

La consulta a los pueblos originarios a la luz del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Andy Guillermo de Jesús Javalois Cruz¹

RESUMEN

El artículo trata sobre la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de OIT, específicamente en lo que respecta a la consulta a los pueblos originarios, instituida en el artículo 6 del relacionado instrumento internacional. La inquietud sobre el mismo estriba en si su naturaleza es vinculante o no. Previo al abordaje de este tema, se hace un breve recorrido histórico y una semblanza puntual de lo que se ha de entender como sistema jurídico. Se consultaron para el efecto, fundamentalmente, trabajos sobre la historia latinoamericana, trabajos vinculados al análisis de los sistemas jurídicos, ensayos sobre el derecho de los pueblos originarios, así como artículos de revistas y periódicos, además de referencias electrónicas, disponibles en la Internet.

Palabras clave: *Pueblos originarios, racismo, tratados, vinculante.*

ABSTRACT

The present article turns around the incorporation to the internal law of Agreement 169 of OIT, specifically with regard to the consultation to the original people, as stables article 6 of the related international instrument. The restlessness on it, is based in if its nature is binding or not. Previous to the boarding of this subject, it's a necessity to answer what is a legal system. There were consulted for the effect, fundamentally, works on Latin American history, tie works to the analysis of the legal systems, as well as articles of magazines and newspapers, in addition to electronic information available in the Internet.

Key words: *Original people, racism, treaties, binding.*

¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar
andyjavalois@gmail.com y agjavalois@url.edu

INTRODUCCIÓN

Guatemala es un crisol de culturas donde se han experimentado diversas formas de encarar su diversidad. Partiendo desde posturas extremas como la negación del otro, hasta aquellas que reconocen a los distintos colectivos, la heterogénea sociedad guatemalteca ha trasladado desde su imaginario, todo un sistema de valores que se aloja en la construcción de la normatividad que le es propia.

El artículo gira en torno a la incorporación al derecho interno del Convenio 169 de OIT, específicamente en lo que respecta a la consulta a los pueblos originarios, instituida en el artículo 6 del relacionado instrumento internacional. La inquietud sobre el mismo estriba en si su naturaleza es vinculante o no. Previo al abordaje de este tema, se hace un breve recorrido histórico y una semblanza puntual de lo que se ha de entender como sistema jurídico.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La actual situación de quienes habitan Guatemala, encuentra su razón de ser en las páginas de su particular historia. Esto trae reminiscencias de lo referido por José Ortega y Gasset cuando dijo: "Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo"². A veces esa historia ha sido escrita desde un único punto de vista, en tanto otras visiones hacen una introspección más crítica, pero en todo caso, es menester conocer los hechos del pasado, para aprender de ellos y quizá evitar repetir los desaciertos que colocaron a Guatemala en el lugar donde está. Hay que comprender que somos un solo pueblo, la humanidad, y que si escudriñamos el pasado más remoto, nos toparemos con interesantes sorpresas. La historia mitocondrial de la humanidad echa por tierra las ideas más radicales de la hegemonía racial.

El paso entre los hielos.

Hasta las últimas décadas del siglo XX predominaba la teoría del poblamiento tardío³ que sostiene que el ser humano llegó a América desde Siberia hace unos 12-14 mil años ingresando a través del Puente de Beringia⁴ durante las glaciaciones wurmienses. Sin embargo, más recientemente científicos de distintas áreas han

² José Ortega y Gasset. *Meditaciones del Quijote*. Madrid : Cátedra, D.L.Letras Hispánicas, 2005 p.77

³ Margarita Peña y Augusto Montenegro. *Historia Resumida* Editorial Norma, Colombia, 1978, p. 95 y 96.

⁴ Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Puente_de_Beringia Consulta efectuada el 5 de mayo de 2010.

cuestionado cada vez con mayores evidencias ésta teoría dando forma a una nueva teoría del poblamiento temprano que sostiene no sólo un poblamiento muy anterior (probablemente entre 20,000 y 50,000 años adP), sino la utilización de otras rutas alternativas a Beringia para ingresar desde Siberia, Mongolia e incluso otros lugares de origen⁵.

En América se produjeron dos Revoluciones Neolíticas independientes: en Mesoamérica (hace unos 10,000 años) y en la región andina de Sudamérica (hace unos 5,500 años). Hace 5,000 y 6,000 años se formaron los grandes grupos lingüísticos indoamericanos.

Se desarrollaron importantes civilizaciones como Caral (la ciudad más antigua de América), los Anasazi, indios Pueblo, Monte Albán, quimbaya, Nazca, Chimú, Chavín, Paracas, Mochica, Wari, Lima, Zapoteca, Olmeca y Chibcha y las avanzadas civilizaciones correspondientes a los imperios de Teotihuacán, Tiahuanaco, maya, azteca e inca, entre muchos otros.

La civilización maya floreció en la mayor parte de lo que hoy es Guatemala y sus regiones circundantes, durante aproximadamente 2.000 años, antes de la llegada de los españoles. La mayor parte de las grandes ciudades clásicas mayas de la región del Petén y las tierras bajas del norte de Guatemala fueron abandonadas alrededor del año 1000 a.C. Los estados de las tierras altas centrales, sin embargo, prosperaban todavía hasta la llegada del conquistador español Don Pedro de Alvarado entre 1523-1527.

Los mayas alcanzaron su máximo esplendor durante el período clásico (250/300 - 900 d.c.) con la construcción de ciudades y pirámides donde sepultaban a sus gobernantes y los veneraban, después de muertos, junto a sus dioses. Compartieron con otras culturas mesoamericanas rasgos culturales, incluyendo la creencia en varios dioses, en la vida después de la muerte y en la realidad de las transformaciones entre el mundo humano y el mundo espiritual. Así mismo, desarrollaron un sistema único de escritura jeroglífica, perfeccionaron un complicado calendario y lograron comprender el movimiento de los planetas.

Invasión. Nadie abandona su casa si está bien y a gusto en ella.

Algunos historiadores sostienen que la colonización vikinga en América fue la

⁵ Con información disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Revoluci%C3%B3n_neol%C3%ADtica, la fecha de consulta original fue 21/06/2007.

primera proveniente del actual territorio europeo, aunque existen teorías que sostienen presencia anterior. Erik el Rojo habría establecido las primeras colonias en Groenlandia en el año 985. Su hijo, Leif Eriksson habría establecido colonias en la actual Terranova alrededor del año 1000, las que finalmente desaparecerían con el paso de los años⁶.

A partir de la llegada de Cristóbal Colón a América el 12 de octubre de 1492 la introducción de nuevas enfermedades como la viruela, produjo una catástrofe demográfica que algunos investigadores estiman hasta en la muerte de un 93% de la población. En ese marco, algunos imperios europeos conquistaron y colonizaron una parte del continente ocupada por culturas y civilizaciones ya asentadas. España derrotó a las grandes civilizaciones azteca e inca y estableció su imperio a lo largo de toda la costa del Pacífico y la cuenca del Río de la Plata, mientras Portugal colonizaría la franja costera de lo que hoy es Brasil. Francia estableció algunas colonias en la franja costera atlántica desde el actual Canadá hasta el norte de Brasil. El Reino Unido se estableció en la costa oriental de Norteamérica y en algunos sectores de la costa caribeña. Holanda y Dinamarca establecieron colonias en pequeñas islas del Caribe y Rusia finalmente conquistó la zona de Alaska. Hay que señalar también que la conquista europea fue rechazada en diversas partes del continente. Varios pueblos originarios resistieron exitosamente las invasiones europeas sobre vastos territorios y mantuvieron el dominio sobre ellos hasta fines del siglo XIX. La Patagonia, la llanura pampeana, el Mato Grosso, la región Amazónica y las grandes praderas del oeste norteamericano permanecieron bajo el dominio de naciones como la Mapuche, Het, Ranquel, Wichi, Qom, amazónicos, algonquinos, Aopi, Comanche, Inuit, etc. Las enfermedades introducidas por los europeos, como la viruela, causaron la mortandad masiva de las poblaciones originarias y un colapso demográfico que según algunos investigadores superó el 90% de la población total.

Los componentes propulsores de la conquista e invasión de América, por parte de España, Inglaterra, Portugal, Francia y Holanda son los siguientes: Económicas: a falta de oro y plata se unió la necesidad de encontrar una ruta alternativa para el comercio de las especias que, procedente de la India, había sido bloqueado por los turcos con la toma de Constantinopla en 1453. Culturales: con el Renacimiento, la sociedad europea había aceptado la esfericidad de la Tierra, y la proliferación de comerciantes provocó la proliferación de leyendas y crónicas exageradas (viajes de Marco Polo, leyenda del Preste Juan), que causaron un gran interés por lo

⁶ Luis González de Alba. Los Vikingos en Norteamérica, su resistencia a reformas impidió la colonización vikinga de América. [www.comsoc.udg.mx/gaceta/paginas/397/397-12\(pdf\)](http://www.comsoc.udg.mx/gaceta/paginas/397/397-12(pdf)).

desconocido en la Europa de la época. Tecnológicas: la aparición de nuevas naves, como las carabelas o los galeones, que permitían la penetración trasatlántica; nuevos instrumentos de navegación, como el astrolabio o la brújula, así como los avances en cartografía, fueron fundamentales para permitir la llegada europea a América.

El 12 de octubre de 1492 Cristóbal Colón llegó a América, a la isla de Guanahani, ubicada en el archipiélago de las Lucayas, creyendo que había llegado a las costas de Cipango, actual Japón. Tras éste, realizó tres viajes más. En el primero fundó la colonia de La Española, destruida después por los pobladores de la isla como reacción al maltrato de los colonizadores; como reacción, los Reyes Católicos cancelaron el contrato firmado por Colón⁷.

La expansión hacia el oeste de España trajo tensiones con Portugal, pidiendo ambos reinos la mediación del Papa. Por la bula Inter Caetera de 1493, el papa Alejandro VI delimitó el área de influencia que cada reino podía reclamar al otro, con una línea de polo a polo situada 100 leguas al oeste de las Azores. Poco después, el Tratado de Tordesillas de 1494⁸, trasladó la línea fronteriza a 370 leguas al oeste de Cabo Verde, abriendo así una amplia zona al este de Sudamérica para la expansión portuguesa, que se conoció luego como Brasil.

Hernán Cortés llegó el 2 de septiembre de 1519 a Tlaxcala, donde tras vencer la resistencia nativa entró en la ciudad. De ahí pasó a Cholula, lugar en donde recibió una embajada de Moctezuma. Pese a la petición de que abandonara los dominios aztecas, continuó el invasor con sus propósitos. Fue recibido por el monarca con muestras aparentes de cordialidad. No obstante, en un giro de los acontecimientos, tras apoderarse del tesoro azteca y secuestrar a Moctezuma, el pueblo se rebela en contra del invasor. En la revuelta en un confuso incidente, es herido de gravedad Moctezuma, falleciendo a los pocos días. Tras estratégica huida, Cortés retomó la ciudad de Tenochtitlán el 13 de agosto de 1521, imponiéndose como caudillo absoluto de todo el país, al que denominó Nueva España⁹. Cortés celebró una alianza con los indígenas de Quauhquechollan, por la que los españoles les ayudaban a vencer a los mexicas, quienes constantemente los acechaban. Como contraprestación, los quauhquecholtecas apoyarían a los invasores españoles para

⁷ Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Crist%C3%B3bal_Col%C3%B3n Consulta efectuada el 5 de mayo de 2010. Véase también Galeano, Eduardo, Las venas abiertas de América Latina. Madrid, España, siglo veintiuno editores, 15ª ed. p. 15-22.

⁸ Op.cit. Eduardo Galeano p. 22.

⁹ Ricardo Vera Tornell. Historia de la Civilización, compendio de historia universal. Barcelona: Editorial Ramón Sopena, S.A. 1966 p.369-370.

sojuzgar las tierras del sur (lo que hoy es Guatemala, Honduras y El Salvador). Jorge de Alvarado, lugarteniente de Cortés, pertenecía a la orden de Santiago de los Caballeros, la cual estaba autorizada para ir al denominado nuevo mundo y conquistar. Pedro de Alvarado era el Adelantado, encargado de explorar las tierras que luego, su hermano que estaba autorizado para hacerlo, conquistaría¹⁰.

Fue en 1523 que los conquistadores españoles ingresaron por su parte occidental, provenientes desde la Nueva España. Todos ellos liderados por el capitán y lugarteniente Don Pedro de Alvarado. El Adelantado aprovechó la situación política de la región que consistía en un enfrentamiento entre dos de los pueblos o señoríos con mayor desarrollo y organización social presentes en lo que hoy es Guatemala: los Kaq'chiqueles y los K'iches¹¹, de esa cuenta con el apoyo de los Kaq'chiqueles. Alvarado vence a los K'iches, se apodera de su capital y sojuzga a sus reyes. Posteriormente se trasladó a Iximché capital del reino Kaq'chiquel y funda en las cercanías, la ciudad de Santiago de Guatemala en julio de 1524, en honor al conocido Apóstol Mayor, siendo esta la primera capital de Guatemala. Una rebelión del pueblo kaq'chiquel contra los conquistadores les hizo ver a los invasores lo precario de su situación. Sojuzgada la rebelión, Jorge de Alvarado hermano del Adelantado Pedro de Alvarado, traslada la ciudad de Santiago al Valle de Almolonga en las faldas del Volcán de Agua el 22 de noviembre de 1527. Fue destruida en la madrugada del 11 de septiembre de 1541 por un alud de lodo y piedras que provino de la cima del Volcán de Agua (Volcán Hunahpú, como lo conocían los indígenas) sepultando a la entonces capital de la región; enterrando a la ciudad con la mayoría de sus habitantes, donde también pereció la primera Gobernadora que ha tenido América: Doña Beatriz de la Cueva, viuda de Don Pedro de Alvarado. Esto obligó a que de nuevo fuera trasladada 6 kilómetros más abajo, al Valle de Panchoy, en lo que actualmente es hoy la Ciudad de Antigua Guatemala. El 10 de marzo de 1543, el Ayuntamiento celebró allí su primera sesión. La ciudad, ya en su tercer asiento oficial, conservó el mismo escudo de armas otorgado en Medina de Campo por real cédula del 28 de julio de 1532. También el 10 de marzo de 1566 el Rey Felipe II la condecoró con la merced del título de "Muy Noble y Muy Leal Ciudad". Fue la tercera ciudad en importancia en América después de México y Lima, de donde irradió la cultura y gozó de bien merecido prestigio. Así se inició al Período Colonial de Guatemala. En 1549 se trasladó la Audiencia a la Ciudad de Santiago en su posterior asentamiento en el Valle de Panchoy en la cual

¹⁰ Mirja Valdés de Arias. La Conquista. El Periódico, domingo 3 de junio de 2007 p. 16 y 17.

¹¹ Op.cit. Mirja Valdes de Arias. "Los indígenas de Guatemala sabían de la presencia española debido al intercambio comercial con los indígenas mexicanos, y conocían los caballos. Aunque mantenían relaciones cordiales, la gente del norte siempre buscó dominar a la del sur; y los españoles supieron aprovechar esa rivalidad".

permaneció hasta la destrucción de esta ciudad por una serie de terremotos y el traslado a la actual Ciudad de Guatemala de la Asunción a finales de 1775.

Colonización. La impostura.

Durante el período colonial, que duró casi 300 años, Guatemala fue una capitania general (Capitanía General de Guatemala) que a su vez dependía del Virreinato de la Nueva España (hoy México). Se extendía desde la región del Soconusco —ahora en el sur de México (estado de Chiapas) hasta Costa Rica. Esta región no fue tan rica en minerales y metales como México y Perú. Sin embargo, se destacó principalmente en la producción agrícola. Sus principales recursos fueron la caña de azúcar, el cacao, las maderas preciosas y tinta de añil para teñir textiles. Los estudios universitarios aparecen en Guatemala desde mediados del siglo XVI, cuando el primer Obispo del reino de Guatemala, licenciado Don Francisco Marroquín, funda el Colegio Universitario de Santo Tomás, en el año de 1562, siendo ésta una de las primeras universidades del nuevo mundo. El recién llegado presidente Don Martín de Mayorga solicitó al Monarca de España el 21 de julio de 1775 la traslación de Antigua Guatemala siempre vulnerable a erupciones volcánicas, inundaciones, y terremotos. Antigua había sido destruida por dos terremotos en 1773, pero los remanentes de su arquitectura española colonial fueron conservados como un monumento nacional. La Ciudad de Guatemala moderna, fue fundada oficialmente el 2 de enero 1776 con una primera sesión del ayuntamiento por el gobernador de la Audiencia Matías de Gálvez y Gallardo sobre las bases del llamado Establecimiento Provisional de La Ermita. Por real orden dada en Aranjuez el 23 de Mayo de 1776 se extinguió el nombre de Santiago y se adoptó el de Nueva Guatemala de la Asunción que, con el correr del tiempo es conocida en la actualidad como Ciudad de Guatemala, logrando convertirse con los años en la ciudad más grande y populosa de todo el istmo.

Los españoles ocuparon los cargos civiles, militares y religiosos¹². No eran numerosos puesto que España controló la inmigración a América. Durante los siglos XVI y XVII provenían casi exclusivamente de Castilla. De alguna manera se puede afirmar que estos tenían estrechos vínculos con la Península. Cuando los españoles tuvieron hijos que nacieron en las colonias, su estatus jurídico era el de españoles, pero las funciones públicas y los altos cargos eclesiásticos les estaban vedados,

¹² Caso aparte lo constituyen las denominadas alcaldías indígenas que empezaron a funcionar a partir de 1549, las cuales estaban conformadas por personas de los pueblos originarios que eran electos como alcaldes y regidores, organizados en cabildos. En la actualidad, se reporta la existencia de 15 alcaldías indígenas.

debido al recelo de la Corona. Se les conoció como criollos¹³. Eran encomenderos y terratenientes, además podían integrar los cabildos. Eran quienes mayoritariamente estudiaban en las universidades, por lo que conformarían el estamento intelectual durante este tiempo.

Fenómeno destacado de la colonización española fue el mestizaje, debido casi exclusivamente a las relaciones sexuales que mantuvieron los varones españoles con las mujeres indígenas y africanas (es poco habitual en la Colonia las relaciones de españolas con varones indígenas o africanos). Debido a la escasa cantidad de españoles en América, que no habría alcanzado al 1% de la población total, y teniendo también en cuenta que las mujeres españolas siempre fueron escasas en América y que los sacerdotes en general no mantenían relaciones sexuales con las indígenas, los conquistadores y colonizadores españoles debieron haber mantenido relaciones sexuales simultáneas con muchas mujeres indígenas y africanas para engendrar la cantidad de mestizos que se presentaron en Hispanoamérica.

Al respecto se ha abierto un debate sobre las características de esas relaciones sexuales¹⁴. Tradicionalmente las fuentes españolas han sostenido que las indias y las africanas buscaban voluntariamente tener relaciones sexuales con los españoles. El ejemplo clásico es el de la Malinche, la amante esclava maya de Hernán Cortés, con quien incluso tuvo un hijo, Martín Cortés.

Objetivo justificante de la Conquista lo constituyó la evangelización de los habitantes de los territorios recién conquistados. Junto con los motivos económicos, el anuncio de la fe católica era tarea fundamental a llevar a cabo por parte de los misioneros que acompañaban a los conquistadores. La Corona asumió esta labor como un proyecto primordial por medio del Real Patronato o Regio Vicariato Apostólico, privilegio por el cual la Santa Sede otorgó los poderes especiales al Rey para el control del proceso. De esa cuenta la evangelización de Guatemala se llevó a cabo según los parámetros establecidos por la Corona.

La evangelización de los pobladores nativos de Guatemala supuso la introducción de una nueva creencia que pretendió erradicar sus antiguas formas de religión.

¹³ Obra seminal sobre el papel del criollo durante aquel momento histórico, lo constituye la Patria del Criollo de Severo Martínez Peláez, en la actualidad hay una edición muy interesante del Fondo de Cultura Económica.

¹⁴ Octavio Paz, Premio Nobel de Literatura mexicano, tiene un escrito que algunos han tildado de ofensivo, puesto que postula a raíz del proceso de mestizaje la ilegitimidad del pueblo mexicano en cuanto a mestizo.

El producto fue un sincretismo religioso en el cual junto con elementos de los ritos católicos se conjugan aspectos propios de la espiritualidad indígena¹⁵. Esto se aprecia aún hoy en día en las costumbres y tradiciones de las poblaciones de mayoría indígena, que imprime un carácter particular a la forma de celebrar el ciclo litúrgico católico.

Pero aún con el empuje con que contó la evangelización por parte de la Corona, las antiguas creencias indígenas perduraron y se fueron transmitiendo oralmente de generación en generación. Esto se debe a que el proceso de evangelización no fue uniforme, es decir, el proyecto en sí mismo varió en sus métodos según el momento y las circunstancias del lugar. En las zonas urbanas y los poblados cercanos a ellos, la evangelización se realizó con ímpetu; pero en las zonas rurales, especialmente montañosas y de difícil acceso, las dificultades para llegar hasta ellos impidieron un seguimiento constante de la evangelización, lo que permitió que la religiosidad ancestral sufriera pocas alteraciones en su desarrollo. Especial mención merece la conquista de la región de la Verapaz, la cual no se llevó a cabo por medio de las armas sino de forma pacífica por parte de los misioneros encabezados por Fray Bartolomé de las Casas¹⁶.

La impronta de la evangelización en la cultura guatemalteca es ingente. No obstante la destrucción de los libros en los cuales se contenía la tradición religiosa indígena, fueron los mismos evangelizadores quienes rescataron parte de esta tradición y realizaron los primeros trabajos de traducción de esos textos, como ejemplo puede mencionarse el descubrimiento y traducción del Popol Wuj por parte de Fray Francisco Ximénez, quien ejercía como párroco en la parroquia de Santo Tomás Chichicastenango, en cuyos muros descubrió el libro sagrado de los mayas – K'ichés.

¹⁵ "La cofradía reelaborada por el indígena guatemalteco posee rasgos claramente sincréticos en los que las deidades prehispánicas y los santos juegan un papel importante en todas las ceremonias y rituales de las comunidades del país"(Suplemento Ritos y Creencias de Guatemala No. 10, La Cofradía y los Guías Espirituales, Prensa Libre, Guatemala 2007 p. 2).

¹⁶ Nació en Sevilla España en 1474 y murió en su patria a los 92 años. Se destacó por su protección de los indígenas en los lugares donde estuvo (La Española, Cuba, Nicaragua, Venezuela, Perú, Guatemala en siete ocasiones fue a España con el objeto de solicitar al Rey leyes protectoras de los indígenas. Siguiendo en este tema a Gerardo Gordillo Barrios (Guatemala, Historia Gráfica, segundo tomo, Editorial Escolar Piedra Santa, Guatemala 6ª edición) "Fray Bartolomé envió a Teziutlán comerciantes indios que entonaban canciones en que se hablaba del amor de Dios; como lo hacían en lengua, uno de los caciques principales y muchos hombres de su pueblo les preguntaron que quien les había enseñado a cantar así. Los comerciantes dijeron que fray Bartolomé y varios padres que con el estaban. El cacique envió a su hermano a suplicar a los padres que lo visitaran. Fray Bartolomé envió al padre Luis Cáncer en compañía del príncipe indio. En cuanto llegaron el padre improvisó una capilla en el palacio del cacique y principio a predicar el cristianismo, con tan buen resultado, que pronto se hicieron católicos casi todos los señores principales. Poco después llegó el mismo fray Bartolomé y así, en esa forma, penetraron los españoles al famoso "País de la Guerra".

En el arte se refleja también la fuerza del proceso evangelizador. La pintura y la escultura guatemalteca son fieles testimonios del éxito del proceso en las zonas urbanas y áreas circunvecinas. La perfección en las tallas de las imágenes, con un encarnado de primera calidad, un estofado impresionante así como la expresión y sentimientos que transmiten esas imágenes, reflejan la perfección alcanzada por la escultura del período colonial o hispano guatemalteco. La pintura también refleja esta realidad, los temas religiosos son los predominantes, con un claro estilo barroco que constituye la forma de plasmar plásticamente la mentalidad que forjó la evangelización en los guatemaltecos y que perdura en la actualidad. Pero uno de los ejemplos más claros de lo que supuso la evangelización para el país lo constituye la arquitectura. En la fachada de las iglesias coloniales de claro estilo barroco, se hace presente la forma en que se trató de inculturar la fe en esta región. El uso de elementos fitomorfos y zoomorfos, considerados como elementos ornamentales, transmitían a los indígenas un mensaje, era una forma de plasmar en estuco toda la tradición religiosa anterior a la evangelización. Es así como en las fachadas de las iglesias construidas en este período, se contiene mucho de la cosmovisión indígena y son un ejemplo visual de la inculturación de la fe en Guatemala.

Las leyes e instituciones que España creó en América se inspiraban en las de Castilla. Tras una justificación civilizadora, se escondían instituciones dispares con los actuales parámetros de los derechos fundamentales¹⁷. En todo caso una serie de factores incidieron en que el denominado "Derecho Indiano" no pasara de llegar a ser una recopilación de buenas intenciones¹⁸.

Las leyes de indias prohibieron el trabajo obligatorio y exigieron que el encomendero proporcionara un salario al indígena. De nada sirvió pues el encomendado trabajaba obligadamente y pagaba tributo, en caso se les pagara el salario, de ahí mismo salía el tributo, las mercancías que el encomendero lo obligaba adquirir y las deudas en que lo hacía incurrir. La mita fue otra forma de utilizar el trabajo. Quienes no estaban encomendados y que continuaban formando poblados o aldeas, por lo general llamadas corregimientos, fueron empleados como trabajadores mitayos, palabra derivada de mita o turnos de trabajo. Con ellos se inició la mano de obra asalariada, aunque carecían de libertad para ofrecer sus servicios. De una aldea se seleccionaba entre la sexta y séptima parte de todos los hombres capaces para el trabajo. La mita funcionó para los trabajos en las minas y

¹⁷ Sobre este tema véase el interesante estudio de Asier Martínez de Bringas: *Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos*, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2003.

¹⁸ Op. Cit. Margarita Peña y Augusto Montenegro. p. 116.

en la agricultura. Como al mitayo no le alcanzaba el salario, pagaba con nuevos turnos, degenerando en una servidumbre.

La creación de resguardos para la población no encomendada, proveyó de mano de obra abundante. En estos resguardos, las poblaciones mantenían sus costumbres, producían en forma comunal y eran regidos por un cacique. Consecuencia de esta práctica fue el apareamiento de grandes extensiones de tierra en las que no había nadie. Fue el inicio de los latifundios. Como los hacendados o estancieros necesitaban mano de obra, contrataron a las personas de los resguardos, ejerciendo al mismo tiempo, presiones para la abolición de aquellos y así tener a su disposición, libremente, mano de obra para la ganadería y la agricultura. Por la vastedad de los latifundios, se contrató también a los mulatos y mestizos¹⁹.

Luego de tres siglos de dominio colonial, los pueblos americanos comenzaron a declarar su independencia reclamando su derecho para organizarse como Estados nacionales, enfrentando militarmente a las potencias europeas, abriendo de ese modo el proceso mundial de descolonización. Las primeras en hacerlo fueron las Trece Colonias británicas mediante la Revolución Americana que dio origen a los Estados Unidos, en 1776, organizando un nuevo tipo de sociedad a partir de conceptos políticos novedosos como independencia, constitución, federalismo y derechos del Hombre.

Época Independiente. El caos de seguir en lo mismo.

Para el caso de Guatemala, el Estado-Nación surge como consecuencia de la independencia política de España, este hecho permitió el inicio de una serie de intentos por formar una República siguiendo la tradición decimonónica imperante en la época. El Estado que así surgía se fundamentó en la organización colonial existente en el momento de la emancipación, no constituyó un movimiento de cambio para ajustarlo a las necesidades de una democracia a pesar de basar sus principios en ideas de corte liberal. Un dato significativo para demostrar la continuidad del sistema imperante al proclamarse la Independencia es el caso del poder central. El último Capitán General y Presidente de la Audiencia del Reino de Guatemala fue Gabino Gaínza; él fue el primer Presidente de la República recién proclamada. En el ejercicio de su cargo negoció junto con sus partidarios la anexión a México, hecho que se produjo el 8 de enero de 1822 a escasos meses de proclamada la Independencia.

¹⁹ Op.cit. Margarita Peña y Augusto Montenegro G. p. 117-120.

La Independencia de Centroamérica puede sintetizarse en tres partes:

- El proceso fue minoritario desde el punto de vista cualitativo.
- Se centró principalmente en los centros urbanos y los papeles destacados, en favor y en contra, lo desempeñaron las élites sociales e intelectuales.
- No hubo objetivos claros desde el principio, pues los primeros movimientos tenían propósitos limitados que, en general, no se proponían el rompimiento total del vínculo con España, sino unas pocas reclamaciones de autonomía local.

Jorge Luján²⁰ señala también que se hizo la independencia por temor a que lo hiciera el mismo pueblo.

El argumento utilizado para llevar a cabo esta treta política fue que al darse los movimientos independentistas en los otros territorios americanos bajo dominio español, éstos eran llevados a cabo por los liberales. Próceres de la independencia que habían sido formados en Europa, especialmente en Londres y París, quienes al regresar a su lugar de origen, llevan las nuevas ideas de la Ilustración a unas sociedades sedientas de conocimiento y deseosas de libertad tras el fracaso de la Constitución de Cádiz y las reformas que ésta puso en marcha en los diversos virreinos y capitanías generales del continente americano.

Ante el temor de perder sus privilegios de clase, como estamento de la sociedad criolla que ejercía el poder político y económico, frente a los liberales que estaban constituidos también por criollos y un segmento de población mestiza que era una clase emergente en los últimos años del dominio español, se lanzan a la proclamación de la Independencia. Este hecho se consuma al recibir una carta enviada por el partido de Chiapas y Soconusco (hoy estado de Chiapas en México), y leída en la Audiencia en pleno, se comunicaba la determinación de estos territorios de proclamar la independencia de la Corona de España e invitaba a las provincias hermanas de Centroamérica a sumarse al movimiento emancipador.

La primera consecuencia fue que el Estado que surge no tiene una dirección clara, los líderes que tendrían que haber puesto en marcha un proyecto concreto se encuentran de la noche a la mañana con un Estado independiente al cual debían articular según un objetivo claro. Como ha quedado apuntado, carecían de ese objetivo, no obstante, la experiencia de las Cortes de Cádiz de 1812 constituyó un

²⁰ Jorge Luján Muñoz. Guatemala, breve historia contemporánea. Guatemala, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión. 3ª ed. 2006. páginas 99-109.

antecedente de gran importancia en el Derecho Constitucional de Guatemala y un punto de partida para el régimen político que se adoptó después de la independencia.

La segunda consecuencia es que la Independencia de Centroamérica dispara los conflictos internos entre las diversas provincias que habían estado acalladas por el sistema colonial imperante, pero que finalizado éste afloran con fuerza y arrastran a la región a una serie de luchas civiles entre los dos partidos políticos que pugnaban por el poder: los conservadores y los liberales. El resultado ha sido la desintegración de Centroamérica en 5 Estados, así como la pérdida de territorios como Chiapas, Soconusco y Belice.

La anexión al Imperio de México de Iturbide, acentuó esa división y celotipias entre los diversos grupos de poder criollos asentados en cada una de las provincias. Al derrumbarse el imperio mexicano se proclama la República Federal de Centroamérica o Provincias Unidas de Centroamérica, con ello los choques entre los diversos grupos políticos cobran mayor auge y culminaron con la proclamación de cada una de las cinco Repúblicas que actualmente constituyen Centroamérica.

¿Cuál fue el grado de participación de la población en la Independencia de Centroamérica y concretamente en la de Guatemala? De lo expuesto se deduce que fue nula. La historia oficial ha adornado con bellas anécdotas el día de la proclamación de la Independencia. Señala que la esposa de uno de los “destacados” próceres llevó marimba e hizo quemar cohetillos en la Plaza Mayor o Plaza de Armas de la ciudad de Guatemala para festejar el acontecimiento. Ambos elementos constituyen los ingredientes imprescindibles en toda celebración guatemalteca. La marimba es un instrumento de teclas de madera o tecomates que llevado por los esclavos africanos a Guatemala, fue adoptado por la población indígena y transformado a su forma cultural, con una sonoridad que refleja el sentir y la forma de ser de los pueblos indígenas de Guatemala. Instrumento también que figura en el ideario cultural mestizo o ladino.

Pero en la realidad, el hecho histórico pasó desapercibido. El mes de septiembre es uno de los más lluviosos en Centroamérica, época del año en que el istmo es azotado por tormentas y huracanes, por tanto ese día fue lluvioso, la lluvia caía copiosamente en el escenario de los acontecimientos y la población habrá estado guarecida en sus casas protegiéndose. Al día siguiente los más ilustrados se enteraron por los escasos medios de comunicación escritos de la época y la mayoría habrá estado ajena a los hechos, ya que su vida cotidiana no cambió en nada, es más, las desigualdades sociales se acentuaron considerablemente porque ya no se

contaba con las leyes y ordenanzas de la Corona que mitigaban estas desigualdades, al ser automáticamente derogadas. El nuevo orden que se estableció amplió más la separación entre criollos-mestizos e indígenas.

Para la población indígena, la Independencia no les reportó cambios cualitativos positivos. Como punto de referencia puede citarse uno de los aspectos más destacados de una cultura: el idioma. Durante el período colonial una de las razones que explica la prolongación de la diversidad lingüística en gran parte del territorio guatemalteco fue, durante los primeros dos siglos de la época colonial, que se cumplieran mejor las leyes sobre separación residencial entre españoles y los pueblos originales. Otra razón fue que a los españoles les costaba un poco aprender las lenguas autóctonas, por ser éstas guturales y de muchos afijos, en contraste con el carácter flexivo y desinencial del castellano, lo cual hacía más difícil la influencia de éste²¹.

El Estado de Guatemala se constituyó sin tomar en cuenta a la mayor parte de su población; ya se ha dicho en otra parte que fuera del lirismo con que están adornados muchos textos de educación oficiales, la población en gran medida ni se enteró de la declaratoria de independencia. Más preocupante aún, el status quo continuó siendo el mismo. Claro está que esto era una clara conveniencia para los grupos de latifundistas conservadores y explotadores de mano de obra barata, casi lindante con la esclavitud.

Es en ese contexto de cosas, en esa debacle social, donde germina la semilla del desprecio y se gestan los paradigmas que aún hoy persiguen a la sociedad guatemalteca. Pero para poder hablar con propiedad del título de este trabajo, es preciso saber a qué se refiere cada término.

Por lo general las personas tienen de por sí alguna idea de lo que es el racismo, ya sea porque lo han experimentado en carne propia o por que ellos mismos son racistas. Pero explicar sucintamente que es racismo, presenta ya alguna complejidad, circunstancia que es posible vadear acudiendo al diccionario. Así el Diccionario Práctico del Estudiante dice sobre el racismo: "Tendencia a exaltar la raza o el grupo étnico propios, considerando como inferiores los demás"²². Esta descabellada idea existe por la negación a ver en el otro a un ser humano. A lo largo de la historia de la humanidad se ha practicado con consecuencias más o menos

²¹ http://www.easyguate.com/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=9.

²² Real Academia Española, Asociación de Academias Españolas, Diccionario Práctico del Estudiante, Santillana Ediciones Generales S.L. España 2007.

nefastas, según el caso. El ejemplo de Richard Wagner o de la hermana de Frederich Nietzsche, son más que famosos. El racismo propugnado por el nacional socialismo alemán del período entre guerras, degeneró en uno de los hechos menos dignos de recordar del quehacer humano.

Tal parece que esta tendencia a exaltar la raza o grupo étnico, no se circunscribe a una determinada zona geográfica ni a un solo grupo étnico. Así como en el caso alemán ya citado, se puede mencionar el caso de los japoneses, que consideraban inferiores a sus contrapartes en el pacífico y este asiático, el penoso caso de la esclavitud que sumió a millones de personas del continente africano en las condiciones de vida más oprobiosas que es posible imaginar y que tuvo su acicate en la demanda de mano de obra gratuita en las plantaciones del sur de los Estados Unidos y en las de la región del Caribe. Ni que decir del caso de Brasil y la tendencia portuguesa al tráfico de esclavos.

Aparejada a esta tendencia está el prejuicio, que es la idea u opinión generalmente desfavorable, que se tiene de manera anticipada sobre algo que no se conoce bien²³. Edgar Batres²⁴, manifestó que “el prejuicio tiende a referirse a ideas y pensamientos que se tienen respecto a otros grupos a los cuales se considera inferiores.” En todo caso, quizá resulta más adecuada la definición RAE, en primer término porque expone de manera clara lo que significa el prejuicio y en segundo lugar porque lo hace en términos generales, sin una visión parcial. Evidentemente un prejuicio puede degenerar en una tendencia xenófoba, como la del Japón feudal por citar un ejemplo. En el medio guatemalteco abundan los prejuicios. Se desconfía casi por regla general y se prefiere no ahondar en las cosas antes que conocerlas y así formarse un criterio. Es probable que se deba a la impuesta sumisión durante los 300 años de vida colonial.

El siguiente estamento está constituido por la discriminación. Dice al respecto el diccionario que discriminar entre otras acepciones es “Dar trato de inferioridad (a una persona o colectividad) especialmente por motivos raciales, religiosos o políticos²⁵”. Entonces aquí el prejuicio va más allá. Se puede hablar de discriminar a alguien por su religión, por ejemplo un católico discrimina a un episcopaliano. La discriminación por lo general está aparejada a un elemento de no inclusión. Otro ejemplo es el caso de la lucha por la igualdad de derechos de las mujeres. Desde el

²³ Ibid. p. 564.

²⁴ Racismo y Estado un acercamiento al Estado guatemalteco, Ponencia dentro del diplomado de Derecho Indígena, expuesta en el Colegio de Abogados y Notarios el 15/6/2007.

²⁵ Op.cit. p. 234.

siglo XX, las féminas han trabado una lucha descomunal por alcanzar la inclusión en aquellos espacios otrora sólo destinados a los segmentos masculinos de la población²⁶.

De la discriminación es muy sencillo pasar al racismo y de ahí a la segregación. Ésta hace referencia a la delimitación de un espacio geográfico y político, en el que se establecen las diferentes etnias. Esta demarcación está vinculada a factores raciales, culturales, sociales, económicos. Supone una política de no integración y cuyo ejemplo más macabro se debe al pueblo alemán durante la Segunda Guerra Mundial, a no olvidar el Gueto de Varsovia.

Repercusiones del Racismo

1. Para el racista, el otro es inconvertible.
2. La diferencia de origen se supone insuperable.
3. El racismo no quiere la conversión de los otros, quiere su invisibilidad o su destrucción física.

Qué evidencia el racismo

1. La crisis del Estado nación.
2. Crisis de las relaciones de dominación.
3. Crisis de la legitimidad de la democracia.

Todo ello produce un reflujó de movimientos sociales, bastante mediatizado, y un reforzamiento de la identidad.

El racismo guatemalteco

Abordar el racismo en Guatemala implica analizar el papel del Estado en la reproducción del mismo. Desde la misma gestación del Estado de Guatemala se encuentran las raíces del racismo. La Asamblea de 1824 mandaba a erradicar las otras lenguas en pro del idioma español, como idioma de la nación²⁷. Michel Foucault²⁸ indica que el racismo se inserta como un nuevo mecanismo de poder del

²⁶ Esto no quiere decir que la discriminación por razones de sexo haya sido diluida, por el contrario, el mundo actual rebosa ejemplos de mujeres que con tenacidad desafían a lo establecido, incluso con riesgo de sus propias vidas, como sucede en el caso de algunas mujeres dentro de países donde hay musulmanes radicales.

²⁷ Esto se estatuyó en el famoso decreto 14 de dicha asamblea.

²⁸ Citado por Edgar Batres, op.cit.

Estado, como una tecnología de poder que tiene el derecho de decidir quién debe vivir o morir, ejerciendo el derecho de matar o eliminar al otro en nombre de la soberanía. Los Estados más homicidas son a la vez los más racistas. El racismo, la discriminación y el segregacionismo encontraron tierra fértil en la Colonia. El reparto del territorio en tierras realangas, repartimientos, composiciones, tierras comunales y la distribución geográfica entre el centro y la periferia según el grupo de interés. A esto hay que aunar los prejuicios más comunes señalados por el criollo en contra del indígena: haragán, conformista y beodo.

Racismo y estado liberal

En la creación de la patria nación se reubica al indio, quien pasa a constituirse en uno de los universos simbólicos claves. El país se constituirá como un modelo de nación cívica y civilizada. En consecuencia, el indígena debe civilizarse y abandonar su estado salvaje. Como se aprecia, se trata de la manifestación concreta de un auténtico proceso racista y discriminatorio. A lo largo de la historia independiente del país, son emitidas disposiciones arbitrarias por las que se pretende alcanzar este supuesto ideal y que persigue una inclusión forzada a expensas de la identidad cultural de los pueblos originarios.

Es durante esta etapa que se emiten decretos de ladinización, que conllevan la expropiación de las tierras comunales, puesto que al no existir oficialmente pueblos indígenas, las tierras comunales pueden ser apropiadas sin mayores complicaciones. Es evidente que la ideología de la Reforma, contenía un fuerte componente racista en la forma de pensar sobre los pueblos originarios. Con la introducción del café y la consolidación del Estado Capitalista se produce un reforzamiento de la división de clases, que está acompañada de un racismo más poderoso.

El siglo XIX

El racismo estuvo vinculado a las nuevas formas de dominación capitalista, en donde el racismo opera de forma más virulenta y enérgica. El racismo se articula con otros discursos como la nación, el machismo, el darwinismo y el genetismo. Sin duda las manifestaciones concretas más palpables de discriminación lo constituyen los decretos de ladinización²⁹ promulgados por el gobierno liberal.

²⁹ Decreto gubernativo No: 0165 Fecha de Emisión: 13/10/1876 Descripción del Decreto: Para los efectos legales, se declaran ladinos a los indígenas de ambos sexos del pueblo de San Pedro Sacatepequez, departamento de San Marcos Recopilación de Leyes: libro: 1 página: 453 Materia de Derecho: Administrativo Efectos legales, ladinos, indígenas, San Pedro Sacatepequez, San Marcos, aborígenes, costumbre Clasificación: Expresamente derogado por: DGX 1719, en tomo 54.

El siglo XX

Se impulsan proyectos de aculturización o educación para convertirse en personas. Se propugna desde el poder establecido la idea de la ladinización como equivalente al desarrollo, la modernización y el progreso³⁰. Permanece en el imaginario social la idea de que el exterminio del indígena es la única solución para el avance del país.

Aún se ve al indígena como sumiso, conformista moreno, bajo, haragán, tradicional e introvertido. Este estereotipo posee raíces históricas profundas que como se ha visto se inician desde la Conquista, se fortalecen durante la Colonia y se mantienen en la actualidad. Quienes detentan el poder auténtico intentan por los medios a su alcance que el estado de las cosas no cambie.

No importa la época en que se dé, siempre conlleva implicaciones nefastas para la sociedad que lo padece. En el caso de Guatemala, sólo ha servido para justificar el despojo y sometimiento de los pueblos indígenas. Legitimar los privilegios y el sistema de dominación de élites aun imperante en el país. Brindó cohesión a esas élites, en su mayoría criollas, dándoles identidad. A partir de la independencia, el racismo proviene directamente del Estado, de esa cuenta se expresa en las Constituciones, en las ordenanzas laborales y en la reestructuración político administrativa.

II. LOS SISTEMAS JURÍDICOS

De acuerdo a la metodología jurídica, los instrumentos del jurista son la ley y su aplicación. Dentro de las ciencias sociales se ubican las denominadas ciencias normativas, entre las que figuran el Derecho y la Ética. Contrario a lo que sucede en otros casos, el Derecho es algo intangible, no es demostrable por medios naturales. Entonces es más que aceptable formularse la pregunta, ¿de dónde proviene? A esta interrogante han querido dar respuesta los eruditos desde siglos atrás, así en la Roma de la República, Marco Tulio Cicerón afirmaba que se trata de la recta razón conforme a la naturaleza.

A partir de entonces, se cimentó la afirmación de que el Derecho lo da la Ley. El antiguo aforismo "dura lex, sed lex est" constituyó la concreción de aquella idea, de

³⁰ Decreto No: 1719 Tipo de Decreto: Decreto Gubernativo Fecha de Emisión: 29/8/1935 Fecha de Publicación: 30/8/1935 Descripción del Decreto: Deroga DGX 165, que declaraba ladinos a los indígenas de San Pedro Sacatepequez, del departamento de San Marcos Recopilación de Leyes: libro: 54 página: 455 Diario Oficial: 14-48-354.

ese emparejamiento ad perpetuam entre los conceptos de Derecho y Ley. La Ley es formulada por el Estado. A partir de estas ideas, es posible encontrar en el devenir histórico dos vertientes de un ramal común, dos ideas distintas sobre un importante tema.

Estas vertientes eran la respuesta a la pregunta del origen del Derecho. Así en primer término se presenta el denominado Derecho Natural. A éste se le atribuyeron características como la inmutabilidad, su igualdad y su naturaleza benéfica porque siempre será justo.

Otras escuelas de pensamiento jurídico desarrollaron aún más la idea naturalista. Así se encuentra la Escuela Histórica del Derecho, entre cuyos exponentes cabe destacar a Gustavo Hugo, Federico Carlos de Savigny. Afirmaban el origen del Derecho en la conciencia o espíritu del pueblo. También tiene como fuente la costumbre.

La Escuela Sociológica del Derecho, entre cuyos representantes se pueden mencionar a Augusto Comte, Spencer, Leon Duguit y Maurice Hauriou, postuló que el Derecho es un producto de la vida social. El Derecho es el que el pueblo decide.

Oliver Wendell Holmes, adscrito a la denominada Escuela Realista, indicó que el Derecho es una permanente creación del juez. Es una construcción y una obra exclusiva del juez.

La otra respuesta se centró en las normas. Es el denominado Derecho Positivo. En contraposición con el Natural, el Derecho Positivo habla de la mutabilidad, es cambiante, responde al entorno y a su contexto, es particularizado y útil.

El sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de las instancias encargadas de la aplicación de reglas de Derecho, así como los servicios que emanan de ellas.

El sistema jurídico comprende así el aparato jurisdiccional, pero también el aparato no jurisdiccional.

Este capítulo se analizará sucintamente la teoría de los sistemas jurídicos. Para hacerlo se acude al auxilio que representan las teorías de Hans Kelsen y de H. L. A. Hart.

Hans Kelsen³¹ defendió una visión positivista (o iuspositiva) que llamó teoría pura del derecho³²: un análisis del Derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural. Analizando las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, Kelsen llegó a la conclusión de que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una norma hipotética fundamental que es para Kelsen una hipótesis o presuposición trascendental, necesaria para poder postular la validez del derecho. Más tarde, Kelsen situó dicha norma en el Derecho internacional, de ahí que defendiese la primacía de éste sobre los ordenamientos nacionales.

El reconocimiento kelseniano de la trascendencia del derecho internacional, apertura las puertas del mundo académico jurídico a la posibilidad de aceptar que

³¹ Jurista, filósofo y político austriaco (Praga, 1881-Berkeley, California, 1973); profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Viena desde 1917, fue uno de los principales autores de la Constitución republicana y democrática de Austria en 1920, tras la derrota de ese país en la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y la consiguiente disgregación del Imperio Austrohúngaro. En 1929, obtuvo una cátedra en la Universidad de Colonia, pero la ascensión del nazismo le llevó a dejar Alemania (1933). Tras algunos años enseñando en la Universidad de Ginebra, partió a la de Praga (1936). Finalmente, el estallido de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) lo llevó a abandonar Europa, refugiándose en los Estados Unidos (1940). Allí ejerció la docencia en la Universidad de Harvard, luego en la de Berkeley (1942).

³² La idea que subyace a la Teoría Pura, es la separación del Derecho y la moral, para consagrar así una concepción del derecho que fuera eminentemente científica. Se identifica la idea de la Teoría Pura con el positivismo jurídico (o iuspositivismo), justamente por la pretensión de éste, de extirpar del análisis científico toda noción ajena a la producción jurídica creada mediante medios procedimental y formalmente establecidos, como la ley y los actos administrativos, sin considerar apelaciones al derecho natural o a la moral. La pretensión positivista de la Teoría Pura obedece a dos explicaciones: en primer lugar, la científicización del estudio del derecho (alejando al Derecho de cuestiones como el bien y el mal, o la moral) y por otro lado, la secularización y democratización que sería llevada a cabo mediante su implementación. Analizando la estructura de los sistemas jurídicos llegó a la conclusión de que toda norma obtiene su validez de una norma superior, remitiendo su validez hasta una norma hipotética fundamental cuya validez es presupuesta y no cuestionada, la Grundnorm, y que situó en el Derecho internacional. De ahí que defendiera la primacía del Derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales. Establece además la validez de la norma en su modo de producción y no en el contenido de la misma. "una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, ...". Cita de "Teoría pura del Derecho" por Hans Kelsen, página 205, editorial Porrúa, México 1993 (siguiendo el sistema científico de citas de autor para finalidad puramente educativa). Esta filosofía fue objeto de muchas críticas tras la Segunda Guerra Mundial. El motivo fue que dentro de ella, todos los abusos cometidos por los nazis eran actos jurídicamente correctos (eran legales, en su ordenamiento jurídico), y eso era de muy difícil aceptación. Por ello hubo una vuelta a la idea de que el derecho debe estar sometido a ciertas pautas de derecho natural. Por ello, el proyecto de Kelsen en particular ha sido objeto de ataques que lo han vuelto poco convincente actualmente. Sin embargo, la fuerza motivadora del proyecto, esto es, su inspiración política progresista, no ha dejado de marcar todas y cada una de las nuevas etapas de la teoría del derecho, encumbrándose como uno de los proyectos con influencias más relevantes, no sólo para la modernización del derecho, sino también para la modernización del análisis social y de la orientación de los fines del Estado.

las normas del derecho internacional, han de tener una trascendencia inigualada por las normas particulares de cada país. Más aún, si las normas del derecho internacional, se refieren a cuestiones que se vinculan a la salvaguarda del ser humano, no deberían bajo ninguna óptica ser dejadas de lado. El Derecho en cuanto tal, es una creación del ser humano, para el ser humano. Se busca alcanzar el equilibrio en las relaciones de la comunidad humana, precisamente a través del establecimiento de una serie de normas, que obtienen un reconocimiento y son aplicadas dentro de una colectividad.

La elaboración de la pirámide de Kelsen sobre los distintos estratos que ocupan las distintas normas, resulta no sólo oportuna, sino interesante, en especial cuando se la analiza a la luz de las disposiciones constitucionales de Guatemala. No pretendo hacer una meticulosa descripción de las teorías kelsenianas, lo que sí se intenta es dar una somera relación de la ubicación de los instrumentos internacionales en este esquema. Para efectos de mayor claridad, se utilizará la denominación de "tratado", para designar a estos instrumentos³³. En Guatemala, el artículo 46 de la Constitución Política de la República, ha suscitado más de una polémica, por la forma en que se encuentra redactado.

Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. No obstante lo anterior, es preciso coincidir con algunos autores³⁴, en la peligrosidad que constituye el declarar la superioridad de cualquier disposición sobre la norma fundamental, en este caso, sobre la Constitución. Por esto es que se coincide con la solución que se ha encontrado en lo que se puede decir como hermanar la norma primaria guatemalteca, con los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Siguiendo la tesis de la Corte de Constitucionalidad, se puede hablar de la constitucionalización de los tratados internacionales en

³³ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Fue elaborada por una conferencia internacional reunida en Viena, sobre la base de un proyecto preparado, durante más de quince años de trabajo, por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Su objetivo fue codificar el derecho internacional consuetudinario de los tratados y, además, desarrollarlo progresivamente. Esta Convención define al tratado como un "acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular", por tanto sus disposiciones son aplicables sólo a tratados por escrito entre Estados; quedan excluidos los que no constan por escrito y los acuerdos entre un Estado y otros sujetos de derecho internacional (como las organizaciones internacionales) o entre esos otros sujetos de derecho internacional.

³⁴ Véase la opinión de Lissette Beatriz Mendoza G., y Ricardo Mendoza Orantes en *Constitución Explicada*, Editorial Jurídica Salvadoreña, 1ª edición 2007, p. 87.

materia de derechos humanos. De esa forma, los mismos no conculcan la hegemonía constitucional y disfrutan, eso sí, de los privilegios propios del estatus de la norma primaria constitucional. Por lo anterior, ninguna disposición ordinaria, podría contravenir lo expresado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Previo a acudir al sistema de protección internacional en materia de Derechos Humanos, es requisito indispensable agotar el sistema nacional o doméstico. Entre los actores destacados del sistema de protección internacional destacan las Organizaciones No Gubernamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Sistema Universal de Protección en materia de Derechos Humanos. Existen mecanismos convencionales de protección y mecanismos extraconvencionales de protección.

Cuando se habla de los mecanismos convencionales, es necesario referirse a los pactos, convenios, tratados, acuerdos, protocolos, convenciones etc. Hizo referencia al Convenio de Viena sobre el Derecho a los Tratados. En el caso de los tratados se crean comités. En lo que respecta a mecanismos de control extra convenciones, se pueden mencionar el caso de los relatores.

Herbert Lionel Adolphus Hart³⁵ distingue entre normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son aquellas que establecen ciertas conductas, imponen obligaciones. Se dirigen a los súbditos (indicándoles conductas que se consideran deseables) y a los funcionarios (prescribiéndoles la aplicación de sanciones).

En tanto que las normas secundarias son de tres tipos:

1. Regla de reconocimiento: sirve para identificar qué normas pertenecen a un sistema jurídico (El criterio de identificación sería el de origen).
2. Reglas de cambio: indican un procedimiento para que las reglas primarias cambien en el sistema y así dinamizar el ordenamiento jurídico.
3. Reglas de adjudicación: dan competencia a individuos para que establezcan si se infringió o no una regla primaria.

³⁵ Filósofo del derecho (1907-1992) uno de los más importantes juristas del siglo XX, egresado del New College de la Universidad de Oxford en 1932. H. L. A. Hart se enrola dentro de la llamada Analytical jurisprudente, corriente del positivismo para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho.

Hart discrepa con la concepción (representada en Inglaterra por John Austin y en cierta forma por Hans Kelsen en el derecho continental) que ve a las normas como ordenes respaldadas por amenazas (mandatos). Para este autor, las normas no se reducen a ese esquema, ya que existen multiplicidades de normas que confieren potestades (ej. competencia, normas referidas a celebración de contratos, etc.)³⁶.

Otro elemento importante de este autor, es el desarrollo que hizo de los fundamentos de un sistema jurídico. El citado jurisperito menciona dos condiciones necesarias, suficientes y mínimas para que se pueda hablar de la existencia de un sistema jurídico. Las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas y, por otra, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que es menester satisfagan los ciudadanos particulares; ellos pueden obedecer cada uno por cuenta propia y por el motivo que fuere. La segunda condición debe ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tendrán que ver en las reglas pautas comunes de conducta oficial, apreciando como fallas, aquellas conductas que se apartan de la regla en cuestión³⁷.

La afirmación de la existencia de un sistema jurídico implica por tanto dos aspectos: una, la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra, la aceptación de reglas secundarias como criterios de conducta oficial por parte de los funcionarios. La concomitancia de ambos requisitos hace inferir que se está frente a un auténtico sistema jurídico.

Ahora que se conocen de manera clara los elementos de integración de un sistema jurídico, es menester analizar si es posible hablar de su existencia, en el contexto de los pueblos originarios de Guatemala. Antes que nada debe quedar claro que no se puede hablar de un solo sistema jurídico en relación a los pueblos originarios. Esto obedece al número de etnias mayas existentes. Así en algún momento podría haberse llegado a hablar de 22 sistemas jurídicos, no obstante, esto no ocurrió; para comprender el por qué, basta recordar la sumarisima relación histórica desarrollada en el capítulo I. Con la invasión y conquista, muchos de los esquemas sociales existentes llegaron a su fin. La obligación de adaptarse a los cambios impuestos, para así poder subsistir, llevó en muchos casos a la desaparición de prácticas

³⁶ Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Herbert_Hart, información obtenida el 7 de agosto de 2007.

³⁷ Hart, H. L. A. El concepto de Derecho, Editorial Abeledo-Perot, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 2004 páginas 145-148.

ancestrales y a la incorporación de otros elementos, traídos por el conquistador español, principalmente; pero con el devenir histórico, otros grupos también ayudaron en el proceso de abandono paulatino de costumbres. Por citar un ejemplo, las comunidades germánicas que se asentaron en las Verapaces, no sólo incorporaron elementos culturales distintos, sino también, fomentaron un proceso de asimilación que arrojó como resultado, un sincretismo ajeno a la cultura original.

Sin embargo, sí es posible sostener que en algunas comunidades se ha mantenido de forma paralela, el sistema jurídico propio. Esto es visible en la región del altiplano de Guatemala, en las comunidades K'ichés, por citar una etnia maya. Ahora procediendo a aplicar el análisis de acuerdo a los indicadores expuestos por Hart, se puede determinar si se está frente a un sistema jurídico o no. El primer indicador expone que las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas. Esta condición se da; hay un conjunto de normas no escritas a las que se obedece cotidianamente en la comunidad. Hart exponía que el elemento *sine qua non* para que el indicador exista, descansa en los hombros de los que integran esa comunidad³⁸. Las personas deben, en un proceso de reconocimiento implícito, obedecer esas normas, y si así ocurre, el primer elemento concurre. En igual forma lo que Hart ha denominado funcionarios, encuentran su símil en la figura de los alcaldes indígenas³⁹, los ancianos, los notables, los principales, etc. Éstos son quienes tendrán que ver en las reglas pautas comunes de conducta oficial, apreciando como fallas, aquellas conductas que se apartan de la regla en cuestión.

Luego se puede afirmar, que se está ante la presencia de un sistema jurídico, que ha cumplido con los requerimientos que la doctrina señala, como indicadores o condiciones de su existencia. Entonces el negar esa presencia, es una postura que puede ser tildada de absurda o testaruda, y en todo caso, se trata de una visión monojurídica, monocultural, empobrecedora y lindante con la intransigencia. Incluso así lo reconocieron los constituyentes guatemaltecos en 1984-1985,

³⁸ Existen toda una serie de prácticas vinculadas a instituciones de la más diversa índole. Así existen prescripciones para el matrimonio, el nacimiento, la muerte, los bienes, etc., también existen prescripciones vinculadas a la conducta dentro de la comunidad. Este conjunto de disposiciones, en la gran mayoría de casos, no escritas, son acatadas y respetadas en la comunidad donde se aplican.

³⁹ Según la información contenida en el fascículo número 9 de la colección de Ritos y Creencias de Guatemala, publicado por la Dirección de Desarrollo del Lector, del periódico matutino Prensa Libre: después de la emisión de las Leyes Nuevas de 1542 que aplicó en Guatemala el Presidente de la Real Audiencia, Alfonso López de Cerrato, en 1549 se impuso el orden. A cada pueblo se le autorizó y exigió una organización política basada en el municipio castellano, al mismo tiempo se restablecieron algunas propiedades y privilegios de la nobleza nativa. Esto dio origen a que los descendientes de dicha nobleza ocuparan puestos de administración municipal, lo que aseguró la estabilidad y se convirtió en herencia de los antepasados. Este es el origen de las municipalidades indígenas que han existido a lo largo de más de cinco centurias.

cuando recogen en el texto constitucional, la necesaria coordinación entre los sistemas jurídicos indígenas y el sistema jurídico oficial. El sustento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas puede ser encontrado analizando los artículos 58, 66 y 203 de la Constitución Política de la República, en concomitancia con el artículo 51 de la Ley del Organismo Judicial.

No obstante, existen otros cuerpos normativos que igualmente responden a este fundamento. A destacar, entre otras disposiciones no menos importantes, los Acuerdos de Paz, el convenio 169 de OIT.

En una primera etapa se habló de un elemento de inclusión. Pero era más la concretización de una situación de conveniencia para un estamento de la sociedad. Se ha jugado a lo largo de la historia con diferentes posturas, pero quizá la que resulte en una postura de mayor justicia sea aquella que propone la exclusión total.

Esta postura genera no pocos temores; el estamento conservador cae en pánico ante la posibilidad de perder la cuota de poder que ostenta desde hace quinientos años. Pero existen otros países en los que ese proceso no ha degenerado en la atomización estatal. Un ejemplo de ello lo constituye la España de la actualidad.

Antes de iniciar propiamente con el tema de los instrumentos internacionales, es conveniente aclarar que en el contexto internacional los términos revisten suma importancia. En este contexto, se debe utilizar la palabra "indio" o la palabra "indígena". El caso del pueblo los inuit, resulta paradigmático, y es la ejemplificación de porqué el término indio no resulta el más feliz. Ni que decir de otros pueblos que por una u otra circunstancia no desean que les sea aplicado a ellos el término indio. Los textos jurídicos han tratado de ayudar a cambiar las actitudes y atropellos que se han dado en el último medio milenio.

Cinco han sido las políticas para tratar de resolver el problema indígena. La asimilación, postula la superioridad de la cultura occidental sobre la indígena. Fue utilizada al igual que su contrario la segregación y cuya nefasta concretización se puede encontrar en los guetos.

La integración, que postula débilmente la igualdad entre las culturas. Va consistir en tomar lo mejor de los elementos de la cultura occidental y de la cultura indígena y así vivir mejor. La integración era una asimilación disfrazada. El movimiento integracionista fue liderado por los antropólogos mexicanos. Se estableció el Instituto Indigenista Interamericano, además de establecer la obligación entre los Estados Parte de crear en sus países sus respectivos Institutos Indigenistas. Como

era de esperarse, los indígenas rechazaron la integración. Similar a la integración, la fusión se basa en la igualdad absoluta entre las civilizaciones y las culturas. Consiste en fusionar lo mejor de las culturas en una fórmula única. En consecuencia se le ha formulado la misma crítica.

Una ulterior postura, el pluralismo, afirma el reconocimiento de esa pluralidad de culturas por parte del Estado. Necesidad de respetarlas en su integridad. Paulatinamente las políticas de pluralismo han venido incorporándose en los Estados. En Guatemala la Constitución de 1965 establecía la adopción de la cultura nacional. En la de 1985 se combatió esta postura. El Art. 58 reconoce la identidad cultural de las personas y las comunidades. En la sección de comunidades indígenas, artículos 66 al 70, se ocupa de cambiar la actitud, respetando las costumbres, tradiciones y los idiomas. El artículo 66 reconoce el pluralismo cultural.

También en el campo internacional han surgido una serie de instrumentos en materia de Derechos Humanos. Estos derechos se ven fortalecidos con el paso del tiempo. En 1945 se habló de la internacionalización de los Derechos Humanos, puesto que a veces el Estado se pervierte y no puede cuidar adecuadamente de ellos. Así en 1948 era preciso contar con los textos ad hoc para la Declaración Universal. No obstante, los derechos colectivos quedaron fuera⁴⁰. No quedó nada de la idea inicial de tener un texto sustantivo y otro adjetivo, cambiándolo después a uno de derechos civiles y políticos. En tal estado de cosas, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, aprobó en 1957 el convenio número 107; por el mismo se estatuye la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes. Esencialmente los derechos que se reconocieron a los pueblos originarios se vinculaban al derecho de integrarse a la nación y ordenamiento constitucional del Estado. Este convenio suponía un proceso de disolución de las comunidades y sus integrantes en la categoría general de ciudadanos⁴¹. En 1965 se trabaja en un texto

⁴⁰ El maestro Gustavo Adolfo García Fong coincide con esta visión cuando afirma: "...la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) de la Organización de las Naciones Unidas –cuya influencia en la conformación histórica, política, jurídica y social del mundo moderno no se discute- no implicó para dichos pueblos posibilidad alguna de emancipación cultural, puesto que únicamente les considero como ciudadanos de sus respectivos Estados, pero de ninguna manera a nivel colectivo como pueblos." (García Fong, Gustavo Adolfo, La construcción del pluralismo en Guatemala: convenios internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su aplicación, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, IIJ; México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2006, p. 12) José Emilio Ordoñez Cifuentes, citado por García Fong, indica que fue Guatemala el primer país americano en constitucionalizar los derechos de los pueblos originarios. No obstante, refiere el relacionado autor, esta ascensión al parnaso constitucional no significó el reconocimiento de su cultura.

⁴¹ *Ibid.* p. 14.

de una declaración contra todas las formas de discriminación racial que se traduce en la Convención del mismo nombre. A partir de este auge dentro del Derecho Internacional Público, se concretizan varios instrumentos en materia de derechos humanos, que hoy por hoy, velan por los intereses de las personas. Más recientemente, en el año 1989, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio identificado con el número 169, el cual venía a superar aquél de 1957, que por decirlo eufemísticamente, se había quedado corto. Dicho convenio cubría una amplia gama de temas relativos a la tierra, a las condiciones de trabajo, a la salud y a la educación. No obstante con el devenir del tiempo, las deficiencias encontradas dieron paso a un nuevo análisis. El Convenio 169 reemplazó definitivamente a su predecesor. Se incorporó a su texto el compromiso de los Estados ratificantes de reconocer la existencia del derecho indígena. Esto implicó una señal clara de la comunidad internacional respecto de la necesidad de reconsiderar el estatus de los pueblos indígenas, preparando el modelo para un nuevo Estado pluricultural. Este convenio regula sobre la consulta y participación, sobre condiciones de trabajo, seguridad social y salud, educación y medio ambiente. Constituye a la fecha el instrumento más avanzado en esta materia. Reconoce los métodos propios de solución de controversias de los pueblos originarios, aunque establece un límite, que no se conculquen los derechos humanos⁴². Este reconocimiento de la forma de resolución de controversias, no se limita al campo civil, abarca asimismo el campo de la represión de los delitos.

Lo sagrado está íntimamente ligado a los principios del sistema jurídico maya. Las relaciones tanto de los seres humanos entre sí y con la naturaleza, respetando las normas. Lo sagrado es todo aquello que tiene que ver con las normas de convivencia. Se tienen que cumplir obligaciones específicas, en caso contrario pueden recibir castigos, incluso sobrenaturales. Está casi todo lo que ver con la enfermedad o la mala fortuna para el individuo y su familia. El sistema jurídico de los pueblos mayas se sustenta sobre valores que encuentran su raíz en lo sagrado. Se marca un respeto a la palabra y a los antepasados. Desde la infancia se socializan los principios, valores y enseñanzas a través del “consejo”.

Este se traduce en un término “pixab” que es el conjunto de normas que se traducen oralmente, por lo general, de los abuelos a los nietos, continuando esta transmisión de enseñanzas durante cada fase de la vida. En consecuencia, las normas se

⁴² Es importante destacar, que pese a lo que pudiera creerse, el sistema de derechos humanos, puede ser una elucubración de corte occidental, que no necesariamente tiene que ser un elemento natural y aceptable para todos los pueblos, su imposición, desmeritaría su propia naturaleza. La pregunta a formularse sería ¿La concepción de derechos humanos es parte de la cosmovisión de los pueblos originarios? ¿Acaso no se trata de una impostura más dentro de un nuevo esquema de dominación?

adecuan a la fase de la vida en que se encuentre el individuo. No se puede hablar de un “derecho indígena”, más bien se trata de un mosaico de sistemas jurídicos. Cada comunidad puede tener variaciones en su concepción de lo que es bueno o no lo es. Por tanto no se pueden juzgar los sistemas jurídicos indígenas de la misma forma como se juzga al sistema jurídico oficial. No obstante lo anterior, hay ciertos valores y sustento filosófico en líneas semejantes.

Diego de Landa⁴³ hace referencia al papel descollante de la “vergüenza” como una recurrente forma de sanción. Constituye un exhibir a las personas que han cometido un delito delante de la comunidad. Pero no fenece ahí la “vergüenza” la cual se hace extensiva a la familia. A partir de la vergüenza se puede derivar el ostracismo social. Hay otras formas de aplicación de la justicia, que distan del sistema jurídico oficial. A manera de ejemplo, sólo existe una sola instancia, no existe el concepto de apelación. Los problemas en consecuencia o se resuelven o no. En tal caso puede ocurrir el traslado a una autoridad distinta, como lo puede ser el sistema jurídico oficial⁴⁴.

Dado el valor conferido a la palabra empeñada, el incumplimiento de los pactos origina su disolución. Este incumplimiento implica también una sanción. De reincidir es un consenso que la sanción debe duplicarse. Es decir, existen agravantes para determinadas conductas. De igual manera se presentan atenuantes, como el

⁴³ Diego de Landa nació en Cifuentes, en la Alcarria de Guadalajara (España), el 12 de noviembre de 1524. Murió en Mérida (Yucatán) en 1579. En su madurez se dedicó al estudio de la cultura Maya, quizás para tratar de recuperar la valiosa información que había destruido en su época de inquisidor. Escribió *Relación de las Cosas de Yucatán* hacia 1566, su obra es clave para entender el mundo maya de la época de la conquista. En su obra escribe de los Mayas y su historia, finalizando con una crónica del descubrimiento de aquellas tierras y la conquista española. Con información obtenida en: http://es.wikipedia.org/wiki/Diego_de_Landa.

⁴⁴ Este traslado a un sistema jurídico distinto presenta el siguiente problema, la convalidación de la minusvalía atribuida a los sistemas jurídicos indígenas, por parte de los estamentos más conservadores de la sociedad guatemalteca. Además, dentro del denominado sistema jurídico oficial, puede originar interpretaciones legalistas sustentadas sobre el principio de “non bis in idem”. La Licda. Paula del Sagrario Núñez Villalobos (en <http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/805F5242-24E6-4D5F-AD86-A008D886F9C6/0/LicPauladelSagrarioNunezVillalobos.pdf>) indica que Guillermo Cabanellas, define non bis in idem como un aforismo latino que significa no dos veces sobre lo mismo.1 Para Rafael Márquez Piñero,2 con la citada expresión se quiere indicar que una persona no puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos que se consideran delictuosos, a fin de evitar que quede pendiente una amenaza permanente sobre el que ha sido sometido a un proceso penal anterior. De León Villalba, califica el “non bis in idem”, o también llamado “ne bis in idem”, como un criterio de interpretación o solución a constante conflicto entre la idea de seguridad jurídica y la búsqueda de justicia material, que tiene su expresión en un criterio de la lógica, de que lo ya cumplido no debe volverse a cumplir. Esta finalidad, continúa diciendo el referido autor, se traduce en un impedimento procesal que negaba la posibilidad de interponer una nueva acción, y la apertura de un segundo proceso con un mismo objeto. En otras palabras, el ne bis in idem, garantiza a toda persona que no sea juzgado nuevamente por el mismo delito o infracción, a pesar de que en el juicio primigenio fue absuelto o condenado por los hechos que se pretenden analizar por segunda ocasión.

demostrar arrepentimiento y resarcir el daño ocasionado en forma espontánea. Siguiendo con el ejemplo de la reincidencia, si esta continuara, podría llegar incluso hasta la expulsión de la comunidad o su traslado al sistema jurídico oficial⁴⁵.

Como aspectos relevantes de los sistemas jurídicos indígenas, es que éstos regulan las relaciones en la sociedad. Regula tanto las relaciones entre las personas y entre éstas y la naturaleza. La relación y el respeto a los antepasados es sustancial. El equilibrio que prima en la cosmovisión indígena se rompe, si no se respetan esas relaciones. Existen al igual que en el sistema jurídico oficial, disposiciones que regulan la herencia, la familia, las aguas, etc.

En cuanto a la aplicación de los sistemas jurídicos indígenas, hay que tomar en consideración su susceptibilidad al error culturalmente condicionado. Éste se produce cuando la persona desconoce que su conducta constituye una falta al sistema jurídico que se aplica en una determinada región.

La cosmovisión, no obstante, no es algo estático. Los seres humanos actualizan su cosmovisión con la interacción social. Si por un lado la cosmovisión occidental aconsejaba el servirse de la naturaleza, la cosmovisión indígena sugiere una interacción simbiótica. De esa cuenta, también hay interpretaciones distintas de lo justo. El desencuentro entre los sistemas jurídicos, oficial e indígena, encuentra su origen en concepciones del mundo diferentes. En la sociedad occidental se prioriza el principio de la competencia, lo que implica una situación en la cual la violación sistemática de derechos es la tónica habitual. Esto dista mucho de la solidaridad característica de la cosmovisión indígena.

Como colofón hay que referirse a las autoridades indígenas. No existe un órgano equivalente a los tribunales. No existen especialistas en materia jurídica. Las reglas jurídicas se hacen del conocimiento de las personas a través del "pixab". Entonces las personas que conocen de las controversias, son aquellas que han sido reconocidas por la comunidad como facultadas para poder dirimir las situaciones sometidas a su consideración. Se puede decir que su legitimidad deviene de ese reconocimiento en su comunidad. Por lo general no ejercen de manera exclusiva la actividad de juzgar, más bien la alternan con sus ocupaciones habituales. Esto no

⁴⁵ La antropóloga Guisela Mayén relata esta práctica de traslado al sistema jurídico oficial, la cual, según sus palabras, constituye el escalafón de mayor gravedad dentro de los sistemas jurídicos indígenas, no solo porque en ellos no existe la pena de privación de la libertad, sino por lo dispar de los procedimientos, que distan mucho en su inmediatez. La antropóloga Mayén utiliza el término desencuentros para referirse al juzgamiento de un hecho por uno o por otro sistema. Este desencuentro se origina de los diferentes enfoques en la solución de las controversias que cada sistema tiene.

implica necesariamente un menoscabo en la actividad juzgadora. El perfil de la persona que obtiene el reconocimiento de la comunidad, está más cercano al espíritu con el que se quiso investir a la judicatura en el sistema jurídico oficial. Debe tratarse de una persona caracterizada por su honestidad, por su servicio a la comunidad y por su actitud justa. En este orden de ideas, se pueden considerar como autoridades indígenas a los alcaldes indígenas, a los cofrades, los comités comunitarios, los consejos de ancianos, por mencionar las agrupaciones más habituales de donde se reconocen a los juzgadores. Lo anterior no es óbice para que una persona reconocida por la comunidad pueda actuar por sí misma como un juez unipersonal. Generalmente se trata de personas que ya han pasado por el servicio en la alcaldía, en los comités comunitarios, etc., son personas notables. Quizá la idea más común es su actuación a través de un consejo de ancianos, mas como ya quedó dicho, no es una cuestión limitativa.

Finalmente, es bueno destacar el comentario de la antropóloga Mayén en relación a las disposiciones jurídicas en cuanto a los recursos acuíferos en la región de Totonicapán, como el caso de las tierras comunales de bosques. Hay diferentes alturas de bosques y diversos accesos a los mismos. En esa región a estos linajes se les conoce con el nombre de parcialidades. De tal suerte que la familia que controla una parcialidad, cuenta con una gran garantía de poder y de prosperidad económica. Son entonces tierras comunales, pero de una familia, por lo que se puede concluir que existe una aceptación dentro de este sistema jurídico indígena, del concepto de propiedad privada⁴⁶.

Sin duda el obstáculo más importante, no es la ausencia de una legislación, pues en el caso de Guatemala este extremo no se da; ya se citaron los artículos constitucionales que amparan la aplicación de los sistemas jurídicos de los pueblos originarios, ni que decir de la aplicación del Convenio 169 de OIT, ya que el mismo forma parte del ordenamiento interno, está contenido en el decreto 9-96. El problema es la ausencia total de voluntad política para admitir y construir un auténtico Estado Pluralista. Esta renuencia política descansa principalmente, en la intolerancia a la participación de los pueblos originarios en el quehacer público, y más aún, en una torcida y falsa idea proteccionista, que sólo deja mal visto al grupo que la promueve, puesto que sus efectos en el corto y mediano plazo, por lo común, siempre resultan perjudiciales.

En Guatemala existe una tradición sostenida en hombros por la minoría de la

⁴⁶ Lo interesante de este asunto estriba en que al contrario de lo que sostienen muchos, la propiedad privada no es ajena a la cosmovisión indígena.

población, que es la población dominante, de no brindar ese reconocimiento expreso a la existencia de esos sistemas jurídicos. Es tan patético que incluso, personas integrantes de los estamentos académicos, se resisten no sólo a conocer, sino a estudiar estos sistemas jurídicos. Los argumentos son varios, entre los que cabe destacar un paternalismo, que lejos de favorecer a los pueblos originarios, los perjudica. Pero como sostiene Silvana Ramírez⁴⁷ “las resistencias también se atrincheran en aparatos jurídicos eruditos, en la no admisión de la existencia de otros tipos de valores, bajo la imperiosa necesidad de no desmembrar lo que tanto costo unir”.

El sistema judicial está llamado a asumir un rol preponderante en el trato a las mayorías del país, es decir los pueblos originarios. El sistema judicial debe construir un discurso basado en la tolerancia y la no discriminación como ejes transversales. Entender que los valores y principios propios de los pueblos originarios, distan mucho de ser los de la comunidad no indígena. Siguiendo en este punto a la citada Silvana Ramírez⁴⁸, “en la realidad, el funcionamiento concreto de los sistemas de justicia no contribuye en gran medida a acrecentar un sentimiento de tolerancia en la sociedad, ya sea por su conservadurismo atávico, ya sea por su contribución sostenida al mantenimiento del statu quo, lo que lo convierte en un segmento estático más que en un impulsor del cambio”.

A pesar de lo verídico y ajustado a la realidad de Guatemala, de las palabras transcritas, no todo es pesimismo. Así aquí y allá se levantan las personas y se escuchan sus voces, otrora silenciadas de la forma más violenta y cobarde, para rescatar en plena justicia, esa parte integral de su estructura social y cultural como lo es su sistema jurídico. Como atinadamente lo expuso el jurista Amilcar Pop, “es un sistema jurídico porque contiene un conjunto de normas vinculadas lógicamente entre sí que surgen de la necesidad de establecer un orden social y de regular la conducta humana en el marco de las relaciones sociales⁴⁹”.

Después de estas pequeñas acotaciones debería quedar claro, no sólo la existencia de los sistemas jurídicos de los pueblos originarios, sino también su asidero legal tanto a nivel constitucional, como dentro del marco del derecho internacional.

⁴⁷ Justicia Indígena: El desafío de un estado pluralista, en fichas para el trabajo universitario, publicación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales –INECIP- Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 39 47 Op.cit. p. 41.

⁴⁸ Op. cit. p. 42.

⁴⁹ Amilcar POP. ¿Cuáles son las diversas maneras de entender el derecho indígena y pluralismo jurídico en Guatemala? ensayo proporcionado durante en diplomado en Derecho Indígena impartido en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, entre junio y agosto de 2007.

III. LA CONSULTA

Por consulta se ha de entender para los efectos de este artículo, examinar, tratar un asunto con una o varias personas con el propósito de pedir su parecer, dictamen o consejo⁵⁰. En relación a la consulta estipula el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- lo siguiente:

Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Es evidente que el espíritu de la norma internacional transcrita tiene una determinada pretensión, la cual es alcanzar el consenso con los directamente interesados, respecto a determinados asuntos que son de su interés, por afectarles específicamente. Esta normatividad pretende, entre otras cosas no menos importantes, reconocer la identidad cultural de los pueblos originarios con miras a su irrestricto respeto.

⁵⁰ El Diccionario de la Real Academia Española (22ª edición) dice sobre el vocablo consultar: Del lat. *consultare*, intens. de *consulere*, considerar, deliberar. 1. tr. Examinar, tratar un asunto con una o varias personas. 2. tr. Buscar documentación o datos sobre algún asunto o materia. 3. tr. Pedir parecer, dictamen o consejo. 4. tr. Dicho de un consejo, un tribunal o de otros cuerpos antiguos: Dar, al rey o a otra autoridad, dictamen por escrito sobre un asunto, o proponerle sujetos para un empleo.

Guatemala en tanto Estado multicultural y plurilingüe, asumió la ratificación del relacionado convenio, como algo que estaba en concomitancia con su ordenamiento jurídico interno. Se trata de un tratado internacional en materia de derechos humanos, que entra dentro de los contemplados en el artículo 46 de la Constitución Política de la República⁵¹. El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema: pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución (artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política). Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga⁵².

Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos. Según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"⁵³.

Lo anterior está en concordancia con lo indicado en el artículo 6 del Convenio objeto de estudio. Además, Guatemala no objetó en su momento, haciendo la reserva del caso, el contenido del artículo de marras, circunstancia por la que, desde un punto de vista objetivo y a la luz del positivismo jurídico a ultranza, la normatividad objeto

⁵¹ Constitución Política de la República, artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

⁵² Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia: 19-10-90.

⁵³ Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 60, expediente No. 872-00, página No. 362, sentencia: 28-06-01.

de escrutinio, satisfizo todos los pasos lógico-jurídicos necesarios para su incorporación al derecho interno.

En este orden de ideas, el contenido del artículo 6 estatuye una acción que implica un acercamiento con los pueblos originarios previo a la toma de decisiones que puedan afectarles. No se trata de una mera pregunta, cuya respuesta puede ser ignorada; asumirlo de esa forma es alejar de su contexto la premisa establecida en la norma antes invocada. Efectivamente, del propio texto normativo se desprende la teleología del convenio, el conocer la opinión de la población consultada, precisamente para a través del diálogo arribar a un entendido de mutuo beneficio.

En consecuencia el proceso de consulta debe respetarse siempre⁵⁴, toda vez que el convenio 169 de la OIT se encuentra incorporado al ordenamiento jurídico guatemalteco⁵⁵ y por tanto, es ley de obligatorio cumplimiento. Entonces siguiendo estas premisas, es un requisito sine qua non que se satisfaga la consulta a los pueblos originarios, cuando alguna determinación gubernamental pueda llegar a afectarles. La consulta, como ha quedado expresado, debe ser atendida, es decir ha de prestarse la atención necesaria a lo que de ella devenga. Si por el contrario, sólo se realiza el acto mecánico de formular una pregunta sin importar la respuesta, el proceso se desnaturaliza.

Algunos han pretendido ver en la consulta un instrumento de evasión al contexto de la normatividad "estatal" de parte de los pueblos originarios, o al menos de algunos de ellos. Sustentan los detractores de la consulta que la misma no tiene carácter vinculante⁵⁶. Al carecer de dicha naturaleza es posible prescindir de las opiniones vertidas por los consultados y proceder de acuerdo a lo que se ha planeado.

Seguir la tesis expuesta es semejante a otorgar *carte blanche* a la inaplicabilidad de una importante parte del Convenio 169, circunstancia por la que se estima poco

⁵⁴ En este punto hay que recordar lo dispuesto en el decreto 2-89 del Congreso de la República, Ley del Organismo Judicial, en cuyo artículo 3 establece: Primacía de la ley. Contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, costumbre o práctica en contrario.

⁵⁵ Decreto número 09-96 del Congreso de la República Fecha de Emisión: 3/5/1996 Fecha de Publicación: 28/3/1996 Descripción del Decreto: Aprueba Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. La aprobación se hace bajo el contenido de que las disposiciones de la Constitución Política de la República prevalecen sobre dicho Convenio, el cual no afecta derechos adquiridos, ni tiene efectos retroactivos. Esta Conferencia se congregó en Ginebra, Suiza, el 07/06/1989, por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo.

⁵⁶ Entiéndase por vincular: "someter la suerte de algo al comportamiento o suerte de otra persona o cosa". Los Mazeaud recuerdan que estar ligado es tanto como estar obligado (citados por Ossorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Argentina, Editorial Heliasta, S.R.L. 2000 p. 1020).

prudente refrendar esta alternativa en aras de salvar las particulares circunstancias guatemaltecas, tan dispares y complejas, que distan mucho de las del resto de naciones americanas.

CONCLUSIONES

A manera de conclusiones se puede afirmar lo siguiente:

El colonizador español impuso sus propios parámetros culturales por encima de los de los pueblos originarios. No obstante lo manifestado anteriormente, los pueblos originarios en muchos casos de manera paralela al sistema oficial colonial, continuaron respetando y ejerciendo sus manifestaciones culturales propias.

A lo largo de la época independiente, se adoptaron medidas tendientes a la asimilación de los pueblos originarios dentro del concepto unitario de ciudadano y del monopolio estatal de la ley, como la más clara expresión de lo que Norberto Bobbio denominó desautorización de otras fuentes tradicionales (*reductio ad unum*).

El sistema jurídico de los pueblos originarios está amparado por la legislación nacional, de igual forma está reconocido a nivel internacional.

El sistema jurídico de los pueblos originarios no ha socavado la integridad de los países donde se le ha dado reconocimiento; más que constituir elementos de cambio negativo, fortalece la identidad de los pueblos, coadyuva a alcanzar la justicia plena y constituye un auténtico acicate de las sociedades equilibradas. Existe un marcado desconocimiento y resistencia a cualesquier manifestación propia de los pueblos originarios, bajo la égida de la salvaguarda del sistema jurídico oficial e incluso, enarbolando la bandera del respeto a los derechos humanos.

RECOMENDACIONES

Investigar objetivamente el sistema jurídico de los pueblos originarios.

Fomentar su estudio entre los actores principales de su aplicación.

Educar a toda la comunidad sobre su valor e importancia dentro de la conformación de un nuevo orden, en el que se logre la consecución de un auténtico estado guatemalteco.

Determinar las regiones geográficas en las que son operativos los diferentes

sistemas jurídicos de los pueblos originarios de Guatemala, de manera que, se apliquen en esas regiones y dentro de sus respectivas comunidades, dichos sistemas. Que el Estado se circunscriba a garantizar dicha aplicación; que no exista, consecuentemente, ninguna intervención.

Brindar capacitación adecuada, donde sea requerida, sobre lo positivo y conveniente de desarrollar a plenitud el sistema jurídico de los pueblos originarios. Una alternativa puede constituir un proceso de estudio sustentado sobre las regiones lingüísticas, cuyo mapeo ya se ha hecho y puede ser la base para determinar, una demarcación territorial en la que se han de aplicar con exclusividad los sistemas jurídicos de los pueblos originarios.

Reconocer el carácter vinculante de la consulta estatuida en el artículo 6 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta (18) Oct-Dic 1990. Guatemala: Imprenta y Litografía Impresos; 1991.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Gaceta (60) Abr-Jun 2001. Guatemala: Serviprensa, S. A.; 2001.
- Díaz del Castillo, Bernardo. Historia de la Conquista de Nueva España. México: Porrúa, S.A. Colección Sepan cuanto. 1974.
- Galeano, Eduardo. Las venas abiertas de América Latina. 15ª ed. Madrid: Siglo Veintiuno; 1999.
- García Fong, Gustavo Adolfo. La construcción del pluralismo en Guatemala: convenios internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su aplicación. Guatemala: Universidad Rafael Landívar, IIJ; México, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ; 2006.
- Gonzalez de Alba, Luis. Los Vikingos en Norteamérica, su resistencia a reformas impidió la colonización vikinga de América. Disponible en:
<http://www.gaceta.udg.mx/Hemeroteca/paginas/397/397-12.pdf>
- Gordillo Barrios, Gerardo. Guatemala, Historia Gráfica. 6ª ed. Guatemala: Piedra Santa; 1999.
- Hart, H. L. A. El concepto de Derecho, 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perot; 2004. p. 145-148.
- Linares López, Luis F. y E. Rubén Hidalgo R. Diccionario municipal de Guatemala. Guatemala: Konrad Adenauer Stiftung; 2009.
- Luján Muñoz, Jorge, Guatemala, breve historia contemporánea. 3ª ed. Guatemala: Fondo de cultura Económica; 2006.

- Martínez de Bringas, Asier. Los pueblos indígenas y el discurso de los derechos. Bilbao: Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos; 2003.
- Martínez Pelaez, Severo. La patria del criollo; Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca. 13 ed. México: Ediciones en Marcha; 1994.
- Mendoza G., Lissette Beatriz y Mendoza Orantes Ricardo. Constitución Explicada. 1ª ed. San Salvador: Jurídica Salvadoreña; 2007.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales. Argentina: Heliasta S.R.L; 2000.
- Peña, Margarita y Montenegro G. Augusto. Historia resumida. Colombia. Norma; 1978.
- Ramírez, Silvana. Justicia Indígena: El desafío de un estado pluralista. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales – INECIP; 2001. [En fichas para el trabajo universitario].
- Real Academia Española. Asociación de Academias Españolas. Diccionario Práctico del Estudiante. España: Santillana Ediciones Generales S.L. 2007.
- Universidad de San Carlos de Guatemala. Centro de estudios folklóricos. Saberes de los pueblos guatemaltecos, Garífuna, Maya, Mestizo, Xinka. Guatemala: Artemis Edinter; 2006. p. 197-202.
- Vera Tornell, Ricardo. Historia de la Civilización, compendio de historia universal. Barcelona: Ramón Sopena, S.A.; 1966.
- Yagenova, Simona (compiladora). Derecho indígena en América Latina. Guatemala: FLACSO; 2003.
- Zaragoza, Gonzalo. América Latina, Época Colonial. 7ª ed. España: Anaya. Biblioteca Básica de Historia; 2005.

Direcciones web:

http://www.easyguate.com/index.php?option=com_content&task=view&id=42&Itemid=9

http://es.wikipedia.org/wiki/Diego_de_Landa

http://es.wikipedia.org/wiki/Puente_de_Beringia

<http://es.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica>

Otras fuentes:

Suplemento Ritos y Creencias de Guatemala No. 9. Las municipalidades, Prensa Libre. Guatemala. 2007 p. 1.

Suplemento Ritos y Creencias de Guatemala No. 10. La Cofradía y los Guías Espirituales. Prensa Libre. Guatemala. 2007 p. 2.

Valdes de Arias, Mirja. La Conquista. El Periódico. p.16-17. 3 de junio de 2007.