

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE EL DERECHO
INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL**

FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS

GUATEMALA, MAYO DE 2012

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

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE EL DERECHO
INDÍGENA Y EL DERECHO 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

FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, mayo de 2012

**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 Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Luis Alfredo González Rámila
Vocal:	Lic. José Luis de León Melgar
Secretario:	Licda. Floridalma Carrillo Cabrera

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Dora Renee Cruz Navas
Vocal:	Licda. Ileana Noemí Villatoro Fernández
Secretario:	Lic. Luis Emilio Orozco Piloña

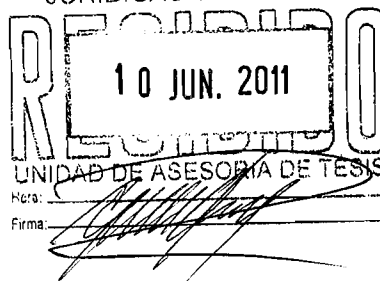
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la Tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen general público).



LIC. EDGAR CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6220
3^a. AVENIDA 13-62 ZONA 1
TEL. 22327936



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Guatemala, 12 de mayo de 2011



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

Licenciado Castro Monroy:

En atención a la resolución de fecha 21 de marzo de 2011, emitida por la Unidad de Asesoría de Tesis de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la cual fui nombrado asesor de tesis de el Bachiller **FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS**, sobre el tema intitulado **“ANÁLISIS JURIDICO SOBRE LA RELACION ACTUAL ENTRE EL DERECHO INDIGENA Y EL DERECHO ESTATAL”**, rindo a usted el siguiente dictamen:

A) El contenido científico y técnico de la tesis es adecuado, en virtud de que la investigación estableció los mecanismos para fijar pautas de coordinación entre el Derecho Indígena, y el Derecho Estatal, para salir de la subordinación en que está en la actualidad el Derecho Indígena, así como propuestas sobre una reforma constitucional para el reconocimiento del Derecho Indígena.

B) la metodología utilizada en el trabajo de investigación fueron las siguientes:

Método científico : Se obtuvo una fase demostrativa en la que se contrastará la hipótesis que fundamenta la presente investigación con la realidad mediante el análisis, abstracción y comprobación de los elementos teóricos que envuelven la posibilidad de fijar pautas de coordinación del Derecho Indígena con el Estatal.



LIC. EDGAR CASTILLO AYALA
ABOGADO Y NOTARIO
COLEGIADO No. 6220
3^a. AVENIDA 13-62 ZONA 1
TEL. 22327936



Método inductivo: Con el objeto de dar un razonamiento mediante el cual se pase del conocimiento de una verdad particular a una de mayor amplitud, para establecer proposiciones de carácter general inferidas de la observación y del estudio analítico de hechos y fenómenos particulares, en la presente investigación .

Método Histórico: Con el fin de conocer los antecedentes históricos del derecho indígena y de su regulación, así como la obtención de las distintas concepciones del Derecho Indígena.

C) Las técnicas de investigación se usaron adecuadamente las cuales fueron : 1) técnica bibliográfica, mediante la elaboración de fichas de trabajo, bibliográficas, estudio doctrinario y de legislación aplicada al Derecho Indígena; 2) técnicas jurídicas, mediante la interpretación de normas jurídicas; y c) técnica documental, por medio del estudio comparativo, análisis de contenido y estudio de impresos.

D) La redacción del trabajo de investigación es adecuado, en cuanto a las conclusiones y recomendaciones abarcan el contenido del trabajo relacionado así como dan solución a los problemas planteados

E) la bibliografía utilizada abarca un gran contenido es actualizada y adecuada para la elaboración de la investigación relacionada.

En virtud de lo expuesto, la tesis reúne los requisitos de forma y de fondo que se establecen en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

En consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, al considerar que el contenido científico y técnico, los métodos y técnicas, la redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía consultada son adecuados, por lo que el trabajo puede ser objeto de revisión y ulterior aprobación.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario
Colegiado No. 6220

Edgar Armindo Castillo Ayala
Abogado y Notario



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **MARTHA EMPERATRIZ HERNÁNDEZ CAMEY**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS** Intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO 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 las 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 estime pertinentes”.


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



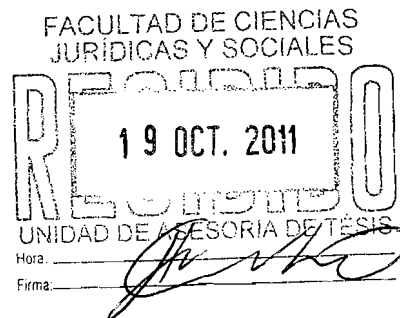
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.



*Licenciada Martha Emperatriz Hernández Camey
Abogada y Notaria
8ª Av. 20-22 zona 1, oficina 31, Edificio Castañeda Molina
Teléfonos 50034896 41189252*

Guatemala 15 de octubre de 2011

*Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala*



Respetable Licenciado Castro Monroy:

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Revisora de Tesis que me fue asignado conforme providencia de fecha trece de junio del año dos mil once, del bachiller FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS titulado: "ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RELACION ACTUAL ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL" por lo que para el efecto procedo a emitir el Dictamen siguiente:

El tema investigado por el Bachiller Francisco Bernardo Ruano Penados aborda el tema que a mi criterio cumple con los requisitos y formalidades que establece el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

La investigación la hizo el autor en base a la realidad nacional, en la aplicación del Derecho Indígena por las autoridades Mayas, el contenido del trabajo de investigación se orientó en la observación de consideraciones doctrinarias y legales, se desarrollaron aspectos fundamentales sobre el Derecho Indígena, así como, sus antecedentes históricos y la aplicación en la actualidad.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos inductivo, histórico; en las técnicas de investigación el sustentante aplicó las fichas bibliográficas y la observación; además utilizó las técnicas de investigación documental, comprobándose con ello, que se hizo uso de la recolección de bibliografía actualizada



La redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a la claridad y precisión; el sustentante brinda un valioso aporte jurídico enfocándose desde el punto de vista doctrinario y legal, determinando mecanismos para fijar pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, y la propuesta sobre una reforma constitucional para el reconocimiento del Derecho Indígena, justificando la implementación de una reforma que permita el reconocimiento de un Estado pluricultural, fundamentándose en que el sistema jurídico indígena es un sistema jurídico que posee normas que a pesar de no ser escritas son funcionales y obligatorias para las personas que viven dentro de una comunidad indígena.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización. La bibliografía empleada por el sustentante fue la adecuada al tema investigado.

En tal sentido, el contenido de trabajo de tesis me parece interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación apegada a las pretensiones del postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y fondo del trabajo, exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, derivado de lo anterior emito DICTAMEN FAVORABLE a la investigación realizada por el bachiller FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico técnico, aplicación de la metodología y técnicas de investigación, redacción, congruencia de su contribución científica, puntualización exacta de las conclusiones, recomendaciones arribadas, además de la utilización de la bibliografía referente al tema investigado.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, el recomendarme tan honroso trabajo de revisora, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su atenta servidora.

Atentamente,

Lic. Martha Emperatriz Hernández Camey
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Martha Emperatriz Hernández Camey
Abogado y Notario

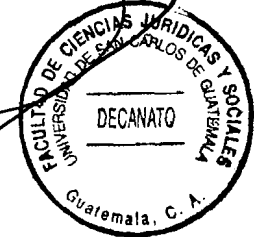
Colegiado 2910



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, veintiséis de marzo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante FRANCISCO BERNARDO RUANO PENADOS titulado ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA RELACIÓN ACTUAL ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/sllh





DEDICATORIA

- A DIOS: Por bendecirme e iluminarme para alcanzar este triunfo.
- A MI MADRE: Rosa Amalia Penados Martínez por su amor, ejemplo y apoyo incondicional.
- A MI HERMANO: Herberth Alberto Ruano Penados con amor fraternal.
- A MIS TIOS: Lorena Penados de Martínez y Álvaro Hugo Martínez por su cariño, consejos y ayuda brindada en el transcurso de mi vida.
- A MIS ABUELOS: Alberto Penados y Rosita Martínez de Penados que este logro sea una ofrenda a su memoria.
- A LOS AMIGOS: Por su amistad y compañía en los buenos y malos momentos.
- A LOS LICENCIADOS: Edgar Castillo Ayala y Martha Emperatriz Hernández Camey por su asesoría y colaboración a este proyecto.
- A: La Universidad de San Carlos De Guatemala, y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por formarme como un profesional además de inculcarme el amor por la carrera.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Generalidades del derecho indígena	1
1.1. Definición de derecho indígena	1
1.2. Antecedentes históricos del derecho indígena en Guatemala.....	9
1.3. Rasgos del derecho indígena en Guatemala	16
1.4. Características del derecho indígena o consuetudinario	18
1.5. Derecho indígena en la actualidad	22

CAPÍTULO II

2. Marco jurídico legal del derecho indígena.....	27
2.1. Derecho Internacional de los derechos humanos y de los pueblos indígenas	27
2.2. Legislación interna actual	34
2.3. Acuerdos de Paz	34
2.4. Constitución Política de la República	39
2.5. La Ley del Organismo Judicial	40
2.6. El Código Procesal Penal.....	41
2.7. Propuestas de reforma constitucional	42

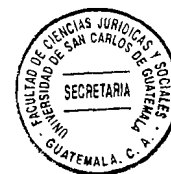
CAPÍTULO III

3. Experiencia en la coordinación de sistemas jurídicos en el derecho comparado	49
---	----

3.1. El reconocimiento del pluralismo legal en el marco de un Estado-nación pluricultural.....	51
3.2. Principales rupturas y retos epistemológicos y políticos	53
3.3. Experiencia en el reconocimiento del derecho indígena en Colombia	58
3.4. Experiencia en el reconocimiento del derecho indígena en Bolivia.....	62
3.5. Experiencia en el reconocimiento del derecho indígena en Perú.....	64

CAPÍTULO IV

4. Pautas para el reconocimiento del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal.....	69
4.1. Criterios de reconocimiento	69
4.2. Criterios de coordinación	75
4.3. Descriminalización del derecho y la justicia indígena.....	78
4.4. Mecanismos para el respeto de actos y resoluciones indígenas.....	79
4.5. Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos	79
4.6. Remisión a justicia indígena y fortalecimiento de autoridades indígenas.....	80
4.7. Coordinación y colaboración entre sistemas jurídicos.....	81
4.8. Compromisos estatales pendientes de cumplimiento	82
 CONCLUSIONES.....	 87
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA.....	91



INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos de Paz reconocen el carácter excluyente del Estado guatemalteco, que no representa las características pluriculturales, multiétnicas y multilingües de la nación.

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas establece 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.

La discriminación en la prestación de servicios de justicia presenta dos dimensiones: las dificultades de acceso a la justicia estatal y la falta de reconocimiento de sus propios sistemas de justicia.

El Estado, a través de la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas. Parte de su cultura está constituida por la existencia de un sistema de justicia, de lo que se deduce el derecho de gestionar su propia conflictividad y tomar decisiones con carácter vinculante.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, determina la obligación del Estado de Guatemala de establecer procedimientos para solucionar conflictos y pautas mínimas de coordinación entre los dos sistemas jurídicos. Actualmente, la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, establece la supremacía de la ley como fuente del derecho sobre la costumbre, a la que se considera como fuente secundaria; lo que invisibiliza el sistema jurídico indígena e impide su coordinación con el estatal.

A pesar que la reforma de 1997 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala, autoriza a los jueces comunitarios a resolver con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho, el sistema de justicia no abandona la ideología integracionista y centralista



La forma de resolver y tramitar los conflictos es impuesta por el Estado, y los jueces pueden considerar si es conveniente aplicar o no el derecho consuetudinario indígena; se determina un sistema de deliberación y votación, de elección de presidencia del tribunal y los principios que inspiran el proceso.

Por ello, el objeto de la presente investigación se orienta a enunciar algunos mecanismos que permitan la coexistencia de ambos sistemas de justicia, en forma de relaciones de coordinación y no de subordinación y control.

Los supuestos de la presente investigación se basan en la determinación de fórmulas y pautas de coordinación de los sistemas jurídicos estatal e indígena de Guatemala, permite la efectiva aplicación del derecho consuetudinario y del sistema jurídico indígena reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, al establecer reglas que delimiten su aplicación a determinadas personas, territorios y materias; de lo que se deduce el derecho de las comunidades indígenas de gestionar su propia conflictividad y tomar decisiones con carácter vinculante.

La investigación se dividió en cuatro capítulos donde en el capítulo primero se refiere a generalidades del derecho indígena y sus características; el capítulo segundo se refiere al marco jurídico legal que regula el derecho indígena nacional e internacional; el capítulo tercero hace un enfoque de las experiencias sobre el reconocimiento del derecho indígena en los países andinos y el capítulo cuarto hace referencia a las pautas de coordinación que se deben fijar entre el derecho indígena y el derecho estatal.

Para el trabajo de investigación se recurrió a la aplicación de los métodos científico, deductivo-inductivo e histórico, y las técnicas bibliográficas, jurídicas y documentales.



CAPÍTULO I

1. Generalidades del Derecho Indígena

“El término Derecho Consuetudinario viene de una categoría del derecho romano, la Veterata Consuetudo. Se refiere a prácticas repetidas inmemorialmente, que a fuerza de la repetición, la colectividad no sólo las acepta sino que las considera obligatorias Opinio Juris Necessitatis. Por la categoría derecho se entiende que no sólo se trata de prácticas aisladas como el término costumbres, sino que alude a la existencia de un sistema de normas, autoridades, procedimientos. Sólo que la palabra consuetudinario fija a ese sistema en el tiempo, como si se repitiera igual a lo largo de los siglos.”¹

1.1. Definición de Derecho Indígena

A continuación se reúnen varios conceptos de autores nacionales y no nacionales para obtener una definición clara del Derecho Consuetudinario.

El autor guatemalteco Carlos Paiz Xulá afirma que el Derecho Consuetudinario “es el que se fundamenta en la costumbre que consiste en una práctica repetida inmemorialmente, se repite la colectividad la acepta y la considera obligatoria lo que hace que sean normas que surgen de la propia colectividad.”²

¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**, pág. 7.

² Paiz Xula Carlos Ronaldo, **Derechos De Los Pueblos Indígenas**. Pág. 61



El doctor Luis Alberto Padilla, plantea que el Derecho Consuetudinario “es el conjunto de normas que resultan de una práctica general, constante y prolongada concerniente a una determinada relación de hecho y observada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria.”³

Derecho Consuetudinario es un “Conjunto de facultades y normas objetivas que ordenan la existencia colectiva y cotidiana de un pueblo, a partir de su propia filosofía, para alcanzar armoniosa convivencia en el seno de su sociedad; se diferencia de los demás, por su carácter objetivo y humano y se sustenta en su contenido en los Derechos Específicos de cada pueblo.”⁴

“El Derecho Indígena es un sistema jurídico que pone su mayor énfasis en la prevención del crimen, en el fortalecimiento del tejido social comunitario y en la importancia de un comportamiento individual y colectivo que, como en cualquier sistema legal, debe basarse en el respeto a la autoridad, normas y principios.”⁵

Flavio Rojas Lima, Derecho Consuetudinario es el “Conjunto de normas de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, jurídicamente obligatorias, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado, o bien en términos más generales, como el conjunto de reglas, normas, acciones y costumbres que forman parte del control social de un grupo.”⁶

³ Elementos para una investigación del derecho consuetudinario en Guatemala. pág. 4

⁴ Dorotinsky, Débora. Investigación sobre costumbre legal indígena en Los Altos, Chiapas. pág. 67

⁵ Kompass, Anders, artículo confusión sobre el derecho indígena el Periódico 22 de julio de 1996

⁶ Rojas Lima, Flavio, El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad guatemalteca, pág. 10

Guisela Mayén: "Es un sistema jurídico que, de acuerdo a la cultura propia de una comunidad o un pueblo, define; a) normas para ordenar la vida social en general; las sanciones para estas acciones y ante quien debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; y e) como debe aplicarse estas sanciones y quien debe aplicarlas."⁷

Yrigoyen Fajardo llama al derecho indígena como "No a lo que fue así hace quinientos 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 dicho derecho sea puro, sino que desde la auto identificación dinámica, racional 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."⁸

Según la Defensoría Maya, Derecho Indígena, "Es un conjunto de normas, principios, formas de conducta y convivencia entre los miembros de una familia, comunidad o pueblo. Su objetivo es buscar la armonía en la población, por lo que es necesario que todas las partes en conflicto asuman el proceso en forma voluntaria."⁹

De todas las definiciones podemos analizar que, contienen los dos elementos de un típico ordenamiento jurídico consuetudinario, es decir los elementos subjetivo y objetivo. El primero de dichos elementos consiste en la idea de que la costumbre en cuestión es jurídicamente obligatoria y debe por tanto aplicarse; y el segundo, en la práctica suficientemente prolongada de un determinado proceder y también que el derecho

⁷ Mayén, Guisela, **Derecho consuetudinario indígena en Guatemala**, pág. 7.

⁸ Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit**; pág. 29.

⁹ Seijo, Lorena, **Prensa Libre**, Derecho maya: sistema de justicia paralelo, pág. 15



indígena se entiende de dos formas que aunque diferentes son necesariamente complementarias. La concepción restringida entendida como conjunto coherente de discursos prescriptivos positivados en una comunidad y otra amplia donde se ubican las normas determinantes de la relación entre los pueblos indígenas y la sociedad global, particularmente con el ente estatal. Esta diferencia hace ver el concepto sobre todo cuando se trata para determinar si es derecho o no, es decir si sus normas jurídicas, haciéndose referencia equivocadamente a la segunda concepción, como es la falta de reconocimiento y reglamentación a la relación entre el Estado y los pueblos indígena.

a) Concepción monista del Derecho

El monismo jurídico es aquel en el cual a un Estado le corresponde un solo derecho o sistema jurídico y viceversa, no puede haber varios derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. El Estado-Derecho proviene de la teoría jurídica positivista formulada por Hans Kelsen¹⁰.

El autor Antonio Peña Jumba nos dice: “el estado no solo aparece como el ideal intermediario de los intereses de los diversos grupos sociales y culturales si no se piensa al Estado como el único ente que produce Derecho y que administra tal derecho a través de sus poderes. “¹¹ Dentro de la concepción del monismo legal sólo se puede llamar derecho al sistema normativo estatal, a las normas producidas por el Estado o por los mecanismos que él indique.

¹⁰ Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit**; pág. 4.

¹¹ Peña, Jumba, Antonio, **La otra Justicia**. pág. 94.



En la división de poderes el órgano Legislativo es el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos, el organismo judicial administra justicia de modo exclusivo y el organismo Ejecutivo es el órgano que gobierna dentro del imperio de la ley. Aparte de dichos poderes, nadie tiene facultad para producir normas que regulen la vida social, administrar justicia y organizar el orden público. Las garantías se encuentran bajo los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica, debido proceso e imperio de la ley. Desde este marco, las normas no producidas por el Estado no obligan la obediencia ciudadana. En el caso de la costumbre, ésta sólo es admisible a falta de ley y nunca en contra de ella.

A la teoría jurídica de Hans Kelsen¹² Estado-Derecho se le apareja la idea del Estado-Nación esta se basa en el supuesto de que es la organización jurídico-política de una Nación. El significado dado a Nación es el de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión. Así, se entiende que es legítimo que el Estado tenga un solo sistema normativo porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En los países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, ha dado lugar a un modelo de Estado excluyente. En este modelo se margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Los sistemas no oficiales han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas

¹² Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit;** pág. 5.



clandestinas y marginales. Esto ha pasado en muchos países que, como Guatemala, tienen un importante componente indígena. El Estado construido después de la Independencia, no representa la diversidad cultural, lingüística, religiosa ni legal que existe en la realidad. Como se dio 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 agro exportadora.

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.

b) Pluralismo Legal

A diferencia del monismo legal el pluralismo permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. En términos genéricos se llama sistema jurídico a los sistemas de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social y resolver conflictos. También incluye normas que establecen cómo se crean o cambian las normas, los procedimientos, las instituciones y autoridades.

Por pluralismo jurídico se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del Derecho admite una coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente de sistemas jurídicos estatales.

Resulta difícil reconstruir los antecedentes doctrinales del pluralismo jurídico, sin embargo, se pueden identificar algunos autores paradigmáticos con contribuciones originales (Eugen Ehrlich, Santi Romano, Jean Carbonnier, André-Jean Arnaud y Norberto Bobbio) que nos permiten entender el nacimiento de una visión pluralista del Derecho.

Eugen Ehrlich fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Ehrlich señaló el carácter arbitrario de la unidad del orden jurídico. Señala que: "El punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia se sitúa en la sociedad misma."¹¹

El jurista italiano Santi Romano ha desempeñado un papel incontestable en la discusión sobre la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos. Romano ha señalado que la pluralidad de sistemas jurídicos resulta de la crisis de la hegemonía del Estado moderno. El Estado moderno fue formado de la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y de la monopolización de la producción jurídica. "Se trata de

¹¹ Sanchez Castañeda, Alfredo, **Los Orígenes Del Pluralismo Jurídico**, pág. 477.



sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse prácticamente una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.”¹²

El principio del pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento, según Gurvitch, en la teoría de los hechos normativos, es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades que en un solo y mismo acto generan el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, en las comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que les sirve de fundamento.

Para Carbonnier no existe un pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico, fenómenos múltiples, salientes de categoría diversas y concurrenciales del derecho estatal. Los fenómenos de pluralismo jurídico pueden ser colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos. Carbonnier también ha señalado que “el pluralismo se podría encontrar más allá de los hechos, si en lugar de confrontar reglas, se confrontan diferentes maneras de aplicar una regla de tal forma que la existencia de muchos jueces en el seno de un sistema jurídico puede engendrar fenómenos de pluralismo jurídico.”¹³

Según Bobbio, “el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera fase corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, principalmente a través de la Escuela Histórica del Derecho que afirma que los derechos emanan directa o indirectamente de la

¹² *Ibid*, pág. 478.

¹³ *Ibid*, pág. 480.

conciencia popular. Existe, no sólo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta primera forma de pluralismo jurídico tiene cierto carácter estatista. La segunda fase corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado”.¹⁴

Varios países de Latinoamérica como Colombia, Perú, Bolivia han reconocido constitucionalmente el carácter puericultura de la Nación y el Estado los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, oficializando sus idiomas, y promoviendo el respeto y desarrollo de sus culturas, formas de organización social, sus costumbres, trajes, religión, etc. Igualmente, han reconocido el derecho indígena o consuetudinario, a fin de iniciar procesos de coordinación o compatibilización entre ambos sistemas, desde una perspectiva de diálogo democrático y no de represión.

1.2. Antecedentes Históricos del Derecho Indígena en Guatemala

A finales del siglo, el actual territorio de Guatemala estaba ocupado por una diversidad de pueblos indígenas, pueden ser agrupados en troncos etno-lingüísticos. Los Kaqchiqueles, se asentaron en la región central, ocupando el occidente del Departamento de Guatemala, Sacatepéquez, Chimaltenango, norte de Escuintla y norte de Sololá; originalmente fueron aliados de los Quichés, haciendo esto posible, las famosas

¹⁴ Ibid, pág. 482.



conquistas de la época de Quicab, la comunidad Kaqchiquel se convierte en la más importante a la llegada de Alvarado.

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

En la elaboración del Derecho Indiano, se dieron dos tendencias en el contexto de la doctrina española: La Teoría de la Acesión, que estimaba que el mundo indígena debía quedar sujeto por completo al Derecho Castellano; y la otra tendencia que se inclinaba por una política proteccionista y respetuosa para con lo indígena. La política española a seguir se manifiesta en la afirmación que no era conveniente provocar bruscas alteraciones en las estructuras sociales y jurídicas del entorno, siendo necesario la admisión de aquellas costumbres que no estuvieran en contradicción con la religión católica, expresándose también rechazo a las costumbres que fueran contrarias a los principios considerados como propios de una sociedad civilizada En 1580, se recomendó que los pleitos en que fueran parte los indígenas se ventilaran sumariamente,



respetándose en lo posible los usos y fueros consuetudinarios, en la medida en que estos no fueran injustos.

Podemos incluir, que aún en la época de la conquista, la Normatividad Consuetudinaria tuvo que ser reconocida, aunque en forma parcial por los conquistadores, para evitar mayores problemas a la corona española, por lo que queda demostrado que desde el tiempo del sometimiento español, la Normatividad Consuetudinaria ha resistido la opresión y el sometimiento, y sigue vigente a pesar de las vicisitudes de 500 años de opresión

a) Segregación durante la época colonial

Durante la Colonia se instauró un modelo jurídico-político de separación de la población en pueblos de indios y villas de españoles a fin de que se conservaran separadas las diferencias étnico-raciales.

Para hacer eficiente el régimen colonial, se reconoció a algunas autoridades indígenas que servían de relación con el mundo colonial, facilitando la organización de los indios para el trabajo, el tributo y la evangelización. Se permitió la conservación de usos y costumbres indígenas mientras no afectasen la ley divina y natural, el orden económico-político ni la religión católica. Se autorizó a los alcaldes de los pueblos de indios administrar justicia en causas entre indios; pero sólo cuando la pena no era grave, porque los casos graves debían pasar al corregidor español. Así, el sistema de normas y



autoridades indígenas sobrevivió adaptándose y utilizando instituciones coloniales como las alcaldías, los cabildos y las cofradías.

b) Asimilación durante la Independencia

Con la Independencia se trajo desde de Europa el modelo de Estado-Nación y Se instauró el modelo de Estado-Nación, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión oficial, que se plasmó en la Constitución la cual buscaba la asimilación o desaparición de la cultura indígena. Se buscó extinguir los idiomas indígenas, su religión, su cultura así como eliminó la palabra indígena de todas las constituciones y la diferencia de regímenes jurídicos, para pasar todos a ser individuos, también se instauró el monismo jurídico con la idea de que a un Estado le corresponde un derecho o sistema jurídico. Por lo tanto, desaparecieron los fueros y con ellos todos los derechos de los pueblos de indios, incluido el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales. Se mantuvo la atribución de los alcaldes de administrar justicia, si bien con funciones limitadas, ello permitió la supervivencia del derecho indígena.

La Constitución igualaba a los indígenas con el resto de ciudadanos, pero a partir de fines del siglo XIX hasta mediados del XX, se dio una legislación menor que los diferenciaba de modo discriminatorio. La necesidad de la burguesía de uso intensivo de mano de obra barata, se contradecía con la igualdad de derechos ciudadanos. Se emitieron normas inconstitucionales, como leyes y decretos gubernamentales que se obligó a los indígenas a trabajar en las fincas y en la construcción vial. Las leyes de vagancia como mecanismo adicional para garantizar el trabajo en las fincas o la

construcción vial y el reclutamiento militar se aplicaron prácticamente sólo contra indígena, liberales y conservadores discriminaron y reprimieron igualmente a la población indígena.

c) Integración política durante la República

A mediados de siglo recorre en varios países de Latinoamérica la preocupación por la problemática indígena por lo cual se crea el Instituto Indigenista Interamericano y empiezan a cambiar muchas constituciones esta nos trae nuevas condiciones de la modernización económica exigen la integración de los indígenas al mercado. Igualmente, la necesidad de legitimación de los gobiernos obliga el reconocimiento de derechos a los indígenas. La Constitución de 1945 es la primera en Guatemala que reconoce a los grupos y comunidades indígenas como sujetos colectivos con derechos específicos entre éstos, el derecho a la inalienabilidad de las tierras comunales. Durante la llamada primavera democrática se sanciona la supresión del trabajo obligatorio y la reforma agraria para modernizar la economía e integrar a los indígenas al mercado bajo otras condiciones. La contrarrevolución de 1954 frustra tales objetivos y lamentablemente ninguna otra Constitución republicana vuelve a mencionar la inalienabilidad de las tierras comunales ni la reforma agraria. Las Constituciones posteriores (1956, 1965 y 1985) reconocen derechos a los grupos y comunidades indígenas con el objetivo de integrarlos a la nación. Si bien las Constituciones posteriores a la de 1945 plantean un modelo de integración de los indígenas a la nación, a partir de la contrarrevolución de 1954, durante los años de la guerra y particularmente en su período más cruento comprendido ente 1979 a 1981 se convirtieron en objeto de represión y hasta de exterminio. Se creó una

doctrina de Seguridad Nacional la cual planteo la identidad indígena-campesino con comunista guerrillero. Como consecuencia de ello, la estrategia contra-insurgente implementó-operaciones represivas y de tierra arrasada 1980-1981 dirigidas contra comunidades indígenas, buscando su eliminación física y cultural. Con el inicio de la democratización del gobierno y del proceso de paz, la Constitución de 1985 reconoció una serie de derechos a los indígenas.

Debemos tomar en cuenta que el modelo integracionista que diseñan las constituciones, se mantiene la idea del Estado-Nación y se reconoce derechos específicos a los indígenas de modo similar a los derechos de minorías, sin reconocer explícitamente una conformación plural de la nación. La actual constitución habla de grupos étnicos y comunidades indígenas, pero no los reconoce como pueblos; igualmente, promueve el uso de los idiomas indígenas, pero no llega a oficializarlos. Así mismo, se mantiene la identidad Estado-Derecho, por lo que no se reconoce el Derecho Indígena.

Sin embargo, hasta antes de la Constitución de 1985 todas las Constituciones otorgaban funciones jurisdiccionales a los alcaldes, por lo que en la práctica era un espacio para el mantenimiento del derecho indígena. La Constitución de 1985 reconoce y respeta las costumbres indígenas y sus formas de organización, pero no reconoce el derecho indígena como tal.



d) Pluralismo de la década de los noventa

Resulta evidente la existencia real o fáctica de un pluralismo legal en Guatemala, constituido por el derecho estatal, el Derecho Consuetudinario indígena y los sistemas normativos que utilizan los otros grupos culturales existente en el territorio. Junto a esto, también resulta claro que el derecho utilizado por los indígenas es ignorado por el derecho estatal, especialmente en el actual ordenamiento constitucional.

En la década de los noventa en Guatemala se firman los Acuerdos de Paz, que constituyen un compromiso político, y se ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que constituye una obligación jurídica del Estado Guatemalteco. En ambos casos, se reconoce los derechos e identidad de los pueblos Indígenas en tanto tales. Los Acuerdos de Paz reconocen la conformación multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación y el Estado, la oficialización de los idiomas indígenas, y plantean el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena. Así mismo las recomendaciones del Informe de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, una Comisión emanada de los Acuerdos de Paz, hablan expresamente del reconocimiento del Pluralismo Legal.

Concluyendo el resumen del modelo pluralista se establece que: 1) Que la Justicia estatal respete el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población; garantice la consideración de valores culturales y el peritaje cultural, así como el acceso a la justicia en idiomas indígenas. 2) El Reconocimiento del derecho consuetudinario indígena con sus propias normas, valores, procedimientos, instituciones y autoridades para regular la

convivencia social y resolver conflictos, mientras no viole los derechos humanos. 3) El reconocimiento y ampliación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

1.3. Rasgos del Derecho Indígena en Guatemala

“En Guatemala, 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 insistencia de los grupos indígenas, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir a pesar de las condiciones de subordinación política y represión.”¹⁵ 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.

a) Marco socio-demográfico

La pluriculturalidad y multiétnicidad guatemalteca es innegable; la cultura indígena es milenaria y en la actualidad coexiste con otras culturas, lo cual conlleva una diversidad que hace de Guatemala, un país muy rico culturalmente, pero también implica una complejidad sociocultural, ante la cual el Estado debe responder promoviendo las políticas públicas fundadas en esas características.

¹⁵ Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit**; pág. 14.

“En Guatemala existen 24 etnias, algunas en grave riesgo de extinción. Las principales, por el número de hablantes y la extensión territorial que cubren en cantidad de municipios, son: Quiche, con 71 municipios; Mam, con 56 municipios; Kaqchikel, con 47 municipios, y Qeqchi, con 14 municipios. Lo anterior denota que existe presencia de población indígena en 118 de los 334 municipios de Guatemala, lo que significa que en el 57% de los municipios existe población indígena. Otro rasgo a resaltar en la población guatemalteca es el multilingüismo: el país posee 23 idiomas diferentes al castellano, que van desde los idiomas con más de medio millón de hablantes, hasta aquellos que se consideran en riesgo de extinción, porque hay menos de 10000 hablantes, entre los que se encuentran unos que son hablados solamente por unas pocas familias.”¹⁶

Los estudios etno-demográficos coinciden en señalar que la mayoría de la población guatemalteca es indígena, conformando alrededor del 60% de la población total. Étnicamente, la mayoría de la población indígena es de raíz maya, y apenas un grupo muy reducido descende de los Xincas, que tienen otra raíz. También hay población afro-americana, los garífunas, básicamente ubicada en el nor-orienté del país y hay un conglomerado poblacional étnicamente mestizo que se suele autodefinir como ladino.

b) La Identidad Indígena

La identidad indígena se da en un contexto en el que ser indígena es reprimido o desvalorizado, probablemente muchos no se auto identificarán como indígenas, pero podrá ocurrir lo contrario cuando ello signifique ser portador de derechos. Por ejemplo:

¹⁶ Marroquín Guerra, Otto, **La Construcción del Estado Nacional: Democracia, Justicia, paz y Estado de Derecho**, pág. 91.



hace dos décadas, cuando ser indígena podía dar lugar a ser perseguido, muchos indígenas trataron de ocultar su identidad quitándose sus trajes y dejando de hablar su idioma, Ahora después de la firma de la paz, muchos reivindican su identidad, usan con orgullo sus trajes y dicen públicamente que son mayas. La misma palabra maya se ha convertido en un identificador cultural que no era utilizado de esa manera hace unas décadas.

El elemento definitorio de la identidad dependerá del escenario por ejemplo, en un determinado espacio se definirán como católicos o evangélicos, en otro, como mayas o indígenas, en un tercer escenario como ciudadanos votantes. Lo mismo también pasa con el Derecho Indígena o maya. 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.

1.4. Características del Derecho Indígena o Consuetudinario

Entre las características del Derecho Consuetudinario destacan las siguientes la objetividad ya que lo hace más humano, la forma de solución eminentemente conciliadora, el uso de un proceso oral que permite resolver con rapidez e imparcialidad, destacando el uso del idioma de la comunidad, la observancia de esta costumbre, se

basa en el diálogo y consenso colectivo y el convencimiento de que acatar es lo mejor para la preservación de la cohesión en la comunidad. La eficacia del sistema indígena se traduce en las ventajas mismas que este sistema puede ofrecer, entre ellas, la celeridad procesal, la economía, la inmediación, la contradicción, la neutralización del factor idiomático y la posibilidad de una mayor equidad. Pero esta eficacia también reside en sus características propias, ser eminentemente conciliador, los mecanismos orales y fundamentalmente su vigencia y positividad en el consenso.

a) Es objetivo

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



b) Es oral

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

c) Es Real

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



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

d) Es dinámico

Al respecto de esta característica existe una dicotomía un enfoque que considera al derecho consuetudinario como estático, fosilizado, inerte, actuando esporádicamente como convulsiones sociales de la conducta humana y que no se utiliza una costumbre nueva porque el acto practicado en un correcto modelo; y un segundo enfoque que considera que las costumbres o normas consuetudinarias cambian con el tiempo y de acuerdo a las circunstancias.

e) Es eminentemente conciliador

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

f) Es cohesionador

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

g) Es consensual

Porque la efectividad del Derecho Consuetudinario está ligada fundamentalmente al consenso que se logre crear en un determinado conglomerado social, respecto a la necesidad de su cumplimiento, en otros términos, a la convicción social de que acatar la norma consuetudinaria es lo más adecuado, lo correcto, lo justo.

1.5. Derecho Indígena en la actualidad

Muchos acontecimientos como la guerra, la estratificación y diferenciación social indígena, los procesos migratorios y otros complejos procesos sociales, han agudizado la ruptura de importantes 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.

El efecto devastador de la guerra en muchos lugares ha sido inmenso muchas autoridades indígenas fueron eliminadas físicamente, otras tuvieron que sobrevivir clandestinamente detrás comités pro-mejoramiento u otras instituciones que les permitiesen actuar sin ser reprimidas. Los alcaldes auxiliares figuras tradicionalmente legítimas en la población, fueron reemplazados por comisionados militares y puestos al servicio de los mandos militares.

La Constitución de 1985 elimina la atribución de los alcaldes de administrar justicia y el acceso a la justicia estatal se hace más deficiente en las aldeas y cantones. La falta de cobertura nacional de la infraestructura de la justicia es uno de los problemas más graves, una década después del cambio constitucional, no había juzgados de paz ni siquiera en la mitad de municipios del país y los que había, se ubicaban exclusivamente en las cabeceras municipales, sin cubrir aldeas ni cantones.

En los últimos años se ha incrementado la presencia de tales juzgados, pero todavía tienen una cobertura limitada. 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 y la gente que quiera hacer denuncias deberá viajar desde su cantón o aldea, hasta llegar a la cabecera departamental. La Policía Nacional de igual manera tiene un despliegue limitado en cabeceras departamentales y algunos municipios. El Servicio de Defensa Público es una de las instituciones más nuevas y limitadas, apenas hay uno o dos abogados defensores



públicos por departamento. A la distancia geográfica se suma la distancia cultural y lingüística.

La mayoría de operadores de justicia no habla los idiomas mayas ni comprende tal cultura. Recién a partir de 1997 el Organismo Judicial y el Ministerio Público empezaron a nombrar intérpretes judiciales que tenían un mínimo de preparación para tal puesto, pero éstos apenas tienen presencia en algunas cabeceras departamentales. Los operadores de justicia que saben idiomas indígenas son muy pocos y los utilizan de modo empírico. No hay peritos antropológicos, a la distancia geográfica, lingüística y cultural entre la justicia estatal y los pueblos indígenas el derecho y el sistema de justicia estatal no respetan e inclusive criminalizan la diferencia cultural. Además, hay una actitud de discriminación y racismo en el comportamiento de muchos operadores de justicia.

A continuación Raquel Yrigoyen Fajardo¹⁹ propone lineamientos que se pueden seguir para ayudar a encarar de mejor manera los problemas de las comunidades indígenas, 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. 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:

¹⁹ Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit**; pág. 25.



1. 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 y saberes comunes.

2. La primacía del criterio de resolver conflictos, arreglar, llegar a puntos medios, antes que sólo declarar ganadores y 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.

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

4. La indiferencia entre asuntos civiles o penales, y el encaramiento global de los problemas.

5. 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.

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

7. La innecesaridad de pagar abogados, y otros costos del sistema estatal.





CAPÍTULO II

2. Marco Jurídico Legal del Derecho Indígena en Guatemala

El marco político que debe servir de referente para coordinar los sistemas de justicia indígena y estatal viene dado por los Acuerdo de Paz, en concreto el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, y por el Informe de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia.

2.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los pueblos indígenas

La relación de los derechos humanos con los pueblos indígenas ha sido y es, más bien, traumática. A pesar de haber conseguido ser reconocidos como sujetos de derecho, como personas que son, aun hoy siguen siendo uno de los grupos sociales más atacados y amenazados del planeta. Tanto es así, que lo que se ve amenazado es su supervivencia.

Los derechos que les son inherentes no son del todo efectivos en las realidades en que estos pueblos viven. Si bien, es cierto que su situación ha mejorado considerablemente desde la aparición de los derechos humanos, todavía quedan aspectos esenciales en su supervivencia, como las cuestiones territoriales y de auto gobierno, faltos de protección y sometidos al libre albedrío de los estados en los que se asientan.



a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se adoptó el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor en 1976 y obliga a los Estados que lo ratifiquen, a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos establecidos.

Así, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos recoge en su Artículo 1 el principio de libre determinación de los pueblos, no mencionado en la Declaración Universal; no es casual que ello se haya dado de esta manera, si tenemos en cuenta que en 1960 comienza la llamada Década de la descolonización en Naciones Unidas motivada por la decisión firme de la Organización de finalizar con todas las situaciones de dominación colonial.

El Pacto fija expresamente la obligación para los Estados de garantizar por igual los derechos a hombres y mujeres. Al igual que la Declaración Universal protege el derecho a la vida pero adopta disposiciones que restringen la pena de muerte, y establece normas que impiden la ampliación de dicha pena capital a delitos por los cuales no estaba contemplada en los Estados; esto señala que el Pacto, si bien no prohíbe la pena de muerte, marca una clara intención hacia la abolición de la misma.

Los derechos que efectivamente el Pacto agrega a los contemplados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, además de la libre determinación de los pueblos, son: El derecho a la propia vida cultural, a practicar su religión y emplear su propio idioma a los miembros de minorías étnicas, religiosas o idiomáticas, la prohibición de la prisión por deudas, y el derecho de todo niño a la nacionalidad y a recibir medidas de protección

por su condición. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y fue ratificado por Guatemala en 1992. En el Artículo 27 del mismo se garantiza el derecho a la propia vida cultural. Las instancias internacionales respectivas han interpretado que el derecho a la propia vida cultural es aplicable a los grupos étnicos y pueblos indígenas, y que incluye las formas de organización y manejo de recursos como las tierras ancestrales y comunales, así como el derecho a la elección de autoridades, lo cual constituye un componente del Derecho Indígena o Consuetudinario.

La exposición del Artículo 27 del Pacto está referida a los miembros de minorías, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como el derecho a la protección especial de las minorías étnicas y las obligaciones del Estado de garantizar tal protección. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que el Artículo 27 reconoce a los grupos étnicos el derecho a la protección de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural.

Al interpretar los Artículos 58 y 66 de la Constitución de 1985 referidos al reconocimiento, respeto y promoción de las formas de organización y costumbres de los grupos étnicos o indígenas, en el sentido que la protección del derecho a la propia vida cultural incluye el respeto del propio sistema de organización social y de regulación, lo que en otras palabras se llama Derecho Indígena o Consuetudinario.

b) Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

En marzo de 1996, el Congreso de la República de Guatemala ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que está vigente desde junio de 1997. Éste establece un conjunto de derechos de los pueblos indígenas referidos a la identidad y cultura de los mismos, a sus derechos de participación en el desarrollo local y nacional, el derecho a ser consultados, derechos ante la justicia, el reconocimiento del derecho consuetudinario, el derecho a tierras y recursos naturales, seguridad social y salud, educación, comunicación y uso de idiomas indígenas, entre otros.

El Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT tiene un enfoque progresista y pluralista que orienta el derecho legítimo de los pueblos para disfrutar de sus particularidades, en virtud de que ningún pueblo tiene derecho de negar la existencia al otro, en el marco del respeto mutuo para el desarrollo.

La ratificación de este Convenio fue uno de los compromisos de los Acuerdos de Paz y se produjo a pesar de la oposición del Comité Coordinador de Actividades Agrícolas, Comerciales, Industriales y financieras (CACIF) que controlan el mayor porcentaje de exportaciones y todavía usan mano de obra indígena de modo intensivo y en condiciones de explotación. En el debate previo a la ratificación, el Comité Coordinador de Actividades Agrícolas, Comerciales, Industriales y financieras (CACIF) alegó motivos políticos y jurídicos para su desacuerdo, entre ellos, cuestionó la legitimidad de la ratificación indicando que tal se basaba en un acuerdo con la guerrilla en el que ellos no



habían participado, que el Convenio afectaba el derecho de igualdad al conceder más derechos a los indígenas que a los ladinos, que afectaba el derecho de propiedad pues se producirían invasiones de tierras, y que el reconocimiento del derecho consuetudinario afectaría la unidad y soberanía del país al crear un estado dentro de otro estado.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo con relación al Derecho Consuetudinario establece:

El Artículo 6 establece:” El Convenio exige que los pueblos indígenas y tribales sean consultados en relación con los temas que los afectan. También exige que estos pueblos puedan participar de manera informada, previa y libre en los procesos de desarrollo y de formulación de políticas que los afectan.”

Derecho a la identidad cultural en su Artículo 2 literal b: “Los gobiernos deben de respetar la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones.”

Derecho al respeto del derecho consuetudinario. El artículo Art. 8 literal 1 establece: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho Consuetudinario” Cuando se aplique en general la legislación nacional en los pueblos indígenas, se debe respetar el derecho consuetudinario. Esto significa que la tarea legislativa nacional debe estar muy atenta para no mellar de ninguna manera el derecho consuetudinario, no criminalizarlo, cooptarlo o manipularlo.



Derecho de conservar el derecho consuetudinario. El Artículo 8 literal 2, primer párrafo establece: “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 Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.” Los pueblos indígenas tienen atribución legal a partir de este Convenio de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas. El límite es que no deben ser incompatibles con los derechos humanos ni fundamentales. Es importante anotar que el Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley o a los intereses de terceros, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos.

Respeto de Métodos de control penal. El Artículo 9,1 establece: “En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. El Convenio no limita la aplicación del derecho consuetudinario a materias civiles o de mínima cuantía; expresamente incluye la materia penal. Según el Convenio, el límite de lo que sería el derecho penal indígena no está referido a los tipos de delitos que pueda conocer o a la gravedad de los mismos, sino a que los métodos indígenas de control penal, no vulneren los derechos humanos.

Mecanismo para resolver conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos. El Artículo 8,2 establece: “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, esto no autoriza al Estado a pasar automáticamente el caso a los tribunales ordinarios o someter a las autoridades indígenas ante la justicia estatal.

Adecuación de la legislación nacional al Convenio el Artículo 33, 2, b establece: “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 a dicho Convenio, por lo cual es una tarea ineludible.

Supremacía de los derechos más favorables el Artículo 35 establece: “La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.” El Convenio establece que primarán los derechos que otorguen más ventajas a los pueblos indígenas así estos provengan de normas inferiores al Convenio o incluso de acuerdos políticos.



2.2. Legislación interna actual

Se establece un resumen de las normas del sistema jurídico estatal, para determinar si éstas reconocen el Derecho y el sistema de jurídico indígena. Se analiza la Constitución Política de la República, los Acuerdos de Paz, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Ley del Organismo Judicial y el Código Procesal Penal.

2.3. Acuerdos de Paz

Durante la década de los noventa, el Gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional guatemalteca (URNG) firmaron los Acuerdos de Paz con el objetivo de encontrar una salida negociada a un conflicto armado de más de treinta años de duración. Los Acuerdos de Paz no sólo entraron en una dinámica de negociación del cese al fuego, sino en el análisis de la situación que había causado el conflicto. En este sentido, reconocen el carácter excluyente del Estado guatemalteco, 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 denegatoria de derechos de amplios sectores de la población.

Con la firma del Acuerdo de paz, firme y duradera, entre el Gobierno de la República de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional guatemalteca (URNG) el 29 de diciembre de 1996 culminó el conflicto armado interno que enfrentó a los guatemaltecos con funestas consecuencias para el país tanto en daños a la infraestructura como en pérdida

de valiosas vidas humanas y en violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos. Pero centrándonos en el tema que nos interesa el gobierno adquirió dos compromisos importantes: a) el compromiso de reconocer constitucionalmente el carácter pluricultural, multilingüe y multiétnico de la nación y el Estado. Ello incluye el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos, y b) el reconocimiento del Derecho Consuetudinario, en la medida que su desconocimiento por la legislación nacional ha sido fuente de marginación y discriminación de la población indígena.

Estos compromisos se encuentran fundamentalmente en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI), en el Acuerdo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil y Papel del Ejército en una Sociedad Democrática (AFPC y PESD) y en el Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral (ARC y RE) reforzados por el Acuerdo de Cronograma (AC).

a) Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI)

Los objetivos principales son reconocer la identidad de los pueblos indígenas y el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del Estado de Guatemala; luchar contra la discriminación histórica hacia los pueblos indígenas, propiciar la participación indígena en todas las situaciones que les afecten y reconocer los derechos políticos, económicos, sociales y culturales que los pueblos indígenas como componentes de la Unidad de la Nación.



A continuación se resume los principales compromisos que contiene el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (ADIPI):

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

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

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

En cuanto al derecho consuetudinario el Estado se compromete a reconocer que la normativa tradicional de los pueblos indígenas es un elemento esencial para la regulación social de las comunidades.



En cuanto a lo que se refiere a los derechos relativos a la tierra de los pueblos indígenas; tanto la tenencia colectiva como individual para lo cual el gobierno se compromete a adoptar las medidas para regular la situación jurídica de nuestras comunidades.

Este acuerdo trata de que se pueda llevar una coexistencia pacífica entre los pueblos indígenas y que se respeten sus culturas para mantener la paz en Guatemala.

b) Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral (ARC y RE)

Suscrito en Estocolmo el 7 de Diciembre de 1996, entre el gobierno y la Unidad Revolucionaria Nacional guatemalteca (URNG) en el punto cuatro nos menciona que: "En este Acuerdo se prevé reconocer constitucionalmente la identidad de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca, y desde tal perspectiva, la necesidad de definir y caracterizar al Estado Guatemalteco como de unidad nacional multiétnica, pluricultural y multilingüe." No se trata solamente de reconocer la existencia de distintos grupos étnicos y su identidad, como lo hace actualmente la Constitución en el Artículo 66, sino de reconocer que la conformación misma de la sociedad, sin perjuicio de su unidad nacional y del Estado, está caracterizada de aquella manera, lo que implica, además, el reconocimiento de la especificidad de la espiritualidad indígena como componente esencial de su cosmovisión y de la transmisión de valores, y la oficialización constitucional de los idiomas indígenas, como uno de los pilares sobre los que se sostiene la cultura nacional y como medio de la adquisición y transmisión de la cosmovisión indígena, de sus conocimientos y valores culturales.

En este acuerdo por primera vez nos encontramos una sociedad pluricultural y Estado de una manera pacífica, siendo éste capaz de expresar la conformación plural de aquella democráticamente.

El planteamiento de este Acuerdo, en términos étnicos, supone terminar con el modelo de exclusión indígena. El reto subyacente, es superar el modelo de exclusión económico-político que afecta a los ladinos e indígenas pobres y retroalimenta modelos de exclusión en general.

A continuación se resume los principales puntos de este Acuerdo:

1. Que se facilite el acceso simple y directo a la forma de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas. Acuerdo de Fortalecimiento de la Sociedad Civil y Papel del Ejército en una Sociedad Democrática (AFPC y FESD, numeral 16,d).

2. Que se debe hacer una reforma constitucional para modificar el Artículo 203 de la actual Constitución que plantea la exclusividad de la función jurisdiccional para incorporar como una garantía de la justicia el respeto por el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del país. Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electoral (ARC y RE, AFPCFESD, 12).

3. Que entre las garantías de la justicia que debe incorporar el Artículo 203 de la Constitución debe estar: La apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Acuerdo de Reformas Constitucionales y Régimen Electora y Acuerdo de



Fortalecimiento de la Sociedad Civil y Papel del Ejército en una Sociedad Democrática
(ARC y RE, AFPC y FESD,12).

2.4. Constitución Política de la República

La Constitución Política de 1985, marcó un paso de gran importancia en el reconocimiento del derecho y del sistema de justicia indígenas. En el capítulo sobre los derechos sociales, se dedica una sección a las comunidades indígenas, en forma tal que el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, entre otros aspectos entendemos que parte de la cultura de los pueblos indígenas está constituida por la existencia de un sistema de justicia, lo que es un hecho notorio e innegable, tenemos que concluir en que la Constitución Política les reconoce el derecho de gestionar su propia conflictividad y, en consecuencia, de tomar decisiones con carácter vinculante.

En 1984, a pesar del conflicto armado interno, se abre un proceso de transición a la democracia con la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Como resultado de ella, se aprobó la Constitución Política de 1985, que marcaría un paso importante, como se verá a continuación, para el reconocimiento del derecho y del sistema de justicia indígenas. A las comunidades indígenas, no previstas en la Constitución Política de 1965 en la nueva Carta Fundamental se les dedicó toda una sección del capítulo de los derechos sociales. Conforme a esa sección, el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso del traje,



idiomas y dialectos, se obliga a proteger las tierras indígenas, reconociendo el derecho de las comunidades a mantener sus sistemas de administración de tierras, y se dispusieron normas de protección laboral de trabajadores indígenas.

La Constitución Política establece dos principios, contemplados dentro del capítulo de los derechos sociales o colectivos y una norma sobre funcionamiento del Estado que son fundamentales para el análisis que nos ocupa y para encontrar la respuesta a la interrogante planteada. Los principios son: El de respeto de la identidad cultural de las personas y de las comunidades y el de reconocimiento, respeto y promoción de los grupos étnicos. La norma es aquella en virtud de la cual se establece la unidad de jurisdicción. En cuanto a las primeras, dos aspectos son de singular trascendencia. Por un lado, el reconocimiento de una identidad cultural el Artículo 58 por otro, el deber del estado de reconocer, respetar y promover tal identidad cultural (Artículo 66).

2.5. La Ley del Organismo Judicial

Ideológicamente, esta ley no difiere del pensamiento monista, centralista e integracionista que hasta entonces había permeado el sistema de justicia en Guatemala. En ella, también se invisibiliza la existencia del sistema jurídico indígena y se relega a un segundo plano algunas instituciones que tienen relación con él. Por ejemplo, en la Ley se contemplan disposiciones en virtud de las cuales se establece la ley como fuente del Ordenamiento Jurídico, dándose a la costumbre el carácter de fuente secundaria, poniéndose incluso por debajo de la moral y el orden público o disposiciones en virtud de las cuales se establece que contra la ley no es posible alegar costumbres ni prácticas. En



definitiva, la Ley del Organismo Judicial no permite coordinar la coexistencia de los sistemas jurídicos estatal e indígena.

2.6. El Código Procesal Penal

En 1997, bajo una modificación al texto del Código Procesal Penal se crearon los Juzgados de Paz Comunitarios. La incorporación de una norma en virtud de la cual se autoriza a los jueces comunitarios a resolver con arreglo a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del Derecho, parecería ser un importante paso a efectos del reconocimiento del Derecho y del sistema jurídico Indígenas. Sin embargo la norma está enmarcada en un sistema que no abandona la ideología monista, centralista e integracionista.

A partir de la vigencia del Código Procesal Penal, se inició un proceso de creación de Juzgados de Paz en toda la República, atendiendo a criterios derivados de la garantía de acceso de la justicia, Sin embargo, como históricamente ha ocurrido, se trataba de mecanismos de acceso al sistema de justicia estatal que no reconocían ni respetaban el derecho y el sistema de justicia indígenas, mucho menos, se establecían mecanismos de coordinación entre ambos sistemas. De esta manera se ha afianzado una tendencia para la expansión del sistema de justicia estatal en detrimento del sistema indígena.

En el 2002, se promulga el Decreto No.51-2002 que modificó el Código Procesal Penal, ampliando las competencias de los Juzgados de Paz. Esta reforma permite a los jueces de paz conocer y juzgar delitos con una pena máxima de hasta cinco años y, en un



intento de preservar el sistema acusatorio y la distribución de funciones procesales, crea Juzgados de Paz de lo penal, de sentencia y móviles.

Evidentemente la reforma, aunque se pretendió presentar bajo el lema del acceso a la justicia, llevaba ínsita la violación de la Constitución Política y del Convenio 169 y, políticamente, también entraba en contradicción con el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. El Estado, lejos de reconocer el papel de las autoridades de las comunidades indígenas en la gestión de su conflictividad, decidió repartir su sistema, con la excusa de la garantía de acceso, a través del establecimiento de Juzgados de Paz, desconocedores del derecho y del sistema de justicia indígenas.

En 1997 se crearon los Juzgados de Paz Comunitarios la oportunidad se pudo haber aprovechado para reconocer el Derecho Indígena y buscar mecanismos de coordinación adecuados para fortalecer el pluralismo jurídico. Sin embargo, las disposiciones que regulan el funcionamiento de esos Juzgados de Paz Comunitarios no permiten considerarlos como verdaderos mecanismos de coordinación, ya que imponen concluir que se trata de mecanismos de control y subordinación que, ciertamente, implican la violación de algunos de los derechos, libertades y garantías de los pueblos indígenas, contenidos en la Constitución Política y Convenio 169.

2.7. Propuestas de Reforma Constitucional

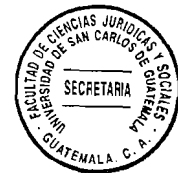
Las propuestas de reforma Constitucional aprobadas por el Congreso incluían la reforma de 50 Artículos de la Constitución, la mayor parte de ellos vinculados a los Acuerdos de



Paz, no obstante otros no estaban siquiera mencionados. Tales propuestas recogieron parcialmente algunas de las hechas por los Pueblos Indígenas y otros sectores de la sociedad civil, a pesar de estar mediatizadas por las diversas presiones políticas. Esta propuesta, con sus alcances y límites constituye un antecedente en el intento de constitucionalizar los Acuerdos de Paz, de buscar una caracterización de la Nación pluricultural, multiétnica y multilingüe, así como de reconocer constitucionalmente el Derecho Indígena o Consuetudinario.

Después de la firma de la Paz firme y duradera, algunas organizaciones iniciaron la elaboración de propuestas. La Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala (COPMAGUA) convocó Magnas Asambleas para constituir Comisiones de trabajo que hiciesen aportes a las reformas constitucionales, aprobarlas y presentarlas. En estas reuniones hubo participación masiva de las organizaciones. Hubo dificultades para el seguimiento de las Comisiones y la coordinación entre comisiones, y no se articuló suficientemente la participación local. Sin embargo, se logró consensuar y aprobar propuestas para la reforma constitucional. La articulación y redacción de las propuestas fue tarea de la Comisión Nacional Permanente de Reformas Constitucionales de los Pueblos Indígenas y fue presentada con 5000 firmas ante el Congreso, esta fue la participación ciudadana más significativa.

Los actores que participaron en las propuestas sobre reformas constitucionales fueron:



La Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala (COPMAGUA) organizó las Magnas Asambleas para la conformación de las comisiones de trabajo, la discusión y finalmente la aprobación de las propuestas. Dichas asambleas se realizaron en distintos puntos del país y la participación fue bastante alta.

La Comisión Nacional Permanente de Reformas Constitucionales de los Pueblos Indígenas (CNPRC-PI), una de las comisiones conformada en el seno de La Coordinadora de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala (COPMAGUA) recogió más de 170 propuestas de reforma en sus consultas a bases y decidió concentrar sus esfuerzos en propuestas de reformas clave y todas estrictamente planteadas por los Acuerdos de Paz.

La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, comisión mixta creada por mandato de los Acuerdos de Paz para emitir un Informe con recomendaciones, propuso en su Informe Final el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario y del pluralismo legal.

El Ejecutivo presentó una iniciativa de reforma constitucional. Reiteró, en materia de justicia, los Artículos existentes sobre la exclusividad de la función jurisdiccional, cerrando paso a toda reforma constitucional sobre el reconocimiento del Derecho Indígena. El Gobierno no coordinó con las organizaciones de los pueblos indígenas el desarrollo de reformas legales que permitieran el reconocimiento del Derecho Indígena, como se había comprometido en los Acuerdos de Paz.



La Presidencia del Congreso elaboró una propuesta de reforma constitucional en la que incluía una fórmula vaga para el reconocimiento del Derecho Consuetudinario, pero no la presentó como iniciativa de reforma.

La Corte Suprema de Justicia presentó una propuesta en la que no se hablaba de Derecho Indígena o consuetudinario sino de usos y costumbres, con la consecuencia de que éstos debían someterse a la ley. Con ello tampoco estaba proponiendo un reconocimiento del derecho indígena propiamente.

Sobre el carácter pluricultural de la Nación y el Estado. El texto aprobado por el Congreso en el año 1998 es el que sigue: " Artículo 1. De la persona humana y la nación. El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona humana y a la familia; su fin supremo es el bien común. La nación guatemalteca es una y solidaria; dentro de su unidad y la integridad de su territorio es pluricultural, multiétnica y multilingüe."

En el Acuerdo de Reforma Constitucional se indicaba expresamente que la Constitución debía cambiar la caracterización del Estado mismo, no sólo de la Nación. Ello tenía un alcance mayor respecto de las obligaciones que debería contraer el Estado, puesto que su conformación jurídica, su estructura, los servicios públicos, etc. Deberían reflejar, garantizar y promover la diversidad cultural de la Nación.



a) Análisis de la propuesta de reforma sobre el reconocimiento del Derecho Consuetudinario

“Artículo. 203: Independencia del Organismo Judicial y Potestad de Juzgar. La Justicia se imparte de conformidad con la Constitución y leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros Organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para cualquier cargo público.”

La fórmula aprobada por el Congreso es la siguiente:

“La función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia. El Estado reconoce el derecho consuetudinario, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna, así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales, definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.”



En cuanto a lo positivo cabe señalar: El texto supone un acto de reconocimiento del derecho indígena, esto se entiende que el derecho indígena o consuetudinario es más que un mecanismo para resolver conflictos, es también un sistema para regular las relaciones.

Sobre el reconocimiento de Pueblos Indígenas La propuesta que aprobó el congreso establece que los Pueblos Indígenas y menciona a los Pueblos Maya, Garífuna y Xinca, así como añade en el listado los derechos a la identidad y la espiritualidad. "Artículo. 66. Identidad y espiritualidad de los pueblos indígenas. El estado reconoce, respeta y protege el derecho a la identidad, formas de vida, organización social, costumbres, tradiciones de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca, el uso del traje en hombres y mujeres, sus distintas formas de espiritualidad, idiomas y dialectos, así como el derecho de transmitirlos a su descendencia, prevaleciendo la unidad de la nación, la integridad territorial y la indivisibilidad del Estado de Guatemala."

A pesar de la timidez de las fórmulas, la propuesta de reformas abría las puertas a respeto de la pluralidad cultural, lingüística y étnica, en medio de grandes temores sobre la desintegración territorial, la ruptura de la unidad nacional y la división del Estado.

El reconocimiento del carácter pluricultural de la nación y del Derecho Indígena, era importante no obstante la ambigüedad de las fórmulas. Y aunque hubo muchas debilidades en la participación ciudadana y muchas deficiencias en la actuación de las fuerzas políticas al respecto, de todas maneras, las reformas incorporaban cambios beneficiosos para la mayoría de la población. Al no haber sido ratificadas estas propuestas de reforma constitucional por la consulta popular, toca un verdadero trabajo



de información y participación ciudadana, a fin de que en el futuro se puedan hacer los cambios normativos e institucionales que el país necesita.



CAPÍTULO III

3. Experiencia en la coordinación de Sistemas Jurídicos en el Derecho

Comparado

“A partir de 1991, año en el que Colombia cambió su Constitución, le siguieron Perú en 1993, Bolivia en 1994, Ecuador en 1998 y Venezuela en 1999, con lo cual todos los países andinos, salvo Chile, tienen un marco normativo semejante. Estos cambios se dieron en contextos complejos y multidireccionales. En el contexto internacional se presentaban tendencias disímiles. De un lado, el desarrollo de teorías críticas del Estado, el cuestionamiento a los quinientos años de invasión, la emergencia del multiculturalismo, el debate internacional sobre los derechos indígenas y nuevos instrumentos de protección. Y, de otro, nuevas formas de presencia internacional de las transnacionales en territorios indígenas, con condiciones favorables en algunos países debido a la adopción de políticas neoliberales (Bolivia, Perú, Ecuador) o gobiernos autoritarios (Chile, Perú). En la misma línea, nuevas formas de apropiación de recursos naturales, acceso a la biodiversidad y a conocimientos indígenas vinculados a ella.”¹⁷

En este contexto, los textos constitucionales mencionados, expresión de dichas tensiones, son a veces ambiguos o incompletos, y ello se refleja en la existencia de fórmulas que parecen contradictorias. Por ejemplo, en el Perú, mientras algunos Artículos incorporan el derecho a la identidad cultural y al propio derecho consuetudinario, otros Artículos reducen el concepto de territorio a tierras y, rompiendo una larga tradición

¹⁷ *Desafíos de la Interculturalidad Identidad, Política y Derecho*, pág. 1.

constitucional, hacen alienables las tierras indígenas comunales. Otro ejemplo: “La Constitución de Venezuela, no obstante incorporar un importante catálogo de derechos indígenas, introduce una vena autoritaria al limitar el derecho indígena a la no afectación del orden público por el contrario, postulo que, ante la coexistencia de una perspectiva favorable a los pueblos indígenas y otra restrictiva, debemos leer las reformas desde una perspectiva progresiva que haga efectivos los derechos de los pueblos indígenas, como el propio Convenio 169 indica en el Artículo. 35.”¹⁸ Se trata de una hermenéutica teleológica que permita hacer una interpretación sistemática y permita superar las ambigüedades, vacíos o incluso aparentes contradicciones entre las propias fórmulas constitucionales y el Convenio 169, a partir del principio del pluralismo. Es decir, lo que debe guiar la interpretación de las normas es el fin de hacer efectiva la igual dignidad de las culturas, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y posibilitar el desarrollo de un horizonte pluralista. Ello permitiría construir un modelo de sociedad y Estado más equitativos e incluyentes.

“A estas reformas normativas se destaca el reconocimiento de: a) el carácter pluricultural del Estado-Nación-república, b) la igual dignidad de las culturas, c) los pueblos indígenas y comunidades campesinas, como sujetos políticos y no sólo objeto de políticas, d) la consulta previa, y formas de participación y representación incluyentes, y e) el derecho consuetudinario indígena y la jurisdicción especial. Si bien -como adelanté estas reformas no están exentas de contradicciones y limitaciones, cabe interpretarlas desde un horizonte pluralista que permita ir construyendo las bases de un Estado Pluricultural.”¹⁹

¹⁸ *Ibid*, pág.2.

¹⁹ *Ibid*, pág.2.



3.1. El reconocimiento del pluralismo legal en el marco de un Estado-nación pluricultural

“Los países andinos que han reconocido constitucionalmente el derecho y la jurisdicción especial indígena Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela comparten algunos rasgos comunes. Estos estados, a su vez, son firmantes del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, por lo que podemos hacer un análisis comparativo común.”²⁰

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las Constituciones es reconocer en la medida que el texto constitucional no está creando la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma. Lo mismo, al asumir oficialmente la pre-existencia de los pueblos indígenas, con lo cual salva una negación histórica, reconoce sus derechos precedentes y abre las posibilidades de convivencia y participación democrática. El texto del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su quinto considerando dice expresamente: “Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.”

²⁰ Ibid, pág.7.

“Las fórmulas constitucionales empleadas en los países andinos comprenden en general el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o de justicia a las autoridades de las comunidades indígenas y o campesinas de acuerdo a su derecho consuetudinario, o a sus propias normas y procedimientos, dentro del ámbito territorial de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas.”²¹ Es decir, reconocen los órganos de resolución de conflictos indígenas, sus normas y procedimientos. El límite del reconocimiento se asemeja con variantes al del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que señala que no debe haber incompatibilidad entre el Derecho Consuetudinario y los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Adicionalmente, todos los textos constitucionales hacen referencia a una ley de desarrollo constitucional que coordine o compatibilice la jurisdicción especial o las funciones judiciales indígenas con el sistema judicial nacional o los poderes del Estado.

Dado que los países andinos han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), debe interpretarse tal Convenio conjuntamente con el texto constitucional. Cabe anotar que como criterio interpretativo debe utilizarse el Artículo 35 del Convenio, el cual establece que priman las normas o incluso acuerdos nacionales políticos que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas. El análisis que sigue puede aplicarse también, en gran medida, a los estados que han ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece, entre otras

²¹ *Ibid*, pág. 8.



disposiciones: Artículo. 8, 2: “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. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”

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

3.2. Principales rupturas y retos epistemológicos y políticos

El constitucionalismo emergente en Latinoamérica durante los 90 genera varias rupturas epistemológicas y políticas respecto de la relación Estado-derecho-pueblos indígenas concebidas dentro del horizonte monista del Estado-nación. Los cambios constitucionales producidos y la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes, no obstante que se trata de cambios a veces ambiguos e incompletos, permiten vislumbrar un Horizonte pluralista.

a) La ruptura del modelo de Estado-nación, para dar paso al Estado pluricultural o multicultural

El concepto mismo de Estado y nación ahora se han modificado al ser caracterizados como pluriculturales o multiculturales. Estado pluricultural es el término que emplea Ecuador, Nación con carácter pluricultural Colombia y Perú. República multicultural, Bolivia. Venezuela reconoce abiertamente la igual dignidad de las culturas. Esto significa que una sola cultura dentro de la nación, o una sola nación dentro del Estado ya no tiene más el monopolio del poder de definición. Salvo de modo peleado Ecuador, ningún estado Latinoamericano se ha atrevido a utilizar el término Estado multinacional en tanto que históricamente alude a la idea de pueblos con soberanía y eso aviva el temor de una posible secesión territorial.

b) La superación del concepto tutelar de los indígenas como objeto de políticas para definirlos como sujetos políticos, pueblos con derecho a la autodefinition y autonomía

Consecuentemente con la idea de la igual dignidad de las culturas, las constituciones han reconocido a los pueblos indígenas su capacidad jurídica colectiva. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dejó sentado que reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones así como a definir su desarrollo económico. La definición internacional de autodeterminación tiene dos elementos: Determinar el propio estatuto político y el desarrollo económico. La definición



del Convenio no quiso dejar el término pueblos como en el derecho internacional, y hace una advertencia de excusa. Sin embargo, el sólo reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, económicas, políticas, permite romper el modelo de tutela iniciado en la colonia y reciclado con la Independencia. Se trata de un nuevo concepto de indígenas y de pueblos que ya no depende más de la definición, caridad o dirigismo estatal o de terceros, a fin de que los pueblos indígenas, por sí mismos, puedan controlar y dirigir su propio destino, instituciones y desarrollo.

Dado que el modelo tutelar ha durado durante varios siglos ha afectado no sólo la mentalidad de los no indígenas sino también la idea de los indígenas sobre sus propias capacidades. Los pueblos indígenas enfrentan nuevas condiciones y situaciones de debilitamiento o nuevos espacios de expansión y desarrollo según se mire los procesos de migración, urbanización. De otro lado, enfrentan nuevas formas de presencia de transnacionales en sus territorios. Los cambios han impactado en desajustes de los patrones tradicionales respecto de sus propios sujetos, y se han desarrollado nuevas demandas internas de mujeres y jóvenes. Finalmente, el reconocimiento constitucional de nuevas funciones públicas como el manejo de fondos públicos, consulta, etc. Encuentra a muchos pueblos sin entrenamiento para el ejercicio de estos derechos y formación suficiente para el manejo de recursos económicos según los formatos de la administración pública. Lo mismo pasa ante la apertura de nuevos espacios de participación como Colombia, Venezuela y Bolivia frente a los cuales falta fortalecer la capacidad propositiva y el manejo de planes supra locales. De ahí se desprende el reto



del fortalecimiento de los propios pueblos indígenas, a fin de que la superación de la tutela no quede en el papel.

c) La ruptura de un modelo de democracia excluyente a un modelo incluyente de la diversidad

Ello importa el paso de una noción de democracia representativa tradicional, para dar cabida a formas de consulta y participación no convencionales. Desde la formación del constitucionalismo se produjo una tensión entre un concepto de ciudadanía amplia y un concepto restringido de ciudadanía, participación y representación. Inicialmente las constituciones optaron por un modelo de ciudadanía censitaria restringida a varones blancos tributarios, que fue ampliándose a lo largo del siglo XX, y todos los estados constitucionales adoptaron la forma de democracia representativa, estableciendo que el acceso a las instancias públicas de decisión, como el Congreso o el Ejecutivo, sólo podía darse a través de partidos políticos, esto es, asociaciones voluntarias en torno a ideologías y no vía organizaciones necesarias como comunidades, familias, pueblos, gremios. Por ende, constituye una ruptura muy importante en algunos casos de modo sistemático, en otros sólo como fisura intrasistémica la introducción de formas de participación y representación diferentes de los partidos políticos, a través de asociaciones necesarias como son los pueblos indígenas y otros colectivos, ante la constatación de que incluso la ampliación formal de la ciudadanía derechos políticos como derecho individual ha sido insuficiente. De ahí las cuotas o cupos para congresistas o representantes indígenas ante municipios u otras instancias Colombia y Venezuela para el Congreso; Perú recientemente para el nivel local.



De otro lado, contra la idea del monopolio del Congreso para expresar la voluntad popular, el Convenio 169 y varias constituciones reconocen el Derecho de consulta previa, y otras formas de participación directa y representación especial. Sin embargo, la inclusión de estas figuras no se ha hecho de modo consistente. En Colombia la Corte Constitucional vigila el cumplimiento del derecho de consulta previa antes de que el Congreso de una norma, con lo cual hay una cierta previsión institucional, pero no así en otros países. El caso de México demuestra que el Congreso considera una violación a su soberanía la sola idea que esté obligado a una consulta a los pueblos indígenas para poder tomar decisiones, y, peor aún si dicha consulta es vinculante. En el Perú, incluso los congresistas más progresistas cuestionan la mera idea que la consulta sea vinculante. Y en Bolivia, a pesar de haberse ratificado el Convenio 169, la resistencia de la clase política a la idea misma de la consulta todavía cuesta muchos muertos.

d) La ruptura de la identidad Estado-derecho o monismo jurídico, para abrir el paso al pluralismo jurídico

Una de las rupturas más importantes es el fin del monismo jurídico y la idea que en un Estado sólo cabe un sistema jurídico. El reconocimiento constitucional del Derecho Indígena, con sus propias autoridades y jurisdicción, rompe el concepto de la exclusividad de la producción del derecho y el ejercicio de la violencia legítima por los órganos tradicionales del Estado, esto es, que el Poder Legislativo monopoliza la producción normativa, el Judicial la administración de justicia y el Ejecutivo el ejercicio de la autoridad y la organización del orden público.



e) La superación del concepto individualista, monocultural y positivista de los derechos humanos para, sobre la base de la igual dignidad de las culturas, abrir paso a una definición e interpretación intercultural de los derechos humanos

La noción de la igual dignidad de las culturas que han asumido varios textos constitucionales de modo expreso como Colombia o Venezuela o a través de la fórmula del carácter pluricultural del Estado-nación y el derecho individual y colectivo a la propia identidad cultural, implica el fin de la primacía de una cultura sobre otras.

3.3. Experiencia en el Reconocimiento del Derecho Indígena en Colombia

En Colombia, los pueblos indígenas comparten elementos comunes y a la vez cada uno de ellos cuenta con aspectos característicos de su cultura. Por lo tanto, se considera que pretender establecer modelos, si bien ayuda a hacer análisis un poco más ordenados, fácilmente puede llevar al error de limitar la diversidad étnica y cultural que existe y que está protegida por la Constitución Política de 1991, lo cual impone a los estudiosos un profundo respeto por las instituciones que examina. Como consecuencia de lo anterior y con el ánimo de dar el lugar que corresponde a la multiculturalidad, se aclara que cuando se habla de jurisdicción especial indígena, se hace referencia a más de 84 pueblos indígenas con sus particulares dialectos y autoridades judiciales.

“Colombia es un Estado Social de Derecho lo cual implica, sin duda, una nueva idea de aplicación de la justicia. El pensamiento del constituyente de 1991 concibió una actividad jurisdiccional eficaz, confiable y transparente a cargo de administradores de justicia de



las diferentes jurisdicciones comprometidos en proteger y garantizar a la persona los derechos sustanciales y las libertades consagradas en la Constitución Política y en la ley, con el objeto de alcanzar la convivencia social y la concordia nacional.”²²

Hablar de multiculturalismo, pluralismo jurídico y de su reconocimiento en Colombia por la Constitución de 1991 no es novedoso, sin embargo es un referente obligado al tocar el tema de las jurisdicciones especiales indígenas. No obstante hay que aclarar que los derechos indígenas no nacen en 1991 con el reconocimiento constitucional, pues son preexistentes a la expedición de la Carta Magna. Desde su primer Artículo, la Constitución prescribe: “Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” Se infiere entonces, la expresa aceptación de la existencia de diversas formas de comportamiento social correspondientes a cada una de las sociedades que conforman a Colombia.

Siguiendo el articulado de la Carta Constitucional, encontramos el Artículo 7 en el que, de manera más precisa, se consagra: .El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Este postulado no se quedó enunciado solamente en este artículo sino que, en el caso de los pueblos indígenas, el reconocimiento de la diversidad y la necesidad de su implementación se hace visible en otros apartados de la Constitución. Así el Artículo 8, que se refiere a la protección de las riquezas culturales y

²² Justicia De Paz y Desarrollo Indígena: Propuesta de Coordinación, pág.45.



naturales de la Nación; el Artículo 10 que se refiere al uso oficial de las lenguas y dialectos indígenas; el Artículo 13 donde se prohíbe la discriminación positiva a favor de los grupos minoritarios o marginados; el Artículo 63 que otorga el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables las tierras comunales de grupos étnicos; el Artículo 68 que garantiza el derecho de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural; el Artículo 70 que determina a la cultura como fundamento de la nacionalidad, el Artículo 72 que brinda protección al patrimonio cultural de la Nación; el Artículo 96 que otorga la doble nacionalidad para los indígenas de zonas de frontera; el Artículo 171 que permite la participación de los indígenas en el Senado de la República; el Artículo 176 que abre la posibilidad a estas comunidades de participar en la Cámara de Representantes; los Artículos 286 y 329 que determinan que los territorios indígenas sean entidades territoriales y se les brinda protección; el Artículo 330 que reglamenta el gobierno en los territorios indígenas; el Artículo 357 que da participación de los resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación, y el Artículo transitorio 56 que facultó al gobierno para dictar normas relacionadas con el funcionamiento de los territorios indígenas.

Lo importante del reconocimiento que se hace en la Constitución Política de Colombia como un país en el que conviven más de una etnia y cultura, no radica solamente en que se encuentra en la norma de mayor jerarquía, sino en que los Artículos que lo contienen se ubican en el título de los principios fundamentales, es decir, de las normas que, por decirlo así, deben ser aplicadas con especial preferencia por los diferentes operadores jurídicos.



Esas normas, como quedó anotado, se expresan en la propia Carta Magna en los diferentes aspectos como son: Educación, cultura, territorio y ordenamiento territorial, participación política, participación económica, y para el caso de la Jurisdicción Especial en el reconocimiento de la facultad de administrar justicia que tienen las autoridades indígenas, al decir en su Artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Colombia, a partir de la Constitución de 1991, realmente sufrió cinco cambios importantes y trazó los derroteros para vivir en una nación que, a partir de las diferencias étnicas y culturales, configurara un nuevo marco para implementar una política de reconocimiento y valoración hacia las minorías étnicas y culturales.

El primer cambio es que Colombia pasó de ser un Estado de Derecho, a ser un Estado Social de Derecho. Efectivamente, los constituyentes pensaron que la igualdad de todos los colombianos ante la ley era solamente formal. Por ello se orientaron a configurar un Estado que, partiendo de reconocer la desigualdad, creara condiciones para construir la igualdad real. El segundo gran cambio es que Colombia solamente reconocía un sujeto de derecho: el sujeto individual. A partir de la Constitución de 1991, reconoce a un sujeto colectivo de derecho, ese sujeto colectivo en la perspectiva llamémosle filosófica de visión republicana, es la sociedad la que tiene los derechos mientras que el individuo es



un sujeto de deberes. Los pueblos indígenas son la expresión de ese sujeto colectivo de derecho que la Constitución aspiró a distinguir y a proteger. Por supuesto que ese sujeto colectivo se diferencia de los derechos colectivos para todos los colombianos. En tercer lugar, la Constitución no solamente reconoce lo diverso sino que lo valora. Por eso, la Constitución es enfática al plantear que todas las culturas, religiones indígenas tienen el mismo valor que la religión católica; las diferentes lenguas, que el Castellano; los sistemas de derecho propio, que el derecho positivo estatal, entre otras instituciones. Finalmente, el quinto cambio, que es obviamente esencial para todos los colombianos, es la posibilidad de hacer eficaces los derechos. Los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho de igual manera que un sujeto individual, pueden interponer una acción de tutela para proteger y garantizar sus derechos.

3.4. Experiencia en el reconocimiento del Derecho Indígena en Bolivia

“Según el censo del año 2002 el 62% de la población boliviana es indígena, perteneciente a 37 diferentes pueblos indígenas y originarios. La población está distribuida en nueve departamentos y 314 municipios en todo el país, de los cuales 130 son municipios indígenas. El 50% de la población indígena y originaria está asentada en comunidades y tierras comunitarias de origen, el 3% en áreas de colonización y el 47% en ciudades intermedias y mayores del país.”²³

La historia de la justicia comunitaria en Bolivia, como en otros países latinoamericanos, ha estado marcada por la represión y la condición políticamente subordinada de los

²³ Ibid, pág. 57.

pueblos indígenas al sistema dominante, situación que ha obligado a los pueblos a adoptar nuevas instituciones y mantener sus prácticas en la clandestinidad. No obstante, y gracias a la pervivencia de su matriz cultural, los sistemas normativos indígenas se han adaptado y recreado, logrando sobrevivir. Tampoco se quiere decir que el Derecho estatal y el Indígena sean paralelos en el sentido de que nunca se tocan o unen, sino que interactúan y se influyen mutuamente, pero mantienen un eje cultural propio, que es lo que les da identidad.

“En cuanto al reconocimiento de la justicia local en Bolivia, uno de los primeros avances fue la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por el Parlamento Boliviano, mediante la ley 1257 del 11 de julio de 1991. Posteriormente, la Constitución Política del Estado de 1994, en su primer artículo, reconoce el carácter multiétnico y pluricultural del país. El texto dice:”Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituye República unitaria, adopta para su gobierno la práctica representativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos.” Esto constituye uno de los avances más significativos para los pueblos indígenas y originarios.”²⁴ Es la primera vez en la historia del Estado boliviano que se reconoce lo que verdaderamente Bolivia es, un país con diversidad de grupos étnicos, de multiplicidad de culturas, modos de vida, de ver la vida de un modo diferente, es decir, que tiene la cosmovisión también diferente. Estos dos conceptos, multiétnico y pluricultural, constituyen el fundamento principal del reconocimiento de derechos especiales a favor de los pueblos indígenas y originarios.

²⁴ *Ibid*, pág. 58.



En el Artículo 171 de la Constitución Política del Estado se sientan las bases para el reconocimiento de un derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y originarios, por cuanto se reconoce a estos pueblos el derecho de resolver sus problemas y conflictos entre los miembros de una misma comunidad, de acuerdo a sus usos, tradiciones y costumbres. De esta manera en el párrafo tres establece: “Las autoridades naturales de las comunidades indígenas, campesinas, prevén que en las funciones de administración la aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y a las leyes. La ley compatibilizará las funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.”

Por su parte, en el Código de Procedimiento Penal que data de 1999, el Artículo 18 señala: “Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena o campesina, de uno de sus miembros o en contra de otro, cuando las autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su derecho consuetudinario, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas que establecidas en la Constitución Política del Estado. La ley compatibilizará la aplicación del derecho consuetudinario indígena.”

3.5. Experiencia en el reconocimiento del Derecho Indígena en Perú

En el Perú existe una diferencia fundamental con relación a los demás países andinos. Al nivel de la población indígena, mayoritaria en las zonas rurales andinas y amazónicas, este reconocimiento no ha sido interpretado como una función ejercida por los líderes



comunales tradicionales, sino por las personas que el Poder Judicial ha designado: Los Jueces de Paz, la Justicia de Paz sin embargo, coexiste con formas tradicionales de administración de justicia propias de las comunidades campesinas y nativas, también con un movimiento de administración de justicia por parte de la población rural, que está cobrando niveles cada vez más extendidos: las rondas campesinas.

Los Juzgados de Paz funcionan en lugares relativamente pequeños, donde la población se conoce y el juez consigue resolver los conflictos de acuerdo a lo que previamente él conoce de cada una de las partes involucradas. Es una justicia que funciona simplemente por la voluntad de las personas de resolver sus conflictos de manera armónica.

En todos los asuntos que impliquen una controversia, están autorizados por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial para resolver de acuerdo a sus propios criterios de justicia. En muchos lugares del Perú, la mayoría de conflictos son atendidos por los Jueces de Paz. Para los sectores más pobres de la población, suelen ser las únicas autoridades judiciales a las que pueden acudir y las que tienen mayor legitimidad social. Es muy frecuente además que los Jueces de Paz resuelvan casos que no son de su competencia, tanto por la presión de los litigantes, como por lo costoso y distante de las demás instancias del Poder Judicial.

“En el Perú, la Constitución y la legislación no reconocen a los pueblos indígenas en cuanto tales, sino a los asentamientos o poblados en los cuales residen, bajo la figura de comunidades. Se denomina comunidades campesinas a las que existen en la sierra y la costa y comunidades nativas a las que existen en la selva. En 1987, la Ley de

Comunidades Campesinas 24656 reconoció sus facultades para auto regular la vida de sus integrantes, de acuerdo a sus usos y costumbres.”²⁵

“Por su parte, la Ley 20653 de reconocimiento a las Comunidades Nativas, dispuso en su Artículo 19 que las autoridades comunales tenían la facultad de administración de justicia en casos de menor cuantía y faltas, siempre que no se vulneraran los derechos humanos.”²⁶

En ambos casos, comunidades campesinas y nativas, en la Constitución de 1993 Artículo 149, se reconoció la facultad de administrar justicia, sin otra limitación que el respeto por los Derechos Humanos. Este es un elemento muy importante, que debe ser enfatizado: En las Constituciones de los demás países andinos, las reformas llevadas a cabo en la década pasada consideran como límite el respeto a la Constitución y las leyes. La Constitución peruana no establece ese límite, con lo cual, prácticas como la poligamia quedan permitidas, en cuanto no constituyen un atentado contra los derechos fundamentales.

En los años 70, en diversas regiones del departamento de Cajamarca, al norte del Perú, los campesinos se organizaron en patrullas nocturnas, para protegerse de los abigeos. Cajamarca, aunque es un departamento de mayoritaria población rural, no es zona predominantemente indígena. A fines del año 2002, se promulgó la Ley 27908, la cual señala que las rondas campesinas están facultadas para resolver conflictos. Algunos

²⁵ *Ibid*, pág. 63.

²⁶ *Ibid*, pág. 63.

estudiosos sostuvieron que, de esta forma, las rondas campesinas estarían facultadas para administrar justicia. Sin embargo, la mayoría de analistas consideraba que una ley no puede extender la competencia jurisdiccional que la Constitución claramente no otorga a las rondas. Finalmente, en junio del año 2004, la Corte Suprema de la República dictaminó, en una histórica sentencia, que las rondas campesinas sí están facultadas para administrar justicia e, inclusive, para detener a quienes están juzgando y aplicar las sanciones necesarias, de acuerdo a sus propias costumbres, siempre que éstas no vulneren los derechos fundamentales.

En estos casos, las autoridades comunitarias tradicionales resuelven los conflictos que no han sido previstos por las normas estatales: los padrinos del matrimonio sancionan un caso de adulterio y las autoridades comunales intervienen frente al incumplimiento de las tareas comunales. El Juez de Paz en cambio resuelve aquellos asuntos de su competencia legal como alimentos, deudas y atiende trámites notariales. Otra división de competencia es que los mecanismos tradicionales concentran su labor en problemas en que los involucrados pertenecen a la comunidad, mientras que las personas que vienen de fuera, prefieren acudir al Juez de Paz. Sin embargo, es común que el Juez exceda sus atribuciones legales, por la necesidad de las partes, por lo que no se podría señalar que el Juez de Paz se remite simplemente a cumplir la ley.

Es usual que las autoridades comunales solamente asuman la tarea productiva, y la representación de la comunidad ante las autoridades estatales, delegando la resolución de conflictos al Juez de Paz.



El Juez de Paz asume también problemas que la comunidad percibe como tales, y que la ley ignora. Por ejemplo, dentro de la legislación peruana hace unos 20 años desapareció el delito de adulterio y se considera que el adulterio no es un delito que tiene que ser castigado por el Estado. La población considera que el adulterio es una grave falta que tiene que ser sancionada, por lo tanto, los jueces de paz de las zonas rurales, permanentemente sancionan casos de adulterio a petición de la población.



CAPÍTULO IV

4. Pautas Para el Reconocimiento del Derecho Indígena y su Coordinación con el Derecho Estatal

El reconocimiento constitucional del Derecho Indígena o Consuetudinario constituye un imperativo jurídico y político. El Estado Guatemalteco adolece de un déficit de legitimidad por no responder ni representar la realidad pluricultural del país y por haber marginado históricamente a los pueblos indígenas, su cultura, sus derechos y su sistema jurídico. Este reconocimiento permitiría que la institucionalidad jurídico-política del Estado responda a la existencia del pluralismo legal y sea más acorde a la configuración social de una nación pluricultural, multilingüe y multiétnica. El imperativo jurídico se deriva de las obligaciones adquiridas por el Estado guatemalteco al ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ya que debe adecuar la legislación nacional al mismo. El imperativo político es producto de los compromisos contraídos en los Acuerdos de Paz.

4.1. Criterios de reconocimiento

El diseño de una fórmula constitucional de reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario, debería tomar en cuenta: 1) Identificación de las autoridades indígenas y validez de sus resoluciones; 2) Aplicación material del Sistema de Justicia Indígena ;3) Aplicación territorial del sistema de Justicia Indígena y 4) Los contenidos jurídicos mínimos que debería tener el reconocimiento constitucional

a) Identificación de las autoridades indígenas y validez de sus resoluciones

Una de las consecuencias del enfrentamiento armado interno fue desarticular el tejido social e invertir la jerarquía comunitaria, de forma tal que quienes ahora lideran las comunidades son ex patrulleros de autodefensa civil o ex comisionados militares. En ciertas comunidades se está reconstruyendo el tejido social. Muchos de los valores han permanecido y se tiene la certeza que este proceso de reconstrucción es posible, pese a que históricamente, ciertos factores pueden haber variado la configuración política y cultural de cada comunidad.

De ahí que en ciertas zonas del país, ya existan algunos medios de coordinación entre autoridades indígenas y autoridades judiciales de forma tal que los casos en los que no se puede llegar a una conciliación son enviados al Juzgado de Paz o viceversa. Sin embargo, dado que es incipiente y depende totalmente de la buena voluntad del operador de justicia se considera necesario que se establezcan algunos mecanismos mínimos de coordinación o interacción entre los dos sistemas.

Un medio sugerido para esa coordinación es la aprobación de una Ley de Coordinación que desarrolle el marco de reconocimiento legal del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Constitución Política de la República. La creación de esa ley debería permitir que se establezcan, desde el derecho positivo, ciertas pautas de orden práctico que garanticen que la relación entre los dos sistemas se hará respetando un contenido cultural legítimo para las comunidades. Esa Ley de Coordinación debiera incluir también disposiciones sobre las autoridades indígenas y sobre los mecanismos a

través de los cuales la Jurisdicción Ordinaria va a garantizar el reconocimiento, efectividad, validez y ejecutividad de las decisiones tomadas en la Jurisdicción Indígena. De la misma forma, debería establecer normas para evitar que en el ejercicio de la autoridad indígena existan discrecionalidad y posibles abusos a la hora de administrar este sistema de justicia. Adicionalmente se recomendó explorar figuras legales como la del Alcalde Comunitario que propone el Código Municipal, como una posibilidad de revitalizar y valorizar a las autoridades tradicionales.

b) Aplicación material del Sistemas de Justicia Indígena

No se puede encuadrar el ámbito de aplicación del Derecho Indígena en la forma occidental, es decir, por materias, dado que la concepción de éste es mucho más amplia. Adicionalmente, siguiendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se establece el marco para que el Derecho Indígena sea aplicado a todos los conflictos que se presentan en las comunidades, sin que exista una limitación. De la misma forma, existen ámbitos como las solemnidades, la espiritualidad y lo relativo a los lugares sagrados que forman parte del Derecho Indígena, pero que no pueden ser clasificados de acuerdo a una lógica occidental.

Sin embargo, siguiendo una división tradicional en ramas del derecho como lo penal, civil, notarial y laboral, se debe destacar que el Derecho Indígena se aplica principalmente a los conflictos de posesión de la tierra, en casos como linderos, mojones, etc. Este elemento cobra especial importancia en el contexto guatemalteco, en el cual la conflictividad en el tema agrario, sobre la propiedad, tenencia y posesión de la tierra no



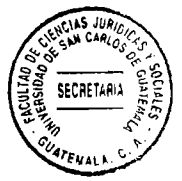
ha podido encontrar una solución adecuada por parte del Estado. Lo mismo ocurre en cuanto al uso de recursos naturales, sobre los cuales existen los mecanismos de consulta previa previstos por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo, otros ámbitos como lo administrativo y lo tributario también podrían formar parte de la competencia material del Derecho Indígena. Fundamentalmente, las autoridades indígenas podrían definir los temas que van a conocer; los casos que no sean resueltos por éstas podrían ser derivados a la justicia estatal, a través de los Juzgados de Paz, que debería utilizar la herramienta del Peritaje Cultural para una mejor comprensión de los mismos.

c) Aplicación territorial del sistema de Justicia Indígena

No existe en el Derecho Indígena una concepción de competencia territorial a la manera del Derecho Estatal. Los Pueblos Indígenas tienen ámbitos geográficos de aplicación propios, que fueron rotos abruptamente por el enfrentamiento armado interno y por la división geopolítica oficial.

En este sentido, hacer una delimitación geográfica territorial sería un esfuerzo complejo, pues no forma parte de la terminología o del glosario jurídico indígena el concepto de competencia territorial. El sistema jurídico indígena contempla la flexibilidad de conocimiento de los asuntos sometidos a su competencia. En la mayoría de comunidades indígenas el conflicto toma un carácter colectivo. Al aceptar intereses



colectivos y asumir la comunidad los problemas, presentan a cada uno de sus individuos como titular de los mismos.

Adicionalmente, determinar una competencia territorial para el sistema jurídico indígena sería violar ciertos valores y principios que rigen a este sistema, como los principios de sencillez, celeridad y economía. De la misma forma se atentaría contra principios rectores del Derecho Indígena como el diálogo, el consenso y la restitución o reparación de los daños y perjuicios causados a la comunidad, y no únicamente a la víctima.

Con base a los principios y valores propios de este sistema se identifican dos principios básicos que podrían dar luces sobre cómo se determina la competencia territorial. El primero y más importante, es el principio de la legitimidad, que es el reconocimiento que la comunidad hace de sus autoridades y de la disposición, ya sea tácita o expresa de acudir a esas autoridades indígenas, sin importar en qué región o circunscripción física territorial se encuentren. En segundo lugar está la pertenencia, es decir, el sentido de pertenecer a esa comunidad, este es un principio rector, en cuanto a la determinación de la competencia, ya que se ha logrado establecer que no importa el lugar donde se encuentran los diferentes miembros de la comunidad, no importa que estos estén situados en diferentes ámbitos geográficos, ellos tienen la idea de pertenencia a su comunidad y por lo tanto, van a someterse a sus autoridades comunitarias, sus autoridades indígenas. Cuando un hecho afecta a dos comunidades, las autoridades legitimadas deciden ante quién se somete el conflicto si no es de forma conjunta.



d) Aplicación personal del Sistema de Justicia Indígena

La aplicación de un ámbito personal para el Derecho Indígena puede considerarse como un elemento ajeno a éste pues los conflictos no se conciben exclusivamente como un problema determinado a nivel personal, sino que se ven en función de la comunidad, cuando hay problema con una persona, se está quebrando la armonía de la comunidad.

Los principios, normas y respeto a las autoridades del Derecho Indígena forma parte del estatuto personal de cada individuo, es decir, que no importa dónde se encuentre, este estatuto personal formará parte íntegra de su persona.

La voluntad de la persona es también un elemento muy importante en este punto, pues la aplicación de la justicia indígena o de la justicia ordinaria dependerá de la decisión de la persona por someterse a un sistema de justicia determinado.

e) Los contenidos jurídicos mínimos que debería tener el reconocimiento constitucional

El fundamento del reconocimiento del Derecho Consuetudinario es el reconocimiento del carácter pluricultural, multiétnico y multilingüe de la Nación y el Estado, así como el reconocimiento de los Pueblos Indígenas y sus derechos.

El Reconocimiento expreso del Derecho Consuetudinario. Esto incluye el reconocimiento de: 1) la potestad especial de tener y darse sus propias normas y procedimientos para regular la vida social; 2) sus propias instituciones y autoridades, y con la facultad de

designarlas por sí mismos; 3) la potestad jurisdiccional especial para administrar justicia o resolver sus conflictos por sí mismos así como la competencia para la ejecución de sus decisiones; 4) El establecimiento de procedimientos para solucionar los posibles conflictos entre el derecho indígena o consuetudinario y el estatal; 5) La remisión a normas de desarrollo constitucional para establecer mecanismos de coordinación, respeto, descriminalización y fortalecimiento del derecho indígena.

4.2. Criterios de coordinación

El reconocimiento constitucional del Derecho Indígena o Consuetudinario constituye un imperativo jurídico y político. El imperativo jurídico se deriva de las obligaciones adquiridas por el Estado guatemalteco al ratificar el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ya que se debe adecuar la legislación nacional al mismo. El imperativo político es producto de los compromisos contraídos en los Acuerdos de Paz. También se puede afirmar de un imperativo derivado de la necesidad de construir una nación inclusiva y un verdadero estado de derecho.

a) Competencia material

Yrigoyen argumenta que ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni los Acuerdos de paz limitan el conocimiento de alguna materia al derecho y la justicia indígenas. Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) especifica que se respetarán los métodos de control penal de los



pueblos indígenas, inclusive es claro que la materia penal es de conocimiento del derecho indígena. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el derecho indígena a casos de menor gravedad o de mínima cuantía.

b) Competencia territorial

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no determina nada sobre la competencia territorial del derecho consuetudinario. En los Acuerdos de Paz no hay tampoco una mención expresa, salvo la referencia a normas que rigen en las comunidades. La competencia para la regulación del Derecho Indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas.

c) Competencia personal

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contiene algunos Artículos generales que hablan del reconocimiento del derecho consuetudinario, de las costumbres e instituciones, en los cuales no hacen mención a la competencia personal (Artículo. 8,2). Pero en materia de represión de delitos, habla del respeto de los métodos que se aplican a los miembros de los pueblos indígenas (Artículo. 9.1). Se puede interpretar que si bien este Artículo no necesariamente limita la intervención de la justicia indígena a los miembros de los pueblos indígenas, sí garantiza que en los casos de indígenas se les aplique el derecho que ellos conocen y participan.

Los Acuerdos de Paz, por su parte, no establecen ningún límite específico sobre las personas que deban someterse al derecho y la justicia indígenas. Hay referencias generales sobre la comunidad y los pueblos indígenas, pero no especifican nada al respecto.

d) Competencia temporal

Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del Derecho Indígena.

“Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y la justicia estatales y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena, ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena. Esta situación podría presentarse también en adelante. Es decir, si las autoridades o una parte someten ante el derecho o justicia estatal un caso que correspondería al derecho indígena, y las autoridades estatales no lo remiten al derecho indígena, cualquiera de las partes o ambas pueden demandar que dicha situación o caso sea sometido al derecho indígena en cualquier estado del proceso.”²⁷

²⁷ Yrigoyen Fajardo, **Ob. Cit**; pág. 54.



4.3. Descriminalización del derecho y la justicia indígena

La criminalización de la justicia indígena se da porque a partir de la exclusividad de la función jurisdiccional se entiende que las autoridades indígenas como alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales que toman decisiones usurpan la función jurisdiccional que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Una de las consecuencias del reconocimiento del Derecho Indígena es que el ejercicio de la justicia indígena por sus propias autoridades, al ser legal, ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva. Por ello se debe evitar cualquier forma de persecución o estigmatización de autoridades indígenas que administran justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos, y de los miembros de los pueblos indígenas que se someten a su propia justicia. Del mismo modo, tampoco son punibles los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en el marco de la justicia indígena. El Estado y sus agencias deben abstenerse de una intervención punitiva cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas. Esto debe explicitarse en normas de desarrollo constitucional, en una ley específica de coordinación o en los respectivos códigos penal y procesal penal.

Un claro ejemplo es el caso del Código Penal Peruano de 1991 que despenaliza la comisión de hechos punibles cuando están basados en la cultura o costumbres. Si hay una denuncia por presunta violación de derechos humanos esta debe investigarse y resolverse según un procedimiento específico que garantice la interculturalidad, para evitar que por la vía de la denuncia se neutralice o criminalice la justicia indígena



Yrigoyen Fajardo nos menciona que una de las demandas más importantes y urgentes para la coordinación entre sistemas, “es que el sistema de justicia estatal descriminalice o despenalice: 1) las prácticas culturales y jurídicas indígenas que considera hechos punibles o delitos (ejemplo: Formas de unión conyugal temprana, el rapto, el uso de plantas medicinales, etc.), y 2) el ejercicio de la justicia indígena en sí mismo.”²⁸

4.4. Mecanismos para el respeto de actos y resoluciones indígenas

Las normas de coordinación deberían establecer mecanismos registrales para el reconocimiento legal de los actos jurídicos realizados dentro del derecho indígena como por ejemplo : Uniones conyugales, nombres, filiación, formas de contratos, traspasos de propiedad y otros actos, sin establecer nuevos requisitos que en la práctica signifiquen el desconocimiento de lo actuado en los pueblos indígenas. Entre ellos, mecanismos para que se coordine con las instancias registrales civiles, de la propiedad, etc. A fin de que los actos jurídicos realizados en los pueblos indígenas con sus procedimientos y dentro de su cultura e idioma, tengan validez cuando interactúan fuera de sus comunidades.

4.5. Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos

El reconocimiento legal de las decisiones tomadas por las autoridades dentro de la justicia indígena, exige que las normas de coordinación establezcan mecanismos para el respeto de las mismas por autoridades jurisdiccionales y otras autoridades estatales. Esto no otorga facultades a las autoridades estatales para la revisión de las mismas o

²⁸ *Ibid*, pág. 54.



requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia. El mero reconocimiento del Derecho Indígena implica el reconocimiento de la validez per se de las decisiones de autoridades indígenas alcaldes auxiliares, consejos de ancianos, asambleas comunales, etc. Cuando intervienen para administrar justicia. Esto puede implicar que autoridades estatales deban hacer o abstenerse de hacer algo, suspender actos por los cuales otorgaban derechos u obligaciones de modo distinto a las decisiones indígenas o simplemente homologar tales decisiones para que las mismas sean registradas o ejecutadas como corresponda de modo que sean oponibles incluso ante terceros de fuera de la comunidad o pueblo indígena.

4.6. Remisión a justicia indígena y fortalecimiento de autoridades indígenas

Con el reconocimiento del Derecho consuetudinario, le corresponde al derecho y a la justicia indígenas la regulación y resolución de conflictos de la vida social indígena. Para el fortalecimiento de tal sistema, toca a los jueces y otras autoridades del sistema estatal remitir o devolver los casos que presenten indígenas o terceros pero que se refieran a personas o bienes indígenas respecto de casos ocurridos dentro del espacio territorial de las comunidades o pueblos indígenas. Procesalmente esto puede hacerse apenas el juez u operador jurídico se informen de las circunstancias que dan competencia al Derecho Indígena por las propias partes u otras fuentes verificadas.

La remisión de casos judiciales en cualquier etapa del proceso puede hacerse de modo inmediato por el mero reconocimiento del Derecho Indígena, en cambio, la remisión de oficio de situaciones jurídicas ejemplo: Unión conyugal, filiación, traspaso de propiedad,



herencias, etc. Requerirá del establecimiento de mayores coordinaciones a efecto de que el sistema estatal tenga mecanismos procesales y registrales que den seguridad a los pueblos indígenas de que las situaciones que regulan serán reconocidas por el derecho estatal ante terceros o fuera de las comunidades y pueblos indígenas.

El respeto y el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas se derivan del reconocimiento del derecho indígena. Ello incluye el respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas. Por ende, las normas de coordinación no pueden incluir mecanismos de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas.

4.7. Coordinación y colaboración entre sistemas jurídicos

Debe establecerse mecanismos y formas de coordinación, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo. Actualmente muchos conflictos entre asociaciones de alcaldes auxiliares y fiscales u otras autoridades estatales, se presentan por el tema de las notificaciones. Las oficinas del Estado no destinan recursos para las notificaciones y las encargan a los alcaldes de modo gratuito. Esto recarga las tareas de los alcaldes, quienes ya cumplen otras labores de servicio a la comunidad y deben además caminar muchas horas para notificar a los pobladores, con el riesgo de que las personas no quieran recibir las notificaciones. En varios departamentos este es un problema que ha llevado a denuncias por parte de los fiscales contra los



alcaldes, por omisión de funciones, obstrucción de la justicia y otros delitos. Estos problemas, que tensan a autoridades estatales e indígenas deberían de terminar con el establecimiento de mecanismos de diálogo, coordinación y respeto a las autoridades indígenas. Estos criterios también deben ser la base para el establecimiento de las formas de colaboración y apoyo entre sistemas.

4.8. Compromisos estatales pendientes de cumplimiento

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) está vigente desde junio de 1997, sin embargo está pendiente la difusión adecuada del mismo a fin de que sea suficientemente conocido por la población en general y los pueblos indígenas en particular, la adecuación de la legislación interna a dicho Convenio y la implementación institucional de los derechos que otorga a pueblos indígenas.

En el caso de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones de las comisiones derivadas de los mismos, también falta una mayor difusión y su apropiación por la sociedad civil en su conjunto. Los principales compromisos estatales pendientes de cumplir son los siguientes:

a) El Fortalecimiento del Derecho Indígena

Con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se reconoce el derecho consuetudinario en los términos expuestos líneas arriba. Ello supone la elaboración de políticas públicas de respeto a tal derecho, sus instituciones y



autoridades. Estas políticas deben diseñarse con participación de los pueblos indígenas y en diálogo intercultural amplio.

b) El estudio y difusión del Derecho Indígena

Debe haber una política pública de fomento de investigaciones sobre el Derecho Indígena por parte de los pueblos indígenas y por instancias intersectoriales. Esto incluye igualmente el fomento de publicaciones, la instalación de centros de documentación, videotecas, hemerotecas y sistematización informatizada de jurisprudencia sobre el tratamiento judicial de derechos culturales y del derecho indígena. Es de vital importancia el desarrollo de cursos y programas sobre la cultura y el derecho indígenas, en todos los niveles de la educación.

c) Difusión de los Derechos Indígenas y del marco legal del Derecho Indígena

Hay un gran desconocimiento de los derechos por parte de los propios pueblos indígenas y la ciudadanía en general a pesar de que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue ratificado en marzo de 1996, gran parte de la comunidad jurídica lo desconoce, al igual que otras normas que fundamentan los derechos indígenas. De ahí se desprende la necesidad de una vasta tarea de información, formación y difusión de los derechos indígenas y de los fundamentos legales de los mismos. Gran parte de los atropellos a los derechos de los pueblos indígenas se deben u ocultan por el desconocimiento de los mismos por los propios afectados. La falta de amparo jurídico a dichos derechos se funda en parte en el desconocimiento de los

mismos por la comunidad jurídica. La difusión de derechos debe abarcar los distintos medios para ello y debe hacerse también en los idiomas indígenas del país.

d) Acuerdos intersectoriales

El reconocimiento del Derecho Indígena requiere de medidas que supongan un cambio en la realidad el respeto de autoridades indígenas, la despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, el respeto de actos y decisiones indígenas. Debe fomentarse como política pública el desarrollo de encuentros o talleres entre autoridades indígenas y estatales para diagnosticar los problemas entre sistemas y encontrar posibles soluciones. Con ello se podría reducir los conflictos que hay entre autoridades indígenas y estatales, y se podría tender las bases para una nueva legitimación del Estado, ya que actualmente está muy desacreditado por la violencia institucional que ejerce contra los indígenas.

e) Participación para el cambio

Una de las deficiencias del Proceso de Paz ha sido justamente la falta de un mayor involucramiento de la ciudadanía en su conjunto, la realización de arreglos cupulares y la falta de participación directa de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. Es vital un proceso que promueva la participación ciudadana teniendo en cuenta la realidad del país, en relación al multilingüismo y multiculturalidad, la distribución territorial, las diferencias socio-económicas, la atención a la participación de



las mujeres y de sectores marginados, las percepciones gremiales y de grupos organizados, así como de la ciudadanía en general.

f) Políticas Integrales

Junto al debate sobre el reconocimiento del derecho indígena y otros derechos culturales, debe promoverse el reconocimiento de derechos socio-económicos y políticos, sin los cuales los derechos culturales devienen vacíos. A los pueblos indígenas se les han negado sus derechos no sólo mediante la marginación cultural y el desconocimiento del derecho indígena, sino sobre todo por la negación de condiciones y oportunidades para el desarrollo económico y la participación política. Éstos, por ende, son condiciones que deben acompañar el reconocimiento del derecho indígena y la vigencia de derechos culturales.





CONCLUSIONES

1. La Constitución reconoce, respeta y promueve las formas de vida y organización, así como las costumbres y tradiciones indígenas (Artículos 58 y 66), pero por otra parte, otorga exclusividad al Organismo Judicial para ejercer la función jurisdiccional y administrar justicia Artículo 203 creándose un conflicto de normas respecto del derecho indígena entre la norma constitucional que lo excluye y la que lo reconoce.
2. Los pueblos Indígenas tienen atribución legal a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT de conservar sus instituciones y prácticas jurídicas. El límite es que no deben ser incompatibles con los derechos humanos ni fundamentales. Es importante anotar que el Convenio no limita el derecho consuetudinario a la ley o a los intereses de terceros, sino sólo a la no vulneración de derechos humanos.
3. En Latinoamérica, la década del 90 marca cambios constitucionales muy importantes. Los países andinos reconocen el carácter pluricultural y multiétnico de la conformación de la nación y el Estado. La concreción de este modelo todavía está pendiente en Guatemala. Se trata de un compromiso político que no ha cuajado en cambio constitucional ni legal, salvo la ratificación del Convenio 169 de la OIT.
4. La aplicación del derecho indígena muchas veces colisiona con el derecho estatal, por lo que es necesario elaborar pautas de coordinación entre uno y otro sistema que regulen las relaciones entre ambos. Esto permitiría que la institucionalidad jurídico-política del Estado responda a la existencia del pluralismo legal y sea más acorde a la configuración social de una nación pluricultural, multilingüe y multiétnica.
5. Los juzgados de paz y juzgados de paz comunitarios se crearon con la finalidad de ampliar el acceso a la justicia, pero contracorriente de lo establecido en los Acuerdos



de Paz lo que se amplía es el acceso a la justicia estatal, no al sistema de justicia indígena, manteniéndose la tendencia a expandir la justicia estatal en detrimento del sistema de justicia indígena.

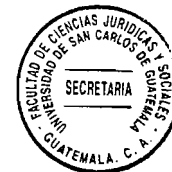


RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala es multiétnico, pluricultural y multilingüe, por ello se hace necesario que se realice una reforma constitucional que expresamente reconozca el derecho consuetudinario y la facultad de administrar justicia por parte de los pueblos indígenas, reconocimiento que obliga a modificar el Artículo 230 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
2. El Estado de Guatemala, Debe aplicar mecanismos necesarios para que no haya incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos, la resolución de conflictos, 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.
3. Guatemala, debe seguir el camino de países como Colombia, Perú y Bolivia, donde la reforma constitucional ha sido el mecanismo utilizado para el reconocimiento del derecho indígena más allá del Convenio 169 de la OIT en este sentido la sociedad civil debe elaborar un proyecto del nuevo texto constitucional en el que se establezcan los lineamientos generales para el reconocimiento expreso del derecho indígena.
4. La coexistencia del derecho indígena y el derecho estatal debe regirse por algunas pautas mínimas que permitan la interacción entre ambos sistemas. La creación de una futura ley de coordinación entre derecho indígena y derecho estatal, deberá regular el reconocimiento e identificación de las autoridades indígenas; validez de sus resoluciones y ámbitos de aplicación del derecho indígena.



5. Guatemala, al ratificar el Convenio 169 de la OIT reconoce el sistema de justicia indígena de aplicar su sistema jurídico propio, el cual debe permitir la aplicación del derecho y del sistema de justicia indígena, estableciendo reglas que permitan delimitar el ámbito de competencia de uno y otro sistema y la coordinación con respecto a las personas, el territorio y la materia en que pueden aplicarse uno y otro sistema.



BIBLIOGRAFÍA

- ABASTOS, Manuel G. **Necesidad de una legislación especial indígena, asuntos indígenas.** Perú: (s.e), 1949.
- ACOSTA SAIGNES, Miguel. **Los indígenas y la ficción jurídica,** México: (s.e), 1956.
- ACUÑA CHOPITEA, Álvaro, **Exposición del sistema procesal en materia de asuntos indígenas.** Lima, Perú: (s.e), 1963.
- ALBA, Carlos H. **Estudio comparativo entre el derecho azteca y el derecho positivo mexicano.** Instituto Indigenista Interamericano. México: (s.e),(s.f).
- AZNAR, Luis. **Las etapas iniciales de la legislación sobre indios.** México: (s.e), 1948.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco. **Comunidad nativa, costumbre y sistema legal.** Lima, Perú: (s.e), 1978.
- BONFIL, Guillermo. **América latina: etnodesarrollo y etnocidio en América Latina.** San José, Costa Rica: (s.e), 1982.
- CALVIMONTES NÚÑEZ DEL PRADO, Raúl. **El indio americano: los problemas de los indígenas en América.** Madrid, España: Ed. Mundo Hispánico, 1956.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. **Reivindicaciones de bienes de comunidades indígenas.** Lima, Perú: (s.e),1952.
- CHÁVEZ MEDINA, Juan. **La comunidad indígena, estudio económico social y jurídico.** Lima, Perú: (s.e),1954.
- CLAVERO, Bartolomé. **Derecho indígena y cultura constitucional en América.** 1a. ed.; Mexico: Ed. Siglo veintiuno, S.A de C.V., 1994. 209 págs.
- COMAS CALVET, Pedro. **El indio americano; su condición jurídica en las Constituciones.** México: (s.e),1943.
- CURRUCHICHE GÓMEZ, Miguel Ángel. **Discriminación de la población indígena en el ordenamiento jurídico de Guatemala.** Guatemala: (s.e), 1977.
- Desafíos de la Interculturalidad Identidad, Política y Derecho.** Selección de textos por Milka Castro. Chile: Ed. Universidad de Chile, 2004.
- DOROTINSKY, Deborah. **Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas.** Revista Americana indígena. México: 1989.



ESPINOSA BRAVO, Clodoaldo. **Legislación indigenista de los países americanos.** México: (s.e), 1958.

Elementos para una investigación de derecho consuetudinario indígena en Guatemala. Guatemala: Ed. PNUD, 1988.

FRUTOS, Julio César. **Antecedentes históricos y legislativos del Estatuto de Comunidades Indígenas.** Asunción, Paragua: (s.e), 1982.

HERNÁNDEZ SIFONTES, Julio. **Realidad jurídica del indígena guatemalteco.** Guatemala: Ed. José de Pineda Ibarra, 1965.413. págs.

Justicia De Paz y Desarrollo Indígena: Propuesta de Coordinación. Memoria del Seminario Taller. Selección de textos Katya Salazar. Guatemala: (s,e), 2005.

KOMPASS, Anders. **Confusión sobre el derecho indígena.** Pág. 10. El Periódico (Guatemala),(sábado 22 de julio de 2006).

LÓPEZ GODINEZ, Rolando Ruperto. **La ignorancia y la incomprensión de la ley penal en el medio indígena guatemalteco. Estudios de caso de personas consideradas delincuentes.** Guatemala: (s.e),1972.

MARROQUIN GUERRA, Otto. **La Construcción del Estado Nacional: Democracia, Justicia, paz y Estado de Derecho.** México: Ed. Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas. 2004.

MAYEN, Guísela. **Derecho consuetudinario indígena en Guatemala.** Guatemala: Ed. ASIES, 1995.

PAIZ XULÁ, Carlos Ronaldo. **Derecho de los pueblos indígenas.** 1a. ed.; Guatemala: (s.e), 2006.

PEÑA JUMPO, Antonio. **La Otra Justicia: a propósito del artículo 149° de la Constitución peruana.** Lima, Perú: Ed. Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación.1999.

ROJAS LIMA, Flavio. **El Derecho Consuetudinario en el Contexto de la Etnicidad guatemalteca.** Guatemala: (s.e), 1995.

SANCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. **Los Orígenes Del Pluralismo Jurídico.** México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

SEIJO, Lorena. **Derecho Maya Sistema de Justicia Paralelo.**Pág.15. (Guatemala) Año 56, (Domingo 28 de Mayo de 2006).



YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal. Guatemala:** Ed. Fundación Myrna Mack, 1999. 136. Págs.

Legislación:

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

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1973 Guatemala

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

Código Procesal Penal de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51-92, 1994.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala. Decreto 2-89, 1989.

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. 1995 México