de patrulleros y comisionados militares en todo el país durante el enfrentamiento armado), la muerte de autoridades y

²¹ Ordoñez, José Emilio. **Ob. Cit.** Pág. 87.

líderes indígenas, catequistas, guías espirituales mayas; la secular presencia de la iglesia católica; la penetración de sectas fundamentalistas (junto con el proceso de militarización de las comunidades); la estratificación y diferenciación social indígena, los procesos migratorios internos y externos, y otros complejos procesos sociales, han agudizado la ruptura de elementos de cohesión social y han mellado fuertemente los valores culturales indígenas, sus formas tradicionales de organización y sus mecanismos de regulación social y resolución de conflictos. No obstante ello, todavía persisten o están en proceso de recuperación y reestructuración los sistemas indígenas de regulación y resolución de conflictos, en algunos lugares más que en otros.

2.6. Normas que contemplan el derecho consuetudinario

En marzo de 1996, el Congreso de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ello, se produjo a pesar de la oposición de los sectores cafetaleros del país (que controlan el mayor porcentaje de exportaciones y todavía utilizan mano de obra indígena en condiciones de explotación), y con la opinión favorable de la Corte de Constitucionalidad.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, está vigente en Guatemala desde junio de 1997. Con relación a la justicia, el Convenio establece derechos de los indígenas frente a dos situaciones: a) ante la justicia estatal, y, b) el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Respecto de los derechos de los indígenas ante la justicia estatal plantea, entre otros, el respeto de su cultura, el uso de sus idiomas (mediante intérpretes u otros medios), el derecho de defensa, medidas alternativas a la cárcel, etc. (Artículos 8,1; 9,2; 10;12).

Con relación al derecho consuetudinario y temas conexos, el Convenio 169 Organización Internacional del Trabajo se puede analizar los siguientes derechos:

- a) Derecho a la identidad cultural Artículo 2, literal b, se considera que el respeto de las costumbres, tradiciones e instituciones es parte intrínseca del derecho a la identidad cultural. El derecho a la identidad es el fundamento del respeto del derecho consuetudinario.
- b) Derecho al respeto del derecho consuetudinario Artículo 8 literal 1, se considera que cuando se aplique en general la legislación nacional en los pueblos indígenas, se debe respetar el derecho consuetudinario. Esto implica no criminalizarlo, cooptarlo o manipularlo.
- c) Derecho de conservar el derecho consuetudinario Artículo 8 literal 2, en el primer párrafo establece que dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Los pueblos indígenas tienen atribución legal a partir de este Convenio, de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas. El Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley, sino sólo a la no

vulneración de derechos humanos.

d) Respeto de métodos de control penal Artículo 9 literal 1; se establece que en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Por lo que el Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía. Expresamente, incluye la materia penal y no limita los casos que pueda conocer el derecho consuetudinario por la gravedad de los mismos. El límite que establece, es que el control penal deba ser compatible con los derechos humanos.

e) Establecimiento de procedimientos para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos Artículo 8 literal 2, siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. Esto significa, que si alguien alega que en aplicación del derecho consuetudinario se viola los derechos humanos, deben existir procedimientos para solucionar tal denuncia sin transferir automáticamente el caso a la justicia estatal. Para efectos de no generar una nueva imposición cultural del derecho estatal, el procedimiento, por el cual, se resuelva una denuncia por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena, debe permitir hacer una interpretación intercultural de los hechos y del derecho. Esto podría garantizarse, por ejemplo, mediante un tribunal mixto, formado

por jueces estatales y autoridades indígenas.

- f) Adecuación de la legislación nacional al Convenio. Artículo 33 literal 2, inciso b, se indica que para implementar el Convenio, los programas sobre pueblos indígenas deben incluir: la proposición de medidas legislativas y el control de la aplicación de las medidas adoptadas, en cooperación con los pueblos interesados (indígenas). En efecto, el Convenio reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas, cuya implementación nacional requiere una adecuación de la legislación y de las instituciones y de un mecanismo de control permanente y por los pueblos indígenas.
- g) Supremacía de los derechos más favorables Artículo 35, se establece que primarán los derechos que otorguen más ventajas a los pueblos indígenas así estos provengan de normas inferiores al Convenio o incluso de acuerdos políticos.
- h) Derecho de consulta Artículo 6. Esto es, que si se va a hacer alguna reforma legal o administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas tal debe ser consultada con los mismos. Ello también aplica a las medidas referidas al reconocimiento legal del derecho consuetudinario o la implementación administrativa de mecanismos de coordinación.

En síntesis, el Convenio 169 reconoce y respeta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, limitando dicho reconocimiento a la no afectación de derechos humanos. Esto obliga a una adecuación normativa a fin de eliminar incoherencias en el derecho interno.

CAPÍTULO III

3. La sanción penal estatal

3.1. Derecho penal

Desde los inicios del Siglo XIX, se le denomina, de manera predominante, derecho penal, mucho tiempo, fue designada con la expresión de derecho criminal. “La primera, se refiere a la pena (poena, comprendida en sus orígenes en el sentido religioso de expiación). La segunda, alude al crimen, comportamiento generador de la reacción social, la misma que se ha diversificado progresivamente.”²²

El derecho penal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objetivo de asegurar los valores elementales; sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica. También ha sido definido como: “la rama del saber jurídico que mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.”²³ Sebastián Soler, señala que: “El

²² Pozo, José Hurtado. **Nociones básicas de derecho penal de Guatemala**. Pág. 1

²³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal, parte general**. Pág. 52

derecho penal, es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva.”²⁴

Actualmente, se prefiere hablar de derecho penal aún cuando no refleja plenamente el contenido que se le da, junto a la infracción (crimen, delito o contravención) y a la sanción (penas privativas de libertad, multa, trabajo comunitario, medidas de seguridad), es considerar de manera destacada, tanto al delincuente como a la víctima. Esta última, ha sido descuidada mucho tiempo en las reflexiones sobre los diversos aspectos de la reacción punitiva del Estado.

3.1.1. Fines del derecho penal

El derecho penal o criminal que es el verdadero, auténtico y genuino derecho penal, ha tenido tradicionalmente como fin, el mantenimiento del orden jurídico previamente establecido y su restauración a través de la imposición y la ejecución de la pena, cuando es afectado o menoscabado por la comisión de un delito; en ese orden de ideas corresponde al derecho penal castigar los actos delictivos que lesionan o ponen en peligro intereses individuales, sociales o colectivos, de ahí el carácter sancionar; sin embargo el derecho penal moderno, con aplicación de las discutidas medidas de seguridad ha tomado otro carácter, el de ser también preventivo y rehabilitador, incluyendo entonces dentro de sus últimos fines la objetiva prevención del delito y la efectiva rehabilitación del delincuente para devolverlo a la sociedad como un ente útil a ella.

²⁴ Soler, Sebastián. **Derecho penal argentino**. Pág. 3

3.1.2. Escuelas del derecho penal

Las escuelas del derecho penal, son un conjunto de doctrinas y principios que a través de un método tienen por objeto investigar la filosofía del derecho de penar, la legitimidad del ius puniendi, la naturaleza del delito y los fines de la pena.

a. Escuelas clásicas

Agrupan a los pensadores y tratadistas del derecho penal que, fundándose en el libre albedrío humano y en la eficacia de la pena como ejemplaridad general e individual jurídica criminal, sobre principios de estricto dogmatismo jurídico, liberalidad en el proceso y trato humanitario de los procesados, con eliminación de torturas y otros sistemas de inquisición o castigo.

El resultado de las teorías de los filósofos de los Siglos XVII y XVIII, fue la formación de una escuela general de derecho penal, cuyos principios se concentraron en los Códigos Penales promulgados después de la Revolución Francesa, que con algunas adiciones y modificaciones, rigen en la actualidad y forman el derecho penal liberal surgido así de la denominada Época de Luces.

Los principales fundadores fueron: Cesar Beccaria, fue el iniciador de estas escuelas, denominada clásica siendo sus continuadores, en Italia Rossi Carrara; en Francia Ortolán y Chauveau, Helie; y en España García Goyena y Pacheco. El máximo exponente de esta doctrina ha sido el maestro Italiano, Francisco Carrara.

La escuela clásica, establece la proporcionalidad entre el delito y las penas; excluyen las corporales e infamantes; defiende como garantía suprema la inexistencia de delito para la ley positiva sin previa declaración del mismo; y propugna ardorosamente las garantías individuales en el procedimiento y en las condenas penales.

Caracteres de las escuelas clásicas

- A.- Método lógico-abstracto puesto que le derecho penal.
- B.- Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral.
- C.- El delito como antijurídico.
- E.- La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Principios de la escuela clásica

- A) El delito, es una infracción de la ley de Estado compuesto por dos fuerzas: Moral: Conciencia de hacerlo, física: que es la acción.
- B) La pena, es la necesidad que tiene la sociedad de castigar al delincuente o infractor, nace en la conciencia del sujeto activo que lo comete, generando responsabilidades moral, obra con su propia conciencia.
- C) El delito, es la trasgresión de la ley establecida el cual requiere retribución moral a la sociedad, representada en la multa o años de condena no es regenerativo, es una consecuencia jurídica.
- D) La responsabilidad moral, se funda en el libre albedrío, y el sujeto debe responder, escogió esta conducta y no otra lícita.
- E) Previsión, efectos de las infracciones que establece la ley.
- F) Voluntad, es la forma de obrar contra el derecho.

b. Escuela positivista

Para la escuela positivista, además del delito y las sanciones penales, existe otro elemento protagonista; es decir, la persona que comete el delito delinciente, la persona que se le va a imputar el delito. “Los fundadores de esta escuela comienzan con los estudios de Lombroso, sobre el hombre delinciente, en su organismo, su carácter, sus signos distintivos, su estado de ánimo dirigiéndose así a una antropología criminal, después continúa con Ferri y Garófalo, quienes se basaban en las estadísticas y estudiaban las causas de los delitos siendo así sociología criminal.”²⁵

Aportación de César Lombroso: Las aportaciones más destacadas a la génesis de la escuela positiva, es la aplicación del método inductivo experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal nato. Aparte de ellas, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.

Aportación de Rafael Garófalo: Entre los discípulos de Lombroso; quien aporta a la escuela su profundo conocimiento del derecho, que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos y prácticos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso, sino también a Ferri que, aunque más tarde realizara una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del derecho.

²⁵ **Ibid.** Pág. 50

Aportación de Enrique Ferri: Otro de los discípulos de la cátedra de Lombroso es Ferri, llegado a ella en el mismo año que Garófalo. Ha sido, como indica Grispigni, el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace al patrimonio ideológico del positivismo criminológico, es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro **La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío**, enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados.

Los principales postulados de la Escuela Positiva, siguiendo el orden utilizado para señalar los de la Clásica, son:

- a) **El derecho:** Para la escuela positiva, el derecho es un producto social lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada.
- b) **El derecho penal:** Es también un producto social, obra de los hombres. La ley penal tiene su origen en la necesidad evidente de la vida asociada, y representa el poder soberano que el Estado ejercita, como derecho y deber impuesto por aquella necesidad. La razón de la justicia penal es la defensa social.
- c) **El delito:** Para la escuela positiva, es tanto un fenómeno jurídico como un ente fáctico. Debe contemplarse en ambos aspectos, pues uno y otro, si no se integran, resultan insuficientes.
- d) **La sanción:** Tiene por fin asegurar la defensa social, y ha de cumplir una función preventiva.
- e) **El método:** La escuela positiva aplica a la investigación de la criminalidad el método inductivo-experimental. Es la idea de que todas las ciencias tienen una

misma naturaleza y un idéntico objeto el estudio de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, para beneficio de la humanidad.

3.1.3. El delito

El término delito se origina de la voz latina “delictum (delito), que en la Roma antigua designaba a los delitos privados, delitos que conllevaban únicamente la obligación de pagar una multa a la víctima, por parte del delincuente. En el Derecho Justiniano se le conoce ya como delictum privatum (delito privado), apareciendo luego el llamado delictum publicum (delito público) que producía verdaderos efectos punitivos públicos.”²⁶

Al delito se le puede estudiar desde diferentes puntos de vista: Filosóficamente, se le ha considerado como violación de un derecho, que se funda sobre la ley moral. Los clásicos según Jiménez de Asúa, convergen en considerar que: “el delito es un acto concreto, una decisión, una violación del deber, de los preceptos de la ley.”²⁷ Por su parte los positivistas, que se caracterizaron por sus concepciones realistas, por su método de indagación inductiva y por la incorporación de las ciencias naturales para el estudio de las ciencias jurídicas, arribaron a la afirmación que: “el delito es un fenómeno natural y social producido por causas de orden biológico, social y físico.”²⁸

²⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario del derecho usual**. Pág. 522

²⁷ Jiménez de Asúa, Luis. **Derecho penal**. Pág. 35

²⁸ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal, parte general**. pág.52

Como posición intermedia a las escuelas clásicas y positivas, surge la llamada escuela crítica, considerando sus exponentes al delito como: “un acto atentatorio a la justicia que es necesario reprimir, y como un ataque a la tranquilidad social que es necesario evitar.”²⁹

Jiménez de Asúa, citado por Cabanellas expresa una definición técnico-jurídica del delito, que se considera bastante completa y dotada de cientificidad; “el acto típico, antijurídico, culpable, sancionado por una pena o, en su reemplazo, con una medida de seguridad y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.”³⁰ En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, se aclara que el jurista citado no las considera como elementos esenciales de la acción delictiva, pues cuando a ellas se refiere las toma como parte integrante de la tipicidad, criterio que también sostuvo el Licenciado Palacios Motta, al afirmar que: “constituyen presupuestos procesales requeridos en ciertos casos para la plena tipificación del delito y para atribuir al delincuente la nación que determina el tipo penal.”³¹

El concepto de delito como conducta castigada por la ley, como una pena es, sin embargo:

a) Criterio legalista. “En un principio indicaba que el delito es lo prohibido por la ley, que es una definición muy amplia y no da ninguna certeza; posteriormente Carranca lo define como la infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de

²⁹ Jiménez de Asúa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 35

³⁰ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 525

³¹ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Pág. 91

los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.”³²

b) Criterio filosófico: “En un principio se aludió al aspecto moral, por lo que los teólogos lo identificaban con el pecado, más tarde se le consideró al delito como una acción contraria a la moral y a la justicia, de igual manera se le consideró como la violación de un deber, el quebrantamiento libre e intencional de nuestros deberes.”³³

c) Criterio natural sociológico: Garófalo lo define como ofensa a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y prohibidad, en la medida en que son poseídos por un grupo social determinado; también lo definen como acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado.

d) Criterio técnico-jurídico: Franz Von Liszt, expresa que es una acción antijurídica y culpable, castigada con una pena. Ernesto Beling manifestó que es: “una acción típica, contraria al derecho, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de penalidad.”³⁴ Sus aportes son: **Tipicidad:** Como elemento esencial y formal descriptivo, perteneciente a la ley y no a la vida real. **Antijuridicidad:** Como característica sustantiva e independiente del delito, separada totalmente de la tipicidad. **Punibilidad:** Como elemento del delito; no considera constituido el delito si no están satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad.

³² Carranca Trujillo, Raúl. **Derecho penal mexicano**. Parte General. Pág. 86

³³ **Ibid.** Pág. 92

³⁴ Von Beling, Ernesto. **Esquema del derecho penal**. Pág. 100

Luis Jiménez de Asúa, indica: “el delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena, o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella.”³⁵

Eugenio Cuello Calón manifiesta: “el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable, sancionada por la ley.”³⁶

Y finalmente, el catedrático Jorge Alfonso Palacios Motta, expresa que el delito: “es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad, y al cual se le impone una pena o una medida de seguridad.”³⁷

2.1.4. Naturaleza jurídica del derecho penal

Cuando se busca sobre la naturaleza jurídica del derecho penal, y se trata de investigar el lugar donde ésta nace y la ubicación que tiene dentro de las disciplinas jurídicas, y así cabe preguntarse: Si pertenece al derecho privado, al derecho público o si pertenece al derecho social, que son los tres escaños en que se le ha tratado de ubicar.

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis. **Ob. cit.** Pág. 89

³⁶ Cuello Calón, Eugenio. **Derecho penal. Parte general.** Pág. 298

³⁷ Palacios Motta, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Pág. 91

De Mata Vela y De León Velasco, refieren lo siguiente: “Algunos tratadistas, en época reciente y amparados por las novedosas corrientes de la defensa social contra el delito, han pretendido ubicar al Derecho Penal dentro del Derecho social, como el Derecho de Trabajo y el Derecho Agrario, sin embargo, tampoco se ha tenido éxito. El Derecho Penal, es una rama del Derecho Público interno que tiende a proteger intereses individuales y colectivos (públicos y sociales); la tarea de penar o imponer una medida de seguridad es una función típicamente pública que sólo corresponde al Estado como expresión de su poder interno producto de su soberanía, además de que la comisión de cualquier delito, genera una relación directa entre infractor y el Estado que es el único titular del poder punitivo, en tal sentido, se considera que el Derecho Penal sigue siendo de naturaleza jurídica pública.”³⁸ Es necesario indicar, que la relacionada distinción entre derecho público y derecho privado, es en la actualidad, puramente preferencial, pues en la práctica, hay muchas actividades del derecho privado que se ven inmersas en el derecho público y viceversa, al extremo que se piensa que la gran polaridad entre lo público y lo privado.

3.1.5. Participación

La conducta humana, como presupuesto indispensable, para la creación humana, como presupuesto indispensable, para la creación formal de todas las figuras delictivas, suele operar de dos maneras distintas (obrar activo y obrar pasivo), dando origen a la clasificación de los delitos atendiendo a las formas de acción.

³⁸ De León Velasco, Héctor Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco**. Pág. 46

A) Autor

Como un concepto unitario de autor se puede decir, que son los sujetos que prestan una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que corresponda a su colaboración para el conjunto del hecho. Bajo este punto de vista prevalece el criterio de causalidad, reservando al juez el castigo de cada uno de los cooperadores según la intensidad de su voluntad criminal y la importancia de su contribución al hecho. Como un concepto dualista, se puede decir que es cuando varias personas participan de un hecho punible, entre autoría como forma de participación principal y complicidad e inducción como formas de participación secundaria.

Dentro de las teorías de la participación, se pueden mencionar las siguientes:

- a) **Teoría objetiva de la participación:** Según esta corriente, autor es quien comete por sí mismo la acción típica, desde el punto de vista de esta teoría la inducción y la complicidad, son categorías que amplían la punibilidad a acciones que quedan fuera del tipo, ya que con este criterio solo podría sancionarse al que por sí mismo mata lesiona o roba. Para esta teoría lo importante, es establecer si el sujeto realizó o no la acción típica para así considerarlo como autor.

- b) **Teoría subjetiva de la participación:** Para esta teoría es autor, todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin necesidad de que su contribución al hecho consista en una acción típica, desde este punto de vista, también el

inductor y el cómplice son en sí mismo autores, para esta teoría no interesa el grado de contribución que un sujeto tuvo en la comisión de un delito, basta con su intención delictiva y su contribución aún mínima en el hecho para ser considerado autor.

- c) **Teoría del dominio del hecho:** Según esta teoría, la actuación del sujeto en el delito puede darse como autor, en el supuesto de que el sujeto domine el hecho, entonces autor es quien como figura central del suceso, tiene el dominio del hecho conductor conforme a un plan y de esta manera está en condiciones de frenar o no, según su voluntad, la realización del tipo.

B) La autoría mediata

Se manifiesta como dominio de la voluntad, que consiste en dominar el hecho a través del dominio de la voluntad de otro. Para la existencia de la autoría mediata, es indispensable la participación de dos o más personas, ya que será indispensable la presencia de un sujeto que domina el hecho (llamado autor mediato) y otro sujeto (instrumento) que es utilizado por el autor mediato para la realización del delito. La participación del autor mediato y el instrumento es indispensable, para esta forma de autoría, no puede haber acuerdo común entre ellos.

Se puede afirmar, que mientras la autoría inmediata identifica al sujeto que realiza la acción con su propia mano, la autoría mediata requiere la presencia de dos o más personas, una quien tiene el dominio del hecho, a través del dominio de la voluntad de

otra persona que es utilizada como instrumento. Es indispensable que entre autor mediato e instrumento, no exista acuerdo en común en cuanto a la realización del delito, toda vez que de haber acuerdo el instrumento dejara de ser tal para convertirse en coautor.

Las clases de autoría mediata son las siguientes:

- a) Autoría mediata con instrumento inimputable
- b) Autoría mediata con instrumento sometido a error
- c) Autoría mediata con instrumento sometido a coacción

C) La coautoría

Ésta se caracteriza por la intervención igualitaria, más o menos, de dos o más personas todas como autores inmediatos, sin que sus conductas dependan de la acción de un tercero, bien que realicen las mismas acciones o bien que se dividan las necesarias para la comisión del hecho. Pueden ser coautores también a pesar de que uno sea autor material, el que haya ejecutado materialmente los actos propios del delito, y otro autor intelectual, el instigador que ha ideado y planificado la comisión del delito, lo importante es que ambos tengan la misma responsabilidad penal dentro del asunto.

3.1.6. La pena

La pena es la privación de un bien jurídico que el poder público, a través de sus instituciones impone a un individuo que ha cometido una acción perturbadora del orden jurídico.

En consecuencia, la pena es una institución que reviste mucha importancia dentro de la rama del derecho penal y es por ello, que existen diferentes puntos de vista para poder definirla; por un mal, que se impone a un delincuente por parte del Estado como un castigo de carácter retributivo por la comisión de un hecho jurídico establecido como delito, pues apareja un sufrimiento que el delincuente lleva consigo la expiación de su culpabilidad, por otro lado se parte de la idea de referirse a la pena como un bien para el que delinque pues su conducta contraria a la ley penal, es objeto de tratamiento encaminada a la reeducación y rehabilitación de la persona que ha delinquido, visualizando así la defensa social dado a la prevención individual o colectiva que se realiza por parte del Estado. Para el efecto el tratadista Manuel Ossorio, define a la pena de la siguiente manera: “Castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta.”³⁹

Mezger citado por Manuel Osorio, se refiere a la pena como: “La imposición de un mal proporcionado al hecho, es decir, una retribución por el mal que ha sido cometido. Y en sentido auténtico la pena es la que corresponde, aun en lo que respecta al contenido,

³⁹ Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales*. Pág. 733

al hecho punible cometido, debiendo existir entre la pena y el hecho una equiparación valorativa.”⁴⁰

3.1.7. Características de la pena

Existen varias características de la pena, ya que se puede indicar que dentro de las que revisten mayor importancia y distinguen a la pena desde el punto vista meramente penal son las siguientes:

- a) Es una sanción.
- b) Es previamente establecida.
- c) Es de naturaleza pública.
- d) Es personal.
- e) Debe ser determinada.
- f) Debe ser proporcionada.
- g) Debe ser graduable.
- h) Debe ser reeducadora, reformadora y rehabilitadora.

3.1.8. Las medidas de seguridad

Se refiere a aquellas sanciones complementarias o sustitutivas de las penas, que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquél sujeto que comete un injusto (hecho típico y antijurídico); pero, que de acuerdo con la teoría del delito, al ser

⁴⁰ Ibid. Pág. 734

inimputable no puede ser culpado por un defecto en su culpabilidad. Esta persona es susceptible de recibir una medida de seguridad para evitar nuevos injustos.

Las medidas de seguridad, atienden a la peligrosidad del sujeto, exteriorizada en todo caso a través de un ilícito penal: son medidas de prevención especial que tienen que ser determinadas por peritos, tomando como base los antecedentes del inculpado, y su finalidad es prevenir afectaciones futuras.

3.2. El proceso penal

La jurisdicción, la acción y la excepción en materia penal, deben ejercitarse conforme a las normas procesales penales. Éstas establecen, para los respectivos órganos, las atribuciones y sujeciones a hacerse efectivas imperativa o facultativamente, conforme a las correspondientes previsiones. A esa actividad, se agrega la de otros órganos públicos y particulares vinculados con la cuestión civil o que colaboran en la realización de la justicia penal. El proceso penal, está integrado por elementos subjetivos y objetivos: personas que actúan, y actividad que resulta de esa actuación. Entre ellos hay completa interdependencia, puesto que la actividad procesal es obra de las personas del proceso cuando ejercitan las atribuciones o se someten a las sujeciones legales.

La intervención de las personas en el proceso puede ser necesaria o eventual; unas se desempeñan como sujetos y otras como colaboradores. Los actos procesales se suceden y combinan, estando revestidos por la formalidad y las circunstancias de

modo, tiempo y lugar; unos son indispensables o de formalidad rigurosa, y otros omitibles o con relativa libertad de formas. Las finalidades específicas permiten el fraccionamiento del proceso en etapas y momentos que precluyen a medida que se consuman. Deben intervenir los sujetos esenciales y realizarse los actos indispensables con las formalidades impuestas para estar frente a un proceso válido.

3.2.1. Fines del proceso penal

Uno de los fines del proceso penal coincide con los del derecho penal, en cuanto tiende a la defensa social y a la lucha contra la delincuencia, y el otro busca la aplicación de la ley en el caso concreto, es decir, investigar el hecho que se considera delictuoso y la responsabilidad criminal del acusado. En cuanto a los fines específicos, tienden a la ordenación y desenvolvimiento del proceso y consiste uno de ellos en la investigación de la verdad efectiva, material o histórica, es decir, el castigo de los culpables y la absolución de los inocentes, conforme a la realidad de los hechos, y como consecuencia de una investigación total y libre de prejuicios, ya que el interés público predomina en el esclarecimiento del asunto.

El Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, en el Artículo 5 se refiere a los fines del proceso; como objeto la averiguación de un hecho, de las circunstancias en que pudo ser cometido, en el establecimiento de la posible participación del sindicado, en el pronunciamiento de la sentencia respectiva, y en la ejecución de la misma.

3.2.2. Objeto del proceso penal

El objeto del proceso, es que el asunto se solucione en la sentencia, dictada por el juez. Para su análisis, resulta conveniente separarlo en principal y accesorio. En el ordenamiento pueden existir; un **objeto penal**, responsabilidad criminal, en el que rigen los principios de necesidad y oficialidad, y un **objeto civil**, que se rige por los principios de oportunidad y dispositivo.

3.2.3. Principios y garantías

El proceso es el método lógico y ordenado, creado por la civilización para conducir a una decisión judicial justa y restablecer por tal medio la paz y el orden jurídico, su objetivo es redefinir conflictos. Todo proceso responde a objetivos; y se enmarca dentro de ciertos fines y propósitos comunes a una sociedad.

El Estado moderno busca a través del derecho procesal penal, lograr la aplicación efectiva de la coerción mejorar las posibilidades de persecución y castigo de los delincuentes mediante el traslado de la investigación al Ministerio Público y la implementación del sistema acusatorio, y paralelamente es un sistema de garantías frente al uso desmedido de la fuerza estatal protegiendo la libertad y dignidad individual, garantizando los intereses de la sociedad afectada por el delito, en la misma medida que los derechos fundamentales de los sometidos al proceso penal.

Así pueden señalarse como principios generales del Código Procesal Penal, los siguientes:

a) Principio de equilibrio: Protege las garantías individuales y sociales consagradas en el derecho moderno paralelamente a la agilización, y persecución y sanción de la delincuencia y con igual importancia se mejora y asegura el respeto de los derechos humanos y la dignidad del procesado, equilibrando el interés social con la individualidad.

Este principio, busca crear mecanismos procesales eficientes ante la persecución y sanción de un ilícito, sin que el imputado de la comisión de un delito pierda los derechos inherentes de la persona humana. El hecho que la función jurisdiccional se realice con estímulo a la protección de los derechos individuales, aumenta el valor y la autoridad moral del estado.

Este principio de equilibrio deriva en una mejor distribución de funciones procesales:

- a) Investigación y acusación a cargo del Ministerio Público.
- b) Servicio público de la defensa penal, garantizando la defensa en juicio.
- c) Jueces independientes e imparciales, controlan al Ministerio Público y garantizan derechos constitucionales.

b) Principio de desjudialización: Este principio, permite que los asuntos de menor importancia puedan ser tratados de manera sencilla y rápida, y es resultado de la teoría de la tipicidad relevante, que obliga al Estado a perseguir (prioritariamente) los hechos

delictivos que producen impacto social, teoría que nació por el replanteamiento de las teorías del derecho penal sustantivo, referentes a los delitos públicos, ya que materialmente es imposible atender todos los casos por igual y es necesario priorizar.

El Código Procesal Penal, establece cuatro presupuestos en los que es posible aplicar este principio:

- a) Criterio de oportunidad.
- b) Conversión.
- c) Suspensión condicional de la persecución penal.
- d) Procedimiento abreviado.

c) Principio de concordia: Las dos atribuciones esenciales de los jueces, son las siguientes: a) definir mediante la sentencia situaciones sometidas a su conocimiento; y b) contribuir a la armonía social mediante la conciliación o avenimiento de las partes en los casos que la ley lo permite.

Tradicionalmente, en el derecho penal la conciliación entre las partes solo era posible en los delitos privados, pero por las exigencias modernas, se ha llevado esta consideración a los delitos de poca o ninguna incidencia social, atendiendo a la falta de peligrosidad del delincuente así como a la naturaleza poco dañina del delito para que a través del avenimiento de las partes se satisfaga el interés público, se resuelvan conflictos penales y se proteja a las víctimas.

Es una figura intermedia que procede en tres fases:

- a) Avenimiento de las partes con la intervención del Ministerio Público o del juez.
- b) Renuncia de la acción pública por parte del órgano representativo de los intereses sociales.
- c) Homologación de la renuncia de la acción penal ante juez.

La concertación penal, no sólo se explica por el avenimiento de las partes sino por la participación, control y vigilancia del fiscal y del juez, que tiene la misión de evitar acuerdos lesivos a la sociedad o a las partes.

d) Principio de eficacia: Este principio busca diferenciar el interés del Estado, de la sociedad y de los particulares en las distintas clases de delitos, ya que no es lo mismo un crimen que la afectación leve de un bien jurídico tutelado. Muchos delitos públicos no lesionan a la sociedad, creando un excesivo trabajo a los tribunales de justicia que incide en la falta de la debida atención en todos los asuntos.

Como resultado de la aplicación de la desjudialización y la concordia en materia penal, el Ministerio Público y los tribunales podrán dedicar más tiempo y esfuerzo a la persecución y sanción de delitos de alto impacto social. Esta valoración fundada en que no se puede tratar igual a lo desigual, permite trazar con precisión los asuntos según su trascendencia social determinando con precisión el marco de la actividad judicial así:

a.- En los delitos de poca o ninguna incidencia social, el Ministerio Público y los jueces deben buscar el avenimiento entre las partes para la solución rápida del proceso penal.

b.- En los delitos graves el Ministerio Público y los tribunales penales, deben aplicar el mayor esfuerzo en la investigación del ilícito penal, y el procesamiento de los responsables.

e) Principio de celeridad: Los tratados y acuerdos internacionales ratificados por Guatemala, establecen que las acciones procesales deben practicarse inmediatamente, lo cual se refuerza con lo contenido en la Constitución que establece el máximo de tiempo en que una persona detenida puede ser presentada ante autoridad judicial y esta indagarlo y resolver su situación jurídica.

Los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal, Decreto número 51-92 del Congreso de la República, impulsan el cumplimiento rápido de las actuaciones procesales, agilizan el trabajo y buscan el ahorro de tiempo y esfuerzo, y partiendo que según el Artículo 268 inciso 3º, regula que la prisión provisional por regla general no puede exceder de un año, por lo que el nuevo proceso penal está diseñado para durar en la mayoría de casos menos de ese plazo.

f) Principio de sencillez: La significación del proceso penal, es de tanta trascendencia, que las formas procesales deben ser simples y sencillas, para expeditar los fines del mismo, al tiempo que paralelamente se asegura la defensa. En tal virtud, los jueces deben evitar el formalismo. No obstante lo anterior, los actos procesales penales han de observar ciertas formas y condiciones mínimas previstas, pero su

inobservancia o los defectos pueden ser subsanados de oficio o a solicitud de parte en los siguientes casos: aceptación tácita o falta de protesto, realización del acto omitido o renovación del acto.

g) Debido proceso: El Estado no puede ejercitar su derecho a la represión, más que en la forma procesal y ante órganos jurisdiccionales establecidos en ley. Este principio debe realizarse a través de un juicio limpio, así juzgar y penar solo es posible si el hecho que motiva el proceso observa las siguientes condiciones:

- I. Que el hecho, motivo del proceso esté tipificado en la Ley anterior como delito o falta.
- II. Que se instruya un proceso seguido con las formas previas y propias fijadas, y con observancia de las garantías de defensa.
- III. Que ese juicio se siga ante el tribunal competente y jueces imparciales.
- IV. Que se trate al procesado como inocente hasta que una sentencia firme se declare lo contrario.
- V. Que el juez, en un proceso justo, elija la pena correspondiente.
- VI. Que el procesado no haya sido perseguido con anterioridad por el mismo hecho.

h) Defensa: Este principio se encuentra consagrado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República, y consiste en que nadie podrá ser condenado ni privado de sus derechos sin antes haber sido citado, oído y vencido en un proceso judicial, y el Código Procesal Penal lo desarrolla debidamente, ya que el procesado tiene desde la primera

actuación judicial, hasta la eventual condena una serie de facultades y deberes que le permiten conocer todas las actuaciones judiciales y contar con defensa técnica.

El derecho de defensa implica: Ser advertido del hecho que se imputa, declarar voluntariamente, hacer señalamientos en los actos del proceso, presentar pruebas e impugnar resoluciones, examinar y rebatir la prueba, conocer la acusación, formular alegatos y defensas, contar con asistencia técnica oportuna.

i) Principio de inocencia: Este principio consiste, en que toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado responsable en sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada. El fortalecimiento de este principio requiere:

- a) La culpabilidad debe establecerse mediante sentencia judicial;
- b) Que la condena se base en prueba, que establezca con certeza el hecho criminal y la culpabilidad;
- c) Que la sentencia se base en pruebas jurídicas y legítimas;
- d) Que la prisión provisional sea una medida cautelar de carácter excepcional para asegurar la presencia del inculcado en el proceso y la realización de la justicia.

j) Principio favor rei: Este principio es conocido también como in dubio pro reo y es consecuencia del principio de inocencia, ya que en caso de duda y por tanto, en sentencia de existir dudas acerca de la comisión de un ilícito por parte del imputado, se deberá decidir a favor de este, ya que el propósito esencial de todo proceso penal

moderno es garantizar que no se condene a inocentes, este principio fundamenta las siguientes características del derecho penal:

- I. La retroactividad de la ley penal
- II. La reformatio in peius, que se refiere a que cuando el procesado es el único que impugna una resolución, el tribunal de alzada no puede modificarla o revocarla en perjuicio del reo.
- III. La carga de la prueba corresponde al Ministerio Público y del querellante adhesivo.
- IV. La sentencia condenatoria únicamente procede si hay certeza de culpabilidad.
- V. No hay interpretación extensiva ni analógica de la ley sustantiva penal.
- VI. En materia procesal, es posible la interpretación analógica y extensiva cuando favorezcan a la libertad del imputado o el ejercicio de sus facultades.
- VII. El favor rei, es una regla de interpretación que en caso de duda obliga a elegir lo más favorable al imputado.
- VIII. No se impondrá pena alguna, sino funda en prueba que demuestre el hecho y determine la culpabilidad.

k) Principio favor libertatis (Artículos 259, 261 y 262 del Código Procesal Penal):

Este principio se refiere a hacer el menor uso de la prisión provisional, que históricamente se ha impuesto desmedidamente provocando daños morales, sociales y familiares a personas que por el tipo de hecho delictivo cometido no ameritaban tal medida y que en la mayoría de las veces resultaban inocentes.

El favor libertatis busca:

- a) La graduación del acto de prisión y en consecuencia, su aplicación a los casos de mayor gravedad, cuando por las características del delito, pueda preverse que de no dictarse, el imputado evadirá la justicia. Es decir, reduce la prisión provisional a una medida que asegura la presencia del imputado en el proceso, que éste no obstaculice el proceso y asegurar la ejecución de la pena.
- b) En algunos actos procesales deben encaminarse a la rápida restitución de la libertad del imputado, por lo que es necesario implementar la prisión provisional.
- c) La utilización de medios sustitutivos de prisión.

Este principio se justifica por los principios de libertad, inocencia y favor rei.

l) Readaptación social (Artículo 19 de la Constitución Política de la República): El fin moderno de la sanción penal, no busca el castigo de los condenados sino que la reinserción social satisfactoria del condenado, y precisamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Artículo cinco, hace referencia a que las penas privativas de la libertad tienen como objeto la readaptación y reforma de los condenados.

Para cumplir con tal principio, la legislación procesal penal guatemalteco crea los juzgados de ejecución que tiene a su cargo la ejecución de las penas.

m) Reparación civil: El derecho procesal penal moderno, establece los mecanismos que permiten en el mismo proceso, la reparación de los daños y perjuicios provocados

al agraviado por el hecho criminal. Este principio, busca que los daños civiles provocados por la comisión de un delito sean reparados al agraviado.

3.2.4. Jurisdicción y competencia

Como se ha visto anteriormente, la jurisdicción se considera como el poder genérico de administrar justicia, dentro de los poderes y atribuciones de la soberanía del Estado; competencia es precisamente el modo o manera como se ejerce esa jurisdicción por circunstancias concretas de materia, cuantía, grado, turno, territorio imponiéndose por tanto una competencia, por necesidades de orden práctico. Se considera, entonces, tanto como facultad del juez para conocer en un asunto dado, como también el conflicto que puede existir por razón de competencia, como es el caso de conflicto o cuestiones que pueden darse al respecto.

La jurisdicción es el género, mientras que la competencia viene a ser la especie, todos los jueces tienen jurisdicción, pues tienen el poder de administrar justicia, pero cada juez tiene competencia para determinados asuntos.

3.2.5. Sistemas del proceso penal

La historia ha demostrado que en su trayecto, los pueblos han adquirido y configurado determinadas formas del proceso penal, las cuales se han adecuando a las circunstancias económicas, sociales y políticas de los mismos, de donde han surgido tres sistemas procesales básicos, siendo ellos el inquisitivo, el acusatorio y el mixto. En

cada uno de ellos la función de acusación, de defensa y de decisión reviste diversas formas, por la naturaleza misma de cada sistema procesal. Es esencial el estudio de los sistemas procesales, para estar en condiciones de comprender en mejor forma el sistema procesal penal imperante en Guatemala.

a. Sistema inquisitivo

En el sistema inquisitivo, el propio órgano jurisdiccional toma la iniciativa para originar el proceso penal ante la puesta en peligro de un bien jurídico legalmente protegido, es decir actúa de oficio y el proceso penal, es excesivamente formal, riguroso y no público. A este respecto Alberto Herrarte expone lo siguiente: “Este sistema tuvo su origen en Roma y su denominación proviene del vocablo Inquisito. Después de varios siglos de vigencia... Este nuevo procedimiento tiene ya una tendencia inquisitiva y se caracteriza porque el acusador se convierte en simple denunciante; funcionarios especiales (oficifisci) llevaban adelante la acusación, después de una investigación secreta; el juzgador toma una participación activa en todo el proceso e interviene de oficio; desaparece el jurado y en su lugar se establecen magistrados que obran como delegados del emperador. Dicho sistema se desarrolló y tuvo su pleno apogeo en la edad media. El proceso inquisitorio es cruel y viola las garantías individuales. Este sistema establece la forma escrita, la prueba legal y tasada, la secretividad y tiende a que las funciones procesales de acusación, defensa y decisión se concentren en el juzgador. Ante tales características el proceso penal en la etapa medieval se tornó en lento e ineficaz. El imputado se convierte en un objeto y deja la condición de parte. Pero lo más nefasto, es que daba lugar a que los delincuentes de clases sociales bajas se les impusiera penas graves y gravísimas, y, a

los integrantes de las clases sociales altas se les impusieran penas leves. En esa época, el proceso penal empezó a tomar un carácter político y de defensa de la clase dominante."⁴¹

En este sistema los magistrados o jueces son permanentes; el juez es el mismo sujeto que investiga y dirige, acusa y juzga; la acusación la puede ejercer indistintamente el procurador o cualquier persona; la denuncia es secreta; es un procedimiento escrito, secreto y no contradictorio en el que impera con relación a la valoración de la prueba el sistema legal o tasado; finalmente en relación a las medidas cautelares la prisión preventiva constituye la regla general.

b. Sistema acusatorio

El órgano jurisdiccional se activa siempre ante la acusación de órgano o una persona, esto es, se acciona motivando al poder jurisdiccional para que actúe ante la apuesta en peligro de bien jurídico legalmente protegido.

Alberto Herrarte, se pronuncia al respecto indicando lo siguiente: "Este sistema es el más antiguo y su denominación proviene del vocablo *Acusatio*. Tuvo sus orígenes en la época antigua, en Grecia, y fue mejorado en Roma. En el proceso histórico, el sistema acusatorio es el que se manifiesta en primer lugar, y así haciendo referencia al procedimiento seguido por los atenienses, en el que, con las limitaciones debidas a las ideas políticas y sociales de la época, encontramos el principio de la acusación popular

⁴¹ Alberto Herrarte. **Ob. Cit.** Pág. 40

mediante la cual, todo ciudadano libre estaba facultado para ejercer la acción penal de los delitos públicos ante el Senado o la Asamblea del Pueblo. El acusador debía ofrecer las pruebas y el imputado podía solicitar un término para su defensa, no obstante estar autorizada la tortura. El debate era público y oral. El sistema acusatorio puro se encuentra establecido en Inglaterra, país que desde que lo instauró, no se ha interrumpido su aplicación por otra clase de proceso. Es en dicho país donde se establece el Gran Jurado. Este sistema es instaurado por los ingleses en los Estados Unidos de Norteamérica.”⁴²

En la Enciclopedia Jurídica Bibliográfica Omeba Gara, hijo, se señala que: “Los antecedentes históricos del Sistema Acusatorio se remontan al Derecho romano, específicamente en la época de Dioclesiano, por el Poder Absorbente del emperador que hacia las veces de Juez; alcanzó su mayor esplendor en la edad media, en donde el delito se convierte en un pecado y por lo tanto, la confesión del reo adquiere una importancia fundamental; este sistema fue adoptado rápidamente en la generalidad de países europeos. Florián expresa, que en este sistema, las funciones de acusación, de defensa y de decisión están en manos de una sola persona, que es el juez. Es un sistema escrito en todos los actos procesales, incluyendo la prueba y las defensas, niega la publicidad de los actos realizados, otorgando una publicidad limitada alas partes. Los actos procesales no se cumplen en forma continua y como estos son escritos, la decisión final la puede dictar cualquier juez, aunque no haya participado activamente en ninguna

⁴² **Ibíd.** Pág. 38

actividad procesal. El juez dispone de amplios poderes de investigación para dirigir el proceso, recabando todas las pruebas.”⁴³

Este sistema ha sido adoptado por muchos países Europeos, en Estados Unidos de América, Puerto Rico y México (sólo para asuntos federales), para su efectividad se requiere un buen equilibrio no sólo cultural sino social y político, ya que su desarrollo y eficacia en una sociedad dependen en gran medida de que se cumpla con el valor justicia.

c. Sistema mixto

Tratando de encontrar un proceso adecuado e intermedio entre los sistemas procesales anteriormente citados, donde se mantuviera la secretividad en aquellas diligencias en que dicha exigencia fuera indispensable, y la publicidad al recibir la prueba y presentar los alegatos, se ensayaron fórmulas procedimentales que mezclaron lo secreto y lo escrito del sistema inquisitivo y lo público y oral del sistema acusatorio. En este sentido, fueron los franceses quienes encontraron el proceso adecuado; y de ahí que, en la actualidad, ya son varios los países que aplican fórmulas idénticas a las de los franceses; tales son los casos de Costa Rica y Argentina.

Carlos Castellanos, al respecto expone: “El sistema mixto ha nacido de una aspiración, o mejor dicho, de una necesidad: Esta es la de conciliar hasta donde sea posible los dos principios fundamentales del sistema acusatorio e inquisitivo; es decir, el interés individual

⁴³ Enciclopedia Jurídica Bibliográfica Omeba Gara. Pág. 384

del procesado y el de la sociedad, como ofendida, se considerada facultada para castigar al delincuente. Con esa conciliación, como es natural, se persigue la finalidad de buscar la manera de que no se sacrifique un principio en favor de otro. Por esa causa es que dentro del sistema procesal mixto, se combinan los caracteres del acusatorio y del inquisitivo para garantizar de ese modo, en forma equitativa, los derechos de la acusación y la defensa."⁴⁴

En Guatemala, han existido varios intentos de reformar la legislación procesal penal, pero es hasta ahora que se ha puesto en vigencia un proceso penal con características del sistema procesal mixto, adaptado a la realidad nacional y contenido en el Decreto número 51-92 del Congreso de la República, vigente a partir del uno de junio de 1992.

3.3 El Ministerio Público

El Ministerio Público, previo a las reformas constitucionales que regularon su funcionamiento, se encontraba integrado a la Procuraduría General de la Nación, conforme el Decreto 512 del Congreso de la República. En 1993 el Estado de Guatemala, dio un giro sustancial en la forma de organizar el sistema penal para enfrentar la criminalidad en el país, dividió las tareas de juzgamiento, investigación y persecución penal en distintos órganos para establecer un sistema de pesos y contrapesos que permitiera eliminar las arbitrariedades y el abuso de poder que se observó durante la vigencia del sistema anterior.

⁴⁴ Guillermo Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 6

El Ministerio Público, a raíz de la reforma constitucional de 1993, se constituyó en un órgano autónomo encargado de ejercer la persecución y la acción penal pública. El Código Procesal Penal que entró en vigencia en 1993, trajo consigo una serie de funciones y responsabilidades para el ministerio público, resumiéndose todas ellas en dos grandes áreas: “facultades de dirección de la investigación en la denominada etapa preparatoria y, las facultades de acusación para el ejercicio de la persecución penal propiamente dicha.”⁴⁵

Tomando en consideración que la reforma constitucional y la reforma procesal penal, conciben al Ministerio Público como un ente autónomo, se emitió el Decreto número 40-94, Ley Orgánica del Ministerio Público, lo define, como una institución que promueve la persecución penal, dirige la investigación de los delitos de acción pública y que vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Con la firma de la Carta de Intención en el mes de septiembre 1997, el Ministerio Público integra la Instancia Coordinadora de la Modernización del Sector Justicia (ICMSJ), conjuntamente con el Organismo Judicial, el Instituto de la Defensa Pública Penal y el Ministerio de Gobernación, con el propósito de que mantuvieran una coordinación para dar soluciones a la problemática que ocasionaría la implementación del nuevo sistema procesal.

3.3.1. Funciones

La Ley Orgánica del Ministerio Público, en el Artículo segundo, asigna a la institución las diversas funciones, sin perjuicio de las que le atribuyan otras leyes. Corresponde al

⁴⁵ **Manual de Atención a la Víctima.** <http://www.iepades.org/tomo1.pdf> pág. 3

Ministerio Público, el ejercicio de la acción penal. Para ello, debe realizar una investigación previa que le permita determinar si hay lugar o no a ese ejercicio, y de ser así, contra quien debe dirigirse esa acción. Solamente cuando se ha ejercido la acción penal en sentido estricto mediante la formulación de una acusación en contra de un imputado, surge la función del Organismo Judicial de juzgar por conducto de los tribunales competentes.

Al Organismo Judicial, le corresponde durante la investigación criminal autorizar la restricción de derechos individuales tales como el de la inviolabilidad de la vivienda, de libretar, de la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, así como la de interrogar a los imputados.

Asimismo, les compete con exclusividad a los jueces juzgar y determinar la culpabilidad del acusado teniendo en cuenta para ello las pruebas y alegaciones que se presente en el juicio. Igualmente, corresponde al Organismo Judicial ejecutar lo juzgado, es decir hacer cumplir lo dispuesto en la sentencia, en la forma y circunstancias en que ésta lo determine.

Si alguna diligencia de restricción de derechos individuales, debe realizarse en forma precautiva dentro del curso de una investigación criminal, con el objeto de asegurar los medios de convicción o evitar la fuga del sindicado, en este caso, se da, por disposición constitucional, la intervención del juez pero no como partícipe de la investigación sino garantizar los derechos individuales de las personas, emitiendo si hubiere lugar a ello, la autorización para llevar a cabo estas diligencias.

En este sentido, que debe entenderse el control jurisdiccional de la investigación, limitando a la protección de ciertas garantías individuales que solamente pueden ser restringidos por orden de juez y únicamente, en el evento en que el Ministerio Público solicite su autorización para llevar a cabo de estas diligencias.

De otra forma, la Constitución de la República de Guatemala, no se deriva la figura de un juez controlador de la investigación antes del ejercicio de la acción penal, ya que ello iría contra la autonomía que ella misma le garantiza al Ministerio Público y rompería con el principio de la imparcialidad del juez para juzgar.

Esto no significa que el Ministerio Público, no pueda realizar la investigación en cualquier forma para su función no es la de acusador a ultranza, sino investigador de la verdad, velando siempre por el cumplimiento estricto de las leyes y como tal, actuando con imparcialidad, objetividad y legalidad.

Cuando la Constitución entregó al fiscal general de la república, como jefe del Ministerio Público “la facultad de ejercer la acción penal pública, le dio la exclusividad de esa acción, es decir que solo este pueda ejercer la acción penal para solicitar el juicio de una persona sindicada de haber cometido un delito.”⁴⁶

El ejercicio de la acción penal, no debe confundirse con la obligación que tiene toda persona informar a las autoridades competentes los hechos delictivos de que ha tenido conocimiento y solicitar que estas realicen la investigación correspondiente, salvo las

⁴⁶ **Ibíd.** Pág. 25

excepciones legales. El carácter de auxiliar que la Constitución otorga al Ministerio Público, no implica subordinación jerárquica o funcional ya que la misma Constitución establece la autonomía de esta entidad. Esto significa que el Ministerio Público en su condición de autoridad, auxilia a la administración pública en cuanto a la persecución del delito y a los Tribunales de justicia, en cuanto estos no pueden juzgar sin que el Ministerio Público formalice una acusación contra una persona determinada, luego de haber realizado una investigación para establecer, todo lo relativo con la comisión del delito y de obtener elementos de convicción sobre su participación en el mismo. Es conveniente señalar que: “el auxilio que presta el Ministerio Público no es al Organismo Judicial sino a la función de administración de justicia penal que cumplen los tribunales.”⁴⁷

En términos generales, el Ministerio Público es una institución autónoma y el fiscal general goza de independencia funcional, pues el hecho de ser escogido por el presidente de la república no lo subordina al Organismo Ejecutivo, como no subordina a los Magistrados de la Corte o Tribunales de Apelación, la elección que de ellos hace el Congreso de la República.

3.3.2. La acción penal pública

La acción penal pública, es aquella ejercida de forma exclusiva, excluyente y de oficio por el Ministerio Público y el juez, según de que normativa procesal se trate, para la persecución de un delito. En términos generales, en derecho procesal, existen procesos

⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 26

que requieren ser iniciados y continuados por una persona con derecho a ello. Ejercer la acción en un proceso es iniciarlo, e instar a que se cumplan todas sus etapas hasta su culminación.

En los procesos criminales, lo común es la acción pública. En general, la mayoría de estos delitos comienzan a investigarse a partir de una denuncia, pero pueden ser investigados tan pronto tengan los poderes públicos conocimiento de los hechos por cualquier medio. Llegada la noticia de un posible crimen a los organismos del Estado, éste actúa sin necesidad de intervención o pedidos de persona alguna, ni siquiera de la víctima directa del crimen, o sus herederos.

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico de la sanción penal consuetudinaria en los delitos de poco impacto social

4.1. Sanciones de tipo penal en el derecho consuetudinario

El derecho indígena es un conjunto de normas propias, que regulan el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos. Uno de los rasgos relevantes es la normativización, esto significa que el derecho indígena no puede ser reducido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya fundamentalmente en la tradición oral. El sistema penal indígena, presenta un sistema de autoridad claramente definida y sus reglas son aceptadas por los miembros de la comunidad, contando con un sistema de sanciones para quienes se desvíen de las reglas. El derecho penal, está implícito en la conciencia del pueblo. Tal derecho no es escrito sino que se conoce y se transmite de manera oral, de generación en generación. Lo que está bien y lo que está mal, se diferencia por lo que les dice su conciencia, por lo aprendido en la comunidad ya que las normas a seguir se deducen del propio comportamiento de los integrantes del pueblo.

Consejo de ancianos: En la conformación del consejo de ancianos cada uno de ellos, llegan a ocupar su cargo de manera democrática, siendo elegidos por los restantes integrantes de la de la comunidad. Es importante que cada uno haga un buen desempeño de la función que debe ejercer, ya que de eso depende el orden del pueblo.

Si tal desempeño fue correcto, entonces se permite la reelección. En general, las penas que se aplican a los transgresores son graves y tienen como finalidad, además de castigar a quien incumplió algún deber en contra de la comunidad, servir como ejemplo para el resto de los integrantes.

Ejemplos de sanción a través del derecho consuetudinario en varias regiones del país:

- a) Después de un debate público comunitario de líderes, alcaldes auxiliares y habitantes del caserío Xibalbay aldea Chaquijya, Sololá, decidieron aplicar 75 latigazos a Santiago Cuc Samines, de 25 años, acusado de haber cometido varios delitos en la localidad.
- b) La casa comunal de Totonicapán estaba repleta de indígenas quichelenses. Frente a ellos estaban los acusados: miembros de las comunidades Pachoc, Chupachec, Chomazán y Casa Blanca, señalados de robar madera. Para evitar la cárcel, los infractores accedieron a reunirse con las autoridades comunales, la Policial Nacional Civil y el representante del Instituto Nacional de Bosques, en un juicio público por el sistema maya.
- c) Catorce personas señaladas de cometer hechos delictivos en Nahualá, Sololá, recibieron el castigo maya, que consistió en raparlos y azotarlos. Tras cortarles el cabello y propinarles varios azotes, los acusados fueron puestos de rodillas sobre tapas de botellas de gaseosa clavadas en madera. Además, les pusieron costales de arena sobre los hombros. De acuerdo con versiones de vecinos, 10

de los castigados, entre ellos los seis menores, fueron acusados de cometer delitos menores e inhalar pegamento, en tanto que cuatro mujeres estaban acusadas de vender niños.

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

Cabe anotar que, cuando se habla de los sistemas indígenas con relación al sistema estatal no se está hablando de sistemas paralelos que nunca se tocan, sino de sistemas en interacción constante, con mutuas influencias. El problema es que los sistemas indígenas están en una situación política subordinada; y ello condiciona su funcionamiento, valoración y posibilidades de desarrollo.

4.2. Motivos de la preferencia del derecho consuetudinario

Es oportuno indicar, que la reparación del daño causado en el derecho penal indígena consuetudinario, tiende a finalizar los conflictos derivados de la comisión de un hecho delictivo, constituye un paso importante, sin embargo, el reconocimiento expreso de los usos y costumbres indígenas en las normas procesales, se hace únicamente en la exposición de motivos del Código Procesal Penal.

De lo anterior, se determina que es necesario discutir y proponer una iniciativa de ley que contenga la reforma al Código Procesal Penal, para incluir en la referida ley, la resolución de conflictos penales de los pueblos indígenas, con la finalidad de reparar el daño causado, a través de usos y costumbres del lugar, en el Código Civil se establece, en cuanto a que toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente o por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. También se establece que el responsable de un delito doloso o culposo, está obligado a reparar a la víctima los daños o perjuicios que le haya causado.

En el Código Procesal Penal establece, que para aplicar el criterio de oportunidad, es necesario que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado y se otorguen las garantías para su cumplimiento en el que, incluso, puedan aplicarse los usos y las costumbres de las diversas comunidades para la solución de los conflictos, los principios generales del derecho o la equidad, siempre que no violen garantías constitucionales ni tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Es importante para la sociedad guatemalteca, el conocimiento en todo el derecho consuetudinario, de aquellos pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y quienes actualmente tienen la problemática de sobrevivencia como pueblo con identidad y cultura propia, mas aún el reconocimiento de la aplicación de su derecho.

El Estado debe tratar de entender, cómo el indígena conserva y desarrolla su lengua, costumbres, modos de convivencia y formas de organización social, dentro de ello el derecho penal consuetudinario. En la costumbre existen acciones repetitivas y reglas de comportamiento y convivencia de observancia obligatoria por uso, las que contribuyen a la integración de la sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos en una forma que la población indígena considera justa y práctica. No se necesita copiar o imitar moldes de gobiernos extranjeros ajenos a la realidad y circunstancias del país, por el contrario debe estudiarse los elementos con que está conformado el pueblo y cómo guiarlo, hasta estructurar la justicia tanto anhelada. Los trabajos comunitarios y la creatividad de las comunidades indígenas, son signos que muestran que los indígenas son sujeto de su realidad, por eso, nunca renunciarán a lo propio, tratando ser lo que no son.

Debe procurarse una mejor aplicabilidad del Convenio 169, aceptando nuevas pautas culturales en la ley penal vigente, que permitan mayor preferencia y credibilidad en la aplicación y utilización de justicia por parte de los grupos étnicos de la localidad, ya que a la fecha no se logra la satisfacción en la sentencia o la sanción impuesta.

En general los pobladores indígenas, consideran que no existe aplicación de la ley penal común, cuando al sujeto activo de cometer un delito de poco impacto social, se le beneficia con una medida sustitutiva obteniendo su libertad en forma inmediata, más aún cuando encuentra impunidad en el desarrollo de un proceso penal engorroso, se manifiesta a la tardanza que conlleva al olvido ya la falta de aplicación de la ley.

A lo largo de la presente investigación, se establece que el derecho penal indígena, es sumamente práctico y efectivo, puesto que se administra justicia en forma pronta y los castigos a los que son sometidos los delincuentes, sirven de ejemplo para otros pobladores del lugar y evita que se cometan otros delitos, siendo los ancianos y la propia comunidad testigos de la administración de justicia consuetudinaria.

Claro está, que en algunos casos, es obvio que existen excesos que conllevan la comisión de delitos y no de administración de justicia consuetudinaria.

El derecho consuetudinario, sanciona delitos leves en base a la costumbre, lo que es parte integral de la cultura indígena guatemalteca, surgiendo con ello paralelismo entre la ley penal y el derecho penal consuetudinario, principalmente en las áreas donde la mayoría de la población es indígena, lo cual confronta a la costumbre con el sistema de justicia legalmente instituido, que según la opinión de la población, no responde a una verdadera administración de justicia que sea aceptada por ellos.

Las autoridades indígenas, como un ente social que se preocupa de los miembros de su comunidad, cree que es preciso que sus integrantes participen activamente en la sanción de aquellos delincuentes que han afectado a la población, con delitos de bajo impacto social, imponiéndoles alguna sanción penal consuetudinaria como azotes en vía pública o que presten algún servicio a la comunidad, con lo cual el pueblo ve resarcido el delito cometido.

4.3. Causas que provocan la falta de credibilidad en el sistema jurídico legal

Las autoridades indígenas, rechazan que los castigos se impongan arbitrariamente, por el contrario se aplican a través de un sistema.

Se rige por normas basadas en creencias sobre la maldad, el bien, la vergüenza o el castigo. Tiene una autoridad que aplica esas normas. Cumple su papel con base en los principios de vida. El derecho consuetudinario, tiene procedimientos que se agotan antes de llegar a un fallo o decisión.

El 31 de marzo de 1995, se firmó en México, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que establece claramente el derecho consuetudinario. La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión.

El gobierno reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas consuetudinarias, que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso que los indígenas, tienen a los recursos del sistema jurídico nacional han dado lugar a negociación de derechos, discriminación y marginación. Para fortalecer la seguridad jurídica de las comunidades indígenas, por lo tanto debe promover ante el Organismo Legislativo, la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan a las comunidades indígenas el manejo de sus asuntos internos de acuerdo con sus normas consuetudinarias, siempre que éstas no sean

incompatibles con los derechos fundamentales definido por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

4.4. Análisis de la sanción penal desde el punto de vista del derecho consuetudinario como un resarcimiento a la sociedad indígena afectada

Es evidente, que cuando se habla de derecho indígena no significa que los indígenas no utilicen el derecho estatal, sino que tienen en una estrategia de utilización de recursos múltiples por la cual utilizan el mecanismos que les ofrece responder a alguna necesidad, interés o evitar la represión. Por lo expuesto en la presente investigación, se hace necesario determinar algunos lineamientos que puedan ser implementados por el Estado, a favor del respeto de las poblaciones indígenas, para ello el gobierno debe comprometerse a tomar las siguientes medidas:

- a) La participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y desarrollar mecanismos, que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad penal interna, respetando la sanción penal consuetudinaria;
- b) Impulsar, en coordinación con las universidades, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente, sobre cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el reconocimiento de sus normas penales y mecanismos que regulan su vida comunitaria.

- c) El fortalecimiento del derecho indígena, con la aplicación del Convenio 169, con la elaboración de políticas públicas de respeto a tal derecho, sus instituciones y autoridades.
- d) La difusión del derecho indígena, debido a que en gran parte de los prejuicios y temores que hay sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena se debe al desconocimiento del mismo.
- e) La instalación de centros de documentación, videotecas, hemerotecas y sistematización informatizada de jurisprudencias, sobre el tratamiento judicial de derechos culturales y del derecho indígena.
- f) La difusión del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que fue ratificado en marzo de 1996, gran parte de la comunidad jurídica lo desconoce, al igual que otras normas que fundamentan los derechos indígenas.
- g) La despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, al respecto de actos y decisiones indígenas.

4.5. La reivindicación del derecho indígena y la forma del derecho penal

La incorporación de usos y costumbres en la finalización de los conflictos en Guatemala, constituye un paso importante, sin embargo, el reconocimiento expreso de los usos y costumbres indígenas en las normas procesales, se hace únicamente en la exposición de

motivos, lo cual invita a presentar una iniciativa de ley para su regulación definitiva en forma más amplia y clara.

La exposición de motivos del Código Procesal Penal guatemalteco, indica que los usos y costumbres indígenas deben ser aplicados mediante mecanismos adecuados, dado el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca. Es requisito de su aplicación, que no violen los tratados y convenios internacionales de derechos humanos. Debe indicarse, que estos usos y costumbres se han de aplicar llenando determinados requisitos; entre ellos, que no se trate de delitos graves, de compleja investigación, de criminalidad organizada, que amenacen o afecten la seguridad colectiva; que la culpabilidad del imputado sea atenuada o culposa, en todo caso, no caracterizada por circunstancias agravantes, entre otros.

Dentro de la organización de los pueblos indígenas de Guatemala, existen autoridades legitimadas que tienen la facultad de conocer y recoger el sentir y las opiniones colectivas respecto a un hecho considerado delito, que rompe la armonía en la comunidad, y proceder conforme a las líneas dominantes de opinión o encontrar la solución que permita restaurar el equilibrio dentro de su conglomerado social. Con relación a la compensación o resarcimiento de los perjuicios causados por un delito o falta, los hechos delictivos producen siempre una ofensa a la comunidad, que se sanciona con la pena, y casi siempre un daño a intereses privados, cuya reparación se logra a través de la llamada responsabilidad civil. Esta dualidad de consecuencias jurídicas del delito, penales y civiles, ha dado origen a dos posiciones en el campo del

derecho positivo. Unos Códigos someten ambas cuestiones a las normas penales, y el mismo Tribunal resuelve sobre pena y reparación.

La reparación del daño causado, se satisface mediante la restitución de la cosa y la indemnización de perjuicios, que alcanza los deterioros que haya sufrido la cosa, su valor cuando no es posible la restitución, el importe de la asistencia médica, del tiempo de trabajo perdido y de cualquier otro daño, material o moral, directamente causado por el delito al sujeto pasivo o a un tercero. La reparación del daño causado corresponde de manera principal a los autores, cómplices y encubridores del delito, pero puede recaer de forma subsidiaria en determinadas personas o empresas por los delitos cometidos por sus empleados u obreros en el desempeño de sus obligaciones. Cabe incluso, la reparación del daño cuando no existe delito por ser inimputables, como los menores de edad o enajenados, en su calidad de autores del hecho. En este caso, responden quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, si fueron negligentes, o los propios inimputables.

Los indígenas en Guatemala, han sido históricamente discriminados por razones étnicas, las que constituyen gran parte de la población pobre o en extrema pobreza, ubicándose la mayoría en los departamentos con los índices de exclusión social más altos. Por su parte, el relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y Las Libertades Fundamentales de los Indígenas, indica que los temas de mayor preocupación en la actualidad, es la estrecha relación entre el origen étnico y la pobreza, pues los departamentos de San Marcos, Totonicapán, Huehuetenango, El Quiché, Sololá, Alta y Baja Verapaz, de mayor densidad indígena, son también los que

tienen mayor incidencia de pobreza y extrema pobreza. Por lo tanto, ser pobre e indígena en Guatemala, significa vivir predominantemente en el medio rural, dedicarse principalmente a las actividades agrícolas, significa en gran medida ser analfabeto, tener índices de escolaridad inferiores a la media nacional, no tener acceso a los servicios básicos y sufrir diferentes grados de marginación y exclusión social. A las mujeres indígenas son a las que se les atribuyen los índices más bajos de bienestar económico y social.

Derivado de la situación que se expone, la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), ha señalado en diversas ocasiones que los compromisos del gobierno relativos a los pueblos indígenas llevan el mayor retraso, pues la mayoría de las acciones contra la discriminación siguen sin cumplirse, ya que como se señalan que los cambios propuestos en los Acuerdos de Paz, no han sido acatados y que sigue existiendo el modelo excluyente y monocultural.

De lo anterior, se puede indicar que la identidad es un fenómeno relacional e intersubjetivo, se define en la interacción. El auto percepción de la identidad es contextual, flexible, cambiante, en un contexto en el que ser indígena es reprimido o desvalorizado, probablemente muchos no se autoidentificarán como indígenas, pero podrá ocurrir lo contrario cuando ello signifique ser portador de derechos.

Se llamará derecho indígena no a lo que fue así hace 500 años, sino a lo que en la interacción con otros sistemas, particularmente frente al estatal, los pueblos indígenas definen como propio en cada momento histórico. Esto no significa, que se busque que

dicho derecho sea puro, sino lo que desde la auto identificación dinámica, relacional y contextual, los indígenas conocen y auto perciben como su derecho quiénes son sus autoridades, cuáles son sus normas, sus procedimientos, e instituciones, su costumbre.

Dado que hay varios escenarios posibles de la relación entre el sistema estatal y los sistemas jurídicos indígenas, las personas tienen una estrategia de utilización de recursos alternos. Esto supone una evaluación fáctica de la eficiencia de un mecanismo determinado, para lograr cierto objetivo o satisfacer cierta necesidad o interés. En un determinado contexto, cuando su propio sistema va a ser eficaz para responder a sus intereses lo utilizarán, pero en otro, en el que probablemente ello no suceda, recurrirán al derecho estatal.

Se puede entender por derechos de los pueblos indígenas, el conjunto de prerrogativas y facultades otorgadas en la legislación estatal oficial a los individuos y grupos étnicos minoritarios, complementarios a los derechos regulados en favor de la población mayoritaria de un determinado Estado Nación. También es posible, desde otro ángulo, apreciar los derechos de los pueblos indígenas como aquellos que forman parte de los sistemas jurídicos de dichas minorías, el llamado derecho consuetudinario, sean o no reconocidos por el derecho estatal oficial. Es decir, los derechos indígenas pueden apreciarse desde una perspectiva jurídica pluralista estatal, y desde un enfoque jurídico pluralista humano. En la condición actual de la legislación de la mayoría de los Estados, prevalece el primero de los dos paradigmas referidos, por lo que la denominación de derechos indígenas, se reserva a las prerrogativas y facultades que la legislación oficial

les asigna, incluso cuando reconoce su práctica jurídica cultural propia y las formaliza en el derecho positivo.

Con este enfoque, los sujetos activos de los derechos indígenas, son los pueblos indígenas y las personas que los conforman, en tanto que el sujeto pasivo es el Estado, el cual se obliga a través del derecho, por lo general, a reconocer y respetar las prácticas (los sistemas) jurídico culturales indígenas proveyendo los medios e instrumentos para su desenvolvimiento, así como para, incorporarlas y validarlas dentro del sistema jurídico nacional. No existe un patrón establecido para resolver las controversias, pero se puede decir que en su orden se intenta solventar primero a nivel intrafamiliar, y si ahí no se resuelve, se acude a los padrinos, compadres o personas de reconocida honorabilidad, después se pide la intervención del Consejo de Ancianos o Principales, o en su caso de sacerdotes mayas. La naturaleza del ordenamiento consuetudinario, es reparadora y no represiva, por ejemplo, en el caso de robo o hurto, se obliga a devolver los objetos al propietario o se pague su valor. Asimismo, se utiliza el regaño y la obligación de pedir perdón al ofendido.

Se puede decir, que la reparación del daño causado es fundamental, y tiene algunas características: Es eminentemente consensual, debido a que las partes acuden a solucionar el conflicto voluntariamente y como producto de la oralidad, el consenso y la celeridad, el litigio comunitario se torna económico, pues no causa gastos para las partes y para la comunidad.

CONCLUSIONES

1. En las comunidades guatemaltecas, donde el porcentaje de la población es indígena, la poca divulgación de las leyes y normativas en idioma maya; hace que las personas de las comunidades maya hablante no puedan entender y cumplir, con lo que las normas legales establecen; por lo que aplican sus propios procedimientos.
2. Muchas comunidades, de descendencia indígena dentro de su riqueza cultural tienen tradiciones y costumbres; y en el campo del derecho cuentan con procedimientos de justicia propios, para lo cual un consejo de ancianos se encarga de impartir justicia; siendo que estos castigos a veces sobrepasan el límite de los derechos, porque quienes los imponen se rigen por el derecho consuetudinario y no así de la normativa legal establecida; satisfaciendo sus necesidades y violentando otros derechos inherentes al ser humano.
3. La administración de justicia basada en la costumbre y tradición indígena, no cuenta con el reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia ni del Organismo Judicial, tomando en consideración que el derecho aplicable no es escrito, sino que es basado a través de la costumbre.

4. Los principios jurídicos de derecho y la igualdad jurídica, en el ordenamiento jurídico excluyen tácitamente a la comunidad indígena y en específico al derecho consuetudinario, porque se considera un derecho no vigente ni positivo, solo algunos cuerpos legales hacen referencia en mínima instancia sobre ellos.

5. Se puede considerar que no es suficiente, únicamente las declaraciones internacionales, porque no hay nuevas legislaciones nacionales, sustantivas y procesales, que reconozcan a plenitud los derechos indígenas, mismos que eviten la confrontación con los modos tradicionales de vida y desarrollo inédito de cada pueblo indígena y que puedan ser fácilmente flexibles.

RECOMENDACIONES

1. El Organismo Legislativo, debe promover campañas publicitarias para dar a conocer a la población indígena sobre las Leyes; en idiomas Mayas, con la finalidad que dichas personas conozcan de la normativa jurídica vigente, y de esa manera exigir su cumplimiento, porque de esta forma se evitaría violentar derechos inherentes a las personas y aplicar de forma adecuada sus costumbres.
2. Que el Organismo Judicial, fortalezca a los operadores de justicia en derecho indígena, derecho maya, derecho consuetudinario, interculturabilidad y todos aquellos aspectos en los cuales deban tramitar y resolver conflictos; porque de esta forma se puede aplicar el derecho consuetudinario evitando así contravenir con las normativas establecidas en el cuerpo legal estatal y los basados en la costumbre, para que se satisfagan las necesidades de las comunidades indígenas al impartir justicia.
3. Es necesario que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, coordinen acciones con los administradores de justicia indígena y consejo de ancianos, para unificar criterios y definir los mecanismos para sancionar delitos leves, tomando en consideración el derecho consuetudinario de cada comunidad y respetando la legislación vigente, porque con ello se podrá lograr el reconocimiento legítimo de la aplicación del derecho basado en la costumbre y que no sean contrarias a la ley vigente.

4. Es necesario que entes autónomos y comunidades indígenas reconocidas legalmente o conformadas según la costumbre, coordinen para impulsar la difusión del derecho consuetudinario indígena, en virtud de ser parte importante en la identidad de la comunidad, para iniciar la construcción de la unidad nacional, basándose en el respeto y ejercicios de los derechos que les son inherentes a cada ser humano, porque de esta forma se logrará incluir al derecho consuetudinario en la legislación vigente.

5. El Estado, debe impulsar políticas para la creación de instancias nacionales de promoción y defensa del derecho consuetudinario, para realizar las modificaciones que garanticen los derechos de los pueblos indígenas, basándose en el Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, porque con esta base legal, se permitirá la implementación de una nueva legislación que se refiera a derecho consuetudinario.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRANCA TRUJILLO, Raúl. **Derecho penal mexicano. Parte general.** México: Ediciones Porrúa, 1999.
- CAMPILLO CUAUTI, Héctor. **Diccionario Quintana Roo enciclopedia Regional.** México: editorial Fernández, 1988.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho penal, parte general.** Barcelona: Editorial Bosch, 1968.
- DE LEÓN VELASCO, Héctor Aníbal y José francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Editorial Crockmen, 2002.
- DE LA CRUZ, Rodrigo. **Los derechos de los indígenas. Un tema milenario cobra nueva fuerza, derechos de los pueblos indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado.** Quito, Ecuador: Abya Yala, 1993.
- FLACSO. **Derecho indígena en América Latina: Logros y perspectivas.** Guatemala revista 2003.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. **La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación,** México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- GUIER, Jorge Enrique. **Derecho precolombino.** Costa Rica: Libro libre, 1991.
- ITURRALDE, Diego. **Naciones Indígenas y Estados nacionales en América Latina hacia el año 2000.** México: Publicado en Etnia y Nación en América Latina, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1991.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Derecho penal.** México: Editorial Harla, 1997
- LENKERSDORF, Carlos. **Los hombres verdaderos. Voces y testimonios. Lengua y sociedad, naturaleza y cultura, artes y comunidad cósmica.** México: UNAM-IIF, Siglo XXI, 1996.
- MATUS, Juan. **El conocimiento silencioso.** Buenos Aires: editorial Emecé, 1993.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales.** Argentina: Editorial Heliasta, 2000.
- PALACIOS MOTTA, Jorge Alfonso. **Apuntes de derecho penal.** Guatemala: Impresiones Gardisa, 1979.

PORRAS, Gustavo. **Formas de organización social y política prehispánica.** Guatemala: Editorial Serviprensa Centroamericana, 1994.

REINA, Rubén. **La Ley de los Santos. Un pueblo Pokoman y su cultura de comunidad.** Guatemala: Editorial José de Pineda Ibarra, 1973.

RIVERA DORADO, Miguel. **El pensamiento religioso de los antiguos mayas.** Madrid: Editorial Trotta, 2006.

SAVATER, Fernando. **Diccionario filosófico.** España: Editorial Planeta, 1999.

SOLARES, Jorge. **Derechos humanos desde la perspectiva indígena en Guatemala.** Guatemala: FLACSO, 1995.

TIESTER BLOS, Vera. **Aspecto físico de los mayas.** México: Editorial Raíces, 1997.

TORRES GALARZA, Ramón. **Derechos de los pueblos indígenas. Situación jurídica y políticas de Estado.** Quito: Abya Yala, 1995.

UNAM. **Diccionario jurídico Mexicano.** México 1983.

VON BELING, Ernesto. **Esquema del derecho penal.** Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944

VILLAMARIN, Juan y Judith Villamarin. **El trabajo indígena, su papel en la organización social política prehispánica y colonial.** México: Fondo de cultura económica, 1999.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal.** Guatemala: Fundación Mirna Mack, 1999.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel y Víctor Ferrigno Figueroa. **Informe final. Acceso a la justicia en Guatemala: Situación y propuestas.** Guatemala: Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional (ASDI), 2003.

Legislación:

Constitución Política de la Republica de Guatemala. Asamblea General Constituyente. 1986.

Código Penal. Decreto 17-73 del Congreso de la Republica de Guatemala y sus reformas.

Código Procesal Penal. Decreto 51-92 del Congreso de la Republica de Guatemala y sus reformas.

Ley del Organismo Judicial. Decreto Numero 2-89 del Congreso de la Republica de Guatemala.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, Paris, diciembre de 1945.

Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José Costa Rica, noviembre de 1969.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre de 1965.

Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Organización Internacional del Trabajo. Junio de 1989.