

Universidad de San Carlos de Guatemala

Centro Universitario de Totonicapán

Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado



Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos

Edvin Manfreddy Solís Tzul

Totonicapán, septiembre de 2024.

Universidad de San Carlos de Guatemala

Centro Universitario de Totonicapán

Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado



TESIS:

Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de Derechos Humanos

Por:

Edvin Manfreddy Solís Tzul

Previo a conferírsele el grado académico de:

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Y los títulos profesionales de

Abogado y Notario

Asesor:

Lic. José Orlando Chaclán Tacam.

Totonicapán, septiembre de 2024.



Hoja de Autoridades

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

RECTOR MAGNÍFICO:

M.A. Walter Ramiro Mazariegos Biolis

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL CENTRO

UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN:

Nombre	Representante de Facultad o Colegio
M.A. Ing. Carlos Humberto Aroche Sandoval	Director
Ing. Mec. Ind. Hugo Humberto Rivera Pérez	Secretario del Consejo Directivo
Ing. Agr. Pedro Peláez Reyes	Representante Docente de la Facultad de Agronomía
Dr. Berner Alejandro García García	Representante Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala
Sr. Willy Rolando Barrientos Sancé	Representante Estudiantil de la Facultad de Odontología
Sr. Marvin Rodolfo Argueta Anzueto	Representante estudiantil de la Facultad de Ciencias Médicas

AUTORIDADES DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN

DIRECTOR:

M.A. Ing. Carlos Humberto Aroche Sandoval

PROFESIONAL DE PLANIFICACIÓN:

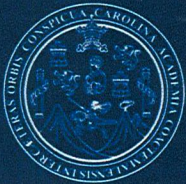
Ing. Erick Rocael de León Guzmán

COORDINADOR ACADÉMICO:

Lic. Arnoldo René Castañón Ramírez

COORDINADOR DE LA CARRERA

MsC. Kerbenly Yicely Escobar López



COORDINACIÓN DE LA CARRERA DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, ABOGACÍA Y NOTARIADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN -CUNTOTO-, TREINTA DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRES.

Se asigna como tema de tesis **“APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN EL MUNICIPIO DE TOTONICAPÁN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**, al estudiante **EDVIN MANFREDY SOLÍS TZUL**, a quien le corresponde el número de carné **201431746**.

Consecuentemente se le solicita al estudiante iniciar con el trabajo respectivo, para que, de acuerdo con el reglamento vigente en esta Carrera, se nombre asesor.

Atentamente;

MsC. Kerbenly Yicely Escobar López
Coordinadora de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Abogacía y Notariado

C.C. Archivo



COORDINACIÓN DE LA CARRERA DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, ABOGACÍA Y NOTARIADO DEL CENTRO UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN -CUNTOTO-, SEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTICUATRO.

Se aprueba el Diseño de Investigación de la tesis titulada: **APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN EL MUNICIPIO DE TOTONICAPÁN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**, del estudiante **EDVIN MANFREDY SOLÍS TZUL**. Quien ha cumplido con todos los requisitos solicitados por la Unidad de Tesis y habiendo culminado dicho proceso, en cumplimiento del Normativo vigente en esta Carrera, se procede a designar como Asesora al profesional del derecho **Licenciado José Orlando Chacón Tacam**, para que de acompañamiento en la presente tesis y oportunamente rinda su dictamen al finalizar la labor encomendada.

Consecuentemente se le solicita a la estudiante iniciar con el trabajo respectivo, para que, de acuerdo con el reglamento vigente en esta Carrera, se nombre asesor.

Atentamente;



MsC. Kerbenly Yicely Escobar López
Coordinadora de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales,
Abogacía y Notariado

C.C. Archivo

Totonicapán 29 de mayo de 2024

MsC. Kerbenly Yicely Escobar López
Coordinadora de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas
Y Sociales, Abogacía y Notariado
Centro Universitario de Totonicapán – CUNTOTO
Universidad San Carlos de Guatemala

La saludo cordialmente deseándole éxitos en sus labores al frente de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado.

A usted informo que he finalizado la Asesoría de la Tesis denominada **“Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos”**; realizado por el estudiante Edwin Manfreddy Solís Tzul, con registro académico número 201431746. En virtud que el estudiante ha concluido con todas las fases de la Tesis, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que al mismo se le nombre revisor y se continúe con el proceso correspondiente.

Sin otro particular.

Atentamente,


Lic. José Orlando Chacón Tacam
Asesor
LICENCIADO
José Orlando Chacón Tacam
ABOGADO Y NOTARIO



Oficio Ref. No. Tesis-EPS/27-2024
Totonicapán, 11 de septiembre de 2024

Lic. Arnoldo René Castañón Ramírez
Coordinador Académico
Centro Universitario de Totonicapán

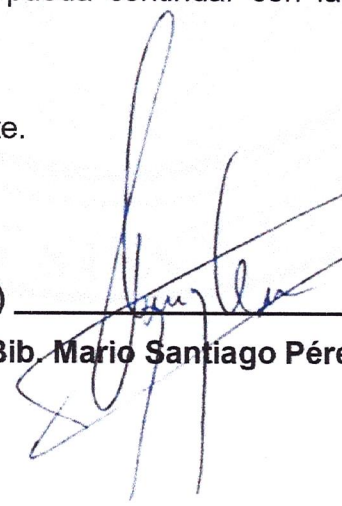
Respetable Licenciado:

Por este medio me dirijo a usted con el propósito de informar que se presentó a la jefatura de esta Biblioteca la revisión del informe final de **Tesis** del (la) estudiante: **EDVIN MANFREDDY SOLÍS TZUL**, con registro académico No. **201431746**, documento titulado: Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos. Contando con la asesoría, revisión y aprobación del (la) Licenciado José Orlando Chaclán Tacam.

Al mencionado informe se le efectuó observaciones en redacción y estilo que deben de estar acordes a un trabajo académico de grado exigidas por este Centro Universitario y la Universidad de San Carlos de Guatemala, las mismas fueron atendidas por el (la) estudiante, por lo que solicito a usted pueda emitir el **DICTAMEN FAVORABLE** para que éste (a) pueda continuar con las gestiones previas a su graduación.

Sin otro particular muy atentamente.

f)


Bib. Mario Santiago Pérez





DICTAMEN TESIS DERECHO/No. 005-2024
COORDINACIÓN ACADÉMICA/ARCR/TESISDERECHO005

M.A. Ing. Carlos Humberto Aroche Sandoval
Director
Centro Universitario de Totonicapán

Respetable M.A. Ing. Aroche:

Por este medio me dirijo a usted con el propósito de informar que se tuvo a la vista el **dictamen de aprobación** del **INFORME FINAL DE TESIS** del estudiante **EDVIN MANFREDDY SOLÍS TZUL**, registro académico **No 201431746**, titulado Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos de la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado. Dictamen emitido por la MSc. Kerbenly Yicely Escobar López, Coordinadora de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado, en Dictamen 04-2024 Referencia KYEL/CUNTOTO de fecha 08 de julio de 2024, así mismo se presentó el **dictamen de revisión** de la jefatura de Biblioteca, con referencia Oficio Ref. No. Tesis-EPS/27-2024 de fecha 11 de septiembre de 2024, donde se informa que se ha cumplido con "observaciones en redacción y estilo que deben estar acordes a un trabajo académico de grado exigidas por este Centro Universitario y la Universidad de San Carlos de Guatemala," por lo cual se emite **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo mencionado.

Por lo expuesto se solicita emisión de Dictamen para impresión del Informe final de Tesis del estudiante **EDVIN MANFREDDY SOLÍS TZUL**.

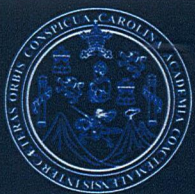
Y para los usos que al interesado convenga, se extiende, firma y sella el presente dictamen a los trece días del mes de septiembre de 2024.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS".

Lic. Arnoldo Castañón
Coordinador Académico
Centro Universitario de Totonicapán



cc.archivo



Totonicapán 18 de septiembre de 2024

Ref. D-L.MA. CHAS/CUNTOTO

Número 005-2024/LIC.

El Director del Centro Universitario de Totonicapán de la Universidad de San Carlos de Guatemala, luego de conocer el dictamen de aprobación con referencia DICTAMEN INFORME FINAL DE TESIS /No. 005-2024 COORDINACIÓN ACADÉMICA/ARCR/TESIS DERECHO005, emitido por el Coordinador Académico del Centro Universitario de Totonicapán, Licenciado Arnoldo René Castañón Ramírez, al **INFORME FINAL DE TESIS** presentado por la estudiante universitaria **EDVIN MANFREDDY SOLÍS TZUL**, con registro académico No. **201431746**, titulado **"Aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos de la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado"**, de la Carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogacía y Notariado, por lo que esta Dirección AUTORIZA la impresión de cinco (5) ejemplares del mismo y una (1) copia en digital (CD) del trabajo anteriormente descrito, mismos que deben entregarse a donde corresponda.

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


M.A. Carlos Humberto Aroche Sandoval
Director
Centro Universitario de Totonicapán



cc. archivo

DEDICATORIA:

A DIOS:

Por brindarme inteligencia y sabiduría en cada etapa de mi vida profesional.

A MIS PADRES:

Froilan Edvin Solís Alvarado y Juana Eusebia Tzul Tol de Solís, por su incansable apoyo en todas las etapas de mi vida espiritual y profesional.

A MIS HERMANOS:

Keila Arlette Solís Tzul, Kevin Denilson Solís Tzul y Froed Paul Solís Tzul, por su incondicional apoyo en cada etapa de mi vida y formación académica.

A MIS AMIGOS Y DEMÁS FAMILIARES:

Rogelio René Solís Alvarado y amigos, por su confianza en mis planes profesionales de inicio a fin.

A MIS DOCENTES:

Por su gran acompañamiento en mi vida estudiantil y su valiosa amistad.

AL CUNTOTO:

Por abrirme las puertas de tan prestigioso establecimiento y haberme permitido la oportunidad de convertirme en un comprometido profesional.

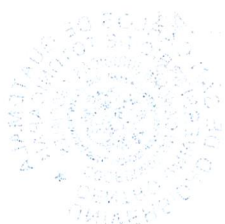
Razón: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis. (Artículo 7 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas -Abogacía y Notariado- del Centro Universitario de Totonicapán de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
EL DERECHO INDÍGENA.....	1
1.1 Aspectos generales.....	1
1.2 Antecedentes históricos	2
1.3 Concepto.....	3
1.4 Principios que sustentan el Derecho indígena.....	4
1.5 El Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas	6
1.6 El Derecho de los pueblos indígenas	7
1.7 La protección del Derecho indígena	8
1.8 La autoridad indígena.....	9
1.9 El Derecho indígena en el mundo	10
1.10 El Derecho indígena en Guatemala.....	11
1.11 El Derecho indígena en el municipio, departamento de Totonicapán	13
CAPÍTULO II	15
LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA.....	15
2.1 Implicaciones positivas.....	15
2.2 Implicaciones negativas	18
2.3 Impacto social de su aplicación.....	19
2.4 Los Derechos Humanos y el Derecho indígena.....	21
2.5 La situación actual.....	23
2.6 Equilibrio jurídico.....	26
2.7 Conflictos del derecho indígena en Totonicapán	28
CAPÍTULO III	31
EL DERECHO INDÍGENA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS.....	31
3.1 Coexistencia.....	31
3.2 Relación	33
3.3 El derecho internacional y su injerencia	36
3.4 Abuso de poder	40
3.5 Violación a los Derechos Humanos	41
3.6 La justicia estatal o indígena	42



3.7 ¿Quién tiene la razón?	45
3.8 La constitución como excusa	49
3.9 La ONU, el Derecho indígena y los Derechos Humanos	51
3.10 Los Acuerdos de Paz y su relación con el Derecho indígena y los Derechos Humanos	56
3.11 Implicaciones sociales y jurídicas actuales.....	60
CAPÍTULO IV	63
APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN EL MUNICIPIO DE TOTONICAPÁN, DEPARTAMENTO DE TOTONICAPÁN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	63
4.1 Marco legal del Derecho indígena y su relación con los Derechos Humanos	63
4.2 Fortalezas y debilidades de los mecanismos de la justicia indígena con relación al respeto a los Derechos Humanos	67
4.3 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán	70
4.4 Aplicación eficaz del Derecho indígena en Totonicapán.....	72
CAPÍTULO V	77
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	77
5.1 Boleta dirigida a Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial.....	77
5.2 Boleta dirigida a Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio de Totonicapán	96
CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIONES	117
REFERENCIAS.....	118
APÉNDICE.....	121



ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Definición de Derecho indígena	77
Figura 2 Regiones geográficas donde se practica el Derecho indígena	78
Figura 3 Difusión de la práctica del Derecho indígena	79
Figura 4 Positividad de la aplicación del Derecho indígena	80
Figura 5 Razones que sustentan la positividad de la aplicación del Derecho indígena	81
Figura 6 Negatividad de la aplicación del Derecho indígena	82
Figura 7 Razones que sustentan la negatividad de la aplicación del Derecho indígena	83
Figura 8 Vulneración de los Derechos Humanos	84
Figura 9 Aspectos del Derecho indígena que vulneran los Derechos Humanos	85
Figura 10 Equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena	86
Figura 10 Razones que sustentan el equilibrio jurídico entre derecho estatal y derecho indígena	87
Figura 12 Coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena	88
Figura 13 Aspectos que sustentan la coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena	89
Figura 14 Respeto a los derechos humanos	90
Figura 15 Respeto a los Derechos Humanos	91
Figura 16 Acuerdos de Paz y Derecho indígena	92
Figura 17 Acuerdos de Paz que fundamentan la existencia y aplicación del Derecho indígena	93
Figura 18 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán	94
Figura 19 Razones que sustentan la importancia del Derecho indígena en Totonicapán	95
Figura 20 Definición de Derecho indígena	96
Figura 21 Regiones geográficas donde se practica el Derecho indígena	97
Figura 22 Difusión de la práctica del Derecho indígena	98
Figura 23 Positividad de la aplicación del Derecho indígena	99



Figura 24 Razones que sustentan la positividad de la aplicación del Derecho indígena	100
Figura 25 Negatividad de la aplicación del Derecho indígena	101
Figura 26 Razones que sustentan la negatividad de la aplicación del Derecho indígena	102
Figura 27 Vulneración de los Derechos Humanos	103
Figura 28 Aspectos del Derecho indígena que vulneran los Derechos Humanos	104
Figura 29 Equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del Derecho estatal y el Derecho indígena	105
Figura 30 Razones que sustentan el equilibrio jurídico entre Derecho estatal y Derecho indígena	106
Figura 31 Coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena	107
Figura 32 Aspectos que sustentan la coexistencia respetuosa entre Derecho estatal y Derecho indígena	108
Figura 33 Respeto a los Derechos Humanos	109
Figura 34 Respeto a los Derechos Humanos	110
Figura 35 Acuerdos de Paz y Derecho indígena	111
Figura 36 Acuerdos de Paz que fundamentan la existencia y aplicación del Derecho indígena	112
Figura 37 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán	113
Figura 38 Razones que sustentan la importancia del Derecho indígena en Totonicapán	114



INTRODUCCIÓN

El estudio investigativo aborda la aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de derechos humanos, temática que en la actualidad reviste gran importancia en la vida jurídica de la sociedad totonicapense, por las implicaciones que supone en relación a los efectos jurídicos y sociales que emergen de la aplicación del derecho indígena en el ámbito de derechos humanos de la población del municipio de Totonicapán.

Investigación que se efectuó en el territorio del municipio de Totonicapán, departamento de Totonicapán, con una duración de un año comprendido entre noviembre de 2023 a septiembre 2024. Cuyo objetivo general consistió en “Establecer un equilibrio jurídico entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal proponiendo soluciones para que ambas áreas del derecho trabajen armoniosamente respetando y promoviendo los derechos humanos”. Lo que implicó el desarrollo de cinco capítulos de contenido, los cuales se describen a continuación:

CAPÍTULO I. EL DERECHO INDÍGENA. Identifica aspectos generales del derecho indígena, describe sus antecedentes históricos, lo define, enumera y explica los principios que sustentan a la citada rama del derecho, describe el Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, y el Derecho de los pueblos indígenas, se identifican los mecanismos de protección del derecho indígena, explicando en qué consiste la Autoridad indígena, habla sobre el Derecho indígena en el mundo, explica también cómo funciona el Derecho indígena en Guatemala, explica el derecho indígena en el municipio de Totonicapán, departamento de Totonicapán.

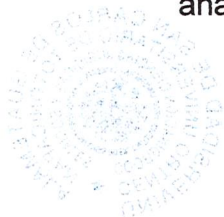
CAPÍTULO II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA. Hace ver las implicaciones positivas y negativas de la aplicación del Derecho indígena, revela el impacto social de su aplicación, describe la relación entre derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas; describe su situación actual, expone el equilibrio jurídico que debería existir entre derechos indígenas y derechos humanos, revela los conflictos del derecho consuetudinario indígena en Totonicapán.



CAPÍTULO III. EL DERECHO INDÍGENA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. Explica la coexistencia del derecho indígena y los derechos humanos modernos, establece vínculos de relación entre ambos, explica la injerencia del derecho internacional en los derechos humanos y en el derecho indígena, explica el abuso de poder de quienes aplican el derecho indígena a nivel local, explora la posible violación de los derechos humanos por parte del derecho indígena, analiza quien tiene la razón entre derecho indígena y derecho estatal respecto a los derechos humanos de la población, se analizan los preceptos constitucionales como excusa para la prevalencia del derecho estatal sobre el derecho indígena, describe la opinión de la ONU respecto a los derechos humanos y el derecho indígena, analiza los Acuerdos de Paz como fundamento legal del derecho indígena y de los derechos humanos en Guatemala, explica las implicaciones sociales y jurídicas actuales de la práctica del derecho indígena con respecto a los derechos humanos.

CAPÍTULO IV. APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN EL MUNICIPIO Y DEPARTAMENTO DE TOTONICAPÁN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Estudia el marco legal del derecho indígena y su relación con los derechos humanos, estudia las fortalezas y debilidades de los mecanismos de la justicia indígena con relación al respeto a los derechos humanos, analiza la aplicación eficaz del derecho indígena en Totonicapán.

CAPÍTULO V. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS. Se tomaron como sujetos de estudio, a nivel personal: a los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público, Jueces del Organismo Judicial, Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio y departamento de Totonicapán, y a nivel institucional: al Organismo Judicial, Ministerio Público y la Organización de los 48 Cantones, de donde se eligió una muestra al azar para la aplicación de los instrumentos de campo, que consistieron en dos Boletas de Encuesta, la primera, dirigida a Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público, Jueces del Organismo Judicial; y la segunda, dirigida a Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio de Totonicapán. Los resultados fueron procesados y analizados mediante estadística inferencial.



Todo ello se complementa con conclusiones y recomendaciones respecto a los hallazgos efectuados durante el análisis documental y el estudio de campo realizados.



CAPÍTULO I

EL DERECHO INDÍGENA

1.1 Aspectos generales

El derecho indígena en general se sustenta en “un cúmulo de tradiciones jurídicas que no son más que los protocolos, procesos legales y leyes de las sociedades indígenas, así como, sus cosmovisiones, aspiraciones, pedagogías y prácticas de vida.” (Krotz, 2002, pág. 241) De hecho, la ley de cada sociedad es distinta y está informada por su historia, territorios y estructuras y realidades económicas, sociales y políticas únicas. La estructura de la sociedad indígena y la organización de sus tradiciones legales, incluidas sus leyes, instituciones legales y procesos legales, comprenden su orden legal propio.

Esto, de acuerdo con lo propuesto por Val Napoleón citado por Stavenhagen & otros (2017), quien afirma que, “al referirse al derecho indígena, es preferible emplear el concepto “orden jurídico”, en lugar del concepto de “sistema jurídico.” (pág. 34) Bajo la premisa de que, en un orden jurídico “el derecho que está integrado por instituciones sociales, políticas, económicas y espirituales no estatales que se organizan en torno a un Estado” (Stavenhagen & otros, Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina, 2017, pág. 35); mientras que, en el sistema jurídico “el derecho es gestionado por profesionales del derecho que se organizan en instituciones separadas de otras instituciones sociales y políticas, todas ellas dependientes del Estado” (Stavenhagen & otros, Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina, 2017, pág. 35).

Los pueblos indígenas guatemaltecos siempre han tenido gobiernos, leyes y algunos otros medios propios para resolver disputas dentro de sus comunidades. El orden jurídico del derecho indígena existe independientemente de su reconocimiento por parte del Estado oficial. Está plasmado, en fuentes no codificadas o no escritas, como la costumbre, la tradición oral y el idioma de cada pueblo indígena. El derecho indígena guatemalteco sobrevivió a la llegada de los europeos y a los impactos de la colonización, así como, a los esfuerzos de décadas por parte de los gobiernos guatemaltecos oficiales para reprimir, criminalizar y negar su existencia.



1.2 Antecedentes históricos

Los pueblos indígenas son “grupos sociales y culturales originarios que comparten vínculos ancestrales colectivos con las tierras y recursos naturales donde viven, ocupan o de los que han sido desplazados” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 55). La tierra y los recursos naturales de los que dependen están inextricablemente vinculados a sus identidades, culturas, medios de vida, así como a su bienestar físico y espiritual. E incluso a la fecha, los pueblos indígenas de Guatemala todavía mantienen su propio idioma, distinto al idioma oficial del país; aunque también mucha de su población ha perdido sus costumbres y conocimientos o prácticas ancestrales, por lo que, su cultura está en riesgo de extinción.

Las sociedades aborígenes guatemaltecas en el pasado eran culturas dinámicas que se adaptaban constantemente para hacer frente a circunstancias cambiantes. Tenían sistemas comerciales intertribales con vastos y complicados dominios que cubrían el continente americano. Desarrollaron relaciones externas sofisticadas entre tribus que cimentaron estas relaciones comerciales y políticas. Con el paso del tiempo tales poblaciones aborígenes fueron influenciadas por sus relaciones entre sí en migraciones, guerras, conquistas y uniones comerciales y/o políticas. Más tarde, con la llegada de los españoles y otros europeos, los indígenas extendieron sus relaciones comerciales y diplomáticas similares a varios países de Europa.

Durante milenios, las naciones indígenas han gobernado sus territorios de acuerdo con sus propias leyes, gestionando activamente sus recursos y formas de vida. “Los pueblos indígenas han persistido durante miles de años como entidades culturales distintas a los gobiernos establecidos por sus colonizadores” (Krotz, 2002, pág. 240). La organización sociopolítica y legal de estos pueblos originarios a menudo se suscribe a sus líderes y organizaciones habituales para obtener una representación distinta o separada del sistema de gobierno oficial, por consiguiente, cuentan con su propio orden jurídico al cual se denomina *derecho indígena*. Y, pese a que, los gobiernos conquistadores o coloniales y ahora los oficiales, han intentado interferir o disminuir su orden jurídico de derecho indígena y reemplazarlo con sus conceptos de derecho

moderno, estos pueblos originarios nunca han renunciado a su derecho a gobernarse a sí mismos, de acuerdo con sus costumbres y culturas.

Desde la época colonial, los pueblos indígenas resolvieron diversos problemas que surgieron en sus comunidades con su propio orden jurídico, sólo los problemas más grandes fueron canalizados al sistema de justicia español. Los españoles establecieron un sistema de liderazgo y gobernanza indígena, que llegó a ser conocido como la Alcaldía Indígena, para ayudar en la administración colonial, como la recaudación de tributos y la distribución del trabajo. En la práctica, este tipo de gobierno local adquirió características de la antigua democracia indígena. De esta manera, se convirtió en un sistema en el que los pueblos indígenas podían “salvaguardar sus propias prácticas e intereses, incluyendo la práctica del derecho indígena” (Fajardo, 2006, pág. 542).

Aunque suprimidas durante la guerra civil, “las estructuras indígenas locales resurgieron en la década de 1990, particularmente porque la nueva Constitución designó fondos para el desarrollo municipal” (Barrios, 1996, pág. 61). Hoy en día, la estructura del gobierno indígena local existe en muchas formas. Los deberes de los alcaldes difieren de una comunidad a otra, pero básicamente incluyen la administración de justicia, la salvaguarda de títulos de propiedad de la tierra colectiva, la preservación de las tradiciones culturales y la administración de algunos servicios públicos como el agua. La gobernanza indígena actual proporciona así una estructura para la administración de justicia sobre la base del derecho indígena, a veces trabajando en coordinación con el gobierno oficial y otras veces por su cuenta. El enfoque jurídico es buscar soluciones a las disputas, que sean justas y restablezcan la estabilidad y la cohesión social.

1.3 Concepto

El término *derecho*, de acuerdo con Kelsen es “una ciencia normativa, cuyo fin es establecer ciertas reglas a cumplir por parte de los miembros de una sociedad, a fin de propiciar su funcionamiento óptimo.” (Twining, 2005, pág. 47) El derecho es toda norma definida de conducta que está respaldada por el poder soberano del Estado. Es una regla general de conducta humana en la sociedad que es elaborada y aplicada por el gobierno. Cada ley es una regla, valor o decisión vinculante y autoritativa. Cada violación al sistema de derecho y sus normas es castigada por el Estado.



Por otro lado, el término *indígena* proviene etimológicamente del latín *indigēna* que significa "nativo del país" (Córdova Márquez, 2018, pág. 15), en su acepción actual se refiere a los primeros pueblos conocidos de una región o país. A menudo se utiliza para describir a la población restante de un lugar que fue colonizado por un grupo ahora dominante. Sinónimos del término *población indígena* son: pueblos primeros, primeras naciones, pueblos originarios o pueblos autóctonos (en referencia a una ubicación específica).

Unificando ambas definiciones es posible inferir que, el concepto de *derecho indígena* se refiere a los sistemas legales propios de los pueblos indígenas. Esto incluye las leyes y procesos legales desarrollados por los Pueblos Indígenas para regir sus relaciones, gestionar sus tierras y aguas y resolver conflictos dentro y entre sistemas legales. Al igual que el derecho oficial, el derecho indígena se desarrolla a partir de una variedad de fuentes e instituciones que difieren según las tradiciones jurídicas. En otras palabras, el derecho indígena al igual que el derecho en general, es un sistema jurídico normativo, a través del cual las poblaciones indígenas se gobiernan a sí mismas y resuelven sus problemas o conflictos personales y/o sociales.

De forma complementaria, se menciona la definición de derecho indígena, proporcionada por Giracca, citada por Fernández (2016), quien argumenta que es:

Un conjunto de normas cimentadas en prácticas culturales con el fin de regular la vida social de un pueblo. Es decir, la justicia indígena no es ajena a las culturas que la aplican. Es una forma de interpretar la realidad, de ordenarla, y de hacerle frente a los problemas cotidianos. Toda aplicación de justicia está apegada a la cultura. Para comprenderla, hay que comprender primero la cultura indígena. (pág. 2)

1.4 Principios que sustentan el Derecho indígena

Aunque cada orden legal en el derecho indígena puede variar de una comunidad a otra, de acuerdo con su cultura, costumbres y tradiciones, se puede decir que entre los principios generales del derecho indígena guatemalteco se encuentran:

- a) El respeto: El respeto aborda la dignidad de las personas y abarca honrar y valorar quiénes son como personas únicas. Inherente al principio general de respeto es el respeto de los derechos, la autonomía, la elección, el valor, la unicidad y la

autodeterminación. “El respeto en la cosmovisión maya no está reservado para aquellos con un estatus social, nivel de ingresos, intelecto, poder o atractivo especial: el respeto lo merece toda la creación, sea vida humana o no.” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 65) Se considera una actitud y forma de ser fundamental para todas las personas.

- b) La restitución: “Cualquier víctima tiene derecho a solicitar la restitución de los daños y perjuicios sufridos por algún agravio o delito cometido en su contra.” (Rodríguez, 2007, pág. 5) Esta compensación por los daños sufridos podría ser la rehabilitación en forma de atención médica y psicológica, así como la satisfacción económica de los perjuicios generados por el daño sufrido. No obstante, la restitución del derecho indígena va más allá de lo material, pues incluye el derecho conocer la verdad de los hechos de parte del malhechor (confesión) y una posible garantía de no repetición del daño.
- c) La reconciliación: Los procesos deliberativos se fundamentan en procesos de persuasión, discusión y consejo. La reconciliación se concibe como “el compromiso de sostener un proceso constante y continuo, de establecer y mantener relaciones interpersonales respetuosas entre las partes de un conflicto” (Raios, 2007, pág. 57).
- d) La responsabilidad: La responsabilidad se refiere al deber de tener autoridad o control sobre algo o alguien. Este principio implica “un deber impuesto a alguien de hacer algo, ya sea por haber sido decretado por la autoridad de gobierno o por las normas jurídicas sociales” (Villegas Lara, 2004, pág. 43). En la sociedad indígena, si se es responsable de algo, se es responsable del resultado de lo que de ello se derive, ya que ese es un deber no solo moral sino jurídico.
- e) El sentido de comunidad: Fomenta la práctica social de los valores éticos y morales como la sabiduría, el amor, el respeto, la valentía, la honestidad, la humildad y la verdad, entre otros, que permiten a las personas “vivir en comunidad, de una manera que promueva la armonía y el equilibrio con todos y con todo en la creación” (Krotz, 2002, pág. 250). Un ejemplo de esto, es la obligación de prestar servicio comunal como es el caso del Kaxkol ejercido por los miembros de la Organización 48 Cantones.



- f) La conexión con los entornos naturales y espirituales: se basa en observaciones del mundo físico y del entorno subjetivo (espiritualidad), se busca “desarrollar reglas para la resolución y regulación de conflictos, a partir del estudio del comportamiento del mundo natural y del entorno espiritual” (Fajardo, 2006, pág. 540).
- g) La adoración al Dios Creador y Formador: “Las leyes k’iche’s son sagradas y provienen del Creador e incluyen historias de la creación y enseñanzas antiguas que han resistido la prueba del tiempo.” (Mayén, 1995, pág. 72) Es por eso que el hombre debe sujetarse al orden impuesto por su creador y formador.

1.5 El Derecho consuetudinario de los pueblos indígenas

Los derechos consuetudinarios son aquellos derechos y obligaciones que posee un individuo, grupo o comunidad, que tienen su raíz en la costumbre. A diferencia de las leyes en su origen y generalmente no escritas, los derechos consuetudinarios son, no obstante, verdaderos derechos que existen por mérito propio. De acuerdo con Mayén (1995), “son las prácticas desarrolladas a través de patrones repetitivos de interacción social que también se aceptan como vinculantes” (p. 13).

En el ordenamiento legal indígena, el derecho consuetudinario se refiere a los patrones conductuales de larga data de acuerdo con las leyes, valores, costumbres y tradiciones ostentadas por las poblaciones originarias y las comunidades locales. Derechos que rigen las relaciones sociales, políticas y económicas de determinada población indígena, dentro de un cierto territorio donde surgieron y se desarrollaron dichas normas jurídicas. Así lo confirma Thompson citado por Stavenhagen & otros (2017), al indicar que: “Los 'derechos consuetudinarios' se refieren a patrones de normas tradicionales establecidos que pueden observarse dentro de un entorno sociocultural particular” (p. 80).

En la práctica, hoy en día, el derecho consuetudinario indígena coexiste con el derecho estatal formal. Esta situación corresponde a lo que se denomina como “*pluralismo jurídico*”. A criterio de Rodríguez (2007), los sistemas jurídicos plurales “prevalecen especialmente en las antiguas colonias, donde la ley de una antigua autoridad colonial coexiste con los sistemas jurídicos consuetudinarios” (p. 52). Este fenómeno es evidente en Totonicapán, pueblo donde las transacciones económicas

(ventas, alquileres, salarios y crédito) y el gobierno oficial suelen estar regidas por leyes de tipo occidental, mientras que los aspectos no económicos (familia, matrimonio y herencia) y el gobierno comunitario, a menudo siguen cubiertos por las leyes consuetudinarias indígenas.

1.6 El Derecho de los pueblos indígenas

El derecho indígena consiste en “un ordenamiento jurídico que rige las relaciones con la tierra, el mundo de los espíritus, historias de la creación, costumbres, procesos de deliberación y persuasión. códigos de conducta, reglas, enseñanzas y axiomas para vivir y gobernar” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 65). Los derechos indígenas no han sido otorgados por fuentes externas (gobierno oficial o entidades internacionales), sino que son el resultado de la propia ocupación de sus territorios de origen por parte de los pueblos aborígenes, así como de sus estructuras sociales y sistemas políticos y legales vigentes.

“Los derechos indígenas y su práctica jurídica son aquellas que los pueblos aborígenes han practicado y disfrutado desde antes del contacto europeo” (Raios, 2007, pág. 38). Aunque sus procedimientos y normas pueden variar entre los grupos indígenas, en general incluyen normas que regulan los derechos a la tierra, derechos a los recursos y actividades de subsistencia, el derecho a la libre determinación y al autogobierno, y el derecho a practicar la propia cultura y costumbres, incluido el idioma y religión. “La práctica del derecho indígena es fundamental para conservar su conexión con las tierras, los recursos, las prácticas y la retención de conocimientos” (Fajardo, 2006, pág. 550); su defensa y respeto es una lucha que afecta particularmente a los pueblos indígenas en todo el mundo.

De acuerdo con Aragón (2007), el derecho indígena se caracteriza por tres aspectos fundamentales:

- a) Naturaleza oral. En la época precolombina existía codificación de los sistemas jurídicos indígenas, los cuales fueron destruidos durante y después de la colonia, por ello su conservación fue oral. Diferencias fundamentales del derecho positivo, sin embargo, de las tendencias de oralidad contemporáneas.



- b) Orientación cosmológica. Para los pueblos indígenas, la norma jurídica no es producto exclusivo de la razón humana; integra componentes de la naturaleza externos al hombre; imbrica concepciones morales y religiosas a diferencia de la estructura jurídica occidental en la que el derecho surge de un órgano institucionalizado alejado, en principio, de la religión.
- c) Carácter colectivista. Los pueblos indígenas se conciben como parte de la naturaleza, unidos a ella, sustentan sus concepciones jurídicas en la creencia de que el orden debe estar en comunión con las fuerzas de la naturaleza; tienen un carácter colectivo en el que no se excluye al individuo como sujeto de derechos, sino que se le protege por ser miembro de una comunidad cultural con identidad propia. (p. 118)

1.7 La protección del Derecho indígena

Reconocer que existe el derecho indígena es el primer paso para crear espacio para garantizar su protección. Con demasiada frecuencia se ha retratado a los pueblos indígenas como si no tuvieran leyes, o cuando se les reconoce su orden legal, se le simplifica excesivamente y se le aplanan asemejándolo a simples creencias o valores culturales, en lugar de procesos intelectuales complejos para el razonamiento, la toma de decisiones y el ordenamiento social.

Por su parte, los instrumentos internacionales otorgan derechos a los pueblos indígenas y los reivindican como actores legales internacionales con quienes los Estados y otros actores legales internacionales pueden asumir deberes y obligaciones jurídicas. Estos desarrollos comenzaron entre la Primera y la Segunda Guerra Mundial, cuando la Organización Internacional del Trabajo (OIT) comenzó a supervisar las condiciones laborales de los indígenas en las colonias. Continuaron después de la Segunda Guerra Mundial con los Convenios Nos. 107 y 169 de la OIT, que otorgaron derechos a las poblaciones indígenas ubicadas en Estados que son parte en sus términos.

Más recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que declara que: “los pueblos indígenas poseen una amplia gama de derechos, incluido el derecho a la autodeterminación” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2007). Afirma la existencia jurídica internacional de los pueblos indígenas al reconocerlos como sujetos

jurídicos y hace que el derecho internacional sea aplicable a sus relaciones con los Estados.

Algunos de los instrumentos internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas, como los convenios adoptados por la OIT, vinculan legalmente a los Estados que son parte en sus términos. Otros, como la Declaración de las Naciones Unidas, no vinculan jurídicamente, en sentido estricto, a los actores jurídicos internacionales, pero, no obstante, tienen consecuencias jurídicas difusas para el desarrollo del derecho tanto internacional como nacional.

1.8 La autoridad indígena

El término autoridad se define como “el poder de dar órdenes o tomar decisiones: el poder o derecho de dirigir o controlar a alguien o algo” (Mayén, 1995, pág. 37). La autoridad identifica la legitimidad política, que otorga y justifica el derecho del gobernante a ejercer el poder de gobierno; y, el término *poder* significa “la capacidad de lograr una meta autorizada, ya sea por cumplimiento o por obediencia”; por tanto, la autoridad es el poder de tomar decisiones y la legitimidad para tomar dichas decisiones jurídicas y ordenar su ejecución.

La representación de la autoridad maya alude a interpretaciones de justicia y formas de legitimidad que existían antes del Estado soberano y las leyes nacionales e internacionales. La autoridad indígena se basa en la soberanía que ostenta la comunidad. “La comunidad puede delegar su autoridad en algunos ciudadanos honorables que pueden ser electos de forma democrática o nombrados de forma permanente por su vocación.” (Barrios, 1996, pág. 91)

En este sentido, el destinatario de la autoridad debe fomentar la participación de su comunidad en la toma de decisiones, llevando todo tema de gobierno o decisión importante, ante la población, en asamblea general, para su discusión, orientación y ratificación. Este proceso no debe malinterpretarse como falta de poder por parte de los titulares de la autoridad comunitaria, sino más bien es parte del ejercicio de su poder de convocatoria y consenso social.

“La autoridad indígena generalmente fluye de abajo hacia arriba, desde la comunidad hacia el gobernante o dirigente (líder).” (Barrios, 1996, pág. 77) La comunidad



delega autoridad a sus líderes para participar, pero no delega su autoridad para tomar decisiones finales. Las decisiones finales generalmente recaen en la comunidad. La figura de autoridad más usual en el gobierno indígena de Totonicapán, son las Alcaldías Comunitarias integradas por un Alcalde Comunal y los miembros de su consejo (que pueden variar en número y funciones, de conformidad con las necesidades de la población que representan).

“Las Alcaldías Comunitarias son instituciones cuyo origen surge en la época de la Colonia cuando se formaron los “pueblos de indios” y se eligieron a “principales”, encargados de impartir justicia, recaudar impuestos para la Corona y dictar las nuevas leyes españolas y regulaciones públicas.” (Barrios, 1996, pág. 77) El aislamiento geográfico de los pueblos y el olvido del Estado contribuyeron a que esta estructura de servicio social y comunitario fuera necesaria y eficaz durante cientos de años; razón por la cual, continúa funcionando en el departamento Totonicapán bajo la figura del *Kax'kol*, denominado así por tratarse de un cargo público de servicio sufrido, ya que implica sacrificio económico y familiar para quienes lo asumen, con la intención de servir al pueblo.

1.9 El Derecho indígena en el mundo

Los pueblos indígenas representan alrededor del 6% de la población mundial. “Hay 476 millones de pueblos indígenas en todo el mundo y repartidos en más de 90 países. Pertenecen a más de 5.000 pueblos indígenas diferentes y hablan más de 4.000 idiomas. La gran mayoría de ellos (70%) vive en Asia.” (Córdova Márquez, 2018, pág. 14) Aunque tienen costumbres y culturas diferentes, enfrentan las mismas duras realidades: desalojo de sus tierras ancestrales, negación de la oportunidad de expresar su cultura, agresiones físicas y trato como ciudadanos de segunda clase.

Los pueblos indígenas a menudo están marginados y enfrentan la discriminación en los sistemas legales de sus países, lo que los deja aún más vulnerables a la violencia y el abuso. “La discriminación es la razón por la cual los pueblos indígenas representan el 15% de los pobres extremos del mundo.” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 87). A nivel mundial, también sufren tasas más altas de falta de tierras, desnutrición y desplazamiento interno que otros grupos. Los esfuerzos pacíficos

de los pueblos indígenas por mantener su identidad cultural o ejercer sus derechos tradicionales, en algunos casos han dado lugar a acusación de traición o terrorismo.

Los derechos de los pueblos indígenas, a nivel internacional están establecidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007; la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2016; el Acuerdo Regional sobre Acceso a la Información, Participación Pública y Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), adoptado en 2021; y la Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales, promulgada en 1991. Al mismo tiempo, se han creado mecanismos institucionales globales para su promoción, como el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (UNPFII), el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI) y el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNSR).

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (UNPFII), creado en el año 2000, tiene como propósito ser el organismo central dentro del sistema de las Naciones Unidas que se ocupa de la defensa y cumplimiento de los derechos indígenas relacionados con el desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos. Lamentablemente, pese a la existencia de un amplio marco jurídico e institucional internacional sobre derecho indígena, es común que los defensores de los derechos humanos indígenas se enfrenten a intimidación y violencia, a menudo con el apoyo de los aparatos estatales.

1.10 El Derecho indígena en Guatemala

Guatemala tiene una población de 14,9 millones de personas, de las cuales 6,5 millones (43,75%) pertenecen a los 22 pueblos mayas (Achi', Akatec, Awakatec, Chalchitec, Ch'ortí, Chuj, Itzá, Ixil, Jacaltec, Kaqchikel, K'iche, Mam, Mopan, Poqomam, Poqomchí, Q'anjob'al, Q'eqchí, Sakapultec, Sipakapense, Tektitek, Tz'utujil y Uspantek), además cuenta con un pueblo garífuna, uno xinca, uno afrodescendiente y uno ladino (INE, 2020). No obstante, su mayoría numérica, es bien sabido que existen disparidades entre la población indígena y la no indígena en materia de derechos humanos como el empleo, ingresos, salud y educación.

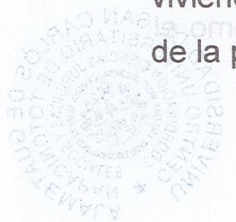


El Estado guatemalteco ha aprobado diversas leyes que en teoría garantizan el ejercicio y protección del orden jurídico indígena. La Constitución Política de Guatemala y el acuerdo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas han allanado el camino para los derechos indígenas en Guatemala. Ambos documentos prometen ciertos derechos inalienables a todas las comunidades indígenas que viven en Guatemala. Según la constitución de Guatemala, el gobierno nacional debe promover las lenguas y culturas indígenas.

El Acuerdo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas otorga muchos más derechos a las comunidades indígenas en comparación con la Constitución de Guatemala. El acuerdo de la ONU establece que los pueblos indígenas tienen derecho a todos los derechos humanos universales y libertades fundamentales reconocidos por la ONU. Además, se regula que los pueblos indígenas tienen derecho a ser libres de toda discriminación y la capacidad de ejercer su autonomía sin temor ni restricción.

En virtud de ello, el gobierno guatemalteco debería proteger a las poblaciones indígenas, permitiendo que pueblos indígenas puedan expresar libremente su cultura y tradiciones, incluyendo el libre ejercicio de su orden jurídico (derecho indígena). Además, se debería apreciar las culturas indígenas y tratar de preservarlas, al mismo tiempo que se educa a la ciudadanía en general sobre la importancia de sus costumbres e historia indígena. Desafortunadamente, esta situación ideal está lejos de concretarse en Guatemala. Los derechos de los pueblos indígenas, inclusive el ejercicio de su orden jurídico propio, a menudo son ignorados debido a prejuicios y discriminación sistemática.

Por ejemplo, a la fecha, una de las principales luchas de los pueblos indígenas en Guatemala, se relaciona con el libre ejercicio de sus derechos electorales y cívicos. El sistema electoral guatemalteco se caracteriza por la exclusión de los pueblos indígenas en el aparato de gobierno oficial. En la mayoría de casos participan principalmente como electores, más que como candidatos con verdaderas posibilidades de ser elegidos o de ejercer un poder de gobierno oficial. Con respecto a la salud, el empleo, los ingresos, la vivienda y la educación, existe una gran disparidad entre los Pueblos Indígenas y el resto de la población. Datos oficiales indican que “la pobreza afecta al 75% de los indígenas y



al 36% de los no indígenas; la desnutrición crónica afecta al 58% de los indígenas y al 38% de los no indígenas; y, en términos de participación política, los indígenas no representan más del 15% de los parlamentarios y funcionarios públicos de alto rango” (INE, 2020, pág. 43).

Otro desafío para el marco legal de protección a los pueblos indígenas de Guatemala se relaciona con la ausencia o deficiencia de legislación sobre la protección de sus recursos naturales. Por ejemplo, el uso, manejo y conservación del agua no está regulado oficialmente, y varias empresas privadas se aprovechan de esto al no pagar por el uso del agua, ni contribuir a la conservación del agua, y sin asumir ninguna responsabilidad por la contaminación causada por las descargas de residuos. La mayoría de las áreas de recarga de aguas subterráneas se encuentran dentro de territorios indígenas y los pueblos indígenas afectados no reciben ningún apoyo del Estado ni de los usuarios del agua para proteger los acuíferos. Varias comunidades han exigido al Estado iniciar una amplia discusión para redactar una legislación oficial de aguas, ya que sus normas consuetudinarias de respeto a la naturaleza y a sus recursos, no han sido suficientes para detener su mal aprovechamiento.

A pesar de las muchas desigualdades que afectan a los pueblos indígenas, en los últimos años algunas comunidades han logrado su empoderamiento a través del ejercicio del poder local, de índole consuetudinaria, como es el caso de la figura de las Alcaldías Comunitarias. Autoridades que se han encargado, desde épocas ancestrales a conservar el ejercicio de la jurisdicción indígena, a través de la resolución de casos litigiosos o familiares, así como, mediante la promulgación y cumplimiento de normas consuetudinarias de administración pública a nivel local (uso de los recursos naturales, ejercicio de la autoridad comunal, entre otras).

1.11 El Derecho indígena en el municipio, departamento de Totonicapán

Totonicapán “es uno de los 22 departamentos de la República de Guatemala, tiene una superficie de 1,061 km², ubicado en la sierra occidental del país” (INE, 2019). Siendo el municipio de Totonicapán, la cabecera departamental de dicho departamento. Aproximadamente, “un 97% de la población de Totonicapán se identifica como indígena (en su mayoría de la etnia maya k'iche'), solo el 3% restante se identifica como no



indígena y es principalmente ladino" (INE, 2019). Dadas sus características étnicas demográficas, el ejercicio del orden jurídico indígena en Totonicapán es plenamente vigente y se practica en todas sus comunidades incluyendo el caso urbano.

El derecho indígena que se practica en el municipio de Totonicapán se fundamenta en los principios y valores del pueblo maya k'iche' y tiene como propósito resolver conflictos y asegurar la convivencia social pacífica. Entre sus principales características positivas, se puede afirmar que, en la mayoría de casos opera rápidamente, es gratuito, preventivo y reparador. La ley maya k'iche' garantiza que tanto la persona afectada como la comunidad sean escuchadas, y que las medidas de sanciones o reparaciones se alcancen a través del diálogo y la consulta. Esta labor jurisdiccional es ejercida por las autoridades ancestrales denominadas Alcaldías Indígenas.

La figura máxima de autoridad dentro del ordenamiento indígena k'iche' de Totonicapán es el *k'axk'ol'*, ejercido por las autoridades comunitarias. Las autoridades comunales asumen el mandato delegado por la asamblea general de pobladores y se encargan de restablecer el equilibrio en la vida comunitaria. Para los totonicapenses, llevar la vara de una Alcaldía Comunitaria representa estar al servicio de su comunidad las 24 horas del día, durante todo su período de mandato, que puede durar entre un año a un año y dos meses (incluyendo los meses de transición del cargo). Todos los Alcaldes Comunales se aglutinan en una organización civil denominada 48 Cantones, cuya misión es mantener la cohesión social de la población local, bajo los principios del derecho indígena. Además, desempeñan un papel fundamental en la defensa de los recursos comunales dentro de los territorios indígenas.



CAPÍTULO II

LA APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA

2.1 Implicaciones positivas

La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE, citada por Cáceres, Danilo, & otros (2007), considera al Derecho Indígena como “el derecho vivo, que, sin ser escrito, se evidencia a través de diferentes normas que regulan los diversos aspectos del convivir comunitario” (p. 8). A lo que Cáceres, Danilo, & otros (2007), agregan que: “...hay que recordar que el Derecho Indígena es consuetudinario. Es decir, se basa en la costumbre en vez de algo escrito.” (p. 8).

El derecho indígena y sus autoridades jurídicas están descentralizadas y operan a través de instituciones jurídicas públicas horizontales (de abajo hacia arriba). En cada sociedad indígena, los ciudadanos organizados de diversas formas eran y son responsables del mantenimiento de su orden legal. Por ejemplo, en la sociedad indígena totonicapense hay cuatro grupos que toman decisiones, y su papel y autoridad varían de acuerdo con su jerarquía (de abajo hacia arriba), estos son: la familia, los curanderos, los ancianos o líderes (autoridades) y en el escalón más alto está la asamblea general (toda la comunidad).

Los pueblos indígenas fueron y son pueblos razonables, partidarios del consenso grupal, que se dejan guiar por las normas del derecho natural y del derecho consuetudinario. Por su parte, el derecho consuetudinario se refiere a:

... a una estrecha relación entre lo que una sociedad considera correcto o justo: implica horizontes sociales de lo deseable y por ello tiene una directa relación con ciertos valores compartidos de manera relativa por los miembros de una sociedad en determinado momento histórico. A través de estas normas -implícitas o explícitas- los pueblos indígenas condensan formas de comportamiento y de resolución de conflictos que consideran adecuadas para un cierto contexto. (Castillo, 2009, pág. 16)



El ámbito normativo del Derecho Indígena incluye a los seres ancestrales y creadores, humanos y no humanos, el lugar-mundo y todos los elementos que ocurren dentro del ámbito de las tierras y aguas soberanas de los pueblos indígenas.

Los procesos culturales indígenas adquieren sentido y consistencia desde el orden cosmovisional en el que se arraigan y desde el que se despliegan. Los pueblos indígenas, impulsados desde sus propios ámbitos cosmovisionales, desarrollan ordenamientos y sistemas jurídicos propios, con carácter autónomo e independiente respecto a los sistemas normativos estatales. (Berraondo & otros, 2006, pág. 89)

A criterio de Berraondo & otros (2006), el derecho penal indígena es eminentemente restaurativo del orden social.

El delito en las sociedades originarias de Latinoamérica refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social. La consecuencia jurídica del delito, la pena, no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo, se busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor. (p. 27)

Otra característica positiva de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas es que su sistema de resolución de conflictos es la mediación:

...contemplan mecanismos de negociación y de discusión en la toma de decisiones colectivas para la solución de sus problemas, estrategia que favorece al restablecimiento de los lazos de cohesión social en los conflictos de intereses entre particulares o entre estos y la comunidad, prácticas descritas en el derecho occidental como mecanismos alternos de solución de conflictos. (Albarrán, 2019, pág. 119)

Este tipo de ley permite a grandes grupos de personas gestionarse colectivamente “en un contexto de desacuerdo normativo profundamente arraigado y crear posiciones colectivas a partir de la confusión del desacuerdo” (Mayén, 1995, pág. 28).

El derecho indígena se ocupa de las mismas preocupaciones humanas que el sistema de justicia estatal, incluida la seguridad, la equidad y la rendición de cuentas a

la comunidad. “El derecho indígena refleja valores como el respeto por los mayores, la observancia de las normas comunitarias y las obligaciones laborales en beneficio del grupo.” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 57) A criterio de Stavenhagen citado por Castillo (2009), es posible decir que una característica del derecho consuetudinario es precisamente

...esta profunda relación entre estructura social, norma y cotidianeidad. Mientras el derecho positivo representa una esfera diferenciada de la sociedad moderna, el derecho consuetudinario se manifiesta en cada uno de los roles y expectativas que orientan a los sujetos en su accionar en la comunidad. Así también, la responsabilidad del cumplimiento y aplicación de la norma recae en la comunidad y sus representantes a diferencia del derecho positivo, que deriva la responsabilidad en el Estado y sus representantes. (p. 21)

Los pueblos indígenas aplican sus normas jurídicas para gestionar todos los aspectos de la vida política, económica y social, incluida la pesca y la caza, el acceso y la distribución de recursos, y la gestión de tierras y aguas. Al respecto, Cáceres, Danilo, & otros (2007), afirman que: “las autoridades de los pueblos indígenas ejercen funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes.” La teoría del pluralismo jurídico acepta que el derecho se produce en diversas fuentes que no necesariamente están asociadas con el Estado, ni dependen de él; y este es el caso del derecho indígena. “A nivel internacional existen organizaciones que promueven el pluralismo jurídico, lo que significa, reconocer diferencias entre los pueblos y admitir sus formas de justicia, como principio de legitimación del Derecho Indígena.” (Cáceres, Danilo, & otros, 2007, pág. 14)

No obstante, el orden jurídico indígena no es perfecto, ni tiene por qué serlo, ya que funciona bastante bien y ha perdurado en el tiempo. “Ningún sistema jurídico está a la altura de todas las aspiraciones humanas, pero las aspiraciones colectivas de un pueblo proporcionan dirección, orden, normas y ética, así como, el poder de la esperanza en alcanzar la perfección de la conducta humana.” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 47) Como ocurre con toda ley, la ley indígena contiene procesos de pensamiento y recursos



intelectuales, y ha demostrado que ha sido flexible, cambiando o adaptándose para vivir mejor en cada generación.

2.2 Implicaciones negativas

En el pluralismo jurídico, la interacción entre el derecho indígena y el sistema jurídico oficial o estatal, no está exenta de inconvenientes y críticas. “El derecho indígena es ampliamente espiritual y religioso, en contraste con la legislación occidental que es científica y objetiva.” (Raliós, 2007, pág. 75) Por ende, los conocimientos sobre la causalidad y las medidas apropiadas que deben tomarse para resolver las disputas pueden variar enormemente según el contexto cultural. Por ejemplo, entre los pueblos indígenas, las malas acciones pueden interpretarse como resultado de una enfermedad o incluso de brujería, lo cual, según el derecho indígena requiere acciones correctivas que pueden ser muy diferentes de las prescritas en el sistema judicial estatal.

Y, si los órganos jurisdiccionales estatales tratan de asimilar u homologar sus procedimientos al orden jurídico indígena, existe el riesgo de “traducir las leyes indígenas a un formato más reconocible para el sistema legal oficial, ocasionando que esas leyes se reduzcan, malinterpreten o extraigan de sus propios sistemas legales” (Krotz, 2002, pág. 79). Esto podría dar lugar a que los tribunales oficiales apliquen incorrectamente o tergiversen la legislación indígena en decisiones vinculantes. En este contexto, la interpretación de la ley indígena por parte de los tribunales oficiales, a menudo por jueces no indígenas con poco o ningún conocimiento de los sistemas legales indígenas, podría generar violaciones al debido proceso y a los derechos de las partes procesales.

Por otro lado, el derecho indígena puede reflejar tendencias más amplias y dominantes de dureza contra el crimen, incluida una tendencia a utilizar formas más duras de castigo corporal; mientras que los gobiernos modernos defienden políticas que son cada vez más protectoras de los derechos humanos del delincuente. Y, dada la incapacidad del sistema judicial estatal para garantizar justicia y seguridad para la mayoría de la población (particularmente los pobres), el derecho indígena puede usarse como excusa para cometer actos violentos y arbitrarios como los linchamientos, en respuesta al aumento percibido de la delincuencia. Y aunque estos actos colectivos de

violencia vigilante no son leyes indígenas, pueden confundir a la población brindando una concepción negativa del derecho indígena.

Lo más preocupante, es que la legislación constitucional guatemalteca aún debe abordar importantes cuestiones pendientes relativas a la adquisición de soberanía y poder de jurisdicción o competencia del orden jurídico indígena frente al sistema de justicia estatal. Es evidente que, la legislación oficial aún no ha regulado un proceso claro para resolver disputas de jurisdicción y competencia, entre el derecho estatal y el derecho indígena.

2.3 Impacto social de su aplicación

Con demasiada frecuencia se ha retratado a los pueblos indígenas como si no tuvieran leyes, o cuando se reconocen sus leyes, se las simplifica excesivamente y se las aplanan como creencias o valores culturales, en lugar de procesos intelectuales complejos para el razonamiento, la toma de decisiones y el ordenamiento social. Reconocer que el derecho indígena existe es el mayor impacto social de conciencia sobre la objetiva existencia de las sociedades pluriétnicas y pluriculturales.

La mejor forma de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas es comprender y aceptar que no es necesaria la existencia una codificación escrita, al menos no mientras los pueblos indígenas no lo determinen de ese modo, a diferencia del derecho oficial positivo, el derecho de nuestros pueblos indígenas no se encuentra clasificado por materia, incluso podemos ver que algunas de sus sanciones, llevan un carácter religioso que en nuestro derecho oficial no sería posible implementar. (Albarrán, 2019, pág. 125)

El derecho indígena es “la categoría jurídica que se aplica a las normas y prácticas jurídicamente vinculantes de las comunidades indígenas” (Twining, 2005, pág. 600). El derecho indígena tiene como fuente principal la costumbre, por ende, se trata de un derecho consuetudinario, lo que significa que no está codificado, esto dificulta determinar su alcance y forma de aplicación en las circunstancias modernas. Sin embargo, eso mismo lo hace ser flexible, por la misma razón de que no está escrito, permitiéndole a sus normas adaptarse a circunstancias cambiantes de la sociedad.

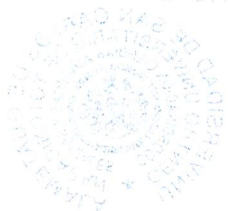


Los principios jurídicos que sustentan el derecho indígena constituyen “un esquema matizado de la existencia humana y van más allá de un sistema de justicia o gobernanza como podría ser la comprensión convencional y occidental del derecho, para dar forma y significado a todos los aspectos de la vida” (Rodríguez, 2007, pág. 74). Si se concibe la expresión particular de *ley*, como un término holístico para una variedad de elementos de la vida cultural, social, económica y política. Se puede afirmar que, “el ordenamiento legal indígena proporciona a sus comunidades la lógica y razón de ser de la vida, como inclusiva de los seres ancestrales y creadores, humanos y no humanos, el lugar mundo y todo tipo de fenómenos naturales.” (Stavenhagen & otros, Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina, 2017, pág. 74)

Desde la perspectiva occidental, la cosmovisión indígena se percibe como incorrecta por falta de comprensión de su idiosincrasia, esto genera la intolerancia y la falta de respeto de sus postulados, por ello es importante la comprensión de lo que Boaventura De Sousa llama la perspectiva del otro, es decir, comprender la formación cultural y valores que los hacen percibir el mundo de la forma en que lo hacen sin anteponer los paradigmas bajo los cuales concebimos la realidad. (Albarrán, 2019, pág. 125)

El patrimonio y la identidad de un país están marcados por los valores y normas con los que ha evolucionado. Después de todo, la soberanía de una nación y su tradición sólo pueden fortalecerse si sus leyes se basan en los valores y normas que adoptó desde sus inicios. Cuando la ley prestada se convierte en la ley aplicable dominante en un país, indica que los valores del país prestamista también se importan. Para legitimar y hacer cumplir tales leyes, las personas a las que se imponen deben ser fácilmente receptivas a ellas, de lo contrario se producirá un choque constante entre su realidad y la legislación ajena. De esa cuenta, es posible afirmar que la adopción del derecho indígena refuerza la identidad sociocultural del pueblo y de la nación.

Los pueblos indígenas tienen la capacidad de mantener el equilibrio en sus comunidades conforme a su estructura política y a sus instituciones, atendiendo a la unidad nacional y a la necesidad de un marco de actuación para todas las personas, no se trata de construir nuevas naciones con cada pueblo indígena sino



de respetar su identidad y su inclusión plena en el Estado... (Albarrán, 2019, pág. 127)

En cuanto al impacto de los procedimientos judiciales, se puede decir que, la justicia en los tribunales oficiales es notoriamente lenta, costosa y a menudo se concentra en estigmatizar a la persona culpable creando un expediente judicial penal permanente, y difícilmente abre la posibilidad de la reconciliación. Este proceso se caracteriza por una respuesta rápida a la disputa, el uso de un mediador neutral y perspicaz, y la resolución mediante indemnización o restitución y reconciliación. Mientras que, la aplicación de justicia en el derecho indígena está orientada a mantener la cohesión de la comunidad y restaurar a la parte agraviada cerca de la posición en la que se encontraba antes de la disputa. Estos aspectos beneficiosos de la justicia restaurativa se centran en las víctimas y, como sugieren los defensores de la justicia restaurativa, los litigantes proclaman una satisfacción superior con el proceso. Dicha satisfacción se atribuye a la confrontación cara a cara entre víctima y delincuente, beneficios sensibles y terapéuticos y efectos purgantes que promueven el cierre del conflicto.

En cuanto a su popularización, se ha visto que un mayor acceso a la tecnología puede aumentar la conciencia de los grupos indígenas sobre su propia situación y fomentar una mayor demanda de reconocimiento legal. También es probable que las crecientes tendencias en los derechos humanos internacionales estimulen aún más voces a favor de la protección de las instituciones, leyes y costumbres indígenas. Sin embargo, lo que parece claro es que, como lo han hecho durante siglos, las sociedades indígenas de todo el mundo seguirán practicando sus propias costumbres y tradiciones, al tiempo que integrarán elementos de las culturas circundantes en su vida diaria.

2.4 Los Derechos Humanos y el Derecho indígena

El reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas no implica suponer que su ejercicio esté libre de excesos, su dinámica es la misma que la de cualquier relación jurídica de poder existen conflictos que afectan a individuos o a grupos específicos, entre ellas mujeres y minorías religiosas, tensiones que han de resolverse en el marco del pleno respeto a los derechos humanos, por lo que el acceso a la justicia



estatal es una alternativa para enfrentar estas situaciones de opresión. (Albarrán, 2019, pág. 120)

Los debates entre los defensores del derecho oficial y el derecho indígena, sobre lo que constituye el “debido proceso” han sido particularmente polémicos; se ha analizado, por ejemplo, si el derecho indígena brinda protección adecuada a los acusados de delitos. Otra cuestión muy controvertida es la naturaleza, severidad e interpretación de las sanciones aplicadas dentro del orden de justicia indígena. Por lo general, estos van desde sanciones monetarias hasta castigos físicos, como azotes rituales, trabajo comunitario, períodos cortos de detención e incluso la expulsión de personas y sus familias de sus comunidades de residencia.

Quienes se oponen al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas han argumentado que otorgar autonomía a la justicia indígena comunitaria conducirá al fomento de la tortura y otras prácticas que constituyen violaciones de los derechos humanos. Tales críticas tienden a asumir que la ley indígena es de alguna manera inmutable, sin embargo, está claro que “el acto de reconocimiento tanto por parte del Estado como de las organizaciones internacionales de derechos humanos puede contribuir a mejorar la naturaleza de los sistemas de justicia indígenas” (Ralios, 2007, pág. 49). Por ejemplo, algunas comunidades indígenas en Guatemala, ya han tomado medidas para limitar la severidad de los castigos físicos a los malhechores, reduciendo el número de latigazos aplicados o desarrollando sanciones alternativas al castigo corporal.

También se ha expresado preocupación por el hecho de que la concesión de autonomía a la legislación indígena podría reforzar las desigualdades en los derechos humanos de género, debido a las formas patriarcales de dominación dentro de las comunidades indígenas. Pese a ello, las organizaciones de mujeres indígenas en toda América Latina han rechazado en general esta contraposición de los derechos colectivos indígenas y los derechos humanos de las mujeres, y han luchado para asegurar la protección de sus derechos como mujeres al mismo tiempo que apoyan los reclamos por el reconocimiento de los derechos colectivos de sus pueblos a ejercer jurisdicción sobre sus propios asuntos. En este punto (Berraondo & otros, 2006), coinciden al indicar que:

En el caso de la reivindicación de las mujeres indígenas, aunque hay variaciones internas significativas, destaca bastante el intento de realizar a la vez y articuladamente —hasta el punto incluso de que puedan potenciarse— estrategias de afirmación cultural colectiva como indígenas y de afirmación de derechos de las mujeres. (p. 82)

Desde esta perspectiva, se reconoce al derecho indígena como parte de la universalidad de los derechos humanos y no como algo contrario a la práctica de los derechos humanos. Es así como, la noción de "derechos étnicos" surge entonces como:

...referente obligado para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de los de la sociedad dominante. (Stavenhagen, 2013, pág. 143)

2.5 La situación actual

El concepto de pluralismo jurídico es útil para empezar a imaginar una relación no colonial entre el derecho indígena y el derecho estatal. Una definición de pluralismo jurídico es “el estado de cosas en el que una categoría de relaciones sociales se encuentra regulado dentro de los campos de operación de dos o más cuerpos de normas jurídicas” (Fajardo, 2006, pág. 565). De acuerdo con (Berraondo & otros (2006), La pluriculturalidad está arraigada “en la dimensión Plurinacional de los pueblos indígenas, supone la reivindicación de un sentido autónomo y distinto, cosmovisionalmente divergente de entender los procesos y los sistemas normativos.” (p. 89)

El pluralismo jurídico ahora se reconoce claramente como una característica real de muchos Estados a nivel mundial. Sin embargo, las actitudes entre los profesionales del derecho y las elites políticas tardan notoriamente en cambiar, para ver con buenos ojos este desafío.

Desde principios de la década de 1990, las reformas “multiculturales” o “pluriculturales” de las constituciones latinoamericanas han favorecido cada vez más el reconocimiento oficial del pluralismo jurídico (la existencia de más de un



orden jurídico en el mismo espacio) y han creado jurisdicciones especiales del derecho indígena. (Mayén, 1995, pág. 83)

Antes de estas reformas constitucionales, el legado del colonialismo y el racismo significaba que los Estados marginaban o incluso criminalizaban el derecho indígena. En Guatemala, pese a que las formulaciones constitucionales para reconocer el pluralismo jurídico son relativamente débiles, en los últimos años ha habido una creciente aceptación del derecho de los pueblos indígenas a ejercer sus propias formas de resolución de disputas dentro de sus comunidades. Estos cambios reflejan tendencias en el pensamiento internacional sobre el desarrollo que considera los sistemas de justicia no estatales como un factor importante para aumentar el acceso a la justicia para las poblaciones marginadas.

Es de reconocer que, en años recientes, los pueblos indígenas de todo el mundo han hecho campaña durante décadas por sus derechos colectivos. El cambio hacia el reconocimiento legal de sus ordenamientos de justicia es, por lo tanto, un avance político significativo. Los reclamos de los pueblos indígenas por la autonomía de sus sistemas de justicia están inextricablemente vinculados a sus reclamos más amplios de autonomía política, derechos a la tierra y formas alternativas de desarrollo socioeconómico, esto considerando que las concepciones de política y economía, varían bastante entre el derecho indígena y el derecho estatal occidental.

La relación a tres bandas que Occidente propone entre Estado-Nación-Ciudadanía, es una lógica ausente, inexistente para los pueblos indígenas. En la lógica cosmovisional indígena no hay un Estado que defina quién es ciudadano y quién no; ni una máquina territorial que establezca las formas de adscripción a un territorio a través de una lógica imaginada que diseña fronteras rígidas y aritméticas que delimitan que fuera de su ámbito de demarcación no hay posibilidad para los juegos de soberanía. Tampoco hay una Nación orientada a conectar el territorio estatal con la ciudadanía, a partir de esa extraña virtud que es la lealtad (nacional). Estas categorías y relaciones, fundantes en la lógica cultural de Occidente, son ropajes sin sentido para las cosmovisiones indígenas. Tampoco existe una concordancia en las matrices de sentido y en las causas finales a las que apuntan y aspiran estas

diferentes lógicas culturales: la productividad a la que aspira la lógica del capitalismo tardío occidental, muta en necesaria sostenibilidad proyectada desde la importancia de los territorios y recursos naturales como fustes de la lógica cultural indígena; la individualidad posesiva y la pasión por el consumo (sin pretensiones de mostrarlos como fallas o disvalores de Occidente) no tienen una correspondencia adecuada en identidades cosmovisionales netamente colectivas; la (post)-industrialidad occidental como rotor y dinámica cultural, tiene referencias naturales en la lógica indígena; la pasión por la comercialización, como mecanismo de intercambio, se expresa como subsistencia en la lógica indígena; la racionalidad ilustrada, en espiritualidad no monacal; la lógica incesante por la obtención de resultados en Occidente, en la necesidad por hacer y entender las dinámicas y los procesos de cada cultura, etc. Con ello se evidencia la fractura, la sima, que se abre entre una lógica cultural y otras, entre una forma de vida y las otras, manifestándose, a su vez, la dificultad para la construcción de puentes interculturales que permitan la comprensión entre dos lógicas antagónicas —según algunas calificaciones—, o diferentes y yuxtapuestas, —según otras—. (Berraondo & otros, 2006, pág. 91)

Es notorio que, los reclamos de los pueblos indígenas por la autonomía de sus ordenamientos de justicia están inextricablemente vinculados a sus reclamos más amplios de autonomía política, derechos a la tierra y formas alternativas de desarrollo. Y, aunque los Estados latinoamericanos han reconocido en diversos grados, los ordenamientos de justicia indígena, continúan siguiendo caminos de desarrollo que son altamente perjudiciales para los derechos de los pueblos indígenas y para su supervivencia continua.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, el foco de gran parte del debate sigue estando en cómo coordinar diferentes sistemas legales y asegurar que el derecho indígena respete las nociones de derechos humanos aceptadas internacionalmente. Las controversias se han centrado en los límites apropiados de la jurisdicción personal, material y territorial del derecho indígena: a quién, dónde y a qué tipo de disputas debería



aplicarse. También están en discusión los tipos de procedimientos de resolución de disputas utilizados por las comunidades indígenas.

Los formuladores de políticas y los representantes indígenas han debatido los tipos de mecanismos secundarios o de apelación que deberían existir para resolver conflictos entre diferentes jurisdicciones indígenas, o entre la ley indígena y la ley estatal. Sin embargo, en lugar de abrir un debate sobre la naturaleza de los sistemas legales nacionales en su conjunto, las élites nacionales han tendido a centrarse estrechamente en la compatibilidad de las prácticas de justicia indígena con las normas constitucionales y de derechos humanos aceptadas. Esto ha llevado a los críticos de las reformas multiculturales a preguntarse si los esfuerzos de coordinación equivalen a poco más que un intento de subordinar las formas de justicia indígena a los paradigmas hegemónicos de la legalidad liberal. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 47)

2.6 Equilibrio jurídico

El equilibrio es “un estado en el que las fuerzas o acciones opuestas están equilibradas de modo que una no es más fuerte o mayor que la otra” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 55). El equilibrio jurídico entre el sistema jurídico estatal y el orden jurídico indígena guatemalteco podría alcanzarse mediante la promulgación de una ley de coordinación (ley de deslinde jurisdiccional), donde se establezcan mecanismos de coordinación, cooperación y complementariedad entre las diferentes formas de derecho. Al respecto, plantea Stavenhagen (2000):

...la posibilidad de referirse a los Estados plurinacionales desde dos perspectivas de nacionalidad: una cívica, que considera a las personas que habitan legalmente en el territorio, independientemente de sus características étnicas, formalizada con la ciudadanía otorgada por el Estado; y otra, caracterizada por atributos culturales étnicos de las naciones que dan sentido de pertenencia a sus miembros. En esta, la nacionalidad se hereda y cuenta más la pertenencia cultural que la ciudadanía formal; ... (p. 118)

A la vez, donde también se comprometa al Estado a fortalecer el derecho indígena, a garantizar la igualdad y el respeto mutuo entre las diferentes jurisdicciones. Acción que

debería complementarse con la creación de un tribunal de competencia jurisdiccional plurinacional. Órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre los conflictos entre las diferentes jurisdicciones y competencias que conforman el derecho estatal y el derecho indígena. Sobre esto, De Sousa (2007), opina que:

Los países multinacionales, no pueden tener un sistema jurídico unitario. Este debe ser unificado, pero no uniforme. De nuevo, se trata de la idea de que debe haber, por lo menos, dos sistemas jurídicos: uno eurocéntrico y uno indocéntrico, que no están totalmente separados porque eso sería peligroso para la unidad del Estado. Hay que crear formas de convivencia, que pueden ser, por ejemplo, un nuevo tribunal constitucional idóneo, una corte constitucional idónea, y ella misma plurinacional, intercultural y postcolonial, con capacidad para resolver conflictos. (p. 24)

Al mismo tiempo, otro lugar importante y crucial para fomentar el respeto y la convivencia coordinada o cooperativa entre la justicia estatal y la justicia indígena son las instituciones educativas. El apoyo a la educación jurídica sobre el ordenamiento legal indígena, los programas de educación universitaria en derecho indígena y la creación de instituciones educativas enfocadas en el estudio del derecho indígena pueden ser una herramienta importante para avanzar en el arduo trabajo de enseñar, aprender y trabajar de forma coordinada entre el sistema de justicia estatal y el derecho indígena. El desconocimiento de los jurisconsultos, abogados y de la población en general, sobre lo que es en realidad el derecho indígena, es el origen de diversas controversias innecesarias (como la aplicación errónea de sus normas y preceptos), que dificultan la coexistencia positiva de ambos sistemas de justicia.

La promulgación de instrumentos legales internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha sido de gran utilidad para que los sistemas jurídicos estatales aprendan a reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho a la autodeterminación y a revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras su historia, lengua y cultura, entre otros derechos importantes.



Las organizaciones indígenas presentes en los foros de la ONU y otros organismos especializados, así como posteriormente en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, presentaron sólidos alegatos en torno a las violaciones históricas de sus derechos a la libre determinación como pueblos, cometidas por los imperios coloniales, los Estados pos-coloniales y más recientemente por actores no estatales como las grandes empresas transnacionales. Sus argumentos se fueron consolidando a lo largo de su participación cada vez más estructurada en foros multilaterales como la cumbre de Rio sobre el Medio Ambiente (1992), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena 1993) y la Conferencia contra el Racismo y la Discriminación (Durban 2001). La ONU también acogió con el tiempo la demanda de las organizaciones indígenas de crear un Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas en el marco del Consejo Económico y Social y la creación del mandato del Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas por la Comisión de Derechos Humanos (que fue sustituida en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos). (Berraondo & otros, 2006, pág. 45)

Siguiendo esta línea de acción, bien puede corresponder a la comunidad del derecho internacional regular mejor la situación jurídica óptima de la convivencia equilibrada entre derecho estatal y derecho indígena, para fomentar su interacción óptima en los Estados de población multiétnica y pluricultural, como es el caso de Guatemala.

2.7 Conflictos del derecho indígena en Totonicapán

La práctica del derecho indígena en Totonicapán, al igual que en el resto del territorio nacional se afronta a ciertos conflictos con el derecho oficial. Se argumenta que el pluralismo jurídico podría usarse como una especie de justificación que permita cualquier tipo de castigo o práctica, en nombre del respeto a la multiculturalidad. Quienes sostienen este argumento, se basan en el hecho de que existen numerosas leyes y prácticas indígenas del municipio de Totonicapán, que entran en conflicto directamente con sus contrapartes estatales oficiales. Por ejemplo, en la cultura indígena k'iche' es común el castigo corporal del delincuente, no obstante, esta práctica contradice lo establecido por los derechos humanos occidentales.

En este punto, Albarrán (2019) coincide, al argumentar que:

Es común encontrar incompatibilidades entre las penas establecidas por la justicia indígena y el derecho positivo, un ejemplo de ello es la excepcionalidad de la pena restrictiva de libertad de tránsito (cárcel) en los sistemas jurídicos de pueblos indígenas, otra discordancia con el derecho positivo es que, dependiendo de grado de transculturación, en algunas etnias aún se llegan a prever como sanción los azotes, los palos y las penas infamantes por considerarse ejemplificadoras e incluso formadoras de la educación cívica de sus menores de edad, por lo que es menester, en cuanto a la aplicación de penas, que se flexibilicen las restricciones y se establezca el parámetro adecuado de actuación de los sistemas jurídicos indígenas, dentro del marco de los derechos humanos sin violentar su cosmovisión. (p. 126-127)

El sistema legal oficial y el derecho indígena totonicapense también difiere en su enfoque sobre la culpabilidad y la penalización. En los órganos jurisdiccionales oficiales, la motivación y la intención son factores determinantes importantes para determinar la culpabilidad y, por ende, establecer el castigo, pero suelen ser menos importantes para los tribunales indígenas. Así, los castigos impuestos por el derecho indígena totonicapense generalmente se centran más en los resultados para la víctima (reparación o restauración), que en el análisis de la intención del delincuente. De igual forma, bajo la legislación indígena a menudo no existe el derecho de apelación, por lo que el fallo final se emite dentro de un juicio corto sin derecho a apelar la sentencia por parte del sentenciado.

Otra manifestación de sistemas legales en conflicto es el trato un tanto discriminatorio o devaluativo hacia los niños y las mujeres. En la cultura indígena k'iche' de Totoncapán, es usual que "los niños no tengan derecho a expresar su opinión respecto a las decisiones que los adultos a su cargo tomen sobre asuntos que conciernan a su crianza o modo de vida" (Ordóñez, 2012, pág. 47), lo que contradice los principios de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, sobre la importancia de la opinión del niño o adolescente. En relación a las mujeres, por tratarse de una sociedad patriarcal, su papel se considera más



de tipo doméstico, por lo que, se le restringen las oportunidades de participación civil y de desarrollo personal (estudiar o ejercer una profesión no es una prioridad).

Una discrepancia más es la falta de castigos preestablecidos (como los estipulados en el Código Penal). Pues, el sistema jurídico indígena a menudo tampoco no especifica castigos estandarizados para ciertos delitos. De ahí que, los juzgadores terminan imponiendo castigos diversos en cada caso, dependiendo de las circunstancias percibidas en cada situación. También vale la pena señalar que la presencia de leyes indígenas y estatales al mismo tiempo, aunado a la falta de aval de los fallos judiciales emitidos por las autoridades indígenas, de parte de los tribunales oficiales, plantea la posibilidad de "doble incriminación", según la cual un individuo puede ser castigado dos veces por el mismo delito, tanto bajo el derecho estatal como bajo el derecho consuetudinario indígena. Albarrán (2019), confirma esta problemática a nivel internacional, indicando que: "...el Estado nuevamente demerita la capacidad de pueblos indígenas para ejercer sus sistemas jurídicos pues presupone la necesidad de vigilancia estatal y resta valor al reconocimiento de su autonomía." (p. 124)



CAPÍTULO III

EL DERECHO INDÍGENA Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

3.1 Coexistencia

De acuerdo con la tendencia del pluralismo jurídico los sistemas nacionales de justicia deben construirse de manera holística e integral, abarcando los sistemas de justicia estatales, los sistemas de justicia indígenas, así como, diversos instrumentos políticos, sociales y otros instrumentos legales y todo esto con el fin de fortalecer las posibilidades de alcanzar los objetivos previstos.

El pluralismo desde una perspectiva de igualdad reconoce además del derecho oficial la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional. (Laguna Delgado & otros, 2020, pág. 382)

Las costumbres jurídicas indígenas son parte de la cultura humana o incluso del patrimonio humano, por tanto, no se deben perder. Y pese a que, el mundo cambia constantemente debido a la globalización, a la llegada de nuevas tecnologías y a nuevos estilos de vida. Los instrumentos indígenas existen desde hace mucho tiempo y expresan la sabiduría común de generaciones de pueblos indígenas y, como tales, deberían recibir aún más atención. Por lo tanto, el pluralismo jurídico es una buena respuesta y un medio para conservar la diversidad cultural dentro de las sociedades contemporáneas y garantizar una diversidad de leyes dentro de una sociedad determinada y en todo el mundo.

En el último caso, los objetivos de la justicia transicional pueden ser múltiples y no limitarse sólo a castigar a los perpetradores, aunque es difícil imaginar una justicia transicional exitosa sin alguna forma de responsabilidad de los perpetradores. La perspectiva de las víctimas es crucial aquí y su voz debería ser decisiva. Esa voz puede expresarse a través de los canales de justicia indígenas. Es importante tener en cuenta que la actitud occidental hacia la justicia no necesariamente tiene que ser superior a los



conceptos de justicia indígena o tradicional. El uso de mecanismos de justicia indígena es cada vez más popular y no sólo para la resolución clásica de disputas sino en el marco de la justicia transicional como respuesta a crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

El modelo de justicia estatal y los instrumentos indígenas deben considerarse complementarios y suplementarios. Dependiendo de la voluntad de la población, especialmente teniendo en cuenta las voces y necesidades de las víctimas, un modelo de justicia transicional híbrido puede tener resultados retributivos, disuasorios y restaurativos. Existe un apoyo creciente a favor de combinar modelos consuetudinarios con modelos occidentales para formar una especie de pluralismo de derecho estatal, en el que el derecho estatal oficial acepta tanto el derecho consuetudinario como las leyes modernas de protección a los derechos humanos. El hecho es que, en el marco de la justicia transicional de la vida real, elementos de ambos sistemas de justicia (estatal e indígena) son y pueden ser necesarios para lograr los objetivos previstos. Esto demuestra nuevamente que en la práctica el mejor modelo es que esos sistemas se complementen entre sí.

La función complementaria de los sistemas de justicia indígena y formal también puede lograrse mediante un modelo similar al modelo adoptado por los Estados Unidos de América hacia el sistema de justicia nativo, donde este segundo existe dentro del sistema de justicia estatal con su jurisdicción claramente delimitada. La regla es que la jurisdicción de esos dos sistemas está dividida y ninguno de ellos puede invadir la jurisdicción del otro. Puede parecerse en parte a la independencia de los diferentes sistemas de justicia estatales. Así que tal vez la mejor solución sería una independencia paralela con algunos vínculos con el sistema de justicia estatal, como el derecho a apelar ante los tribunales estatales. Aun así, algunas partes de la justicia indígena probablemente deberían quedar fuera del control del Estado. Sobre la base de la soberanía indígena, deberían ser las comunidades indígenas las que tengan la última palabra sobre este tema.

En el modelo híbrido de sistema de justicia, los mecanismos de justicia indígena deben ajustarse en cuanto sea necesario y respetar los derechos humanos

internacionales porque sólo de esta manera se puede preservar el estado de derecho y un orden social justos y estables (el respeto por los derechos humanos por todo tipo de administración de justicia está regulado en el Artículo 34 de la Declaración de la ONU). Siempre hay que recordar que los Estados son responsables de respetar, garantizar y cumplir los derechos humanos y, al reconocer las prácticas y costumbres indígenas incompatibles con tales deberes, los Estados pueden ser considerados responsables de las vulneraciones que puedan derivar de ello.

Sin embargo, al considerar las relaciones mutuas entre las formas estatales de justicia y los derechos humanos, por un lado, y la justicia indígena, por el otro, hay que recordar la autonomía de los pueblos indígenas y su derecho a la autodeterminación debe tratarse como un importante principio interpretativo y un instrumento que configura la perspectiva hacia los pueblos indígenas. Esto podría conducir a una implementación menos formalista y más modificada de, por ejemplo, las garantías de un juicio justo sin socavar las leyes indígenas. En otras palabras, en esa fusión de ambos derechos (el estatal con el indígena), debe prevalecer un compromiso claro con los derechos humanos acompañado de un compromiso demostrado también con la diversidad cultural.

3.2 Relación

La relación del derecho indígena con los derechos humanos debería considerarse de cooperación y no de vulneración del primero hacia el segundo. Esto, considerando que, a pesar de todos los avances positivos en el establecimiento de normas internacionales de derechos humanos, los pueblos indígenas continúan enfrentándose a graves abusos de derechos humanos en el día a día. “La situación de derechos humanos a la que se enfrentan los pueblos indígenas de todo el mundo pone de manifiesto la necesidad desesperada de que los derechos de estos pueblos se reconozcan como principio y se respeten en la práctica.” (Anmistía Internacional, 2006, pág. 2)

Las cuestiones de violencia y brutalidad, las continuas políticas de asimilación, la marginación, el despojo de tierras, la expulsión o reubicación forzada, la negación de derechos sobre la tierra, los impactos del desarrollo a gran escala, los abusos de las fuerzas militares y los conflictos armados, y una serie de otros abusos, son una realidad



para las comunidades indígenas de todo el mundo. A este respecto, Amnistía Internacional (2006), reconoce que:

Viendo cómo se les niega una protección justa y adecuada mediante la ley, los pueblos indígenas de todo el mundo se enfrentan a la amenaza de ser desarraigados de las tierras y los recursos naturales fundamentales para su economía tradicional y para la forma de vida que hace de ellos lo que son. Demasiado a menudo, las consecuencias son el empobrecimiento, la mala salud y los abusos. (pág 3)

Los pueblos indígenas frecuentemente expresan su preocupación por la discriminación sistémica y el racismo manifiesto por parte del Estado y sus autoridades. Esta discriminación se manifiesta de diversas maneras, como interrogatorios frecuentes e innecesarios por parte de la policía, actitudes condescendientes de los profesores hacia los estudiantes o mala educación por parte de una recepcionista en una oficina gubernamental. En su forma más extrema, estas formas de discriminación conducen a graves violaciones de los derechos humanos, como asesinatos, violaciones y otras formas de violencia o intimidación. Estas formas de discriminación suelen ser difíciles de cuantificar y verificar o simplemente no están documentadas por las autoridades o no están desglosadas por origen étnico. Las leyes y la información sobre derechos humanos frecuentemente no son accesibles en lenguas indígenas, por lo que, los pobladores indígenas pueden incluso no saber cuándo se están violando sus derechos.

La situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Guatemala tiene que ser considerada en el marco de los Acuerdos de Paz de 1996 que pusieron fin a un conflicto armado interno de más de 30 años de duración. Para implementarlos, el Gobierno ha tomado diversas medidas que pese a constituir pasos significativos, resultan ser poco efectivas e insuficientes; debido a la ausencia de recursos que les son asignados y de débil voluntad política para llevarlas a cabo.

Uno de los problemas fundamentales que aquejan a los pueblos indígenas es el relativo derecho a la tierra. La falta de acceso a la tierra, la falta de resolución de demandas agrarias, la falta de respeto a los territorios tradicionales, tales como: los bosques comunales, los desplazamientos forzados de pueblos indígenas resultado

de proyectos de desarrollo económico, y problemas derivados de la pérdida de sus tierras a raíz del conflicto armado, configuran un panorama de crecientes tensiones sociales.

Particularmente precaria es la situación de las mujeres indígenas. La situación de los pueblos indígenas en relación con el acceso a la justicia es otro tema preocupante. Si bien el Gobierno ha tomado distintas medidas para extender el sistema de administración de justicia en todo el país, especialmente en las zonas indígenas, la cobertura es aún insuficiente.

Los pueblos indígenas se quejan de las dificultades de acceso a los juzgados y tribunales, de discriminación contra su derecho consuetudinario y de la falta de intérpretes en lenguas indígenas en los tribunales, así como de defensores de oficio.

En el campo de la educación, cuestión prioritaria para los pueblos indígenas, a pesar de los esfuerzos realizados por el Gobierno para proporcionar educación bilingüe e intercultural, no hay aún suficientes maestros capacitados y los demás recursos educativos son inadecuados. Las escuelas carecen de textos y otros materiales pedagógicos, especialmente en las zonas rurales, en las cuales viven los indígenas.

Las cifras de escolarización, sobre todo de las niñas indígenas, siguen siendo bajas en comparación con el resto de la población infantil, un hecho preocupante que prolonga en el futuro los patrones de exclusión y discriminación. (Marcos, 2015)

Los defensores indígenas de los derechos humanos, comúnmente son considerados terroristas por promover y proteger aquellos derechos garantizados en tratados internacionales desde hace décadas. Los pueblos indígenas se han enfrentado con frecuencia a detenciones debido a la criminalización de las actividades de protesta social. Una de las deficiencias más graves en la protección de los derechos humanos en los últimos años es la tendencia hacia el uso de la legislación y el sistema de justicia para penalizar y criminalizar las actividades de protesta social y las demandas legítimas realizadas por organizaciones y movimientos indígenas en defensa de sus derechos.



Los dirigentes y las comunidades indígenas que defienden sus derechos o insisten en utilizar tierras codiciadas por otros sufren intimidación y violencia, a menudo con la colaboración del Estado. En muchos casos, el apoyo pacífico al derecho de un pueblo o una minoría étnica indígena a mantener su propia identidad cultural o ejercer la libre determinación se califica de traición o de apoyo al terrorismo, y trae consigo un trato violento por parte de las autoridades. (Anmistía Internacional, 2006, pág. 3)

Por lo que, es necesario que las instituciones especializadas en la defensa de los Derechos Humanos colaboren entre sí con las autoridades y líderes indígenas para abordar la situación mediante el seguimiento, la mediación, el análisis y la provisión de recomendaciones concretas para la protección efectiva de los defensores indígenas de los derechos humanos.

A pesar de los esfuerzos realizados durante los últimos años para mejorar las condiciones y aumentar el reconocimiento de los derechos indígenas a través de leyes y políticas, litigios, diálogo nacional y mejores oportunidades de liderazgo, la plena aceptación y respeto de los derechos humanos indígenas sigue siendo difícil de alcanzar aún dentro de la administración de gobierno. Desde tal perspectiva, es evidente que los más interesados en lograr un verdadero respeto de los derechos humanos son los mismos pueblos indígenas quienes han sido vulnerados en sus derechos humanos por parte del propio Estado y del sistema jurídico oficial. Siendo necesario que, los gobiernos establezcan mecanismos y procesos para el diálogo y consultas integrales con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado en relación con cualquier proyecto que tendrá un impacto en sus territorios y recursos; además de adoptar otros mecanismos de gobierno que fomenten el respeto a los derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y a una vida digna, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

3.3 El derecho internacional y su injerencia

Los pueblos indígenas de todo el mundo han recorrido un largo camino y después de un largo tiempo de inexistencia jurídica y política, no sólo han reaparecido como actores en el escenario internacional, sino que también han logrado gran reconocimiento

de sus derechos y cultura de vida. Algunos observan que este cambio ha coincidido con una tendencia más amplia de mayor participación de las bases en todo el mundo, y, en general, que las sociedades indígenas están ganando gradualmente reconocimiento legal internacional como sociedades distintas con derechos colectivos especiales.

Se puede decir que, en la década de 1980, el tono hacia las poblaciones indígenas en el derecho internacional cambió. Si bien, los documentos de legislación internacional aún profesaban objetivos finales de autonomía, el tono se volvió notablemente menos paternalista. El Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de 1989, fue un ejemplo notable. El tema fundamental del documento fue que los grupos indígenas poseen el derecho a vivir como comunidades distintas y perseguir sus propios objetivos. Aunque no fue ampliamente ratificado, el documento marcó un progreso significativo describiendo a las comunidades indígenas como "incapaces de disfrutar de sus derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en los que viven" (Organización Internacional del Trabajo, 1989). Pidió a los gobiernos que protejan los derechos de estos pueblos y "garanticen el respeto a su integridad" y que "tendrán derecho a decidir sus propias prioridades para el proceso de desarrollo en la medida en que afecte sus vidas, creencias e instituciones y el bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de otra manera" (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

Es importante destacar que el Convenio núm. 169 de la OIT también reconoció las costumbres e instituciones indígenas al tiempo que mantuvo el poder del sistema legal estatal: "Estos pueblos tendrán derecho a conservar sus propias costumbres e instituciones, cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema legal nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos." (Organización Internacional del Trabajo, 1989) El documento también demostró avances en la forma de enseñanza del idioma, y si bien se deben proporcionar medios para enseñar a los niños indígenas en ambos su lengua materna y nacional, ya no se profesa preferencia por la transición a esta última. Sin embargo, a pesar de este progreso, la utilidad del Convenio 169 de la OIT fue limitada, como lo demuestra su falta de ratificaciones.



La Declaración de Río de 1992 también reconoció a los pueblos indígenas como grupos distintos con un papel en el logro del desarrollo sostenible. La Declaración tenía como objetivo guiar el desarrollo sostenible futuro en todo el mundo, y con 172 gobiernos participando en su redacción, los académicos han descrito la Cumbre de Río como "la conferencia a nivel de cumbre más grande jamás realizada" (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 27). En el contexto de los grupos indígenas, la Declaración de Río tenía como objetivo promover "programas de desarrollo que respondan a las aspiraciones y necesidades reales de las poblaciones indígenas de la Amazonia y fomentar políticas que garanticen la participación directa de los grupos indígenas en la orientación de dichos programas" (Stavenhagen & otros, 2017, pág. 63). El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas también estableció un grupo de trabajo se le encomendó la tarea de redactar una declaración universal sobre los derechos de los pueblos indígenas, que resultó, en ese momento, en la respuesta intergubernamental más afirmativa hasta el momento a las reclamaciones de los pueblos indígenas: el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1993.

A diferencia de los documentos de la década de 1950, el Proyecto de Declaración tomó medidas considerables para enfatizar la igualdad de los pueblos indígenas y no indígenas, afirmando que los pueblos indígenas son iguales en dignidad y derechos a todos los demás pueblos y que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en o que defienden la superioridad de pueblos o individuos sobre la base del origen nacional, las diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, legalmente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas.

El Proyecto de Declaración otorgaba un peso considerable a la promoción de los derechos indígenas autonomía en contraposición a la integración. Poseen el derecho de establecer sus propios medios de comunicación en sus propios idiomas, pero también de acceder a formas de medios de comunicación no indígenas, así como a la "dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones adecuadamente, reflejado en todas las formas de educación e información pública" (Berraondo & otros, 2006, pág. 75). Lo más sorprendente es que el Proyecto de Declaración señalaba el "derecho a la

autonomía o al autogobierno en asuntos relacionados con sus asuntos internos o locales, incluida la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación y la salud.” (Berraondo & otros, 2006, pág. 76) Dicha autonomía continuaría desarrollándose a través de otras iniciativas internacionales en las próximas décadas.

El final del siglo XX también vio otros avances notables en la tendencia hacia un mayor reconocimiento de los derechos indígenas. En 1989, por ejemplo, ocho partes latinoamericanas del Tratado de Cooperación Amazónica acordaron crear una Comisión Especial sobre Asuntos Indígenas, y en 1993, se celebró como el Año Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo. La Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas para que sirva como órgano asesor del Consejo Económico y Social, que tiene el mandato de discutir cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, educación, salud y derechos humanos. Hasta la fecha, tres conferencias internacionales han destacado los derechos indígenas; de igual forma, la Organización de Estados Americanos comenzó a involucrarse con los derechos indígenas en la década de 1990 después de una falta de acción previa.

Sin embargo, el punto culminante del reconocimiento legal de la autonomía indígena, hasta la fecha, sigue siendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) de 2007. Dos décadas de difíciles negociaciones dieron como resultado un documento que, si bien no vinculante (como ocurre esencialmente con cualquier resolución aprobada por la Asamblea General), proporciona el instrumento internacional más completo hasta la fecha que reconoce a los grupos indígenas como titulares de derechos humanos.

La Declaración refleja muchos elementos del Proyecto de Declaración, particularmente en términos de igualdad de todas las personas. También enfatiza la autonomía; por ejemplo, el Artículo 3 establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho, determinan libremente su estatus político y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural" (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 81). También tienen derecho a no ser sometidos a asimilación forzada o destrucción cultural, y a determinar su propia



identidad de acuerdo con sus costumbres o tradiciones. Como lo representa la Declaración, se puede decir con justicia que en la actualidad los grupos indígenas disfrutan de un reconocimiento legal internacional de su autonomía significativamente mayor que en décadas pasadas.

3.4 Abuso de poder

El abuso de poder se entiende como el mal uso deliberado de una posición política en beneficio del poder mismo, y el uso de la misma para la discriminación institucional y el maltrato de grupos disidentes y marginados. Las formas más comunes de liderazgo autoritario incluyen las dictaduras y el totalitarismo. En otras palabras, es el mal uso de una posición de autoridad para aprovecharse de otra persona u organización. Cuando el abusador es un actor o sistema gubernamental, denota una dinámica de poder en la que un funcionario o agencia gubernamental usa su autoridad para beneficio personal (por ejemplo, socavando el poder de aquellos en la oposición) esperando que el orden jurídico no se aplique a ellos porque tienen el poder de controlarlo o manipularlo.

La responsabilidad de los líderes indígenas es cuidar de su pueblo y de su comunidad. Es una responsabilidad colectiva que eclipsa las necesidades individuales. Los líderes indígenas son muy respetados en sus comunidades por su conocimiento de la lengua, las historias, las ceremonias, los rituales y los relatos indígenas. Los líderes indígenas eficaces utilizan las lecciones aprendidas del pasado para abordar los problemas actuales, al tiempo que visualizan la mejor manera de preparar a sus pueblos y comunidades para el futuro. Los líderes eficaces apoyan a su gente, los reúnen para obtener sus conocimientos, escuchan eficazmente y toman decisiones con el apoyo de la gente.

No obstante, uno de los problemas comunes que se afronta en el liderazgo indígena es el abuso de poder por parte de los líderes comunitarios. Una de las razones por las que esto ocurre es porque se eligen líderes que no han tenido mucho poder en sus vidas y cuando asumen su nuevo puesto no saben cómo hacerlo de forma adecuada para hacer frente a la tremenda responsabilidad que conlleva la autoridad que se les ha otorgado. Otro factor influyente es que algunos líderes han estado en el poder durante bastante tiempo, por lo que, abusan del poder de mando y decisión que se les ha

concedido, lo que se agrava cuando no existen controles y equilibrios adecuados sobre sus acciones.

En cuanto a las decisiones judiciales que se deben tomar en la justicia indígena, es importante darse cuenta de que no todas las "costumbres" son necesariamente auténticas o culturalmente legítimas; a veces pueden ser adoptadas por líderes indígenas poderosos para sus propios fines políticos. Desde este punto de vista, es necesario que la comunidad implemente mecanismos de supervisión de las acciones de sus líderes, a fin de evitar posibles irracionalidades o actitudes negativas de las autoridades comunales indígenas hacia los pobladores, como es el caso el cobro de excesivas o injustificadas multas por supuestas faltas o delitos cometidos por algún miembro de la comunidad.

3.5 Violación a los Derechos Humanos

Los derechos humanos básicos deben garantizarse a todos los indígenas, así como a todos los demás miembros de la sociedad. No obstante, algunas normas consuetudinarias del derecho indígena implican un trato o castigo inaceptable o inhumano hacia los imputados, lo que, a perspectiva de los juristas defensores de la ley estatal, no puede tolerarse y mucho menos reconocerse. Existen numerosas leyes y prácticas indígenas que entran en conflicto directamente con sus contrapartes estatales oficiales.

Hay varias prácticas que, según la legislación indígena, se considerarían apropiadas, pero que son condenadas por la legislación estatal por ser altamente ofensivas. Una de esas prácticas tradicionales es una especie de exilio, que consiste en rechazar o excluir a las personas de la sociedad para prevenir comportamientos desviados, proporcionando un momento y un lugar para que los delincuentes reflexionen sobre sus crímenes y decidan reformar su comportamiento antes de ser reintegrados armoniosamente a la comunidad. En referencia a ello, Córdor (2009), argumenta:

- a) El uso indiscriminado de la violencia al momento de aplicar la justicia indígena, sea como medio para obtener pruebas o como sanción. En el último caso, normalmente este tipo de sanciones acarrear violaciones a derechos.



fundamentales de la persona, y en casos extremos linchamientos y asesinatos. Opiniones autorizadas en el tema consideran que estos casos desbordan el sentido de justicia indígena, es decir, son excepcionales. Generalmente los linchamientos se producen contra personas externas a la comunidad y representan una respuesta última ante la inacción de las autoridades estatales. Por lo tanto, es apresurado concebir este tipo de actos como partes integrales del sistema de justicia indígena, requiriéndose mayores investigaciones sobre el tema desde una perspectiva intercultural. (Págs. 28-29)

En relación a la posición y el poder que ejercen las mujeres en relación con los hombres en las sociedades indígenas tradicionales, no hay duda de que las mujeres indígenas han sido particularmente vulnerables a la discriminación o patriarcado. Son víctimas de la mayor parte de la violencia doméstica que se produce en algunas comunidades aborígenes. Se ha sugerido que el abandono de las tradiciones y leyes indígenas puede contribuir a mejorar las condiciones de vida de las mujeres indígenas.

Los defensores de la ley estatal sostienen que debería haber una sola ley para todos y que el objetivo debería ser la igualdad social para los indígenas dentro del concepto de unidad e integración racial. Otra posición similar es que ahora ya es demasiado tarde para reconocer las leyes consuetudinarias indígenas porque han dejado de existir de forma significativa. Hay que tener cuidado de no crear una ley sintética que no sea ni aborígen ni australiana.

En cuanto a la tendencia de la legislación indígena de imponer sanciones penales de menor castigo que las reguladas por la ley estatal, existe la posibilidad de que un pequeño sector se salga con la suya o evite el castigo normalmente exigido por la legislación estatal basándose en el argumento que pertenecen a alguna comunidad indígena y por tanto están sujetos a esta jurisdicción. Por ejemplo, al castigar un homicidio la ley estatal, en el Código Penal (Congreso de la República, 1973), fija una pena de prisión 15 a 40 años, mientras que, el derecho indígena podría considerar como suficiente un resarcimiento económico y el perdón de la familia de la víctima; por consiguiente, cualquier persona culpable de este delito podría argumentar que pertenece

a determinada comunidad indígena a fin de que lo juzguen bajo esta norma de aparente mayor beneficio respecto a la penalización del ilícito cometido.

Las leyes estatales también generalmente se oponen a ciertas formas de tratamiento del orden jurídico indígena hacia las mujeres. Pues en algunos casos, el sistema de patriarcado indígena desalienta y disuade profundamente a las mujeres de presentar un reclamo o denuncia en el foro apropiado, por posibles violaciones a sus derechos humanos; así mismo, el testimonio femenino a menudo está más restringido en el tiempo y alcance, considerando que su intervención en sociedad está sujeta a ciertos prejuicios como el machismo o la discriminación de género. Por otra parte, las culturas indígenas valoran la edad y la sabiduría, por lo que prescriben castigos más severos (que entran en conflicto con los preceptos legales occidentales y el derecho internacional como la inimputabilidad de los menores de edad), para aquellos niños o adolescentes que vulneren sus leyes consuetudinarias.

3.6 La justicia estatal o indígena

Un sistema legal es el marco de reglas, procedimientos e instituciones que una comunidad utiliza para interpretar y hacer cumplir sus leyes. Un sistema legal vinculante para todas las disputas legales dentro de su jurisdicción. Este conjunto de reglas y regulaciones son impuestas y administradas de forma única y exclusiva por el Estado. Las leyes impuestas por el Estado pueden ser promulgadas por un grupo legislativo o por un solo legislador, lo que da como resultado estatutos; por el ejecutivo mediante decretos y reglamentos o establecido por jueces a través de precedentes jurisprudenciales. Un sistema de derecho estatal se basa en códigos legales integrales que contienen todas las leyes del país; y la jurisprudencia, es decir, las decisiones judiciales, es guiada y regulada por estos códigos.

El sistema de justicia estatal de Guatemala se caracteriza por ser plenamente escrito, es de tipo jerárquico (ya que respeta la teoría monista de Hans Kelsen), donde la Constitución Política de la República de Guatemala o Carta Magna es el máximo ente rector de la administración de justicia.

La tesis central de la teoría de Kelsen hace mención que en virtud del monismo jurídico debe existir un solo sistema jurídico, centralizado y jerarquizado dentro de



un Estado de soberanía indivisible (Castro Miranda, 2020). Con esto Kelsen considera que el ordenamiento jurídico no está conformado por normas yuxtapuestas y coordinadas sino más bien señala que el ordenamiento jurídico tiene una forma piramidal donde existe una norma superior como norma fundamental descartando la existencia de un orden distinto que pretenda estar en la misma posición o le hiciera competencia. (Laguna Delgado & otros, 2020, pág. 384)

Se caracteriza por ser sumamente formal y codificado, siendo su fuente principal la ley y no la costumbre. Las desventajas que presenta respecto al sistema jurídico indígena son la excesiva formalidad y el mayor costo económico de los procesos conocidos en este sistema.

Por otro lado, el sistema jurídico indígena guatemalteco es de tipo consuetudinario, no posee legislación escrita ni mucho menos procedimientos preestablecidos.

La justicia indígena comprende varios elementos: un conjunto de normas propias (o derecho indígena), los mecanismos para hacer efectivas esas normas y la existencia de autoridades e instancias. Todos estos elementos articulados con una racionalidad y principios propios.

En cuanto a las normas que regulan la vida de los pueblos indígenas, éstas han sido denominadas como derecho consuetudinario, aunque se discute la idoneidad de ese término. Son normas no escritas generalmente, que en algunos aspectos pueden coincidir con normas del derecho occidental, pero en otros casos difieren. Tenemos por ejemplo las normas sobre brujería, inexistentes en el derecho occidental. Las creencias ideológicas y religiosas de los pueblos indígenas contribuyen a configurar las normas jurídicas que los rigen. (Córdor, 2009, pág. 22)

El derecho indígena en Guatemala, se distingue del derecho oficial, por las siguientes características:

- a) Se centra en la resolución de problemas, no el castigo.
- b) Existe una consideración deliberada por el bien público más amplio más allá de los intereses individuales.

- c) Requiere adjudicadores o mediadores capacitados y conocedores.
- d) No se puede convertir en fórmulas técnicas que se deben seguir de memoria sin pensar.
- e) Existe un proceso de razonamiento deliberado y planificado.
- f) Los razonamientos y decisiones jurídicas se consideran comunes o compartidos entre el colectivo.

3.7 ¿Quién tiene la razón?

Los defensores del pluralismo jurídico sostienen que es de reconocer la funcionalidad de los objetivos de justicia restaurativa de los castigos indígenas como más efectivos que las largas sentencias de prisión sistemáticas generalmente encontrados en los tribunales de sus naciones.

La justicia indígena representa también una respuesta a la problemática de las limitaciones existentes para el acceso al sistema de justicia ordinario por parte de los pobladores indígenas, en base a una serie de factores: altos costos económicos, poca celeridad en el proceso, corrupción, alta carga procesal, discriminación, desconocimiento de la lengua oficial, entre otros.

Los sistemas de justicia indígena representan una forma de justicia más eficiente y accesible para sus miembros. En primer lugar, reduce sustantivamente el costo económico de acceder al servicio de justicia formal; resuelven los casos de manera inmediata en comparación con los procesos en la justicia ordinaria; se busca resolver los casos con criterio de equidad; en general cuentan con la participación de todos los miembros de la comunidad, por lo que las decisiones tomadas revisten un alto grado de legitimidad; contribuye a una mayor cohesión social entre los miembros de la comunidad donde se aplica este modelo de justicia alternativa; reduce el índice de conflictos al interior del grupo humano en el cual este tipo de justicia existe y se aplica; y por último, reduce la abultada carga procesal de los operadores de justicia estatales. (Córdor, 2009, págs. 26-27)

De la misma forma, es evidente el cambio de dirección del derecho indígena guatemalteco hacia políticas sociales más modernas, llevando a una revitalización de su



sistema de justicia indígena en muchas comunidades y regiones. Las entidades de derecho indígena cada día van incorporando una variedad de elementos modernos, incluido el discurso sobre la importancia de la protección de los derechos humanos. Por ejemplo, en Santa Cruz del Quiché, activistas comunitarios k'iche's han restablecido la figura de la Alcaldía Indígena, una entidad de coordinación supracomunal de autoridades comunales indígenas que dejó de funcionar durante los peores años del conflicto armado. Hoy en día, la Alcaldía Indígena del Quiché trabaja para mediar en disputas y reducir la incidencia de linchamientos de presuntos delincuentes, basándose en discursos sobre la identidad maya pero también en paradigmas de derechos humanos universales y derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Si bien los discursos estratégicos y de identidad desplegados por los movimientos indígenas pueden describir los sistemas de justicia indígenas como destilaciones milenarias o estáticas de distintas visiones culturales del mundo totalmente separadas de las formas dominantes de derecho, en realidad son muy dinámicos e, invariablemente, internamente cuestionados. Las normas, autoridades y prácticas de los sistemas de justicia indígenas no sólo reflejan la relación cambiante de los pueblos indígenas con la sociedad dominante, sino que también reflejan cambios y tensiones dentro de las comunidades y movimientos indígenas en temas como los roles de género. Al respecto, Córdor (2009), afirma que:

Los sistemas de justicia indígena son sistemas institucionalizados, producto de prácticas y costumbres que emanan de las dinámicas sociales al interior de estos grupos. Representan asimismo una continuación de los sistemas de justicia aplicados por sus antecesores (los pueblos indígenas precoloniales), transmitidos de generación en generación (por lo general oralmente) hasta la actualidad, e influenciados en dicho lapso en mayor o menor medida por la tradición jurídica occidental, en la cual se enmarca la justicia ordinaria estatal. (pág. 23)

No obstante, la principal razón esgrimida para no reconocer el derecho consuetudinario es que el derecho consuetudinario debería ser inferior al derecho estatutario porque este último lleva el sello de un legislador formal. A diferencia del derecho escrito, el derecho consuetudinario no obtiene su autoridad a partir de actos

formales como la votación de una asamblea. Más bien, deriva su existencia y contenido de la aceptación social. Sin embargo, esta diferencia por sí sola no justifica una falta de respeto por los sistemas legales indígenas. Tanto el derecho escrito como el consuetudinario son creados por la actividad deliberada de los seres humanos. Además, no existe una línea clara entre el derecho consuetudinario y el normativo. La capacidad de las legislaturas para promulgar leyes depende, en última instancia, de la aceptación social de su poder para elaborar leyes. En otras palabras, el legislador deriva su poder del derecho consuetudinario. Además, los cuerpos de derecho que son principalmente consuetudinarios frecuentemente contienen procedimientos para la elaboración de leyes que equivalen o se aproximan a la legislación. A veces, en determinadas culturas del derecho consuetudinario, personas o grupos influyentes tienen el poder de cambiar las normas del derecho consuetudinario en momentos identificables.

El derecho consuetudinario se distingue del derecho escrito sólo por estar más estrechamente vinculado a la cultura de un pueblo que el derecho escrito. A diferencia del derecho escrito, el derecho consuetudinario no obtiene su autoridad a partir de actos formales como la votación de una asamblea. Más bien, deriva su existencia y contenido de la aceptación social. Sin embargo, esta diferencia por sí sola no justifica una falta de respeto por los sistemas legales indígenas. Tanto el derecho escrito como el consuetudinario son creados por la actividad deliberada de los seres humanos. En relación a este fenómeno, Eugen Ehrlich citado por (Laguna Delgado & otros (2020), sostiene que:

...el centro de gravedad del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma. Lo que se pretende plantear es la existencia de un derecho acorde a la realidad social de cada país donde se de apertura a la diversidad cultural y a la diversidad de comunidades que tienen derechos que deben ser respetados. (pág. 383)

Desde dicha perspectiva, no existe una línea clara entre el derecho consuetudinario y el normativo. La capacidad de las legislaturas para promulgar leyes depende, en última instancia, de la aceptación social de su poder para elaborar leyes. En otras palabras, el legislador deriva su poder del derecho consuetudinario. Además, los cuerpos de derecho



que son principalmente consuetudinarios frecuentemente contienen procedimientos para la elaboración de leyes que equivalen o se aproximan a las formas de vida cotidiana. Incluso, en determinadas culturas del derecho consuetudinario, personas o grupos influyentes tienen el poder de cambiar las normas del derecho consuetudinario en momentos identificables.

De esa cuenta, se puede afirmar que, todas las culturas, grandes y pequeñas, tienen regímenes legales de una u otra forma basados en costumbres. Los pueblos indígenas no son diferentes en este sentido. El derecho consuetudinario está presente en todas las situaciones de la vida cotidiana. Intrínsecamente conectado a la cultura del pueblo cuya conducta se supone debe regir, por consiguiente, está sujeto a cambios y modificaciones constantes. Por lo tanto, el término “consuetudinario” no se refiere a una ley antigua y estática. Más bien, el derecho consuetudinario, al igual que la cultura de la que surge, se adapta con el tiempo, dependiendo de la evolución de la sociedad y los cambios en el entorno que la rodea. Un ejemplo de ello es que, mientras que antes del conflicto armado todos los miembros de la Organización 48 Cantones de Totonicapán eran hombres, hoy en día, algunas mujeres han sido seleccionadas como alcaldesas comunales, y poco a poco se están empezando a abordar, o al menos a poner sobre la mesa de diálogo las cuestiones de discriminación de género, dentro de las decisiones comunitarias. Esto es, en parte, consecuencia de la participación de las mujeres indígenas en los movimientos sociales mayas en todo el país, pero también de las demandas dentro de las comunidades indígenas de que se respete la dignidad y la integridad física de las mujeres.

Como resultado, no existe una distinción significativa entre el derecho consuetudinario indígena y el derecho estatutario estatal. No hay ninguna razón por la que uno deba per se estar subordinado al otro. Entonces, ¿por qué en casi ningún lugar del mundo el gobierno oficial respeta y defiende el derecho consuetudinario indígena? Algunos responderían a esta pregunta simplemente refiriéndose a la jerarquía de las fuentes del derecho, diciendo que el derecho consuetudinario indígena normalmente sólo puede aplicarse si no entra en conflicto con el derecho estatutario del Estado. Argumentan que simplemente no puede haber dos sistemas legales en un estado, una

respuesta demasiado simplista. Es factible introducir un orden, mediante legislación o de otro modo, que respete dos sistemas jurídicos si existe voluntad política. Y cuando el sistema jurídico reconocido por las autoridades gubernamentales no excluye la aplicación de al menos aspectos del derecho consuetudinario de un pueblo indígena, los tribunales y las autoridades administrativas deberían poder aplicar esos aspectos. Aun así, en la mayoría de los casos no lo hacen.

Entonces, si el derecho consuetudinario indígena no es inferior a otros sistemas legales, y si es posible que tanto los legisladores como los tribunales traten las leyes indígenas como iguales en valor a otros sistemas legales, ¿cuál es la razón de la discriminación contra los sistemas legales indígenas? La posible respuesta parece ser que, no es el derecho consuetudinario como tal lo que se identifica como inferior, sino la cultura de la cual surge (a causa de los prejuicios y la discriminación). Esto, debido a que la mayoría de los pueblos indígenas fueron, durante gran tiempo, considerados una raza menos valiosa y sus culturas inferiores a las de los colonizadores. Y aunque hoy en día tales teorías son generalmente condenadas como científicamente falsas, partes sustanciales del orden jurídico creado en esa época permanecen, en los libros de derecho, así como, al menos inconscientemente, en el fondo de las mentes de quienes aplican la ley.

3.8 La constitución como excusa

El pluralismo jurídico se define generalmente como una situación en la que dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social. Y se produce en especial, cuando esa situación resulta de la transferencia o introducción de uno de los sistemas como un aspecto de una estructura política y una cultura introducidas. La teoría pluralista centra su visión en la relación entre el sistema jurídico oficial y otras formas de ordenamiento que se conectan con el sistema oficial, pero que están separadas de él.

El pluralismo jurídico significa la coexistencia de varios sistemas normativos, al margen de su reconocimiento legal o no del Estado nacional, lo que si es necesario es su existencia como sistema jurídico de un pueblo, que lo reconoce como válido y efectivo, dentro del Estado o del espacio geopolítico determinado (Díaz Ocampo & Antúnez Sánchez, 2018). El pluralismo desde una perspectiva de igualdad



reconoce además del derecho oficial la validez de normas de los diversos sistemas de derecho, su fuente en una comunidad especial que como tal conforma una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y, por tanto, tiene capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional (Hoekema, 1998). Esto implica la existencia de reglas que conciertan las competencias de dos o más derechos que convergen en el tratamiento de una situación. Es decir, se plantea como un enfoque del derecho que se contrapone en respuesta al monismo jurídico, el cual propugna como única y exclusiva normatividad al derecho estatal. (Laguna Delgado & otros, 2020, pág. 382)

El pluralismo jurídico puede existir de hecho sin el reconocimiento formal por parte del sistema jurídico dominante. Este fue el caso, de las leyes consuetudinarias indígenas en Guatemala, durante el período posterior a la conquista española. O puede existir de una manera formalmente reconocida, como es el caso de muchos países donde el sistema legal, comenzando por la Constitución, reconoce y avala el derecho consuetudinario indígena o el derecho religioso en el contexto de un sistema legal general introducido por la colonización.

Por otro lado, está la teoría monista que se sustenta en la idea filosófica de que toda la existencia está unificada en un solo tipo de orden legal. Es lo opuesto al pluralismo jurídico, pues considera que, un sistema jurídico debe fundamentarse sobre la base de una sola estructura jurídica, en la que la Constitución o Carta Magna es el ordenamiento jurídico supremo que rige sobre todas las demás leyes y ninguna de estas debe contrariar el contenido de la norma constitucional porque si no se considerarán nulas ipso jure.

Desde la visión monista del Derecho se concibe la ideología de que debe existir un solo sistema jurídico centralizado y jerarquizado que emane todo el poder como fuente única de derecho, considerando que los seres humanos iguales deben ser ciudadanos iguales sometidos a un único sistema de justicia con el fin de garantizar el orden y la unidad política del Estado, negando el reconocimiento del sistema de justicia de los pueblos indígenas. (Laguna Delgado & otros, 2020, pág. 384)

A criterio de los defensores de la teoría monista, para que Guatemala pueda ser un país con un sistema jurídico pluralista, antes debe reformarse la Constitución Política de

la República de Guatemala, en especial, el Artículo 203 que determina que “la justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República y que les corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado.” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985) Complementado con el Artículo 12, del mismo cuerpo legal, que al respecto regula lo siguiente:

Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente. (Asamblea Nacional Constituyente, 1985)

Desde dicha perspectiva monista, aparentemente se cierra la posibilidad a contar con otro tipo de juzgados o leyes que estén fuera del sistema oficial, incluyendo, por supuesto, a los tribunales o autoridades judiciales del derecho indígena, cuyo régimen sería considerado como inconstitucional y, por lo tanto, ilegítimo. Siendo la única aparente salida, la reforma constitucional de aquellos artículos que sustenten al sistema jurídico monista.

3.9 La ONU, el Derecho indígena y los Derechos Humanos

Tanto en el derecho interno como en el internacional, los últimos veinticinco años han sido testigos de una tendencia general hacia el reconocimiento y una mayor protección de los derechos atribuidos a los pueblos indígenas, especialmente cuando dichos pueblos forman poblaciones minoritarias dentro de los límites de estados soberanos. Se trata de un proceso jurídico de gran importancia, que ha cobrado impulso mundial y que está cambiando la estructura jurídica y política establecida de muchas sociedades. Además, el mismo período ha sido testigo de la consolidación de un modelo teórico ampliamente dominante para explicar, justificar y afirmar los derechos indígenas. Es decir, este período ha sido testigo del surgimiento de un modelo particular de pluralismo legal para dar cuenta de los derechos indígenas.

La investigación sobre el pluralismo jurídico forma en sí misma una subdisciplina difusa y cada vez más amplia de la investigación jurídica, y se ha ramificado en una serie de líneas separadas, cada una de las cuales enfatiza la importancia del derecho informal



fuera del dominio del derecho estatal. Sin embargo, existe una variante distintiva de la teoría del pluralismo jurídico ha adquirido una influencia omnipresente en las reflexiones conceptuales sobre los derechos indígenas. Esto es especialmente evidente en América Latina. En algunos países latinoamericanos, este modelo se ha convertido en parte del derecho constitucional y la jurisprudencia relevantes.

En 1989, la adopción del Convenio 169 de la OIT reflejó un cambio vital en la actitud hacia las poblaciones indígenas en el derecho internacional y promovió una doctrina, no de asimilacionismo, sino de solidaridad, como premisa para su reconocimiento legal. El Convenio 169 de la OIT entró en vigor en 1991 y otorga protección internacional formal a una serie de derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos derechos incluían derechos a la integridad cultural, a la consulta y participación en procesos pertinentes de toma de decisiones, a ciertas formas de autogobierno, a la ocupación de la tierra, al territorio y los recursos, y a la no discriminación en las esferas social y económica. A pesar de que sólo veintidós Estados, la mayoría de ellos en América Latina, han ratificado el Convenio 169 de la OIT, las normas contenidas en el Convenio han sido elaboradas por otros órganos y tribunales, se ha logrado un impacto de amplio alcance más allá de los Estados que lo han ratificado.

Además, en 2007, ciento cuarenta y tres Estados miembros de la ONU adoptaron formalmente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. Aunque sólo se le otorga el estatus de ley indicativa, la Declaración afirma firmemente los derechos a la autodeterminación de los pueblos indígenas.

La Declaración afirma el derecho de los pueblos indígenas a tener un control significativo sobre su propia vida, a mantener su identidad cultural diferenciada, a vivir sin discriminación y sin la amenaza del genocidio y a tener acceso seguro a las tierras y los recursos esenciales para su bienestar y su forma de vida. (Anmistía Internacional, 2006, pág. 1)

Otros instrumentos internacionales de fijación de normas, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y algunos instrumentos de la UNESCO, también prevén la protección de los pueblos indígenas. Entre estos acuerdos, el 169 de

la OIT es el instrumento más importante para proteger a los pueblos indígenas y establece claramente una base para la construcción de los indígenas como sujetos de derecho internacional.

Como se mencionó, aunque este Convenio no proporciona una definición generalizable de pueblos indígenas. En cambio, proporciona una declaración de cobertura, enumerando los grupos protegidos por sus disposiciones. Sobre esta base, el Convenio es aplicable a los siguientes grupos: a) pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la comunidad nacional, y cuyo estatus está regulado total o parcialmente por sus propios costumbres o tradiciones o por leyes o reglamentos especiales; b) los pueblos de países independientes que se consideran indígenas por ser descendientes de las poblaciones que habitaban el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, en el momento de la conquista, la colonización o el establecimiento del estado actual. fronteras y que conservan algunas o todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. La autoidentificación como indígena o tribal se declara el criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio Artículo 1 numeral 2.

En consecuencia, los organismos internacionales pertenecientes al sistema de la ONU no han adoptado una definición final de lo que es ser indígena o de las características de los sujetos capaces de reclamar derechos indígenas. A efectos prácticos, la comprensión comúnmente aceptada del concepto de indígena, es la proporcionada por Martínez Cobo, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, en su Estudio sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Este estudio afirma que:

Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios, o en partes de ellos.

Forman sectores actualmente no dominantes de la sociedad y están decididos



preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica, como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sociales, instituciones y sistema legal. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 57)

Las cuestiones relativas a los derechos humanos de los pueblos indígenas se han abordado en la ONU desde los años 1970. Al principio, la ONU abordó los derechos indígenas exclusivamente a través de sus órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, que supervisan la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos. Más recientemente, se han creado tres órganos con responsabilidad específica sobre las cuestiones indígenas: el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (establecido en 2000 por el Consejo Económico y Social), el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (establecido en 2007 bajo la autoridad de Consejo de Derechos Humanos), y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo mandato fue establecido en 2001 bajo la autoridad del Consejo de Derechos Humanos. Juntos, estos organismos han adaptado las leyes generales de derechos humanos a los contextos indígenas. Sin embargo, no necesariamente han creado nuevos derechos, tampoco han aplicado derechos que estén restringidos a los pueblos indígenas.

La perspectiva del Comité de Derechos Humanos de la ONU acerca de los derechos humanos y los pueblos indígenas, ha sido mayormente de protección o tutela de sus derechos humanos de los pueblos indígenas que de acusación a la justicia indígena por vulneración de éstos. De esa cuenta, los casos mayormente conocidos por este Comité se relacionan con la protección a pueblos indígenas respecto a la discriminación, el derecho a ser consultado, la trata de grupos vulnerables, la salud y la educación, la participación política, los derechos del niño y los derechos de género. Sin embargo, estas decisiones no diferencian estrictamente entre pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres, migrantes, personas con discapacidad, población de zonas rurales y otras minorías.

Aun así, de forma implícita y generalizada la Organización de Naciones Unidas impone el amplio respeto de los derechos humanos, a todo sistema de administración de

justicia, incluyendo al orden jurídico indígena. Principalmente, mediante lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual regula que "Nadie será sometido a arresto, detención o destierro arbitrarios" (Asamblea General ONU, 1948). Por lo tanto, si bien las sociedades indígenas deben tener libertad para elegir el encarcelamiento, el exilio u otras formas de castigo, tales decisiones no deben ser arbitrarios. De manera similar, las personas no deberían ser sometidas a "torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (Asamblea General ONU, 1948). Si bien esto ciertamente está abierto a interpretación, cualquier castigo concebiblemente clasificado como tortura debería prohibirse. Y si bien las prácticas y tecnicismos de los juicios pueden diferir, en los casos penales "toda persona tiene derecho en plena igualdad a una audiencia pública y justa ante un tribunal independiente e imparcial" (Asamblea General ONU, 1948).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al comprometer a las partes a respetar los derechos civiles y políticos, en su artículo 5 establece que "No habrá restricción ni suspensión de ninguno de los derechos humanos fundamentales", derechos reconocidos o existentes en cualquier Estado Parte, de conformidad con leyes, convenciones, reglamentos o costumbres. Si bien las garantías del Pacto al "derecho a la libre determinación" y a "determinar libremente su condición política" podrían interpretarse como apoyo incondicional a la capacidad de los grupos indígenas para hacer cumplir sus propias leyes, el Pacto no llega tan lejos como para apoyar las violaciones del sistema jurídico indígena a los derechos humanos.

En este sentido, cuando las cuestiones caen potencialmente en el límite entre una posible preocupación por los derechos humanos y también un elemento de práctica legal indígena, se debe considerar cuán ampliamente aceptada y conocida es la política en la comunidad local. El argumento es que "cuanto menos arraigada esté una práctica en una comunidad indígena local, menos necesariamente indígena es" (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 46), lo que significa que prohibirla lo más inmediato posible por motivos de derechos humanos, puede ser más fácil que justificarla por temor de invadir la autonomía indígena.



3.10 Los Acuerdos de Paz y su relación con el Derecho indígena y los Derechos Humanos

En 1996, los grupos rebeldes y el gobierno firmaron el Acuerdo de Paz Firme y Duradera. Bajo la presidencia de Álvaro Arzú, Guatemala pone fin a una guerra civil de 36 años con la firma de los Acuerdos de Paz. En 1997, la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) verificó el acuerdo de alto el fuego entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Los acuerdos de paz de Guatemala contenían veintiocho compromisos clave, incluidos la creación de una comisión de la verdad, el reasentamiento de refugiados y desplazados, y la identidad y los derechos de los pueblos indígenas. Otros compromisos fueron el fortalecimiento del poder civil, el avance de los derechos humanos de las mujeres, particularmente los de las mujeres indígenas, y la reforma constitucional y electoral.

Los Acuerdos de Paz reconocen que a los indígenas nunca se les han concedido todos sus derechos ciudadanos y que Guatemala nunca podrá lograr una nación unificada sin corregir esto. Los grupos indígenas abogaron, en virtud de los acuerdos, por una amplia gama de cambios: servicios educativos ampliados y educación multilingüe, tribunales multilingües, policías provenientes de comunidades indígenas, uso del derecho consuetudinario para resolver disputas, consultas con grupos indígenas en todas las áreas de decisión que los afecten, reforma del sistema electoral, restitución de las usurpaciones de tierras, pleno respeto a las prácticas culturales y al menos control compartido sobre la manifestación física del patrimonio histórico maya, y pleno acceso y cierto control de los medios de comunicación.

Un acuerdo en particular, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI), firmado el 31 de marzo de 1995, es de primordial importancia para los derechos indígenas y su relación con los derechos humanos. Este reconoce explícitamente la naturaleza multiétnica, culturalmente plural y multilingüe de Guatemala y los derechos colectivos específicos de millones de indígenas. El acuerdo indígena se divide en cuatro partes que proporcionan una medida de los cambios estructurales y culturales sustanciales necesarios para lograr su visión de una sociedad justa. La primera parte exige el reconocimiento formal de los pueblos indígenas de Guatemala, algo que

se les negó cuando se asumió convencionalmente que los mestizos no mayas, llamados ladinos, eran el estándar de ciudadanía. Se concibe que la identidad maya tiene una pluralidad de expresiones socioculturales y lingüísticas, de la misma manera que la identidad indígena también incluye a los xincas y garífunas no mayas, quienes también se convierten en grupos titulares de derechos en los acuerdos.

La segunda parte del acuerdo se centra en la lucha contra la discriminación. Para lograr la coexistencia pacífica de todos los grupos étnicos, el acuerdo insta a una reforma legislativa para convertir la discriminación en un delito, erradicar las leyes discriminatorias, promover la educación pública y asegurar la defensa activa de los derechos proporcionando asistencia jurídica a los pobres. Mención especial merecen los derechos de las mujeres indígenas que reciben una doble discriminación por motivos de etnia y género. Pide la ratificación del Convenio Internacional para la Eliminación de Toda Discriminación Racial y el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

La tercera sección del acuerdo identifica derechos culturales clave para las comunidades indígenas como autoras de su propio desarrollo cultural. La clave para estos esfuerzos sería el reconocimiento constitucional de las lenguas indígenas en las escuelas, los servicios sociales, las comunicaciones oficiales y los procedimientos judiciales. Los individuos y las comunidades obtendrían el derecho de deshacerse de los nombres hispanos como quisieran. Se reconocería la espiritualidad maya y los guías espirituales y se protegerían constitucionalmente las distintas prácticas espirituales de los diferentes grupos indígenas. De gran preocupación es la conservación de templos, centros ceremoniales y sitios arqueológicos como herencia indígena y patrimonio nacional. Las comunidades indígenas deberían participar en la conservación y administración de estos centros. El uso de vestimenta indígena en todos los ámbitos estaría garantizado y apoyado por programas educativos.

El acuerdo reconoce la existencia y el valor del conocimiento científico y tecnológico maya, que debe ser fomentado y difundido a través de una variedad de instituciones y medios. Se debe promover el acceso indígena al conocimiento contemporáneo y las oportunidades de intercambio científico y técnico. Esta sección de los acuerdos identifica un acceso más amplio a los medios de comunicación, especialmente la radio, para la



programación indígena, las transmisiones en lenguas indígenas y la difusión de programación educativa para el público en general.

El gobierno se comprometerá con una reforma educativa de amplio alcance que incluya la descentralización regional; la implicación de las familias en todos los ámbitos de la educación local, especialmente en el nombramiento de profesores; la integración de materiales y métodos educativos mayas; la promoción de las lenguas indígenas y la educación intercultural bilingüe; la promoción de la unidad nacional y la diversidad cultural en todos los niveles educativos; el desarrollo de docentes bilingües y administradores indígenas; y la ampliación de la financiación educativa para programas y estudiantes. Además de los programas de educación maya, se apoyaría la educación intercultural para todos los niños. Se fomentaría el movimiento de escuelas mayas junto con el desarrollo de una universidad maya.

La cuarta sección del acuerdo aborda reformas constitucionales en materia de derechos civiles, políticos, sociales y económicos. La descentralización se promovería a través de una autonomía municipal financiada por el gobierno que implicara el reconocimiento del derecho consuetudinario localizado y los poderes comunitarios de toma de decisiones en cuestiones de tribunales locales, educación, salud, cultura y desarrollo comunitario. El acuerdo exige una reforma de los códigos municipales y una regionalización de las estructuras gubernamentales siguiendo las líneas de las comunidades de lenguas indígenas para facilitar la participación de las comunidades locales en órganos de toma de decisiones más amplios. Para que se persigan activamente los intereses indígenas, se deben incluir representantes indígenas en todos los órganos administrativos y se debe consultar a las comunidades siempre que las acciones gubernamentales puedan afectarlos. Los programas de capacitación son obligatorios para jueces y funcionarios ministeriales. Con acceso subsidiado a asistencia jurídica e intérpretes oficiales, nadie sería juzgado sin acceso a procedimientos judiciales en su propio idioma.

En cuanto al urgente problema de los derechos territoriales de los indígenas, los acuerdos abogan por el reconocimiento de las tenencias de tierras comunales e individuales, el derecho de las comunidades a administrar las tierras comunales y los

recursos naturales de acuerdo con las normas locales. En vista de la vulnerabilidad histórica de las comunidades locales a las confiscaciones de tierras por parte de quienes tienen conexiones políticas, recursos financieros y dominio del idioma nacional (español), los acuerdos exigen reformas legislativas y administrativas para titular, proteger, defender y resolver los reclamos de tierras; brindar asistencia educativa, legal y lingüística para que las comunidades puedan defender sus intereses; y compensar a las comunidades que han perdido tierras. Se insta al gobierno a distribuir tierras estatales a las comunidades que carecen de tierras suficientes, siempre que esto no perjudique a los pequeños propietarios.

Por su parte, el Acuerdo de Poder Civil pondría fin a la impunidad y garantizaría el respeto de los derechos humanos incluyendo a la población indígena, ambas condiciones previas para consolidar la paz y la democracia. En los acuerdos, el gobierno también se compromete a promover nueva legislación que reconozca el derecho de las comunidades indígenas a gestionar sus asuntos internos de acuerdo con normas consuetudinarias, siempre que no sean incompatibles con los derechos básicos definidos por el sistema jurídico nacional o los derechos humanos reconocidos internacionalmente.

En medio de esta incertidumbre, los actores indígenas han pedido que el derecho consuetudinario sea reconocido constitucionalmente y se le otorgue "amplitud total", mientras que la Corte Suprema de Guatemala se ha mostrado reacia incluso a abordar el tema. Negociar esta diferencia dentro de la restricción de que el derecho consuetudinario no debe contravenir derechos básicos consagrados en el derecho guatemalteco e internacional no será una tarea fácil. Otro tema espinoso será diseñar un mecanismo mediante el cual los miembros de la comunidad puedan ratificar el sistema legal por el que desean regirse.

Mientras continúa este debate, siguen produciéndose verdaderos conflictos de leyes y jurisdicción. En julio de 1997, habitantes de la comunidad de Chuanoj, del municipio de Totonicapán, departamento de Totonicapán, juzgaron a dos hombres acusados de robar un toro. Formando lo que la prensa describió como un "tribunal popular" y utilizando "leyes de su propia creación" (Prensa Libre, 1997, pág. 11), los pobladores sentenciaron a los infractores a una multa de 5,000 quetzales y los



expulsaron de la comunidad. Días después, la policía aparentemente rescató a los dos hombres del alcance de la comunidad, a petición de un familiar, que tal vez no se dio cuenta de que un juicio en un tribunal oficial pudo resultar en una sentencia mucho más severa.

La práctica en algunas áreas indica formas positivas de adaptar las instituciones consuetudinarias a las circunstancias actuales. En la ciudad de Sololá sobrevivió la figura del Alcalde Indígena, con poder de facto para dirimir disputas locales. Pero, en 1993, esta comunidad pasó de la selección tradicional de esta figura mayor por otros ancianos que habían servido en las diversas cofradías del pueblo a una elección abierta por toda la comunidad. El resultado es menos tradicional, pero más democrático en el sentido occidental, pues se implementó una forma de gobernanza indígena con un mayor grado de consenso para sus decisiones.

3.11 Implicaciones sociales y jurídicas actuales

Una preocupación primordial de la administración de justicia guatemalteca, en los últimos años, ha sido cómo coordinar los sistemas de justicia oficial e indígena para garantizar los derechos humanos fundamentales y al mismo tiempo asegurar los derechos de los pueblos indígenas a ejercer su autonomía jurisdiccional.

Esto se traduce en una transformación del tradicional monismo jurídico a un sistema plural. Estos cambios producidos en nuestro ordenamiento jurídico aún no han sido suficientemente conocidos ni estudiados por los abogados y juristas latinoamericanos, debido principalmente a su reciente incorporación en el sistema jurídico estatal. (Córdor, 2009, pág. 11)

Se han redactado varios proyectos de ley con este fin, aunque pocos se han convertido en ley. Las controversias se han centrado en los límites apropiados de la jurisdicción personal, material y territorial del derecho indígena: a quién, dónde y a qué tipo de disputas debería aplicarse. También están en discusión los tipos de procedimientos de resolución de disputas utilizados por las comunidades indígenas.

Muchos activistas del derecho indígena prefieren abordar la cuestión de la coordinación entre la ley indígena y la ley estatal por vía judicial en lugar de legislativa. Esto implica que cuando ocurren conflictos de competencias y jurisdicción entre el

derecho estatal y el derecho indígena deben abordarse caso por caso, con el objetivo de obligar al gobierno a cumplir sus compromisos internacionales respetando los derechos colectivos de los pueblos indígenas. a la autonomía jurídica.

Los formuladores de políticas de gobierno y los representantes indígenas han debatido los tipos de mecanismos secundarios o de apelación que deberían existir para resolver conflictos entre diferentes jurisdicciones indígenas, o entre la ley indígena y la ley estatal. Sin embargo, en lugar de abrir un debate sobre la naturaleza de los sistemas legales nacionales en su conjunto, las élites nacionales han tendido a centrarse estrictamente en la compatibilidad de las prácticas de justicia indígena con las normas constitucionales y de derechos humanos aceptadas. Esto ha llevado a los críticos de las reformas multiculturales a preguntarse si los esfuerzos de coordinación equivalen a poco más que un intento de subordinar las formas de justicia indígena a los paradigmas de la justicia estatal.

Por otro lado, existen diversas propuestas para establecer límites jurisdiccionales de los sistemas legales indígenas. Una de estas consiste diseñar una categoría especial de derechos políticos para los pueblos indígenas, pero sin permitir la posibilidad de formar nuevos estados. Este enfoque parece totalmente racional. El objetivo, una vez más, no es separar completamente a los actores indígenas y no indígenas, como lo haría la formación de un Estado completamente nuevo. Más bien, el objetivo es mantener la autonomía indígena dentro del Estado, con excepciones por cuestiones de derechos humanos.

Otra idea que también parece razonable es que se deje a los actores indígenas (salvo excepciones extremas) la gestión total de sus propios sistemas regulatorios, sin ningún tipo de control o intervención del sistema jurídico oficial. Esto podría permitir que los gobiernos de los pueblos indígenas sean más plenamente responsables ante sus pueblos y tribus, y al mismo tiempo fomenten potencialmente una mayor autosuficiencia dentro de las comunidades. También hay un beneficio para los Estados, si las sociedades indígenas pueden continuar autorregulándose efectivamente, y no hay razón para creer que no pueden, así el Estado tendrá menos gastos.



Sin duda, estas propuestas también crean preocupaciones legítimas sobre la aplicación de las leyes. Por un lado, es incuestionablemente difícil monitorear a los grupos indígenas en busca de preocupaciones extremas en materia de derechos humanos. Estos grupos, por definición, a menudo están físicamente alejados de la cultura dominante, y detectar cada violación grave es simplemente poco realista. Además, falta la capacidad de monitorear las acciones de los Estados a este respecto. Para este fin, la importancia de un órgano o panel formal es primordial. Su capacidad de aplicación será indudablemente limitada, pero como actualmente no existe ningún organismo establecido para monitorear los conflictos en las leyes indígenas y estatales, el mero establecimiento de un organismo que aborde las preocupaciones de los sistemas en conflicto atraerá, como mínimo, la atención a una cuestión que actualmente no ha sido abordada por las autoridades internacionales.

Con una mayor educación jurídica sobre este tema y el creciente reconocimiento de las culturas indígenas en el derecho internacional, la esperanza es que esta última preocupación por la aplicación se minimice, pero ciertamente puede presentar una barrera para el objetivo final de hacer cumplir las leyes indígenas que prohíben los abusos humanos extremos y las violaciones de derechos fundamentales.



CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DEL DERECHO INDÍGENA EN EL MUNICIPIO DE TOTONICAPÁN, DEPARTAMENTO DE TOTONICAPÁN Y SUS IMPLICACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

4.1 Marco legal del Derecho indígena y su relación con los Derechos Humanos

El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, firmado por el gobierno de Guatemala y la guerrilla de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG) en mayo de 1995, comprometió al Estado guatemalteco a implementar una serie de reformas constitucionales reconociendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Estos incluían el derecho a estar sujeto al derecho consuetudinario, el derecho a la educación bilingüe y la protección de las tierras comunales, pero excluían los acuerdos de autonomía de base territorial. Después de la firma final del acuerdo de paz en diciembre de 1996, varias organizaciones indígenas comenzaron a redactar propuestas de reforma constitucional. El propósito de estos era asegurar la protección del derecho de los pueblos indígenas a seleccionar sus propias autoridades y desarrollar y aplicar sus propias formas de derecho dentro de sus comunidades. Siguiendo los términos del acuerdo de paz y la propia Constitución de 1985, las propuestas de reforma constitucional debían ser acordadas primero por el Congreso y posteriormente aprobadas en un referéndum popular. Tras largas y complejas negociaciones entre partidos políticos, el Congreso aprobó finalmente un paquete de reformas constitucionales en octubre de 1998, casi dos años después de que se completara el acuerdo de paz.

A nivel constitucional, dos artículos de la Constitución de 1985 proporcionan una base para reconocer a las autoridades indígenas, sus normas, procedimientos y decisiones. El artículo 58 establece que “se reconocerá el derecho de las personas y comunidades a su identidad cultural de acuerdo con sus valores, lengua y costumbres” (Asamblea Nacional Constituyente, 1985). El artículo 66 establece que:

Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los cuales se encuentran grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, uso de



vestimenta indígena por parte de hombres y mujeres, lenguas y dialectos. (Asamblea Nacional Constituyente, 1985).

Los activistas sostienen que “reconocer, respetar y promover” debería implicar una actitud proactiva. Postura de las autoridades estatales al reconocer la autonomía de las autoridades indígenas y su derecho a ejercer el derecho consuetudinario.

En el ámbito mundial, la OIT fue pionera en la promoción de normas internacionales para abordar las reclamaciones de los pueblos indígenas y tribales. En 1957, la OIT adoptó el Convenio 107, que se refería a la protección de las poblaciones indígenas y otras poblaciones tribales o semitribales en países independientes. El Convenio 107 de la OIT recibió veintisiete ratificaciones y constituyó el primer esfuerzo para codificar los derechos indígenas a nivel del derecho internacional. Atrajo duras críticas por su tono supuestamente paternalista e integracionista. Sin embargo, el Convenio 107 de la OIT siguió siendo durante años el único documento internacional de carácter estricto relacionado con los pueblos indígenas y tribales, y llamó la atención a nivel internacional sobre la posición de los pueblos indígenas. Posteriormente, en el ámbito de la jurisprudencia internacional global, la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el Sáhara Occidental (1975), marcó un momento decisivo en el reconocimiento de los pueblos indígenas y tribales. Este dictamen declaró inaplicable el concepto de *res nullius* en territorios habitados por tribus o pueblos que tengan una organización social y política.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, intenta eludir una definición precisa de los sujetos titulares de derechos indígenas. En su artículo 1(2) se establece que: “La autoidentificación como indígena o tribal se considerará un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones de esta Convención” (Organización Internacional del Trabajo, 1989). De manera similar, la Comisión Africana de Derechos Humanos ha observado que “una definición estricta de pueblos indígenas no es necesaria ni deseable” (Aragón, 2007, pág. 41). En el proyecto de criterios de la ONU para definir a los pueblos indígenas, se admite la “conveniencia de desarrollar una definición de pueblos indígenas” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 37), pero se cuestiona su viabilidad. Pese a ello, es

importante destacar que a pesar de que la ONU no haya adoptado ninguna definición formal de pueblos indígenas, los convenios internacionales en esta materia se han venido cumpliendo por la mayoría de Estados partes.

En 1989 la comunidad internacional reunida en la Organización Internacional del Trabajo también adoptó un tratado vinculante: el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Más adelante, en 2007, se adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento más importante, aunque no vinculante, sobre los derechos de los pueblos indígenas. Afirma que los pueblos indígenas “contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad” (Asamblea de las Naciones Unidas, 1989). Según este instrumento legal, los pueblos indígenas tienen un conjunto de derechos: los individuales que las personas tienen como miembros del grupo y los colectivos que son inherentes al grupo en su conjunto, como los derechos a la tierra (Art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas).

Los instrumentos internacionales antes mencionados fortalecen la base normativa de la justicia indígena, incluida la justicia transicional indígena. La Declaración de la ONU establece en el Art. 5 que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer sus distintas instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, conservando al mismo tiempo su derecho a participar plenamente, si así lo desean, en los procesos políticos, económicos, sociales y culturales. vida del Estado” (Asamblea de las Naciones Unidas, 1989).

Los numerales 34 y 35, agregan que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus sistemas jurídicos y costumbres. Sin embargo, esto debería ocurrir de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Los pueblos indígenas también tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con su comunidad. La Declaración de las Naciones Unidas también establece el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, que puede considerarse un requisito previo para el ejercicio de otros derechos (Art. 38). El Convenio 169 de la OIT también enfatiza la necesidad de que los pueblos indígenas tengan derecho



a mantener sus propias costumbres e instituciones en compatibilidad con las normas de derechos humanos. En caso de que exista un conflicto entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico indígena, se debe establecer un procedimiento apropiado (art. 8 (2)).

A este respecto, se debe tener constantemente en cuenta la autonomía de los pueblos indígenas. Art. 8 (1) prescribe, al aplicar las leyes nacionales a los pueblos indígenas, incluir las costumbres y el derecho consuetudinario de estos últimos. El Art. 9 es aún más explícito cuando dispone que:

En la medida en que sean compatibles con el ordenamiento jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, se respetarán los métodos habitualmente practicados por los pueblos interesados para hacer frente a los delitos cometidos por sus miembros. Las costumbres de estos pueblos en materia penal serán tomadas en consideración por las autoridades y tribunales que conozcan de tales casos. (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

Todos esos derechos de los pueblos indígenas y obligaciones de los Estados han sido reiterados en el Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas del 30 de julio de 2013, donde se destacó que el sistema de justicia “debe adaptarse para garantizar la idoneidad cultural y la coherencia con las prácticas y conceptos jurídicos consuetudinarios relacionados con la justicia y la resolución de conflictos” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 64). Agrega que:

“los derechos culturales de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento y la práctica de sus sistemas de justicia [...] así como el reconocimiento de sus costumbres, valores y lenguas tradicionales por los tribunales y procedimientos legales y consistentes con el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación y al autogobierno, los Estados deben reconocer y brindar apoyo a los propios sistemas de justicia de los pueblos indígenas y deben consultar con los pueblos indígenas sobre los mejores medios para el diálogo y la cooperación entre los sistemas indígenas y estatales.” (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 65)

En el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Estado de Derecho y la Justicia de Transición en Sociedades en Conflicto y Posconflicto de 2004 también hubo una declaración significativa de que:

...se debe dar la debida consideración a las tradiciones indígenas e informales para administrar justicia o resolver disputas para ayudarlos a continuar con su papel, a menudo vital, y hacerlo de conformidad tanto con las normas internacionales como con la tradición local. (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2013, pág. 72)

El informe se refiere a la justicia transicional, pero la observación anterior también se aplica al sistema judicial en general.

4.2 Fortalezas y debilidades de los mecanismos de la justicia indígena con relación al respeto a los Derechos Humanos

Lo que es común a todos los pueblos indígenas y tribales es su comprensión de la justicia. Creen que el objetivo de la justicia es restaurar la paz y la armonía dentro de la comunidad logrando la reconciliación del autor de un delito o daño con la víctima y la comunidad en general. Según el enfoque occidental, la justicia tiene como objetivo controlar acciones que violan normas jurídicas y son consideradas perjudiciales para la sociedad.

El objetivo de la justicia occidental es, en cierto modo, validar las reglas incumplidas y reparar las relaciones humanas y sociales rotas. El énfasis se pone en la norma legal violada más que en el bienestar de la víctima y las relaciones individuales/sociales. En los sistemas de justicia indígenas las víctimas están en el centro de la toma de decisiones y no se puede llegar a una solución final a menos que la víctima, así como el delincuente, estén de acuerdo con ella. En los sistemas de justicia formal, la víctima suele ser sólo un testigo en el caso penal.

Teniendo en cuenta los ejemplos y consideraciones examinados anteriormente, se puede intentar señalar los siguientes, entre las fortalezas y debilidades (o, en otras palabras, los pros y los contras) de recurrir a los mecanismos de justicia indígena.



a) Se consideran como fortalezas de recurrir a los mecanismos de justicia indígena, los siguientes:

- Alto nivel de participación pública (a veces considerado como una debilidad cuando se trata como una forma de justicia colectiva o justicia administrada por la población traumatizada y dividida). Esto, a su vez, está vinculado a otra fortaleza de la propiedad comunitaria: el recurso a los instrumentos tradicionales permite a la comunidad tener este sentido de propiedad comunitaria, una influencia real en la aplicación de justicia. El carácter participativo de tales procedimientos también influye en la educación de toda la comunidad.
- Ayuda a descubrir la verdad y como consecuencia ayuda a los supervivientes o a los familiares de las víctimas fallecidas a manejar sus emociones de ira y pérdida y a comprender lo sucedido, contribuyendo al final a la reconciliación. Aparte del establecimiento de la verdad, reconciliación, retribución y compensación Los instrumentos de justicia indígena también tienen beneficios tales como el fortalecimiento de las comunidades, el empoderamiento de las poblaciones, dándoles el ya mencionado sentido de propiedad comunitaria y la promoción de los valores democráticos y del estado de derecho.
- En caso de delitos graves o violaciones de derechos humanos, los mecanismos de justicia indígena pueden contribuir a la reconciliación y la estabilidad comunitaria, ya que los perpetradores, después de revelar la verdad, reconocer sus crímenes, expresar remordimiento y disculpas y compensar a la víctima, pueden regresar a la comunidad y a sus propias familias. Esto también evita que la familia del perpetrador se desintegre. Por otro lado, la búsqueda de estabilidad comunitaria puede favorecer los intereses de la comunidad por encima de los intereses de las víctimas. “La reintegración superficial de los delincuentes en las comunidades y por parte de las víctimas ha estado a la orden del día en muchas comunidades”. Los sistemas de justicia indígenas o tribales pueden ser la opción más apropiada para comunidades locales cuyos miembros deben seguir viviendo estrechamente con sus vecinos, particularmente cuando la infracción es relativamente menor. Sin embargo, en el caso de la justicia transicional las

infracciones suelen ser graves, pero esto no socava este argumento. Los sistemas de justicia indígenas pueden beneficiarse de un mayor grado de legitimidad ya que reflejan las normas y valores reconocidos durante siglos por sus comunidades.

- Es relativamente barato (los jueces o personas que intervienen en procesos indígenas no reciben remuneración, no se necesitan los costosos servicios de los abogados), más accesible por su proximidad, informalidad, flexibilidad y menores costos, lo que también está vinculado a lo anterior. mencionó la participación pública. Estos procedimientos de justicia indígena son accesibles incluso en zonas altamente rurales y se llevan a cabo en idiomas locales, lo que además contribuye a su apertura y accesibilidad.

b) Con respecto a las debilidades, se identifican las siguientes (No obstante, es necesario hacer la observación de que tales debilidades o desventajas generalmente se formulan desde el punto de vista occidental sobre el Estado de derecho)

- Estos mecanismos se consideran una forma de “justicia colectiva” en la que los derechos de los acusados se sacrifican en aras de un procesamiento rápido y barato de los perpetradores. Pueden violar derechos individuales como las garantías de un juicio justo.
- Los recursos legales suelen ser escasos y esto a su vez conduce a un acceso desigual al asesoramiento legal. Muy pocas veces, se permite el derecho de apelar las decisiones de dichos mecanismos informales.
- También hay dudas sobre si el acuerdo de confesión o reconocimiento de la culpabilidad, fomenta las confesiones falsas para reducir la severidad de la pena. El derecho a recurrir al sistema formal del Estado es una de las posibles formas de control de las decisiones de los mecanismos indígenas, siendo alguna forma de incorporación o reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas al sistema de justicia oficial del Estado.
- Algunos de esos mecanismos son selectivos, dan preferencias a ciertos sectores sociales como los representantes de las autoridades indígenas.



4.3 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán

Está claro que conocer el pasado es vital para comprender el presente y prever el futuro. Las raíces históricas son diversas en el país y, como consecuencia, sus sistemas jurídicos se han desarrollado de diferentes maneras. Las instituciones jurídicas y las mentes de los abogados están moldeadas por la experiencia histórica y la cultura compartida; este proceso acumulativo crea un “carácter nacional” de algún tipo. Entonces, las tendencias evolutivas y la explicación de alguna decisión judicial pueden inferirse, en parte, de datos históricos. De hecho, los jueces deciden casos considerando principios y reglas jurídicas abstractas guiados, en parte, por su intuición (sana crítica razonada), que está, en cierta medida, regida por los poderes que operan silenciosamente de la cultura y la tradición domésticas.

La cultura podría definirse como “el conocimiento y los esquemas compartidos creados por un conjunto de personas para percibir, interpretar, expresar y responder a las realidades sociales que los rodean” (Sieder & Macleod, 2009, pág. 28). Y, la costumbre se compone de datos culturales traídos del pasado al presente. De esa cuenta, se puede afirmar que, la cultura jurídica es una forma específica en la que los valores, prácticas y conceptos se integran en el funcionamiento de las instituciones jurídicas y la interpretación de los textos legales. La importancia relativa de la cultura indígena en Totonicapán, es una de esas fuerzas operativas silenciosas que ha jugado un papel relevante en los acontecimientos de gobierno y administración de justicia local. Totonicapán fue uno de los centros principales del pueblo k'iche', una civilización extremadamente compleja y sofisticada en su tiempo. De igual forma, el porcentaje actual de población indígena es alto en comparación con otros departamentos o regiones del país.

Desde tiempos de la conquista ha existido y funcionado un sistema judicial indígena k'iche' en Totonicapán, al cual la población local le reconoce la misma importancia que al de la justicia estatal. Aún, a sabiendas de que, hasta ahora se ha reconocido formalmente el derecho a la autonomía, al autogobierno indígena y a sus entidades e instituciones territoriales. En este sentido, la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, incorporó muchas de las demandas de los pueblos indígenas

acumuladas durante décadas, abriéndoles espacios políticos especiales. Por ejemplo, los artículos 66 y 67 de la Carta Magna guatemalteca garantizan los derechos culturales y territoriales de los pueblos indígenas.

En Totonicapán, el derecho indígena es ampliamente aplicado desde tiempos ancestrales hasta la actualidad, por lo que ha evolucionado con la historia local y ha perfeccionado su técnica jurídica, dando como resultado las siguientes características positivas:

La justicia indígena es gratuita, nadie tiene que pagar nada; las autoridades de la comunidad, y la propia comunidad, dan su tiempo y su esfuerzo para mantener la paz social. El arreglo directo entre las partes, como regla básica, es esencial; una vez las partes se ponen de acuerdo, hasta en la reparación del daño causado, el problema está resuelto; se usa mucho tiempo en esto porque es la mejor forma de resolver los conflictos. Tanto el proceso como la sentencia están basadas en una norma simple: el sentido común; las divergencias se resuelven de acuerdo a lo que aconseja la razón, el buen pensar, la sabiduría de las autoridades; la autoridad indígena busca a las partes, las escucha en privado, promueve desde la esfera más privada, el arreglo directo.

El sistema tiene como una de sus fórmulas la honestidad; se promueve la aceptación de los hechos y los mismos son efectivamente aceptados, en honor a la verdad. La publicidad es también de gran relevancia; los casos son juzgados ante los vecinos y las familias de las partes, ante la comunidad que sabe si la persona a quien se juzga miente, o no.

Es una Justicia con procesos inmediatos, rápidos, efectivos, confiables, sin el temor de que la norma y el procedimiento sean retorcidos o manipulados. Y, como si esto fuera poco, sin costo. ¿Cuál sería el costo para el Estado si cada uno de los conflictos que la justicia indígena conoce y resuelve en el sitio? ¿Cuántos juzgados y cuántos administradores de justicia debería poner el Estado para poder resolver todo lo que la justicia indígena resuelve? Interrogantes estas, por demás interesantes, y que dan cuenta de lo importante que son, y han sido siempre, los sistemas de justicia de los pueblos indígenas. (48 Cantones, 2022)



Sobre su prevalencia en la resolución de conflictos y su predilección por parte de la población local, Karen Linares, auxiliar del Procurador de los Derechos Humanos en Totonicapán, citada por Fernández (2016), afirma que: “Las personas prefieren acudir a los alcaldes comunales para solucionar sus problemas, antes que a las instancias judiciales. Confían en ellos, porque el proceso es rápido y ágil. Además, no realizan muchos gastos legales.” (Pág. 3)

4.4 Aplicación eficaz del Derecho indígena en Totonicapán

Se ha comprado que, el sistema de justicia k'iche' es aplicable a ciertos tipos de problemas, es rápido y barato (sin abogados ni honorarios), está mayormente libre de corrupción y busca restablecer la armonía entre las partes en conflicto. La población indígena de las zonas rurales de Totonicapán, generalmente prefiere la resolución de la autoridad indígena al sistema judicial estatal, porque el sistema indígena, cuando es funcional, opera localmente, con prontitud, de forma gratuita y produce resultados que se adaptan a las preferencias culturales y necesidades específicas de la gente. La justicia indígena está, por ejemplo, dispuesta a resolver casos que invariablemente serían descartados como frívolos en el sistema estatal. Debido a que el proceso es completamente oral y se lleva a cabo en el idioma local, las partes tampoco tienen que saber leer y escribir ni hablar español.

El proceso es flexible y dinámico, aunque solemne. Se caracteriza por tres tipos de deliberación oral: consulta, diálogo y consenso. Los mediadores interrogarán exhaustivamente a ambas partes, si es necesario por separado, para determinar los hechos, posiciones e intereses del caso. Los testigos y miembros de la comunidad interesados en el caso podrán ser interrogados para obtener más aclaraciones. Los mediadores también buscarán iniciar un diálogo directo entre las partes para darles la oportunidad de intercambiar sus opiniones y sentimientos sobre el conflicto y sugerir posibles soluciones. Cuando lo estimen oportuno, los mediadores intervendrán y recordarán las prácticas y enseñanzas tradicionales aplicables al caso. Una vez establecidos los hechos del caso y los intereses y posiciones de las partes, los mediadores intentarán construir un consenso entre las partes.

En principio, un caso sólo puede resolverse si ambas partes acuerdan una solución. Sin embargo, eso no significa que las partes sean completamente libres de rechazar cualquier resolución del caso que surja después de un largo diálogo y consulta. Dado que ambos dependen de la solidaridad y el apoyo de la comunidad, se pueden ejercer formas de presión más o menos sutiles para que las partes lleguen a un acuerdo y se restablezca la paz social de la comunidad. Por ejemplo, si una de las partes rechaza obstinadamente una solución que la otra parte y los mediadores consideran justa y razonable, la persona que se niega puede esperar buscar en vano un mediador en un conflicto futuro. Estos límites tácitos al principio de consenso también se revelan por el hecho de que los mayas rurales a menudo hablan de hacer acuerdo en lugar de llegar a un acuerdo. Una vez que se haya llegado a un acuerdo, el alcalde comunal registrará los compromisos de cada parte en un registro comunitario específico llamado libro de actas. El alcalde comunal también es responsable de vigilar el cumplimiento del acuerdo.

Debido a que la ley *k'iche'* resuelve conflictos a través de la deliberación y el consenso en lugar de decisiones firmemente vinculantes, sus reglas sustantivas son generalmente bastante flexibles y dinámicas. Las autoridades indígenas buscarán encontrar una solución pragmática a un conflicto teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las partes involucradas. El objetivo no es hacer cumplir derechos y obligaciones sino encontrar una solución justa que restablezca la armonía y mantenga la estabilidad. Los valores que están arraigados en la cosmovisión maya y, por lo tanto, comunes a todos los grupos mayas, brindan una guía limitada para encontrar la solución. Estos valores son, por ejemplo, el respeto a la naturaleza, el respeto a los niños y a los ancianos, el trabajo duro, la solidaridad, la sinceridad, la obediencia, la fidelidad conyugal, el respeto al creador y la comprensión de que las promesas orales son vinculantes. Al contrario, el egoísmo, la arrogancia, la envidia, la mentira, el crimen, la ingratitud, la ignorancia y el orgullo exagerado son considerados antivalores.

Aunque algunas faltas morales (por ejemplo, violencia, adulterio o falta de respeto a los mayores) se consideran mucho más graves que otras, la ley *k'iche'* no distingue estrictamente entre asuntos civiles y penales. Más bien, ambos tipos de conflictos deben resolverse en interés del bien común y, si es necesario, mediante la participación de la



comunidad. La distinción entre los intereses del Estado y los de los particulares, que se encuentra en la base de la distinción entre asuntos penales y civiles en el derecho occidental, parece arbitraria en las comunidades indígenas de Totonicapán. De esa cuenta, en interés de la comunidad deben resolverse todos los tipos de conflictos entre sus miembros para que no se dañe la cohesión social especial de la comunidad. Sin embargo, en la práctica, la jurisdicción que ejercen las autoridades indígenas en materia civil es más amplia que en la materia civil oficial. Se consideran disputas civiles, por ejemplo, los conflictos sobre los límites de propiedad y se intentan resolver dentro de la comunidad, siempre que todas las partes pertenezcan a la comunidad. Sólo si esto fracasa, es socialmente aceptable acudir a las autoridades estatales.

Esto no quiere decir que no existan en absoluto normas sustantivas firmes. Por ejemplo, muchas comunidades y parcialidades mayas tienen normas de protección ambiental muy específicas para sus bosques comunales o fuentes de agua. Estas normas, que derivan su legitimidad del respeto especial de la Cosmovisión Maya por la naturaleza, sirven para proteger el uso sostenible de estos recursos. Por ejemplo, no se pueden talar árboles que no hayan alcanzado un tamaño específicamente determinado. Estas normas, que han protegido la base de subsistencia de las comunidades durante generaciones, suelen ser más estrictas que las establecidas por el Estado. Sin embargo, existen amplias fricciones entre las autoridades indígenas y el Servicio de Protección Ambiental del Estado, que cada vez intenta más asumir el control sobre las cuestiones de protección ambiental.

En los casos penales, las autoridades indígenas casi no intervienen porque temen a la criminalización por usurpación de funciones estatales si intervienen. Por lo tanto, evitan abordar casos de delitos violentos u otros delitos graves. Si un perpetrador aprehendido se niega a someterse a la aplicación de la justicia indígena, también sería entregado a las autoridades estatales. Sin embargo, es raro que los imputados se nieguen a someterse a la jurisdicción de los tribunales indígenas, debido a las sanciones más graves impuestas por el sistema estatal. Además, las autoridades indígenas se niegan a ocuparse de los casos de perpetradores que no son o ya no son considerados miembros de la comunidad local. Por ejemplo, si un miembro de una pandilla criminal

callejera (que también funciona en áreas geográficas fuera del alcance de las comunidades rurales) es detenido, invariablemente será entregado al Estado, incluso si el perpetrador es originario de la comunidad.

La diferente finalidad del derecho indígena respecto al derecho estatal se hace particularmente evidente en los procesos penales. El objetivo no es probar la culpabilidad o inocencia del perpetrador y luego castigarlo. A los ojos de muchos pobladores indígenas los resultados de un proceso penal en el sistema de justicia estatal son profundamente insatisfactorios. Las multas impuestas no benefician a la comunidad que sufrió el daño criminal, sino que van a las inescrutables arcas del sistema de justicia estatal. Si el perpetrador es enviado a la cárcel, todos pierden. Una comunidad construida sobre la cohesión social pierde una de sus partes. La familia del perpetrador está despojada de un sostén de familia que ahora incluso tiene que recibir apoyo financiero para sobrevivir a la realidad corrupta y extorsionadora de las cárceles guatemaltecas. La víctima ya no puede esperar que el perpetrador encarcelado gane dinero y pague una compensación por el daño causado. Finalmente, se puede esperar que el perpetrador regrese como un criminal empedernido de un sistema penitenciario que produce tasas alarmantes de reincidencia debido a la falta total de un enfoque de rehabilitación.

Por el contrario, el proceso penal indígena en Totonicapán apunta a la compensación, la conciliación y la prevención a través de la enseñanza. Si las autoridades indígenas deciden juzgar a un perpetrador detenido, éste será llevado de inmediato ante una asamblea comunitaria dirigida por un tribunal ad hoc de líderes comunitarios y otras personas notables. El perpetrador detenido tiene que confesar su culpa frente a toda la comunidad, expresar su vergüenza y pedir perdón a la víctima, a sus propios padres e hijos, a toda la comunidad y a Dios. Cada miembro de la comunidad tiene la oportunidad de expresar sus opiniones y sentimientos sobre el caso. Las consecuencias que sufre el perpetrador son dobles. En primer lugar, el tribunal ad hoc decidirá, en consulta con la asamblea comunitaria, cómo el autor o su familia puede compensar el daño tangible que la víctima y la comunidad han sufrido debido al delito. Además, podrán imponerse sanciones si el delito se considera una transgresión grave de deberes sagrados. Esto se ha observado, por ejemplo, en casos de robo o violencia



doméstica. Las posibles sanciones incluyen la exclusión temporal de eventos comunitarios, multas o trabajos comunitarios, como reparar un camino comunitario o limpiar un lugar público. Además, se pueden imponer castigos corporales (normalmente utilizando varas hechas con ramas de árboles a modo de látigo). La finalidad de estas sanciones, como la del proceso penal en general, no se entiende como represalia por el delito. Más bien, la confesión pública y la sanción sirven de lección tanto para el perpetrador como para la comunidad en su conjunto. Todas las personas involucradas deben reflexionar sobre lo que está bien y lo que está mal.

El sistema de resolución de justicia indígena de Totonicapán también puede funcionar en disputas que involucren a miembros de diferentes comunidades indígenas, siempre que ambas comunidades tengan sistemas de gobernanza funcionales y las relaciones entre las comunidades sean razonablemente amistosas. Dado que la ley *k'iche'* es inherentemente flexible y pragmática y los valores subyacentes que guían la toma de decisiones son comunes a todos los grupos mayas, casi nunca existe un problema de conflicto de leyes. Sin embargo, en la práctica, las numerosas divisiones administrativas que existen entre las comunidades indígenas tienden a hacer que la resolución de conflictos intercomunitarios no sea común. Estas divisiones tienen sus raíces históricas en la estrategia colonial de subdividir deliberadamente las sociedades mayas en unidades locales.



CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1 Boleta dirigida a Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial

La boleta de encuesta dirigida a Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial se aplicó a un total de 10 encuestados, que representan a una muestra aleatoria y proporcional de la totalidad de miembros de su sector laboral. Todos ellos ubicados en la circunscripción geográfica del municipio de Totonicapán, habiendo sido elegidos al azar y respondieron a los cuestionamientos de forma escrita y directa, en el momento de la aplicación de este instrumento de campo.

1. ¿Qué es para usted el Derecho indígena?

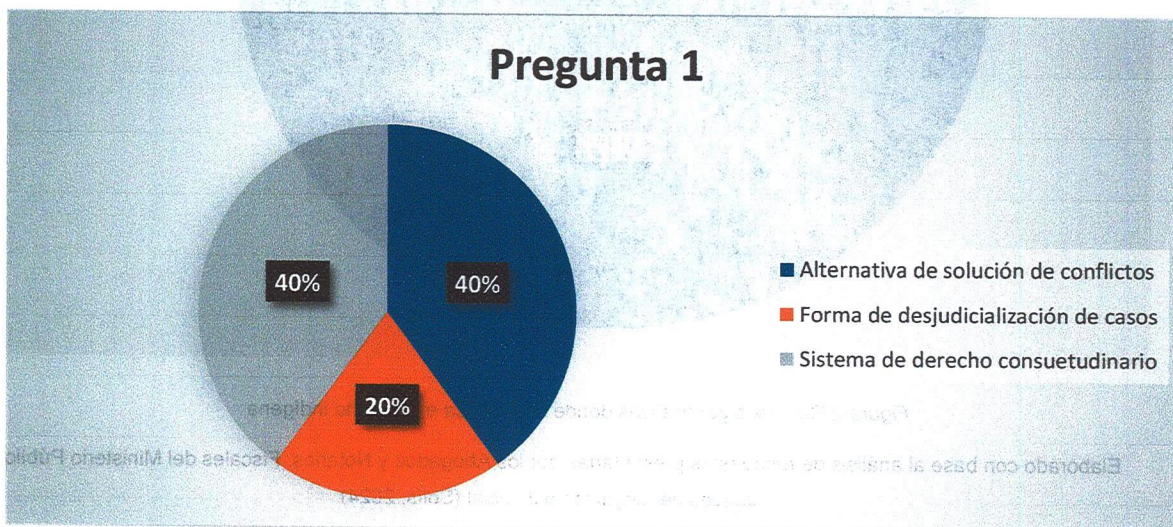


Figura 1 Definición de Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 40% de los encuestados indicó que se trata de una alternativa de solución de conflictos, un 20% que es una forma de desjudicialización de casos, y un 40% restante que es un sistema jurídico de derecho consuetudinario. Lo que demuestra que, en su mayoría, los entrevistados están conscientes que es un sistema jurídico completo e independiente al derecho estatal.



2. ¿Sabe usted que el derecho indígena se practica no sólo en Guatemala, sino también en otros países del mundo?

Sí _____ No _____

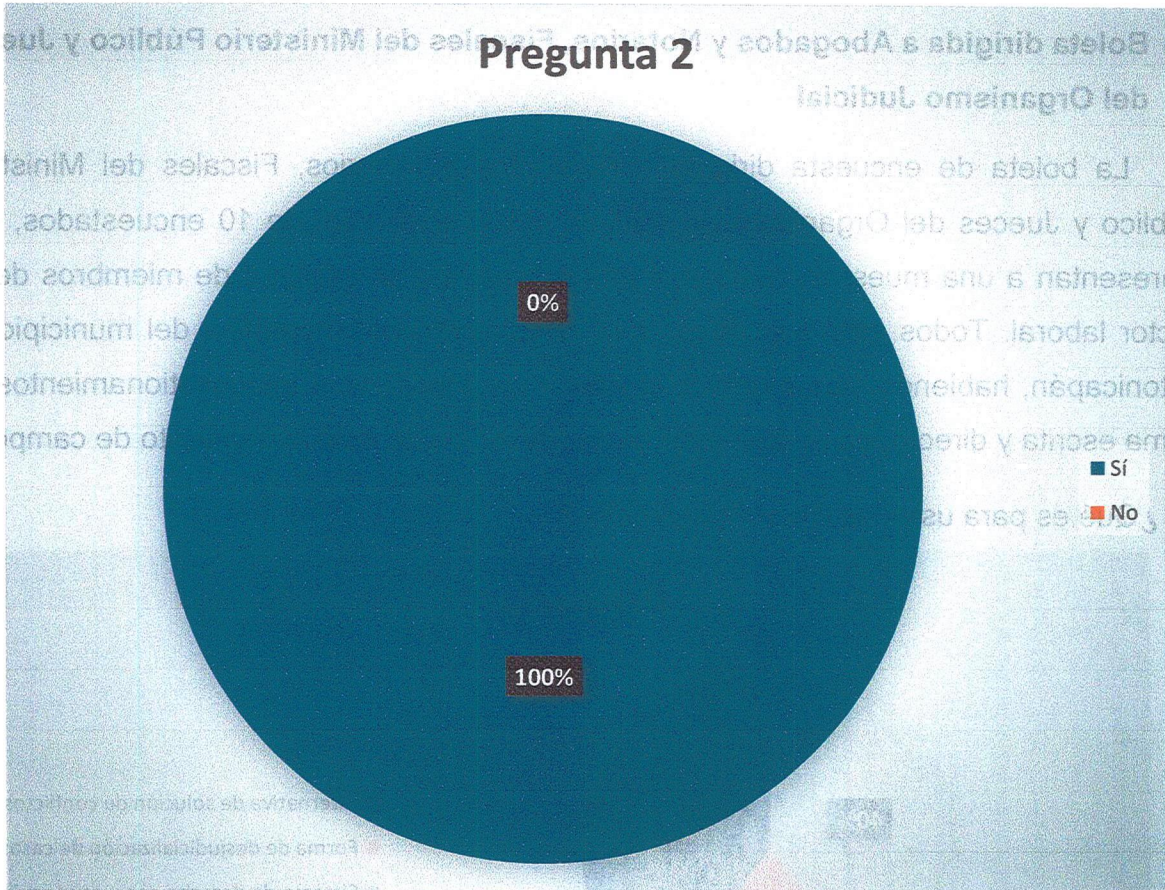


Figura 2 Regiones geográficas donde se practica el Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados indicó que está enterado de que el derecho indígena se practica en otros países además de Guatemala.

Sí, indicó que sí, explique ¿Cómo se enteró?

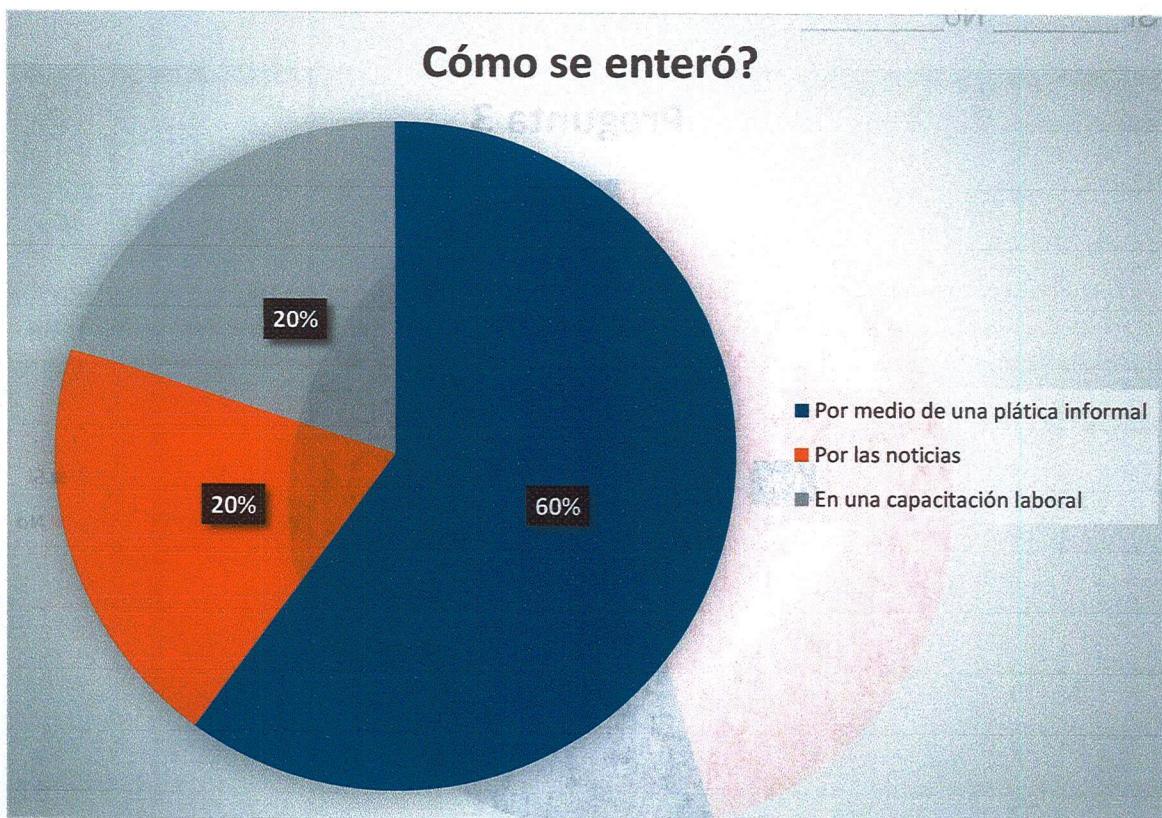


Figura 3 Difusión de la práctica del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 60% de ellos afirma haberse enterado por medio de una plática informal, un 20% por las noticias y otro 20% en una capacitación laboral. Lo que revela que al menos más de la mitad de ellos están enterados de que el derecho indígena es una tendencia mundial.

3. ¿Considera que sea positiva la aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

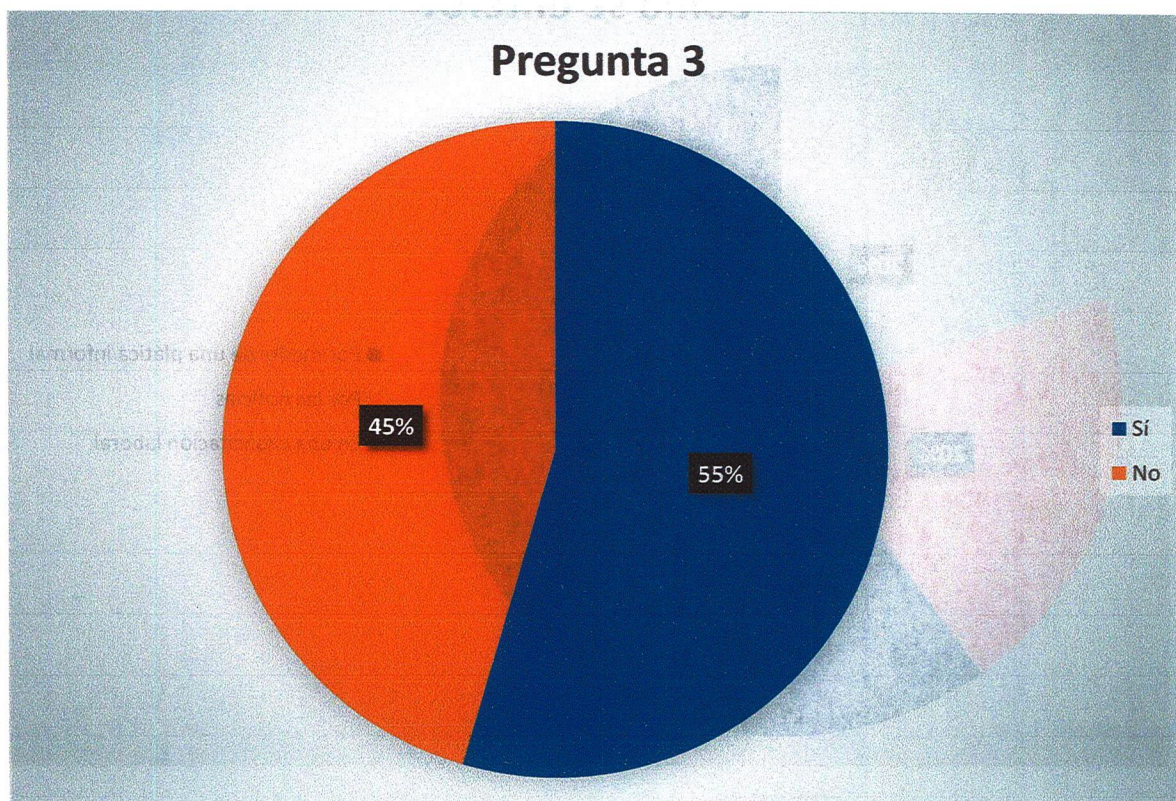


Figura 4 Positividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 60% de los encuestados indicó que la aplicación del derecho indígena sí es positiva, mientras que, un 50% asevera que no lo es.

Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?

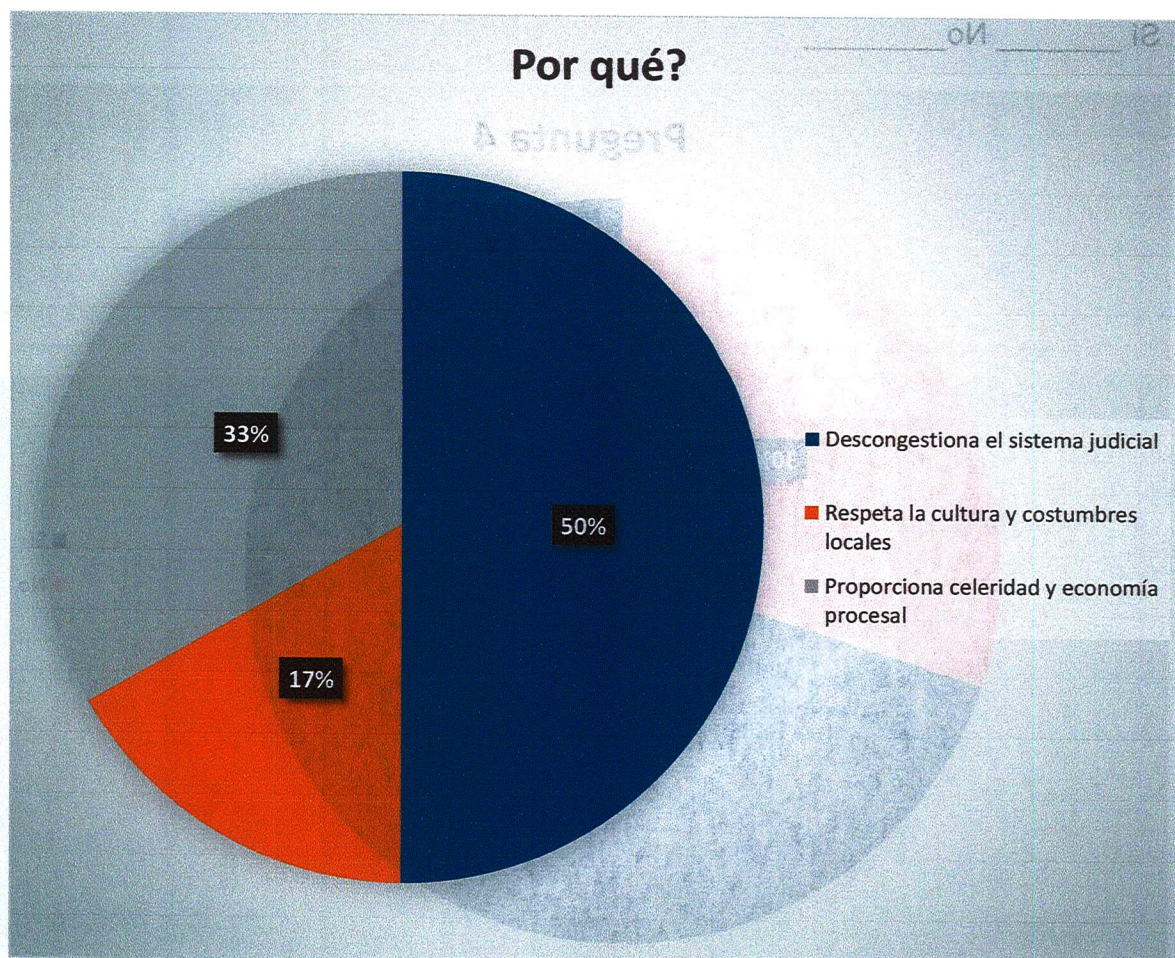


Figura 5 Razones que sustentan la positividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 30% afirma que descongestiona el sistema judicial, un 10% indica que proporciona celeridad y economía procesal, y un 20% afirma que respeta la cultura y costumbres locales. Esto refleja que los encuestados reconocen varios de los beneficios de la aplicación del derecho indígena, en comparación con el derecho estatal.

4. ¿Considera que la aplicación del derecho indígena tiene aspectos negativos?

Sí _____ No _____

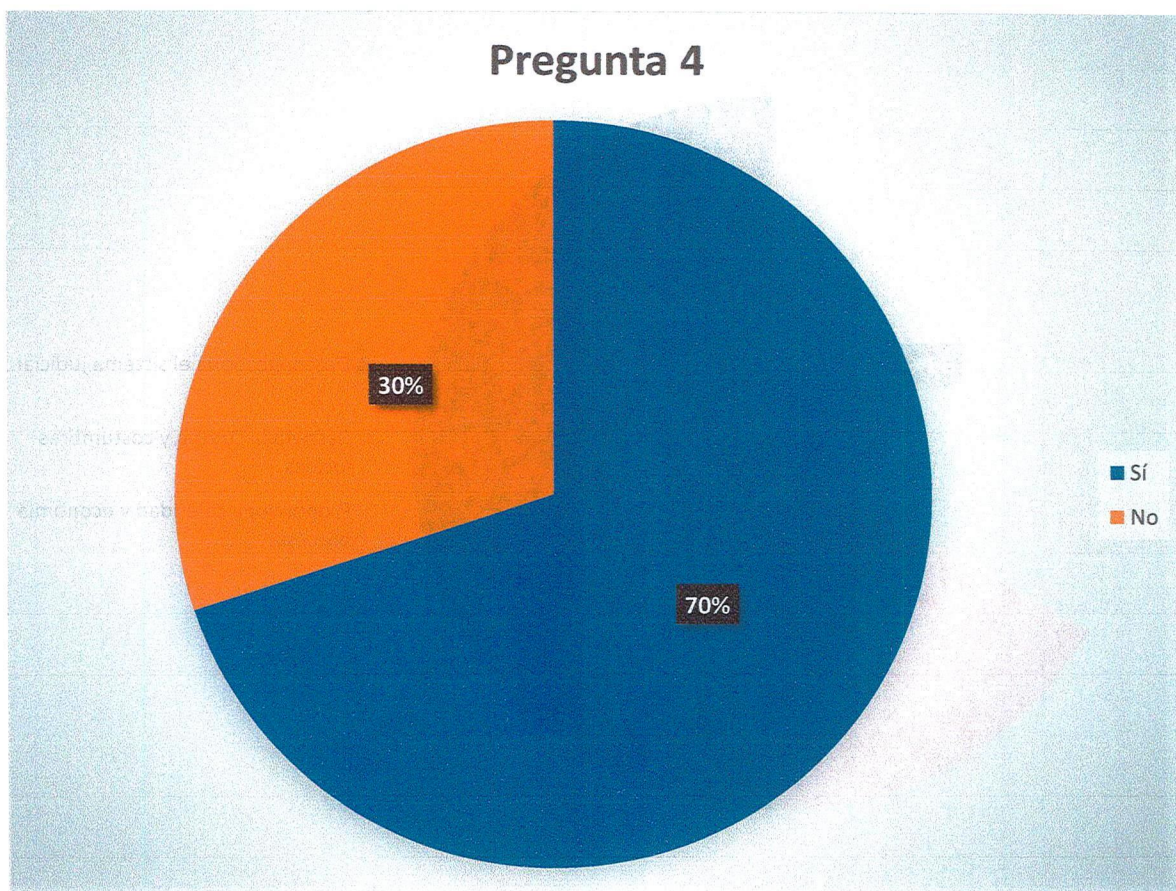


Figura 6 Negatividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 70% de los encuestados indicó que el derecho indígena sí tiene aspectos negativos, mientras que, solo un 30% asevera que no los tiene.

83 Sí, indicó que sí; indique ¿Cuáles?

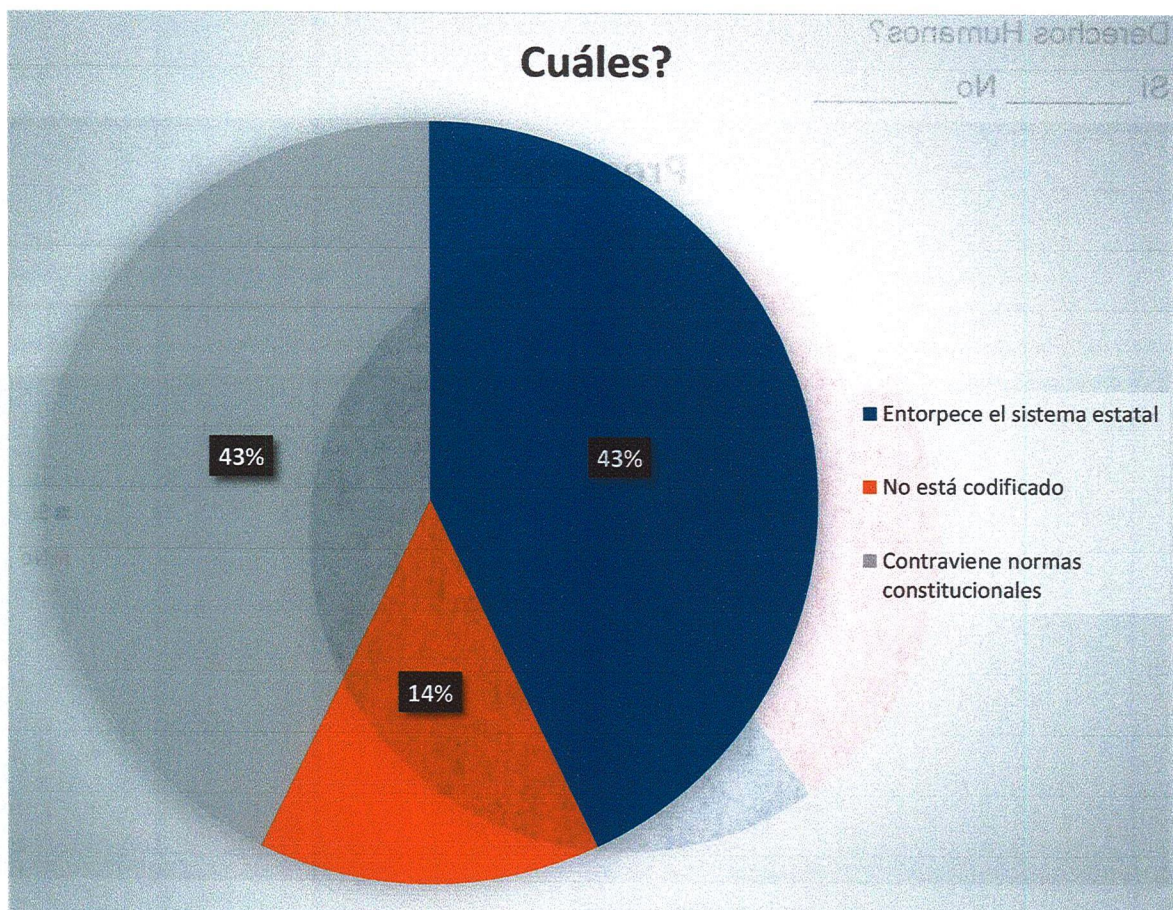


Figura 7 Razones que sustentan la negatividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 30% afirma que descongestiona el sistema judicial, un 10% indica que proporciona celeridad y economía procesal, y un 20% afirma que respeta la cultura y costumbres locales. Lo que demuestra que los encuestados reconocen que, pese a los significativos aspectos positivos del derecho indígena, también tiene algunos aspectos que requieren de reforma o mejora adaptativa al entorno actual.

5. ¿Cree usted que la aplicación del derecho indígena, en algunos casos, vulnera los Derechos Humanos?

Sí _____ No _____

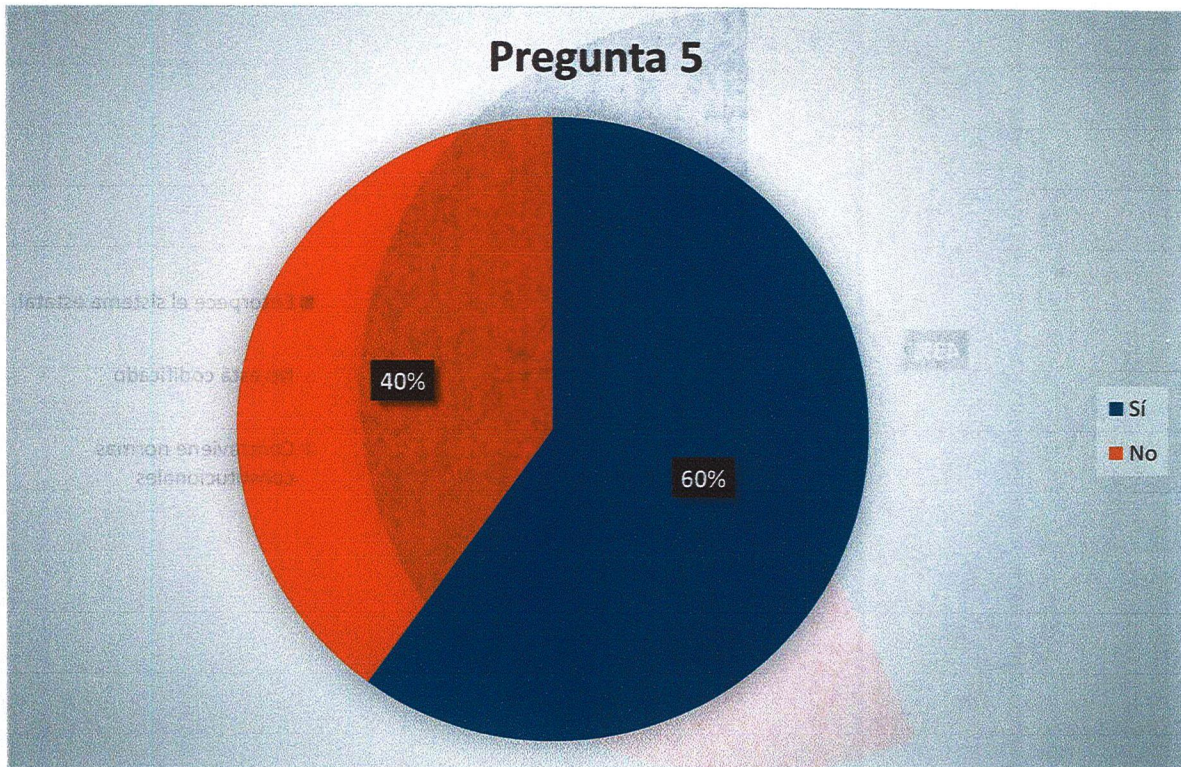
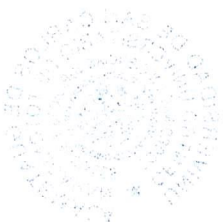


Figura 8 Vulneración de los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y

Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 60% de los encuestados indicó que la aplicación del derecho indígena, en algunos casos, sí vulnera los Derechos Humanos, mientras que, un 40% indica que no lo hace.



Si, indicó que sí, explique ¿Por qué?



Figura 9 Aspectos del Derecho indígena que vulneran los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 20% afirma que no respeta las normas constitucionales, un 40% indica que impone penas de tortura o tratos crueles. Lo que evidencia la necesidad de adaptar las normas del derecho indígena hacia una tendencia mucho más garantista que caracteriza a los sistemas jurídicos modernos.

6. ¿Cree usted que puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado?

Sí _____ No _____

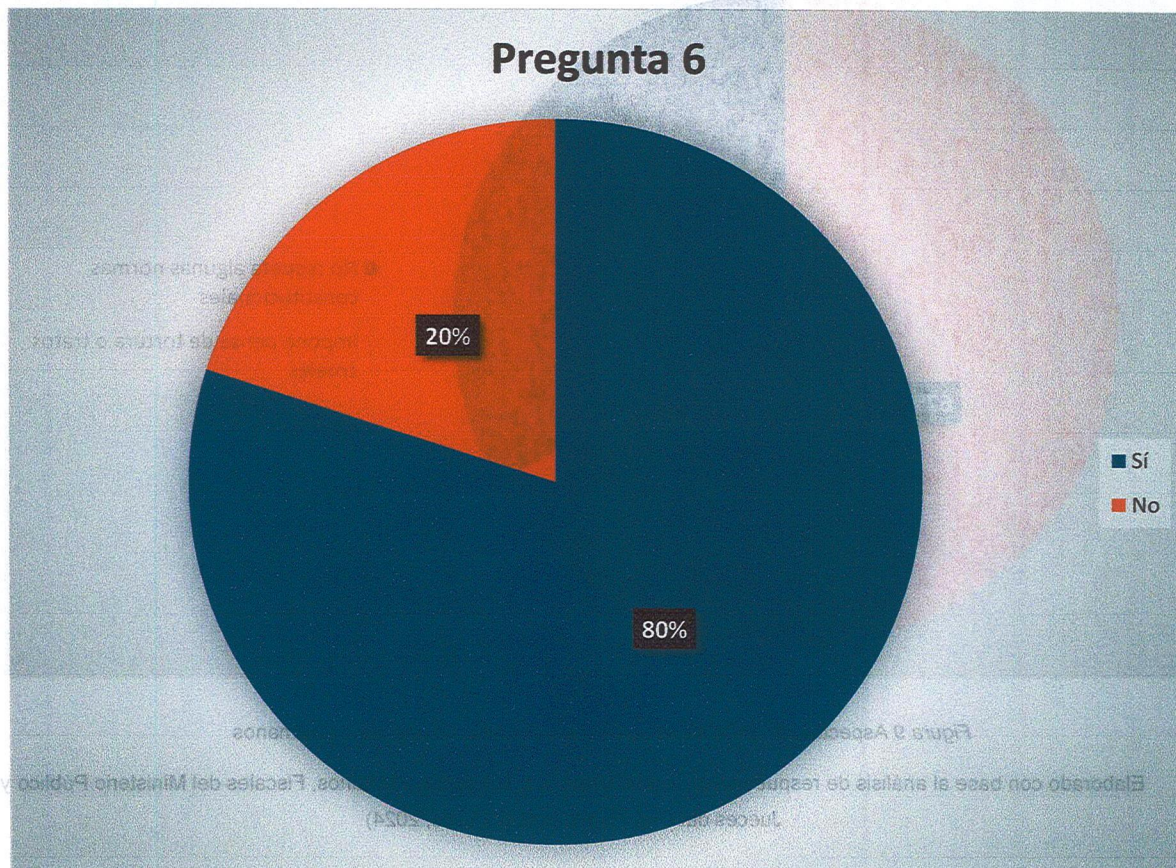


Figura 10 Equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 80% de los encuestados indicó que sí puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado, mientras que, sólo un 20% afirma que no.



Si, indicó que sí, explique ¿Por qué?



Figura 11 Razones que sustentan el equilibrio jurídico entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 30% indica ya existen los sistemas plurijurídicos, y un 50% asegura que ambos derechos ya forman parte del sistema judicial guatemalteco. Lo que revela que la mayoría de encuestados consideran que sí se pueden crear o fortalecer los mecanismos para la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado.

7. ¿Desde su perspectiva, es posible que el derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa?

Sí _____ No _____

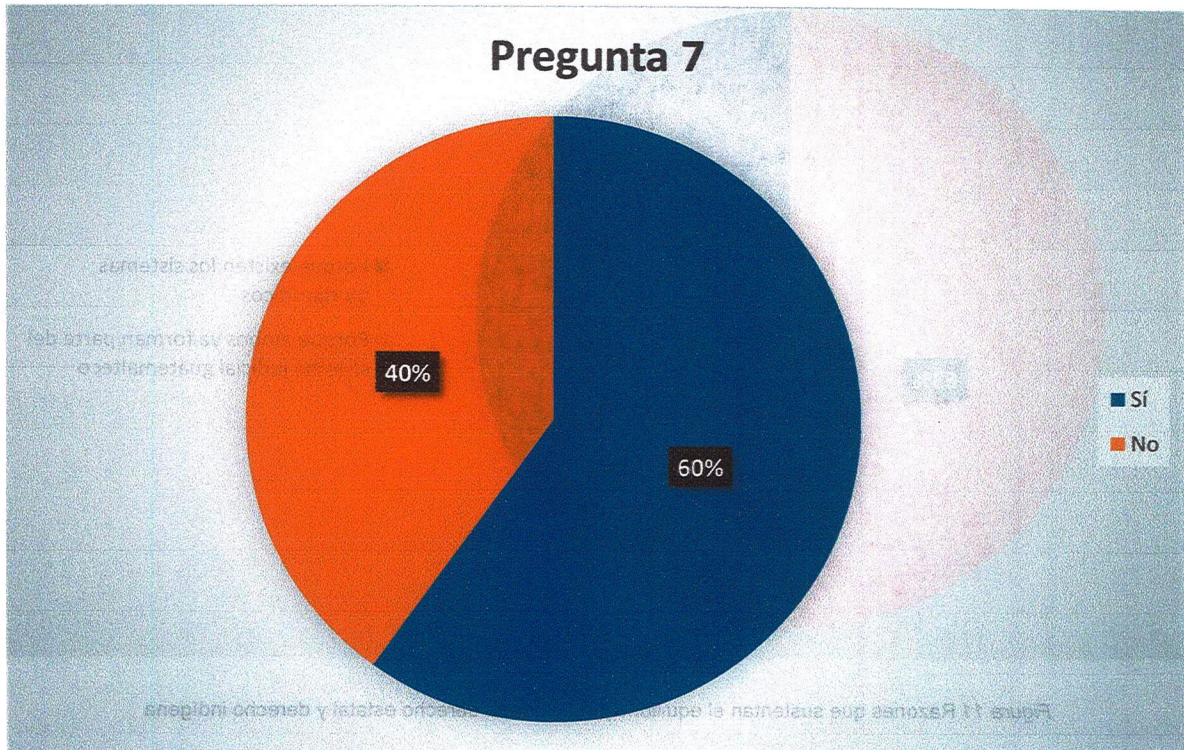


Figura 12 Coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 60% de los encuestados indicó que sí es posible que el derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa, mientras que, sólo un 40% afirma que no.

Si indicó que sí, indique ¿Cómo?

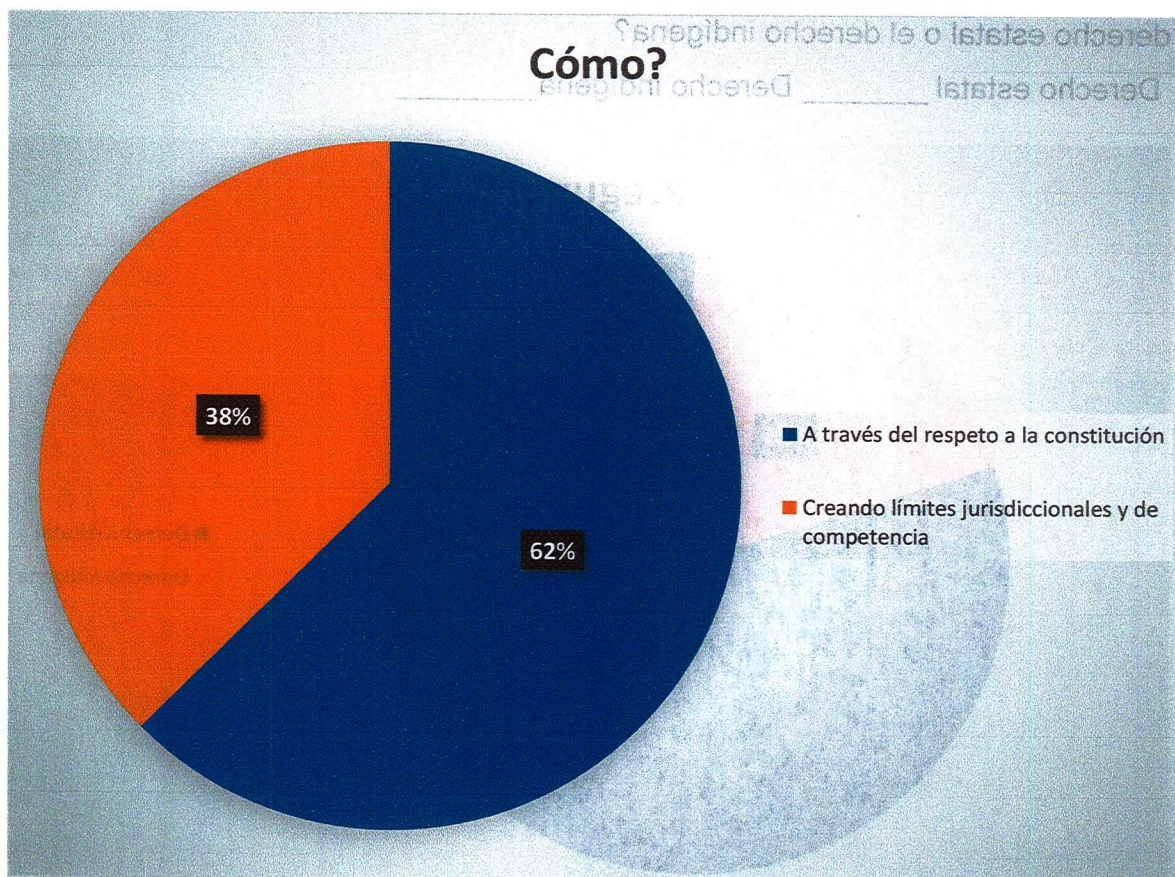


Figura 13 Aspectos que sustentan la coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 50% indica que, es posible a través del respeto a la Constitución, y un 30% asegura que es posible creando límites jurisdiccionales y de competencia. Ambas son propuestas factibles para la coexistencia respetuosa entre el derecho indígena y los Derechos Humanos.

8. En relación al respeto a los Derechos Humanos, ¿Quién cree que tenga la razón, el derecho estatal o el derecho indígena?

Derecho estatal _____ Derecho indígena _____

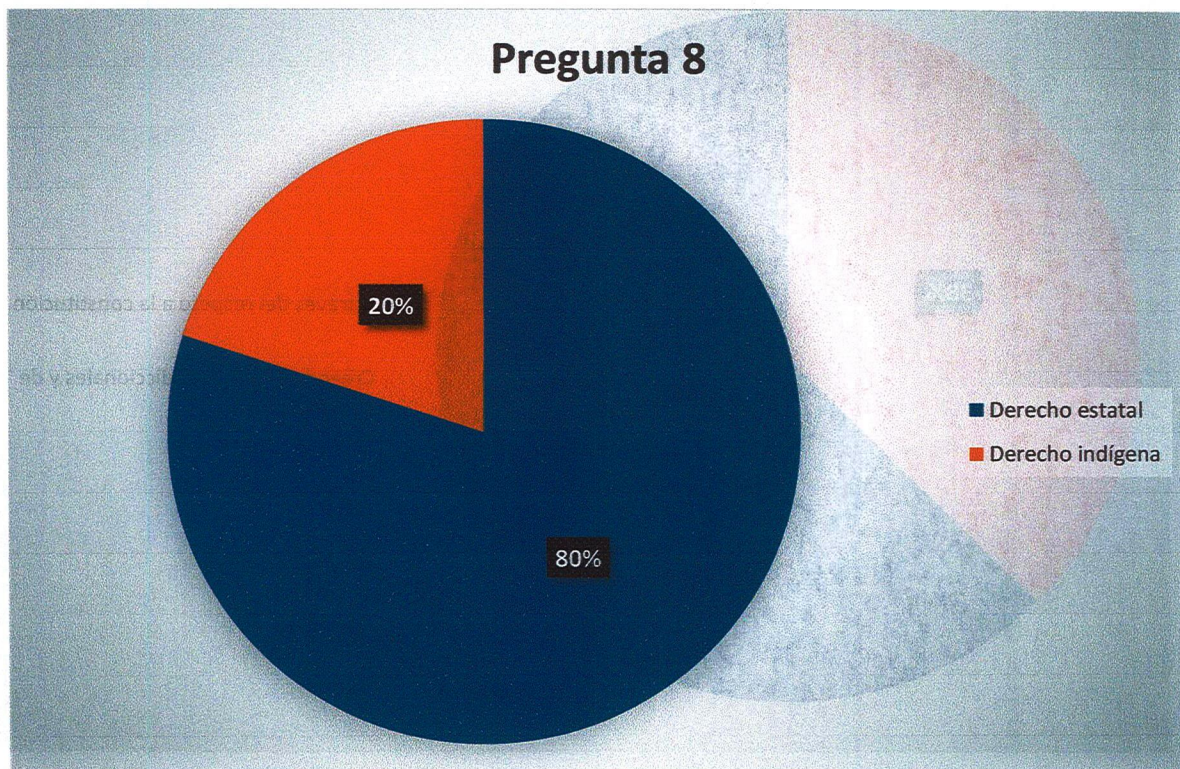
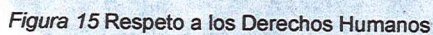


Figura 14 Respeto a los derechos humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 80% de los encuestados afirma que el derecho estatal tiene la razón en relación al respeto a los Derechos Humanos, y sólo un 20% afirma que la razón la tiene el derecho indígena.



De los encuestados que respondieron sí, un 50% indica que, es porque el derecho estatal es de índole garantista, y un 30% asegura que es porque respeta los convenios internacionales de Derechos Humanos. Ambas son razones suficientemente fundamentadas que justifican la ventaja del derecho estatal respecto al derecho indígena, en relación al respeto a los Derechos Humanos.

9. ¿Considera que los Acuerdos de Paz fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

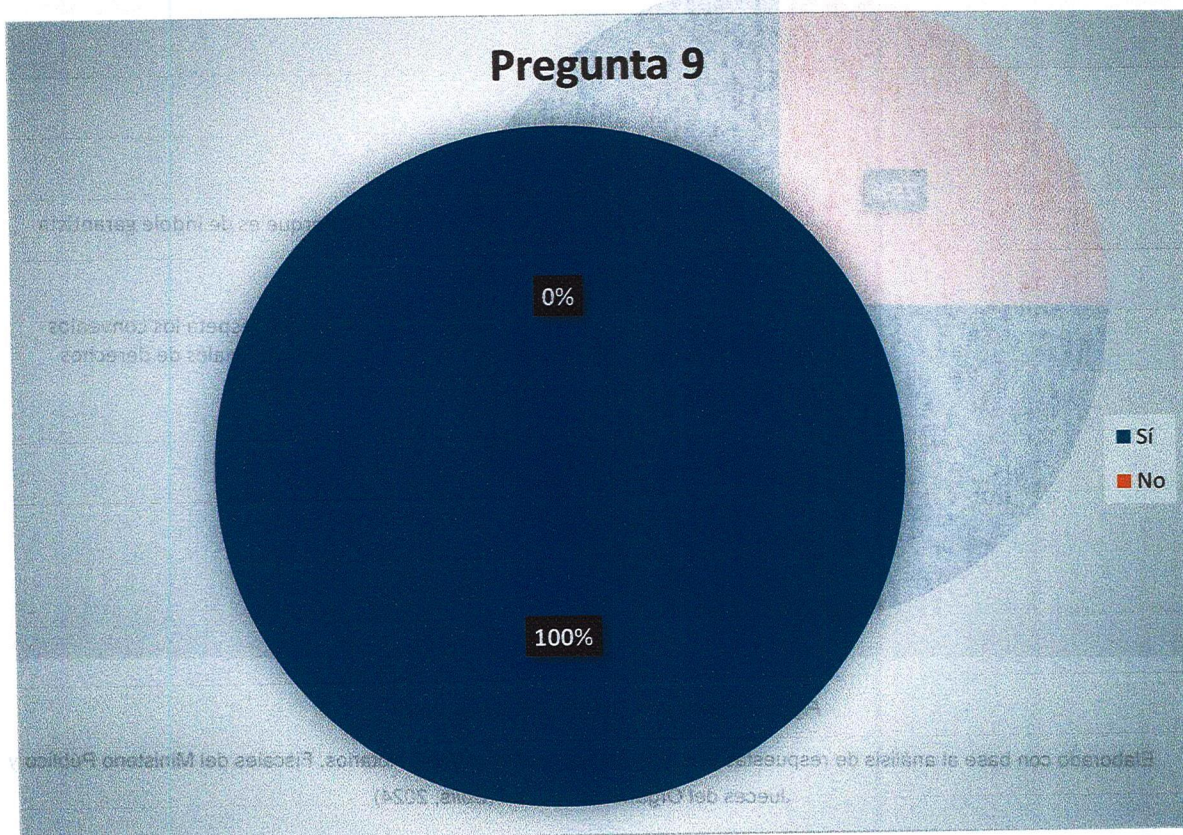


Figura 16 Acuerdos de Paz y Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados asegura que los Acuerdos de Paz sí fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena.



Si indicó que sí, indique ¿Por qué?



Figura 17 Acuerdos de Paz que fundamentan la existencia y aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 40% indica que, es porque está inmerso en todos los Acuerdos de Paz de 1996, y un 60% afirma que se basa principalmente en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo que confirma que el derecho indígena si está fundamentado en los Acuerdos de Paz y específicamente, en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

10. ¿Cree usted que el derecho indígena es de suma importancia en Totonicapán?

Sí _____ No _____

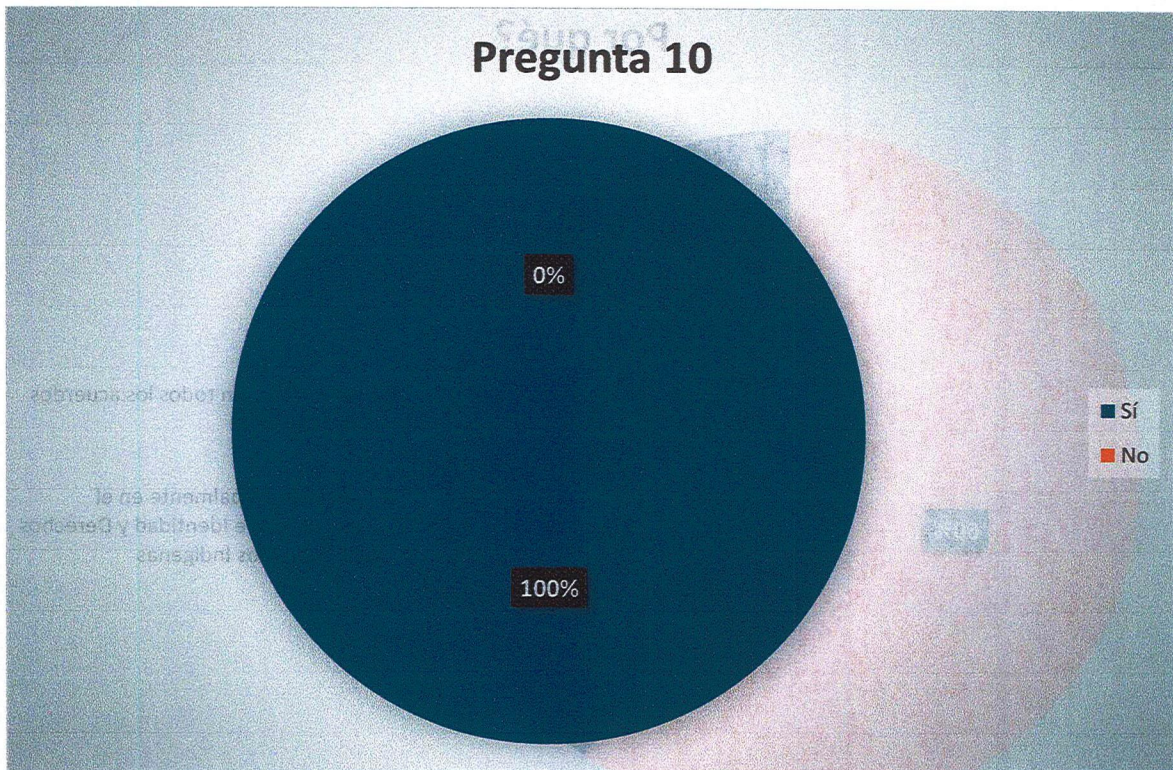


Figura 18 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados asegura que los Acuerdos de Paz sí fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena.



Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

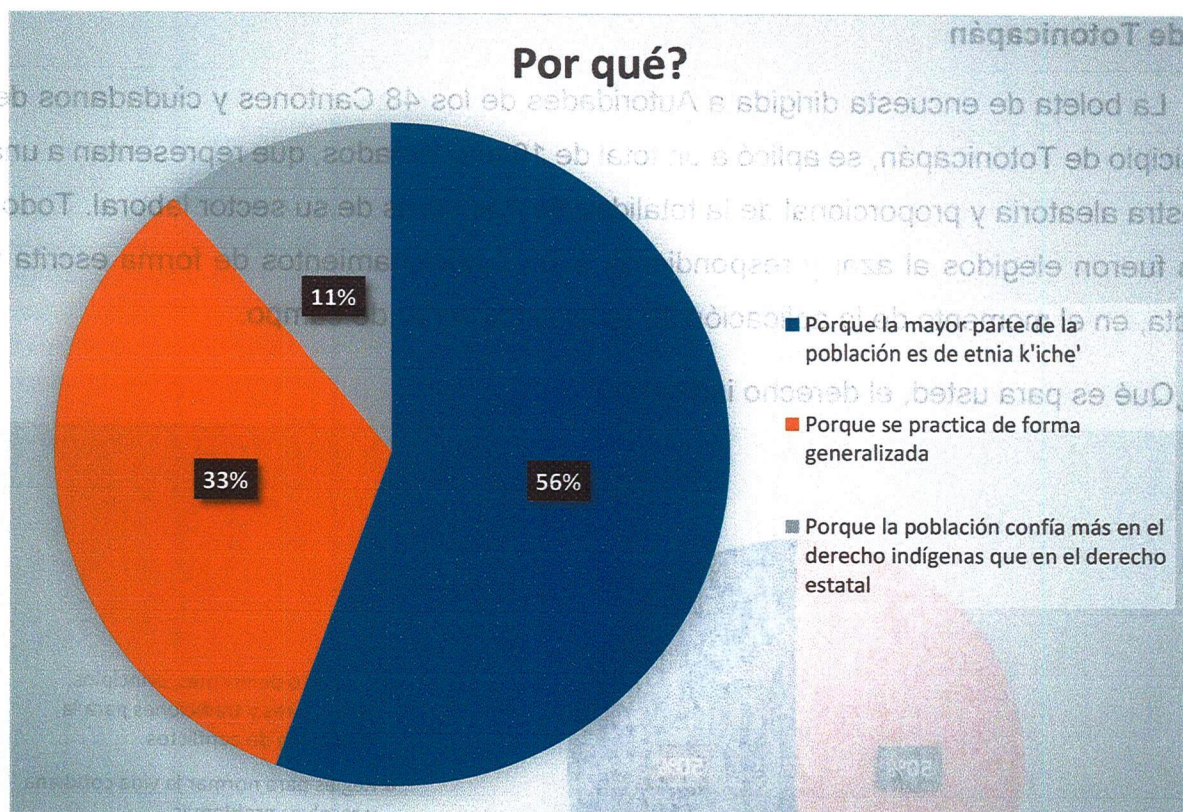


Figura 19 Razones que sustentan la importancia del Derecho indígena en Totonicapán

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 40% indica que, es porque está inmerso en todos los Acuerdos de Paz de 1996, y un 60% afirma que se basa principalmente en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo que confirma que el derecho indígena sí está fundamentado en los Acuerdos de Paz y específicamente, en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.



5.2 Boleta dirigida a Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio de Totonicapán

La boleta de encuesta dirigida a Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio de Totonicapán, se aplicó a un total de 10 encuestados, que representan a una muestra aleatoria y proporcional de la totalidad de miembros de su sector laboral. Todos ellos fueron elegidos al azar y respondieron a los cuestionamientos de forma escrita y directa, en el momento de la aplicación de este instrumento de campo.

1. ¿Qué es para usted, el derecho indígena?

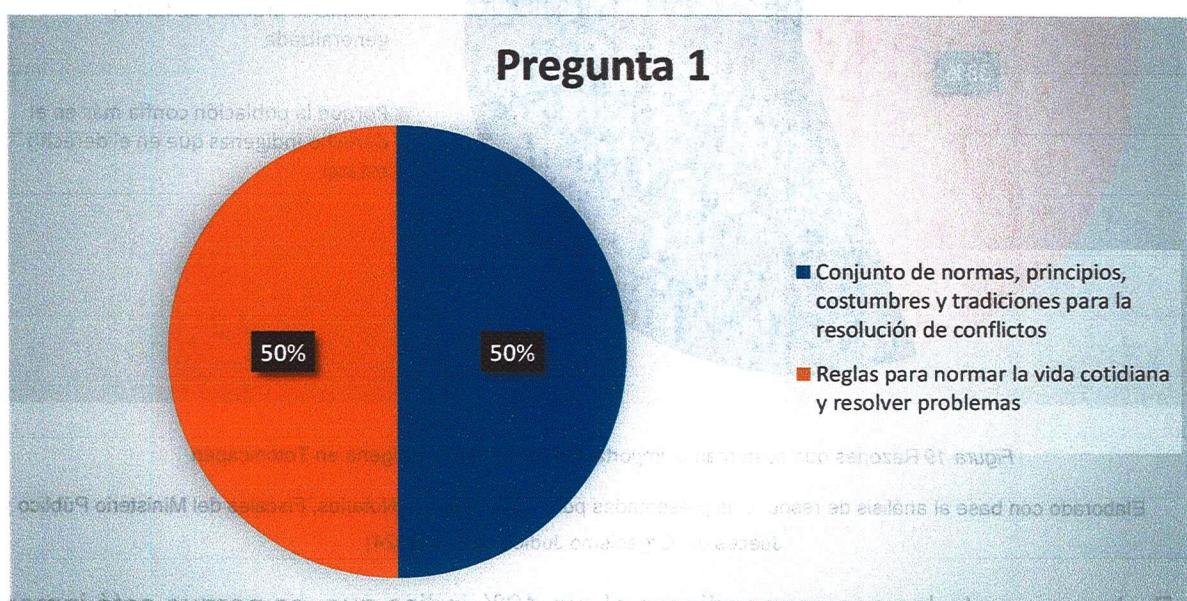


Figura 20 Definición de Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 50% de los encuestados indicó que el derecho indígena es un conjunto de normas, principios, costumbres y tradiciones para la resolución de conflictos, el otro 50% afirma que se trata de reglas para normar la vida cotidiana y resolver problemas. Lo que demuestra que, los entrevistados reconocen que la calidad de sistema jurídico u orden jurídico del derecho indígena, como mecanismo normativo que regula la conducta de los ciudadanos guatemaltecos en determinadas regiones del país con predominante población indígena.

2. ¿Sabe usted que el derecho indígena se practica no sólo en Guatemala, sino también en otros países del mundo?

Sí _____ No _____

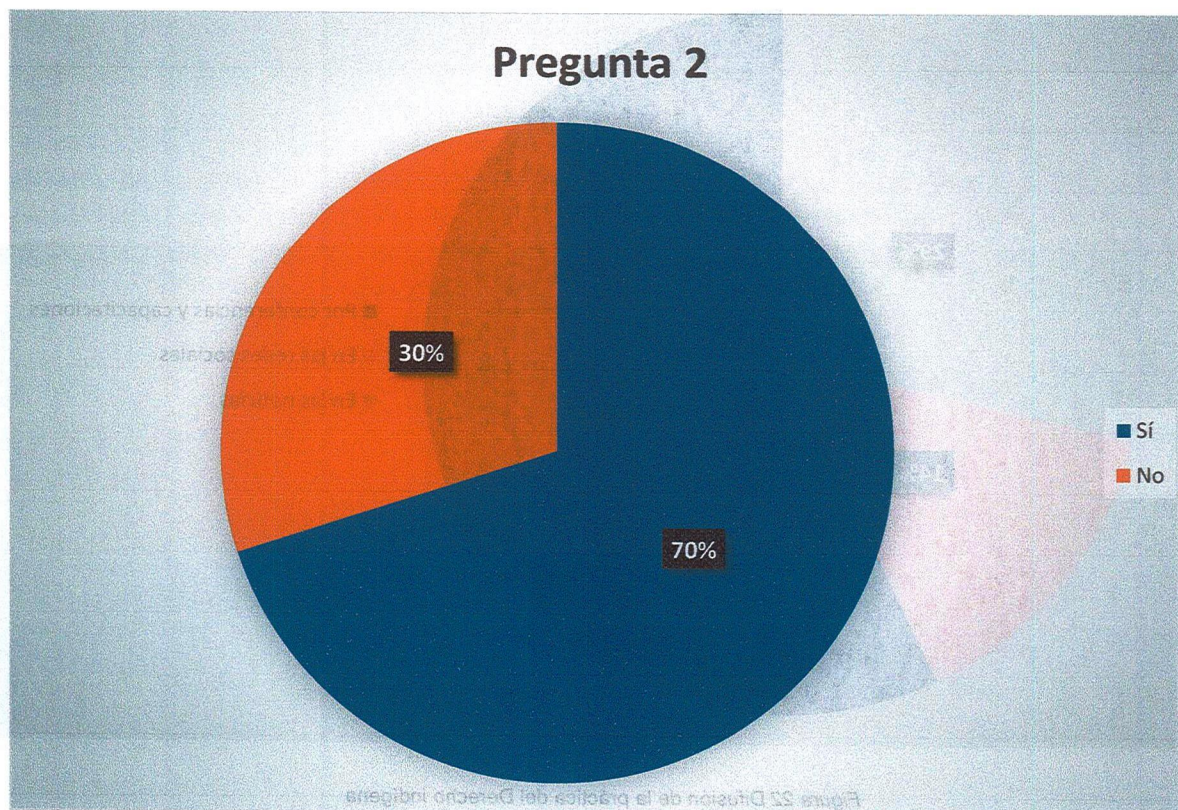


Figura 21 Regiones geográficas donde se practica el Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 70% de los encuestados indicó que sí está enterado de que el derecho indígena se practica en otros países además de Guatemala, mientras que, un 30% afirmó que no lo está.

Sí, indicó que sí, explique ¿Cómo se enteró?

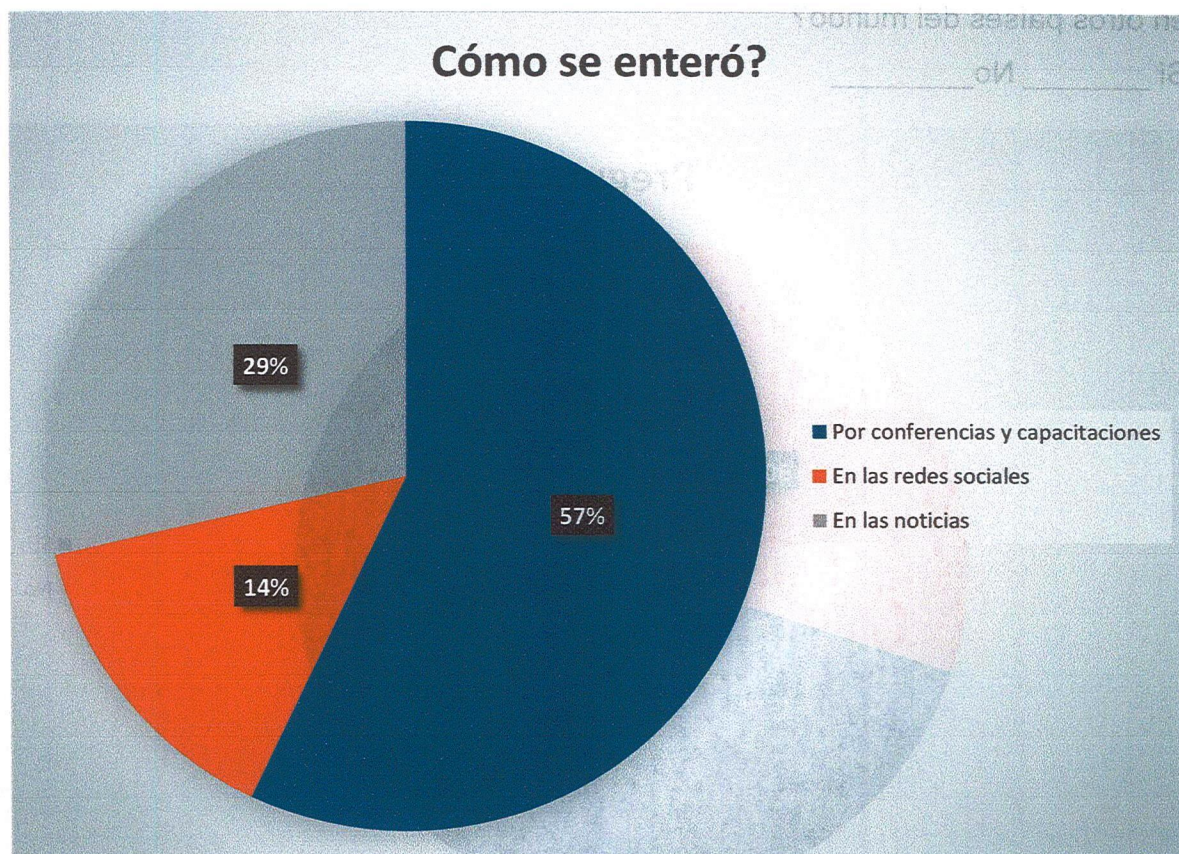


Figura 22 Difusión de la práctica del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 40% de ellos afirma haberse enterado por conferencias y capacitaciones, un 10% se enteró en las redes sociales y otro 20% se enteró en las noticias. Lo que revela que la mayoría de autoridades comunales y pobladores locales conocen de la existencia y práctica del derecho indígena a nivel internacional.

3. ¿Considera que sea positiva la aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

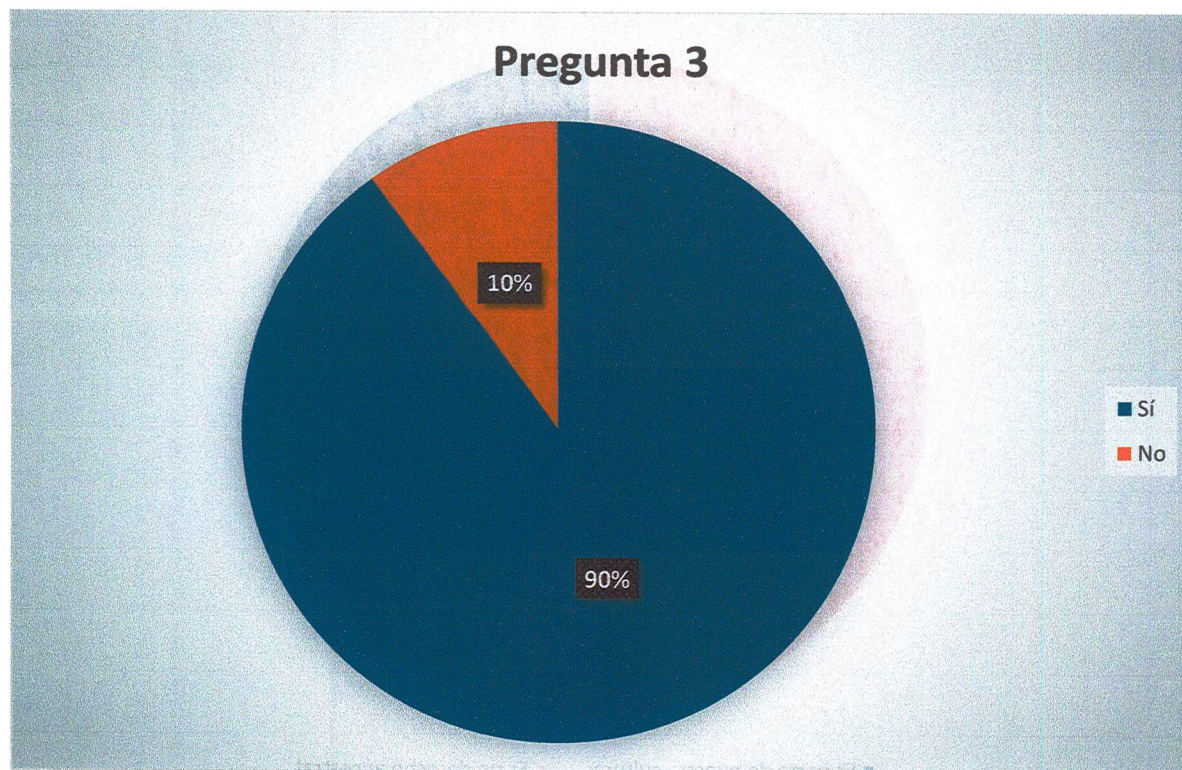


Figura 23 Positividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 90% de los encuestados considera que la aplicación del derecho indígena sí es positiva, y sólo un 10% cree que no lo es.

Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?

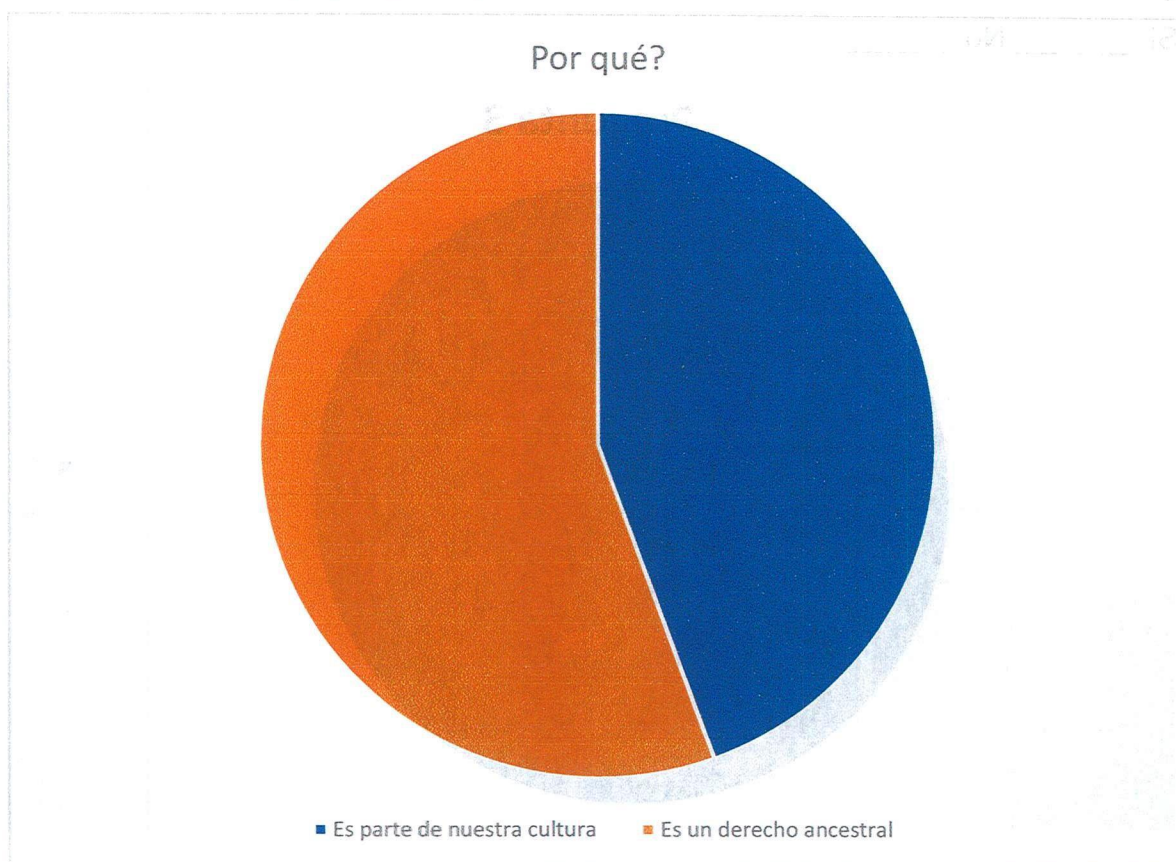


Figura 24 Razones que sustentan la positividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 40% de ellos indicó que es parte de la cultura k'iche', el 50% restante afirma que es un derecho ancestral. Lo que demuestra que el derecho indígena es un sistema jurídico ampliamente reconocido como una práctica positiva, con múltiples beneficios para la sociedad local.

4. ¿Considera que la aplicación del derecho indígena tiene aspectos negativos?

Sí _____ No _____

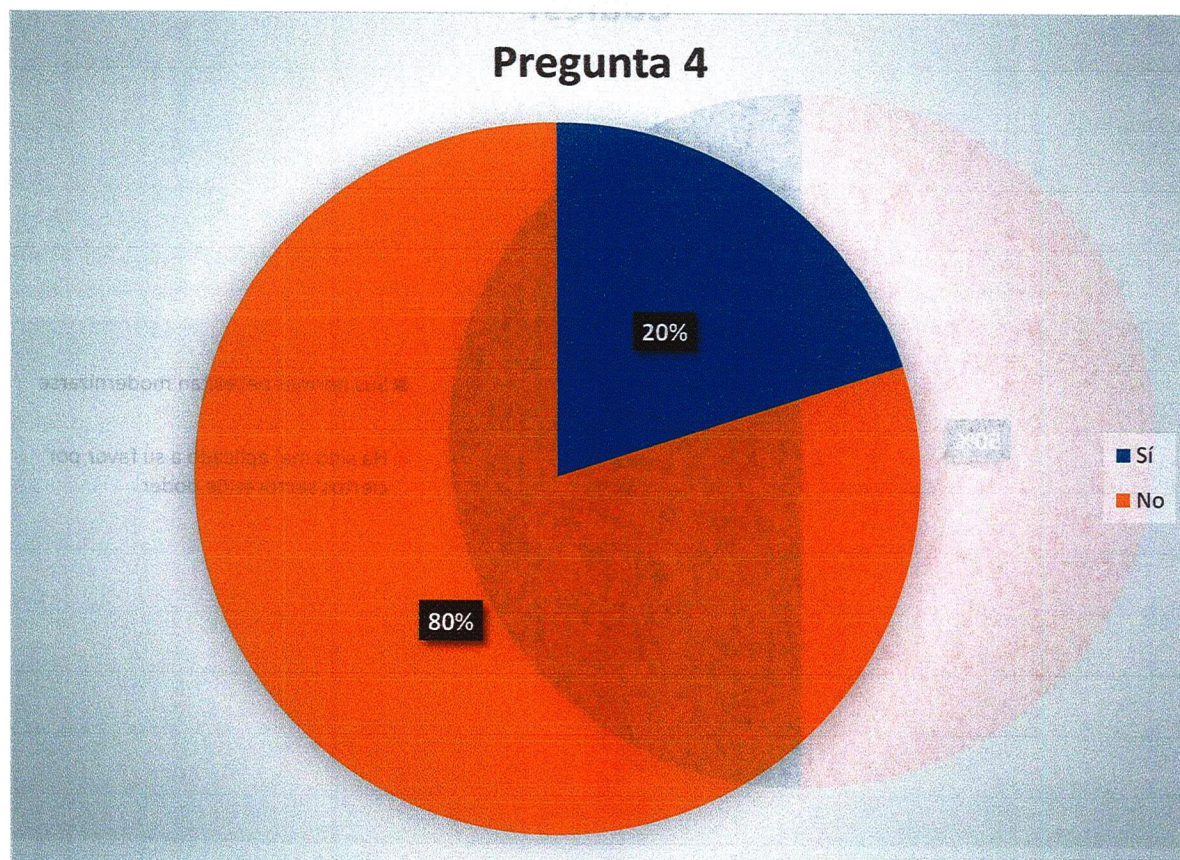


Figura 25 Negatividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 20% de los encuestados considera que la aplicación del derecho indígena sí tiene aspectos negativos, y un 80% cree que no los tiene.

Sí, indicó que sí, indique ¿Cuáles?

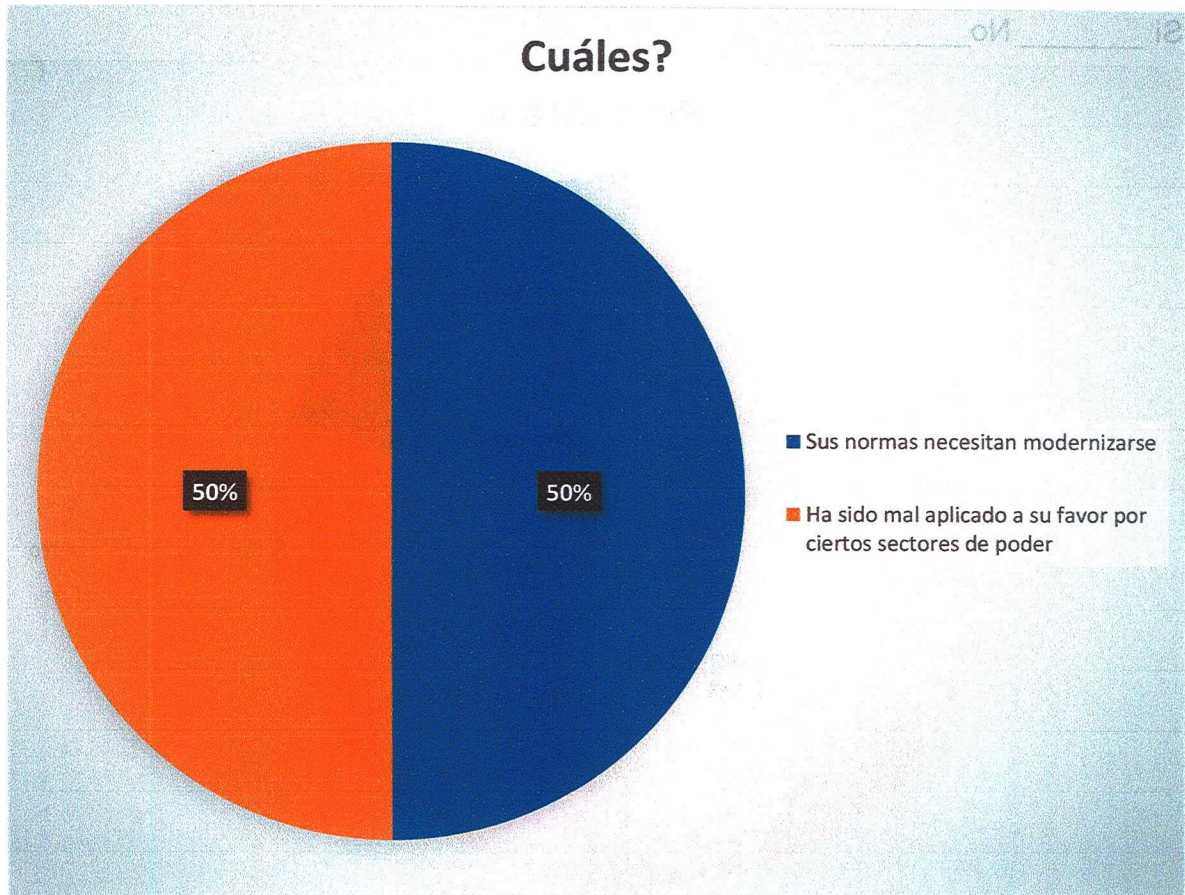


Figura 26 Razones que sustentan la negatividad de la aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 10% de ellos indicó que sus normas necesitan modernizarse, el otro 10% restante afirma que ha sido mal aplicado a su favor por ciertos sectores de poder. Lo que revela que los encuestados, en su mayoría, reconocen que la aplicación del derecho indígena sí tiene diversos aspectos que mejorar para adaptarse a la vida moderna.

5. ¿Cree usted que la aplicación del derecho indígena, en algunos casos, vulnera los Derechos Humanos?

Sí _____ No _____

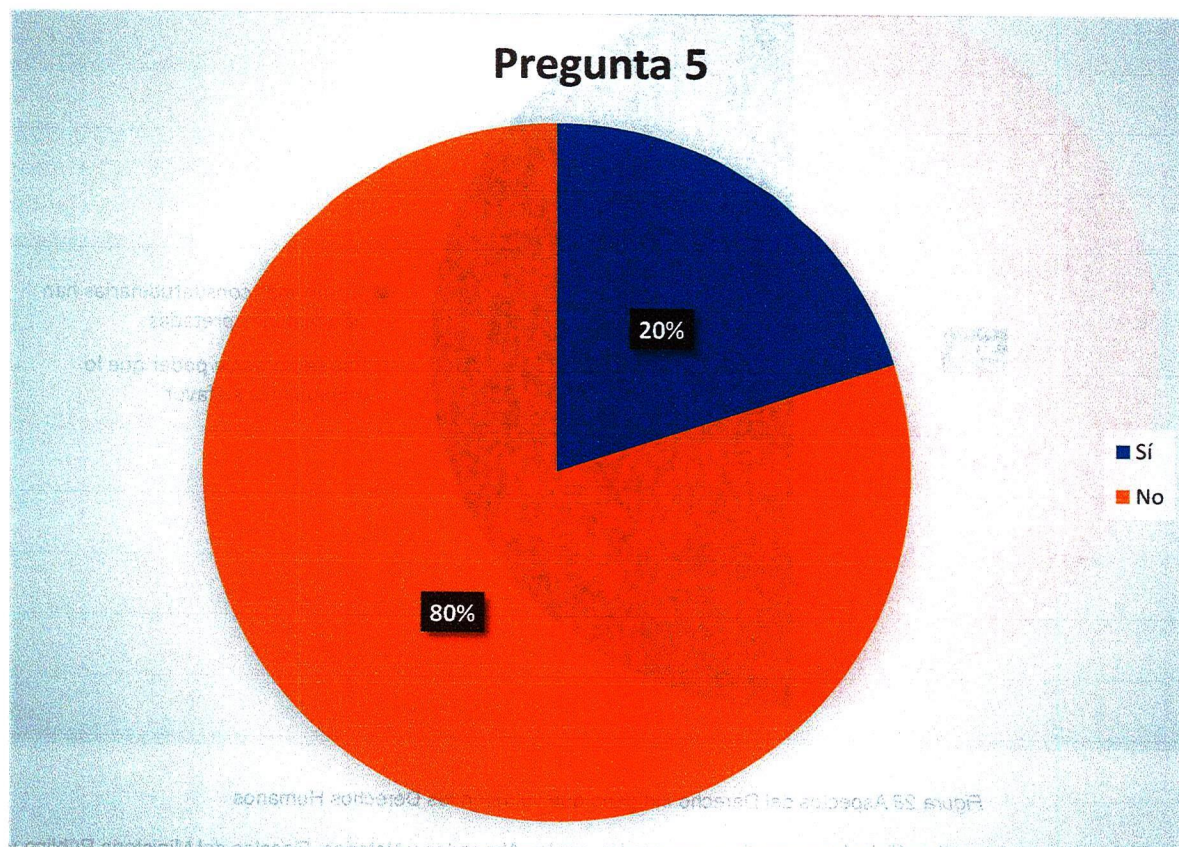


Figura 27 Vulneración de los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 20% de los encuestados indicó que la aplicación del derecho indígena, en algunos casos, sí vulnera los Derechos Humanos, mientras que, un 80% indica que no lo hace.

Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?



Figura 28 Aspectos del Derecho indígena que vulneran los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 10% afirma que no respeta las normas constitucionales, un 10% indica que impone penas de tortura o tratos crueles. Lo que revela la importancia de corregir los aspectos negativos que padece la actual aplicación del derecho indígena en el territorio guatemalteco.

6. ¿Cree usted que puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado?

Sí _____ No _____

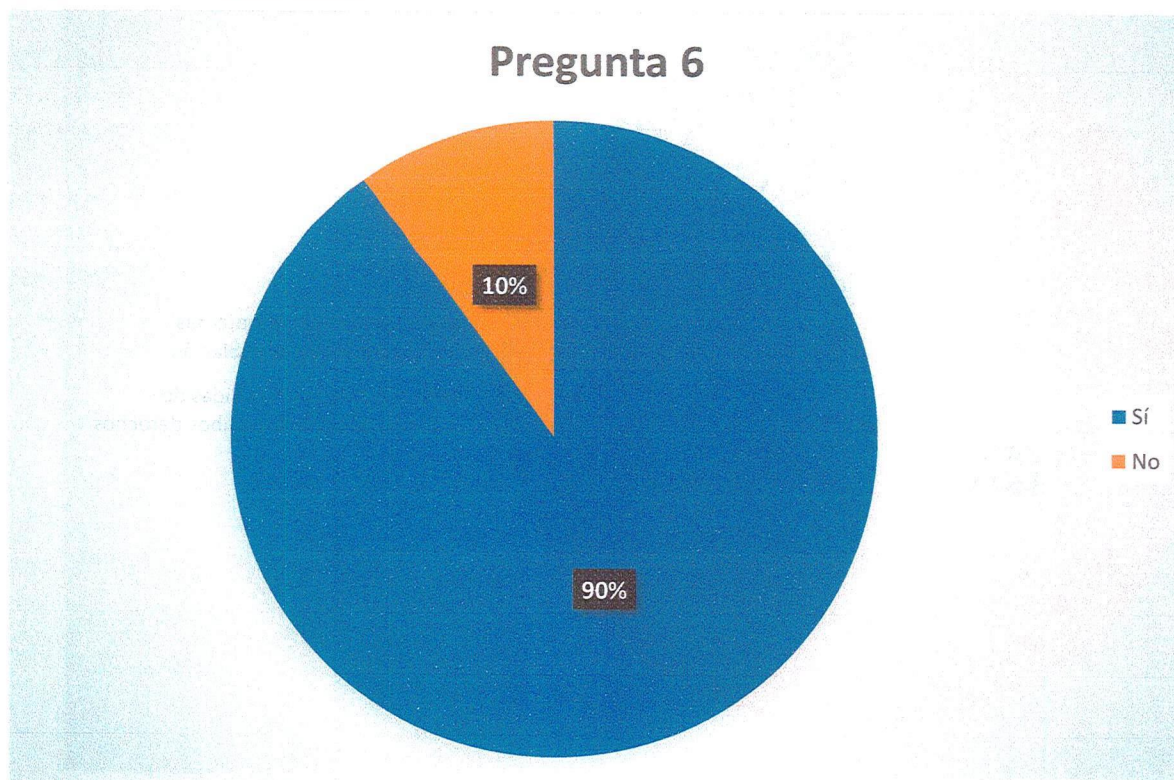


Figura 29 Equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del Derecho estatal y el Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 90% de los encuestados indicó que sí puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado, mientras que, sólo un 10% afirma que no.



Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?



Figura 30 Razones que sustentan el equilibrio jurídico entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 30% afirma que el Estado debe respetar las costumbres de la población, y un 60% asegura que se pueden crear medidas de cooperación entre ambos derechos. Lo que revela que la viabilidad de fomentar un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del derecho estatal y el derecho indígena dentro de un Estado.

7. ¿Desde su perspectiva, es posible que el derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa?

Sí _____ No _____

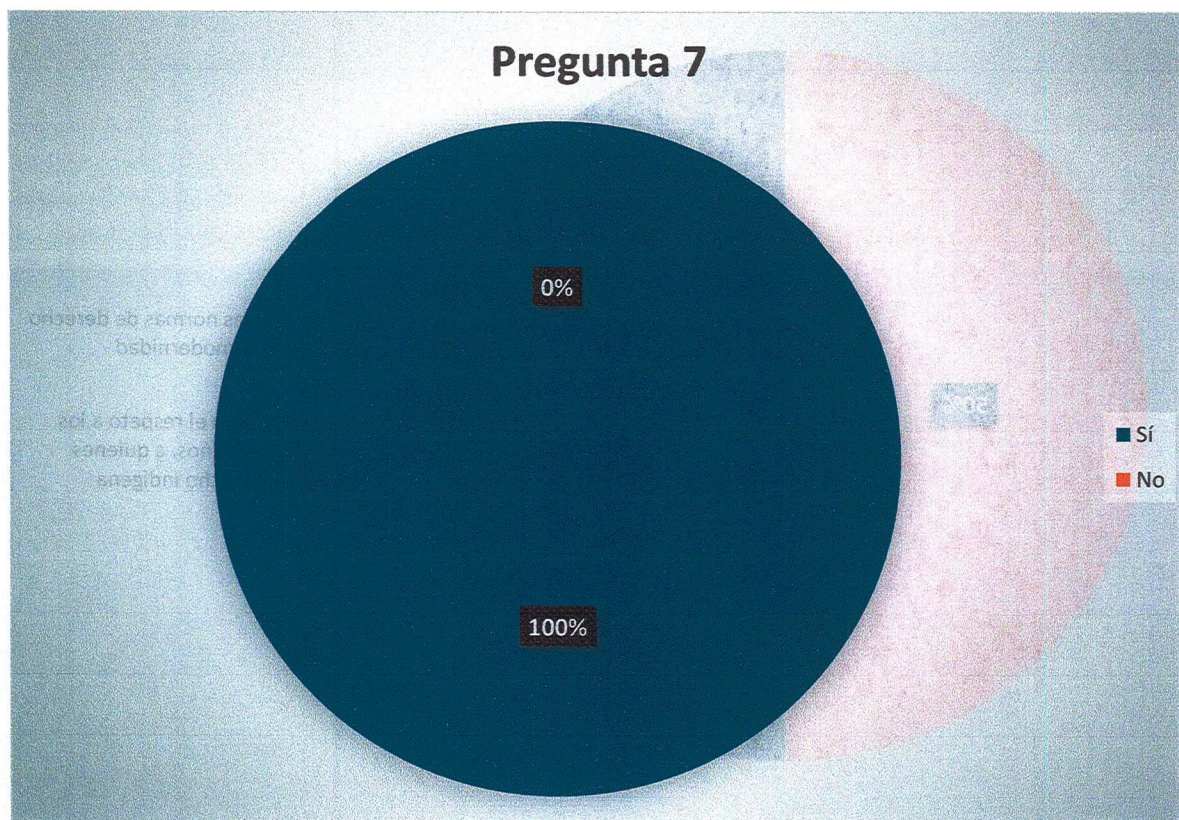


Figura 31 Coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados indicó que sí es posible que el derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa.

Si indicó que sí, indique ¿Cómo?

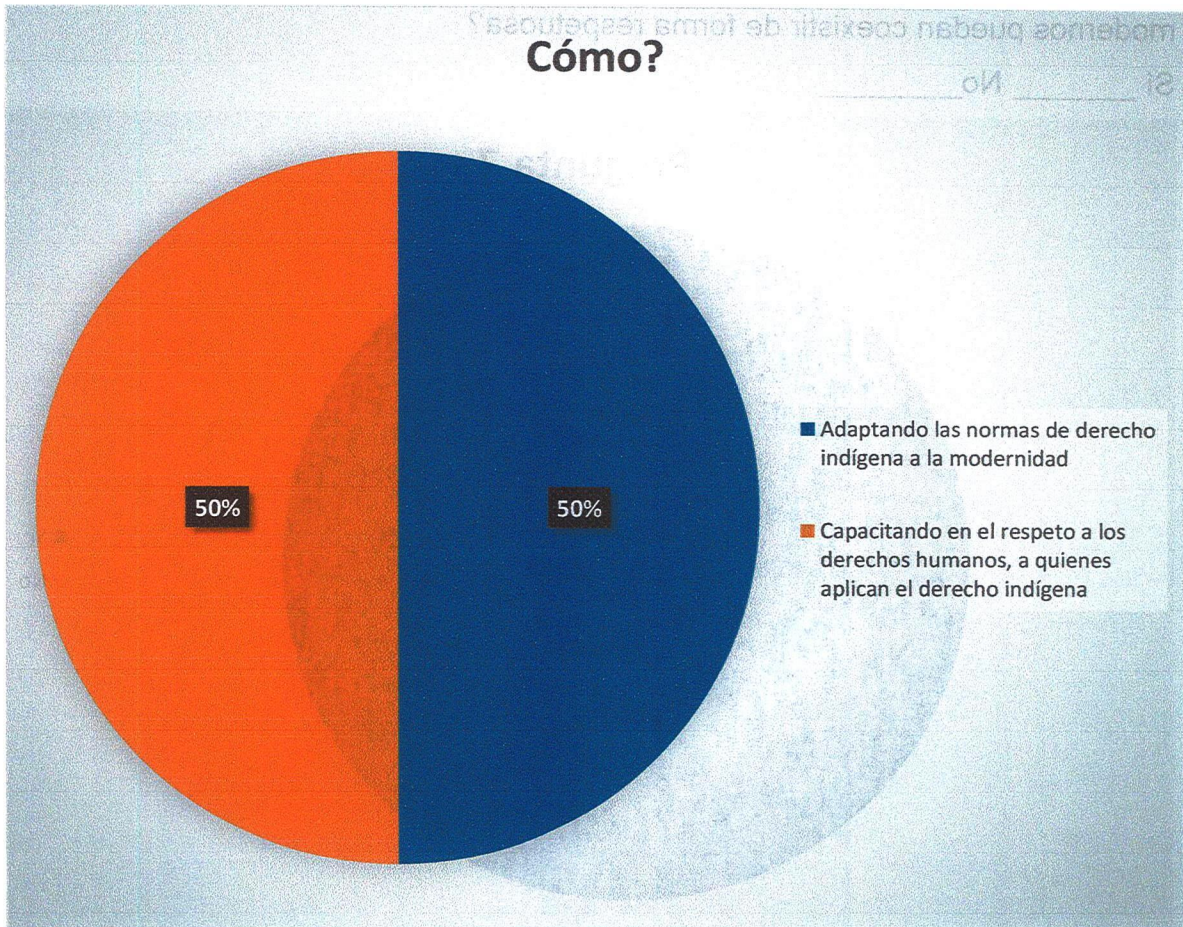


Figura 32 Aspectos que sustentan la coexistencia respetuosa entre derecho estatal y derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 50% indica que, es posible adaptando las normas de derecho indígena a la modernidad, y un 50% asegura que, capacitando en el respeto a los Derechos Humanos, a quienes aplican el derecho indígena. Ambas son propuestas con suficientes posibilidades de llevarse a la práctica en un sistema plurijurídico como el de Guatemala.

8. En relación al respeto a los Derechos Humanos, ¿Quién cree que tenga la razón, el derecho estatal o el derecho indígena?

Derecho estatal _____ Derecho indígena _____

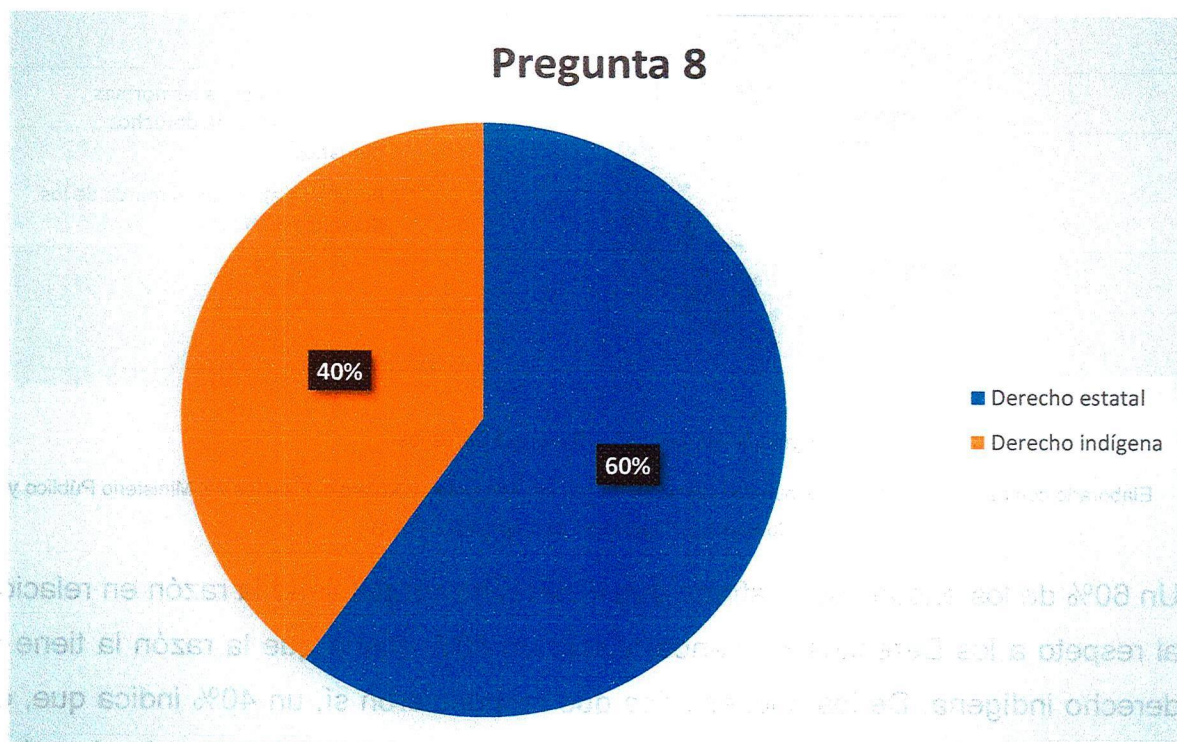


Figura 33 Respeto a los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)



Si indicó que el derecho estatal, explique ¿Por qué?

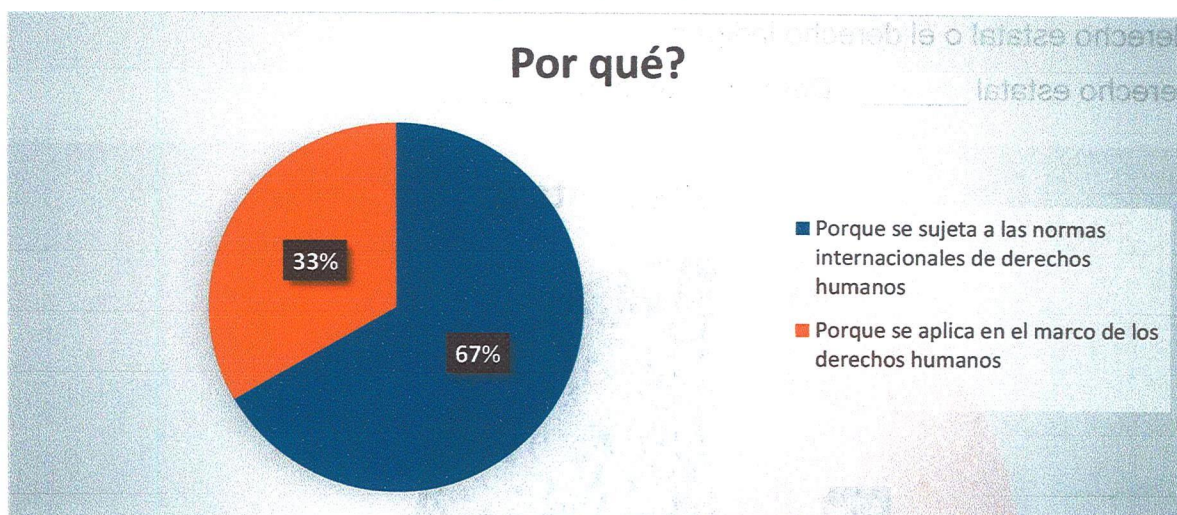


Figura 34 Respeto a los Derechos Humanos

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 60% de los encuestados afirma que el derecho estatal tiene la razón en relación al respeto a los Derechos Humanos, y sólo un 40% afirma que la razón la tiene el derecho indígena. De los encuestados que respondieron sí, un 40% indica que, es porque el derecho estatal se sujeta a las normas internacionales de derechos humanos, y un 20% asegura que se aplica en el marco de los Derechos Humanos. Ambas son razones suficientemente fundamentadas que justifican la ventaja del derecho estatal respecto al Derecho indígena, en relación al respeto a los Derechos Humanos.

9. ¿Considera que los Acuerdos de Paz fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

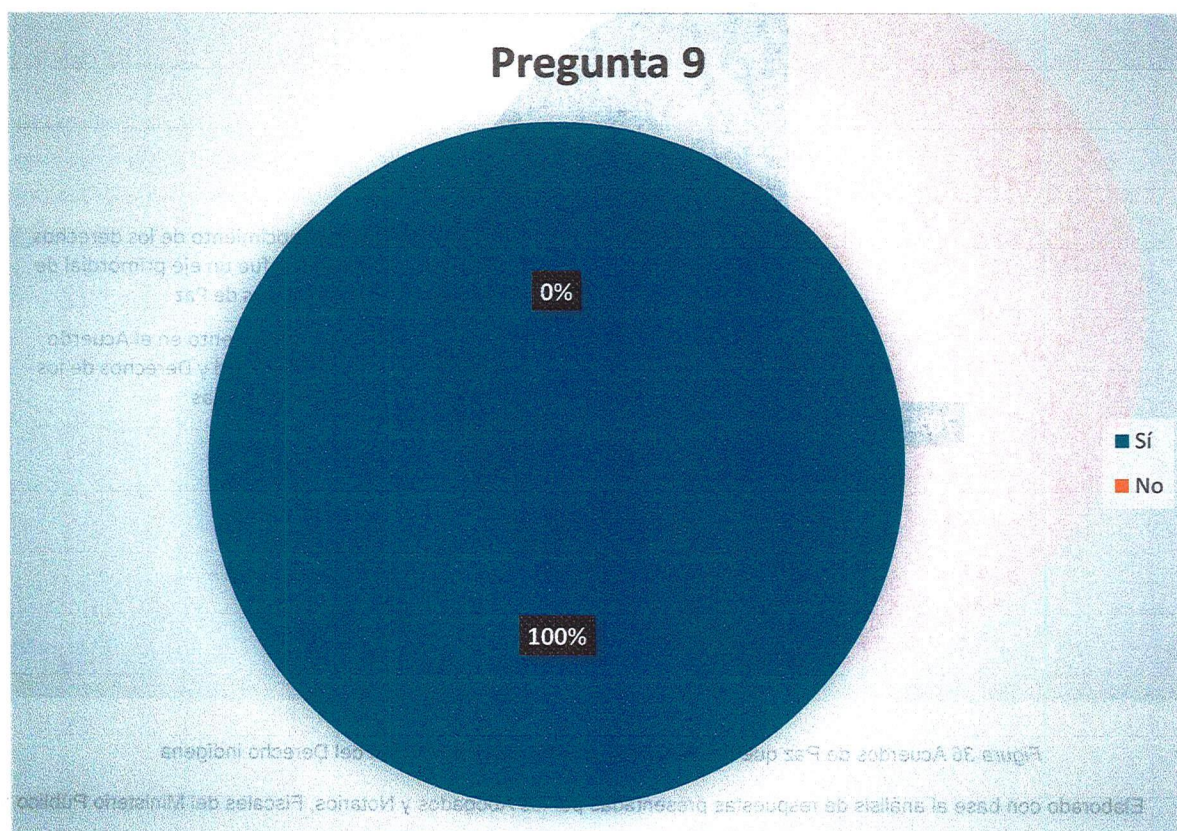


Figura 35 Acuerdos de Paz y Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados asegura que los Acuerdos de Paz sí fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena.



Si indicó que sí, indique ¿Por qué?



Figura 36 Acuerdos de Paz que fundamentan la existencia y aplicación del Derecho indígena

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 30% indica que, el reconocimiento de los derechos indígenas fue un eje primordial de los Acuerdos de Paz, mientras que el 70% indicó que tiene fundamento en el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo que confirma la fundamentación de los derechos indígenas en los Acuerdos de Paz, y en especial, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

10. ¿Cree usted que el derecho indígena es de suma importancia en Totonicapán?

Sí _____ No _____

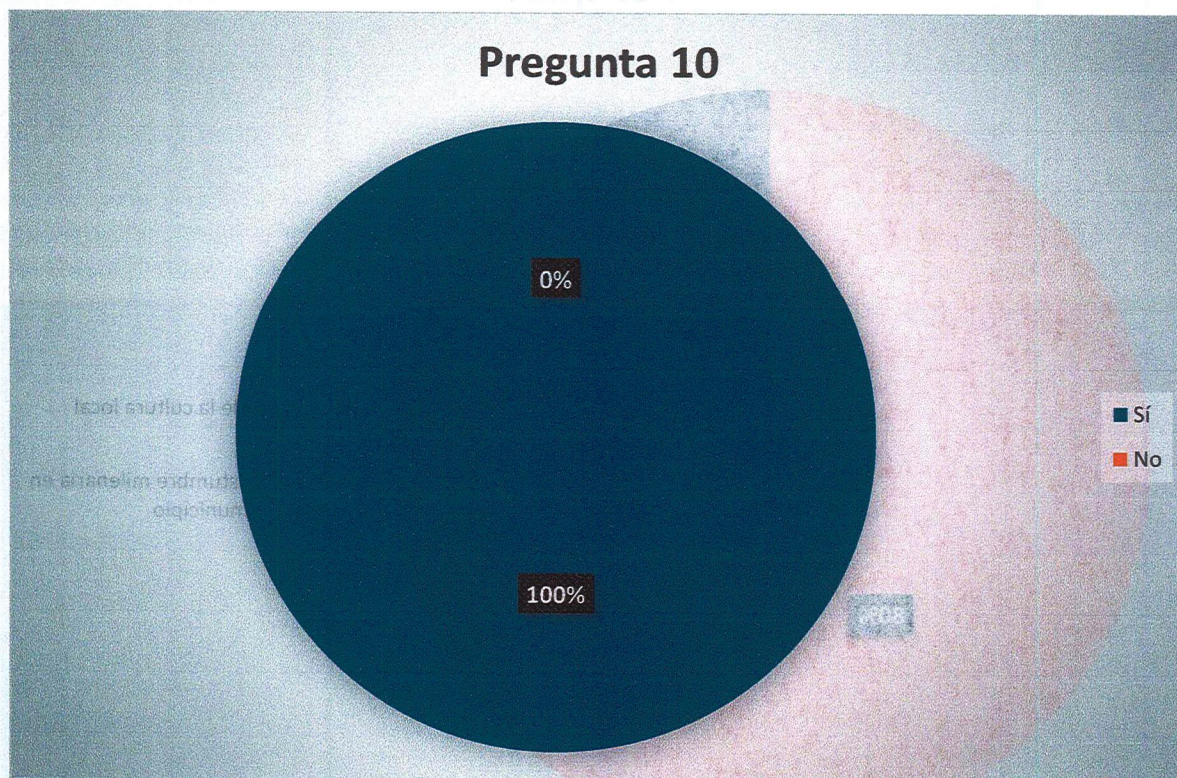


Figura 37 Importancia del Derecho indígena en Totonicapán

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

Un 100% de los encuestados asegura que los Acuerdos de Paz sí fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena.



Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

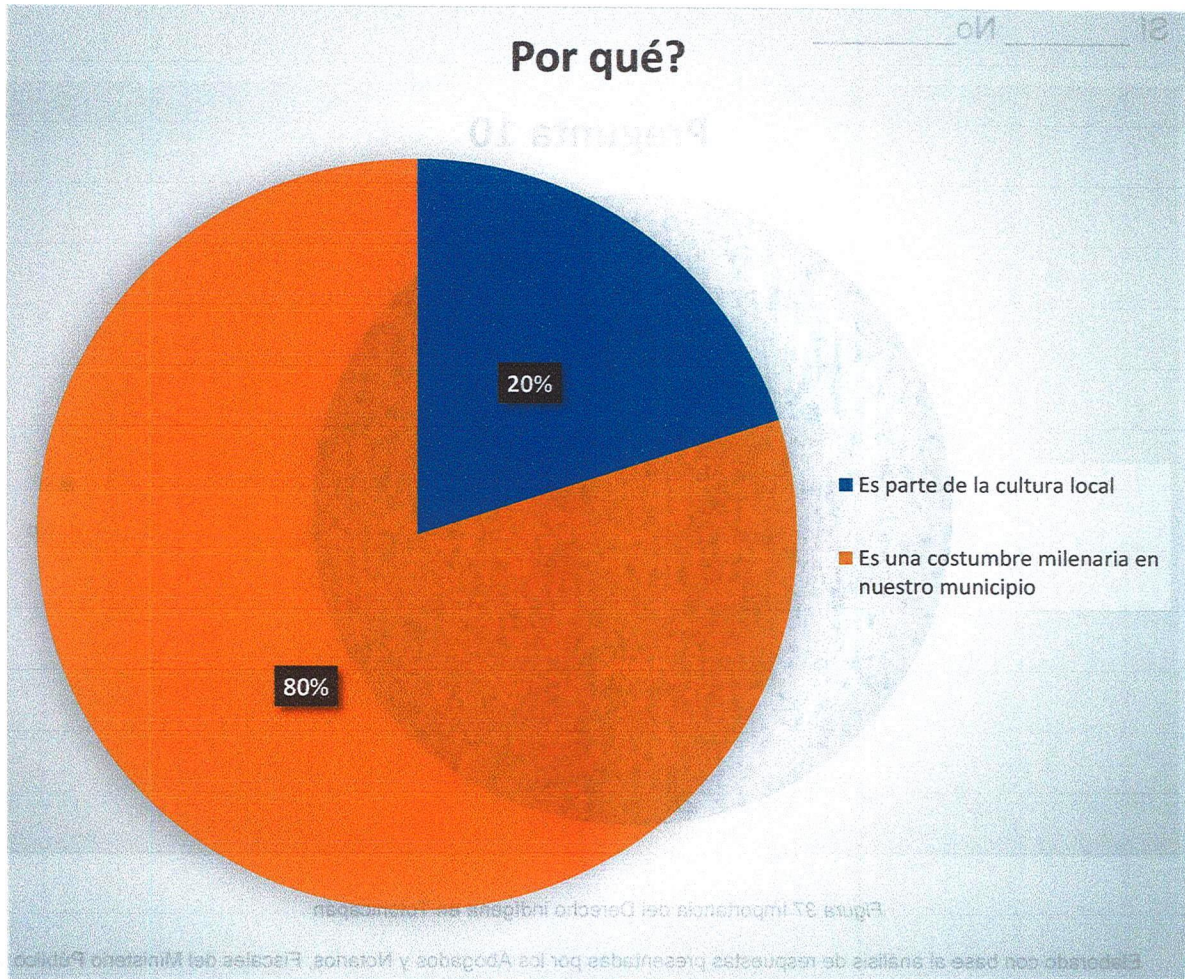


Figura 38 Razones que sustentan la importancia del Derecho indígena en Totonicapán

Elaborado con base al análisis de respuestas presentadas por los Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público y Jueces del Organismo Judicial (Solís, 2024)

De los encuestados que respondieron sí, un 20% indica que, es parte de la cultura local, y un 80% afirma que es una costumbre milenaria en nuestro municipio. Lo que demuestra la gran relevancia que, a criterio de las autoridades comunales y población local, tiene el derecho indígena en la vida jurídica del municipio de Totonicapán.

CONCLUSIONES

Se identificaron como causas que determinan el desequilibrio jurídico entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal, la falta de coordinación entre instituciones jurídicas estatales (Organismo Judicial, Ministerio Público) e instituciones jurídicas del derecho indígena (Organización 48 Cantones, Organizaciones Indígenas de la Sociedad Civil), así como, los deficientes mecanismos de cooperación entre ambos sistemas jurídicos.

Se establecieron como desventajas jurídicas y sociales de la aplicación del derecho indígena en el municipio de Totonicapán, departamento de Totonicapán, en relación al respeto a los Derechos Humanos, que en algunos casos ha contravenido a las normas constitucionales que regulan los Derechos Humanos, y que, en algunos casos impone penas de tortura o tratos crueles a los procesados bajo su jurisdicción.

Se evidenció que las relaciones jurídicas y sociales entre el derecho indígena y los Derechos Humanos dentro del municipio de Totonicapán, departamento de Totonicapán, se dan en el marco jurídico de coexistencia (plurijuricidad), considerando que ambos se practican en el mismo ámbito territorial del municipio de Totonicapán, y que, pese a sus desacuerdos legales, estos son ampliamente reconocidos como medios jurídicos útiles para regular la conducta de los ciudadanos, a fin de lograr los objetivos de bien común, paz y justicia social del Estado.

Se determinaron entre las principales problemáticas actuales sobre la controversia entre derecho estatal y la aplicación del derecho indígena, respecto a los Derechos Humanos, la desactualización de las normas del derecho indígena en relación a la realidad social actual (pues, se trata de un sistema legal ancestral), la falta sistemas de coordinación entre ambos sistemas jurídicos (estatal e indígena) y la escasa capacitación en el respeto a los Derechos Humanos para quienes se encargan de la administración de justicia indígena.

Se proponen como soluciones para encontrar un equilibrio jurídico entre el derecho indígena y el derecho estatal sin afectar los Derechos Humanos, adaptar las normas de derecho indígena a la modernidad, fomentar el respeto a la Constitución, capacitar en el respeto a los Derechos Humanos, a quienes aplican el derecho indígena, y



normas los límites jurisdiccionales y de competencia de ambos sistemas jurídicos (estatal e indígena).



RECOMENDACIONES

Se recomienda la realización de diálogos y acuerdos de coordinación entre instituciones jurídicas estatales (Organismo Judicial, Ministerio Público) e instituciones jurídicas del derecho indígena (Organización 48 Cantones, Organizaciones Indígenas de la Sociedad Civil).

Se insta a las instituciones jurídicas del derecho indígena en Totonicapán (Organización 48 Cantones, Organizaciones Indígenas de la Sociedad Civil), a evitar la imposición de penas de tortura o tratos crueles a los procesados bajo su jurisdicción.

Se sugiere al Estado de Guatemala, reconocer y respetar la prevalencia de un marco jurídico de plurijuricidad, por la coexistencia del derecho estatal y el derecho indígena, en especial, en aquellos territorios de mayoría poblacional indígena como es el caso de Totonicapán.

Es indispensable fomentar, la actualización de las normas del derecho indígena en relación a la realidad social actual, el fortalecimiento de los mecanismos de coordinación entre ambos sistemas jurídicos (estatal e indígena) y fomentar la capacitación en el respeto a los Derechos Humanos para quienes se encargan de la administración de justicia indígena.

Se requiere de forma urgente reformar la Constitución Política de Guatemala para establecer límites jurisdiccionales y de competencia entre ambos sistemas jurídicos (estatal e indígena), y de igual forma crear y fortalecer mecanismos de cooperación para el logro de fines comunes de bienestar social.



REFERENCIAS

- 48 Cantones. (2022). *Junta Directiva del Concejo de Alcaldes Comunales*. Obtenido de Justicia Ancestral: <https://48cantones.org/wp-content/uploads/2022/05/LOS-SISTEMAS-JURI%CC%81DICOS-EN-GUATEMALA.pdf>
- Albarrán, I. (2019). El derecho indígena y las contradicciones de derechos humanos en la legislación mexicana. *Revista Ciencia Jurídica*, Año 9, núm. 17, 117-140.
- Anmistía Internacional. (2006). *El reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas del mundo viene con mucho retraso*. Obtenido de <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/08/pol300352006es.pdf>
- Aragón, O. (2007). Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México: Una defensa del pluralismo jurídico". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, n. 118, 9-26.
- Asamblea de las Naciones Unidas. (1989). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York, Estados Unidos de América: ONU.
- Asamblea General ONU. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. París, Francia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (31 de Mayo de 1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.
- Barrios, L. (1996). *La Alcaldía Indígena en Guatemala: Época Colonial (1500-1821)*. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales (IDIES): Universidad Rafael Landívar.
- Berraondo, M., & otros. (2006). Pueblos indígenas y derechos humanos. *Serie Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao*, vol. 14, 11-685.
- Cáceres, G., Danilo, & otros. (2007). *Derecho Indígena*. Quito, Ecuador: Corporación de Gestión y Derecho Ambiental ECOLEX.
- Castillo, M. (2009). Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo. *Nueva antropología*, vol.22 no.71 México jul./dic. 2009, 15-29.
- Cóndor, E. (2009). *Manual informativo para autoridades judiciales estatales: La justicia indígena en los países andinos*. Lima: Comisión Andina de Juristas.



- Congreso de la República. (1973). Decreto Número 17-73. *Código Penal*. Guatemala.
- Córdova Márquez, M. (2018). Elaboración conceptual de 'lo indio' y 'lo indígena', Análisis etimológico fundamentado en la teoría del indoeuropeo. *Horizonte de la Ciencia*, vol. 8, núm. 14, 11-24.
- De Sousa, B. (2007). *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Brasil: Alianza Interinstitucional CENDA CEJIS, CEDIB.
- Fajardo, R. Y. (2006). Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. Pueblos indígenas y derechos humanos. *Revista de la Universidad de Deusto, Bilbao, Año 25*, 537-567.
- Fernández, J. (2016). *La inconclusa discusión sobre las reformas constitucionales y la justicia indígena*. Obtenido de Plaza Pública: <https://www.plazapublica.com.gt/content/la-inconclusa-discusion-sobre-las-reformas-constitucionales-y-la-justicia-indigena>
- INE. (2019). *Caracterización departamental Totonicapán*. Guatemala: Gobierno de Guatemala.
- INE. (2020). *Estimaciones de la Población total por municipio. Período 2008-2020*. Guatemala: Instituto Nacional de Estadística.
- Krotz, E. (2002). Perspectivas Socioculturales en el Estudio de Derecho. *Antropología Jurídica*, 235-278.
- Laguna Delgado, H. E., & otros. (2020). Origen y evolución del pluralismo jurídico en América Latina, como una visión crítica desde la perspectiva del derecho comparado. *Universidad y Sociedad vol.12 no.5 Cienfuegos sept.-oct. 2020 Epub 02-Oct-2020*, 381-388.
- Marcos, C. (2015). *Derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala*. Suiza, Génova, Suiza.
- Mayén, G. (1995). *Derecho consuetudinario en Guatemala*. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales.
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. (2013). *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, Folleto Informativo No. 9, Revista No. 2*. Nueva York y Ginebra: ONU.
- Ordóñez, C. (2012). *Un pueblo k'iche de los Altos de Guatemala: : entre la espesura de las relaciones interétnicas y de clase en San Miguel Totonicapán*. México, D. F.: Ediciones Eón.
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

- Prensa Libre. (1997). Hombres juzgados en Alcaldía Comunal de Chuanoj, rescatados por PNC.
- Ralios, R. (2007). *La aplicación del derecho indígena, función principal de la alcaldía indígena en el municipio de Zacualpa, departamento de Quiché*. Guatemala: USAC, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Rodríguez, J. (2007). *Una aproximación teórica a los derechos indígenas en Guatemala*. Guatemala: USAC, Facultad de Derecho.
- Sieder, R., & Macleod, M. (2009). Género, derecho y cosmovisión maya en Guatemala. *Desacatos*, No. 31, 51-72.
- Solís, M. (2024). Estudio de Campo.
- Stavenhagen, R. (2000). *Conflictos étnicos y Estado nacional*. México: Siglo XXI Editores.
- Stavenhagen, R. (2013). Los derechos indígenas: Algunos problemas conceptuales. *Revista IIDH*, Vol.15, 123-143.
- Stavenhagen, R., & otros. (2017). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Twining, W. (2005). Teoría General del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No. 39, 597-644.
- Villegas Lara, R. A. (2004). *Introducción al estudio del Derecho y Teoría General del Derecho*, 4a. Edición. Guatemala: Editorial Universitaria, USAC.



APÉNDICE



**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

TEMA: “Aplicación del Derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de Derechos Humanos”.

BOLETA DE ENCUESTA

Dirigida a: Abogados y Notarios, Fiscales del Ministerio Público, Jueces del Organismo Judicial.

Sector al que representa el encuestado: _____

Instrucciones:

A continuación, se presenta una serie de interrogantes, mismas que debe responder acorde a sus conocimientos. Las respuestas brindadas serán de suma importancia para fines académicos y serán utilizados de manera confidencial. Agradezco su colaboración al respecto.

1. ¿Qué es para usted, el Derecho indígena?



2. ¿Sabe usted que el Derecho indígena se practica no sólo en Guatemala, sino también en otros países del mundo?

Sí _____ No _____

Sí, indicó que sí, explique ¿Cómo se enteró?

3. ¿Considera que sea positiva la aplicación del Derecho indígena?

Sí _____ No _____

Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?

9. ¿Considera que la aplicación del derecho indígena tiene aspectos negativos?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Cuáles?

10. ¿Cree usted que la aplicación del derecho indígena, en algunos casos, vulnera los Derechos Humanos?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

11. ¿Cree usted que puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del Derecho estatal y el Derecho indígena dentro de un Estado?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

12. ¿Desde su perspectiva, es posible que el derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa?

Si _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Cómo?



13. En relación al respeto a los Derechos Humanos, ¿Quién cree que tenga la razón, el derecho estatal o el derecho indígena?

Derecho estatal _____ Derecho indígena _____

Si indicó que el derecho estatal, explique ¿Por qué?

9. ¿Considera que los Acuerdos de Paz fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

10. ¿Cree usted que el Derecho indígena es de suma importancia en Totonicapán?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?





**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
CENTRO UNIVERSITARIO DE TOTONICAPÁN
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES**

TEMA: “Aplicación del Derecho indígena en el municipio de Totonicapán y sus implicaciones jurídicas y sociales en materia de Derechos Humanos”.

BOLETA DE ENCUESTA

Dirigida a: Autoridades de los 48 Cantones y ciudadanos del municipio y departamento de Totonicapán.

Sector al que representa el encuestado: _____

Instrucciones:

A continuación, se presenta una serie de interrogantes, mismas que debe responder acorde a sus conocimientos. Las respuestas brindadas serán de suma importancia para fines académicos y serán utilizados de manera confidencial. Agradezco su colaboración al respecto.

1. ¿Qué es para usted, el Derecho indígena?



2. ¿Sabe usted que el Derecho indígena se practica no sólo en Guatemala, sino también en otros países del mundo?

Sí _____ No _____

Sí, indicó que sí, explique ¿Cómo se enteró?

3. ¿Considera que sea positiva la aplicación del Derecho indígena?

Sí _____ No _____

Sí, indicó que sí, explique ¿Por qué?

14. ¿Considera que la aplicación del Derecho indígena tiene aspectos negativos?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Cuáles?

15. ¿Cree usted que la aplicación del Derecho indígena, en algunos casos, vulnera los derechos humanos?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

16. ¿Cree usted que puede existir un equilibrio jurídico en la coexistencia y práctica simultánea del Derecho estatal y el Derecho indígena dentro de un Estado?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

17. ¿Desde su perspectiva, es posible que el Derecho indígena y los Derechos Humanos modernos puedan coexistir de forma respetuosa?

Si _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Cómo?



18. En relación al respeto a los Derechos Humanos, ¿Quién cree que tenga la razón, el derecho estatal o el derecho indígena?

Derecho estatal _____ Derecho indígena _____

Si indicó que el derecho estatal, explique ¿Por qué?

9. ¿Considera que los Acuerdos de Paz fundamentan la existencia y aplicación del derecho indígena?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?

10. ¿Cree usted que el Derecho indígena es de suma importancia en Totonicapán?

Sí _____ No _____

Si indicó que sí, indique ¿Por qué?
