

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

 Agencia Danesa
de Cooperación
Internacional
DANIDA


NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

El derecho indígena hoy en América Latina

Pluralismo jurídico y paz en Guatemala

*Guillermo Padilla**

Uno de los objetivos más importantes de los Acuerdos de Paz firmados entre la unión de las diferentes guerrillas de la URNG y el Estado guatemalteco para poner fin al conflicto armado de 36 años, fue el fortalecimiento del Estado y la construcción de nación. Con ese propósito, se acordó construir una política fiscal que le otorgara recursos a un débil aparato estatal, ausente en la mayoría de sectores y áreas del país. Así mismo se planteó la necesidad de reconocer el carácter multiétnico y plurilingüe del país por medio del reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas.

La mayor cantidad de recursos de la cooperación internacional invertidos a lo largo del proceso de paz se hicieron en el denominado sector justicia, que incluye las Cortes y los tribunales de justicia; el Ministerio Público, encargado de la investigación de los delitos en el vigente sistema acusatorio; el sistema penitenciario; la Policía Nacional Civil y el Instituto de la Defensa Pública Penal, creados estos dos últimos en cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

La inversión más sustantiva ha sido de la cooperación internacional, dado que los varios intentos de incrementar los ingresos fiscales de la nación se frustraron ante la negativa de los poderosos sectores agrícolas, industriales y comerciales del país a pagar impuestos. A pesar de esta inversión la justicia sigue siendo un espejismo para la mayoría de los guatemaltecos. Estudios de órganos independientes señalan como en Guatemala existe una impunidad de más del 98% frente al delito de homicidio, siendo este delito el más investigado por definición (sólo el 1.7% de los homicidios que se cometen en el país llegan a sentencias condenatorias)¹. Paradójicamente, los esfuerzos del Estado no siempre han estado más

* Abogado colombiano. Asesor técnico del Instituto de Defensa Penal Pública, Ministerio Público de Guatemala. Trabajó varios años para Naciones Unidas en Guatemala.

¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, estadísticas, 2003.

dirigidos a impedir, aún en contra de principios constitucionales y legales, que las autoridades indígenas investiguen y juzguen delitos.

En la Constitución vigente desde 1985, se incorporaron derechos específicos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la identidad cultural, formas de vida, organización social, autoridades, idiomas, costumbres y tradiciones. Con el Convenio 169, ratificado en junio de 1996, y que entró en vigencia un año más tarde, se consolidaron y desarrollaron esos derechos y se comenzó a despejar un horizonte que todavía no está exento de retrocesos y otros nubarrones amenazantes. No obstante con más de siete años de vigencia del Convenio 169, son muy escasos los actos procesales, sentencias, resoluciones o autos que los jueces han producido en aplicación de este instrumento de origen internacional².

Chiyax, un caso paradigmático

La sentencia más importante con base en este convenio y que es objeto del presente trabajo, se dio en Totonicapán entre marzo y junio del 2003. En el Cantón Chiyax, en Totonicapán, en el altiplano occidental de Guatemala, área habitada en un 95% por indígenas *K'iche's* y caracterizada por conservar un sólido sistema de autoridad tradicional.

La sentencia fue excepcional por ser la primera de esta naturaleza que se da en el país; por sus características y consecuencias constituyó un ejemplo único para una nación que se encuentra inmersa en una transformación profunda, en la conformación de un nuevo Estado, como dicen los Acuerdos de Paz, que va del viejo modelo excluyente y hegemónico a uno que sea incluyente, participativo, descentralizado, respetuoso de la diferencia, diverso, y con perspectiva de género.

Un Estado de Derecho que fortalezca el ejercicio de la ciudadanía y que frente al orden social y la equidad promueva la justicia comunitaria. El caso Chiyax que analizaremos a continuación es, en este sentido, es un escenario donde los guatemaltecos pueden ver como funciona este modelo y hacia donde se esperaría que la nación transitara.

² El Centro de Documentación Judicial (CENADOJ) trabajó en la recopilación de decisiones judiciales producidas en Guatemala en aplicación del Convenio 169.

El 1 de marzo del 2003 se produjo la captura de tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa. La primera reacción de la comunidad fue lincharlos³. Los sospechosos fueron golpeados y obligados a caminar en paños menores por la comunidad. Cuando algunas personas ya traían gasolina para quemarlos, la intervención oportuna del alcalde comunitario y otros miembros de la comunidad, particularmente mujeres, impidió el linchamiento, logrando detener a la turba con base en el imperativo moral que prohíbe matar seres humanos.

Los sospechosos fueron entregados a las autoridades de policía y justicia, quienes los enviaron inmediatamente a la cárcel de Quetzaltenango. Ante el temor que la turba tratara de sacarlos del sitio de detención si se les dejaban en Totonicapán, los tres indígenas quedaron por cuenta del Juzgado de Instancia Penal de Totonicapán, sindicados del delito de robo agravado. Lo que no se pudo evitar fue que la gente quemara el vehículo en que se movilizaban los sospechosos. Esa noche la comunidad estuvo reunida discutiendo los sucesos del día y se acordó redactar un memorial el que fue firmado por 480 adultos de ese Cantón.

Al día siguiente entregaron el memorial al Juez de Instancia Penal, donde exigían a las autoridades estatales que castigara ejemplarmente a los sospechosos, los cuales no podrían ser defendidos ni dejados libres sin castigo, bajo la amenaza que las instalaciones de las instituciones correrían la misma suerte del vehículo incinerado por la muchedumbre. El vehículo quemado fue puesto frente a la torre de tribunales, con la advertencia que no fuera removido de allí, todo lo cual generó crisis entre los funcionarios de las instituciones de justicia del departamento, quienes no estaban seguros sobre qué camino tomar.

La defensora indígena de Totonicapán del programa de las Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal, envió un memorial al director del Instituto donde solicitaba se le excusara de defender a los sindicados por el temor que las amenazas del memorial se cumplieran. Esta solicitud fue transmitida a los

³ Desde 1996, año de la firma de la paz entre el gobierno de Guatemala y la URNG (la organización de las diferentes fuerzas guerrilleras que sostuvieron 36 años de conflicto armado interno), se ha producido un fenómeno de linchamientos que ha afectado principalmente áreas indígenas. Hasta el 2003 se habían dado 443 linchamientos registrados, los que han dejado 857 víctimas, de las cuales murieron 242 personas.

coordinadores del Proyecto de las Defensorías Indígenas, una de cuyas tareas es el impulso al desarrollo de mecanismos de coordinación entre las distintas formas de justicia que existen en el país. De ahí surgió la propuesta de aprovechar esta crisis, en el sentido de mejorar los mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial. El juez aceptó y ofreció a las autoridades indígenas de Chiyax que ellos juzgaran a los sospechosos de acuerdo a su derecho indígena, en cumplimiento al derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Se acordó entonces con el Juez promover una reunión en la que participaran todos los actores del conflicto, incluidos los funcionarios de las instituciones de justicia y las autoridades indígenas.

En esta reunión se formalizó el ofrecimiento de parte del juez y el fiscal, quien fue convencido sobre esta salida de la crisis, a las autoridades indígenas. Se habló con franqueza sobre las quejas de la comunidad a lo que ellos percibían como un sistema de justicia inoperante, que no atendía las necesidades y demandas de la comunidad. De parte de las autoridades de justicia oficial, se explicó la existencia de principios de derechos humanos e imperativos legales, tales como el debido proceso, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, que debían ser respetados en todos los casos.

El miércoles 25 de junio del 2003 en horas de la mañana, observado por más de mil personas bajo una pertinaz lluvia en Totonicapán, se llevó a cabo la ceremonia para el juzgamiento de los 3 indígenas, dos de Quetzaltenango y uno de Momostenango, por autoridades indígenas tradicionales en coordinación con el Juzgado de Instancia Penal, la Defensa Pública Penal y la Fiscalía Distrital de esa cabecera departamental. Se trataba del primer proceso por un delito que está por fuera del criterio de oportunidad⁴, juzgado en coordinación entre el sistema jurídico maya y el sistema oficial de justicia.

El camino para llegar a este punto no fue fácil y fueron muchos los obstáculos que debieron ser superados. Luego de varias reuniones con representantes de la comunidad y particularmente una sostenida en el despacho del Sr. Juez de Primera Instancia Penal de Totonicapán, quien desde un principio se mostró abierto a darle

⁴ El artículo 25 del Código Procesal Penal establece que delitos cuya pena no pase de cinco años, podrán ser objeto de arreglos y mediaciones.

espacio de participación a las autoridades indígenas, con la participación del Juez de Paz, del Fiscal Distrital, de un ex-presidente de la Asociación de Alcaldes Comunitarios de Totonicapán, los funcionarios de la Defensoría Indígena del IDPP, el coordinador regional del Instituto de la Defensa Pública Penal, miembros de la junta directiva de la Asociación de Alcaldes Comunitarios de Totonicapán y una delegación del Cantón de Chiyax, se acordó que la comunidad, en uso de las atribuciones del Convenio 169 y con el acompañamiento de los participantes, llevaría a cabo el juzgamiento de los sindicatos.

Lo que ocurrió desde entonces fue una interesante experiencia de empoderamiento y de capacitación *in situ* sobre el Convenio 169, los derechos humanos y los derechos fundamentales, como límites del ejercicio del derecho maya y la creación de un nuevo paradigma sobre las posibilidades de coordinación entre autoridades oficiales e indígenas.

La comunidad pasó de proponer inicialmente, como lo hizo uno de los miembros de la comunidad consultado, que los sospechosos fueran condenados sin defensa y sin comida a 20 años de cárcel; a aplicar, como lo hicieron en la ceremonia de ese miércoles 25 de junio (ocho *Aj*, en el calendario maya, día propicio para la siembra) que los *Ajq'ijab* ayudaran a quienes habían caído, trayéndolos de nuevo al seno de la comunidad de donde se habían salido, sembrando en sus corazones la semilla del trabajo, pues lo que habían hecho probaba su carencia.

Para llegar a ese punto la comunidad había nombrado una mesa de 13 notables, donde estaban representados los diferentes sectores de la comunidad: un *ajq'ij* (guía espiritual), una comadrona (partera tradicional) un alcalde comunitario, un maestro, una madre de familia, un ex-alcalde, etc., como lo sugiere el texto del Título de Totonicapán, libro escrito entre 1554 y 1562 y traducido del *K'iche'* antiguo en un trabajo dirigido por el antropólogo canadiense Robert Carmack en la Universidad Autónoma de México en la década de los setenta. El original, una reliquia sagrada para los *k'iche's*, es conservado en un lugar secreto, guardado por el clan *Yax* de la comunidad totonicapense.

Las autoridades tradicionales luego de vencer la inseguridad que los acosó durante los primeros días, lograron superarla y afrontar el reto que se les hizo de juzgar a los tres sindicatos de robo,

investigaron los procedimientos en el texto del Título y encontraron el camino que los llevó a una justicia humanizada, restauradora, donde en lugar de pisotear al hermano caído, se le ofrece la ayuda para que “*limpie su mente*”, rehabilitarlo y permitirle encontrarse a sí mismo en el camino de la justicia, dentro de la comunidad. “*El podrido de los frutos no se tira sino que cumple una función*” y “*el castigo no limpia la mente, el trabajo en cambio sí*”. Fueron dos de las frases que citaron en el acto de justicia, esa mañana de junio.

De este texto, las reuniones y debates que este acto de justicia generó, la comunidad logró desarrollar un proceso de recuperación de su memoria histórica y fortalecer su cohesión social, no solamente a partir de las enseñanzas que dejaron los ancestros en el texto del Título, sino en la búsqueda de respuestas al reto que significó para ellos la oferta de coordinación que encontraron de parte de los funcionarios estatales.

En curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, sus hijos, parientes y a las autoridades. En un momento, la mesa de notables pidió que subieran al estrado donde se llevaba a cabo el juicio, los familiares de los procesados y de rodillas frente a sus hijos, esposas, padres, suegros, etc., cada uno pidiera perdón por su conducta. Luego, frente a la comunidad dieron su palabra de corregir sus vidas, trabajar honestamente y ser buen ejemplo para sus hijos y la comunidad. En curso de la ceremonia se hicieron varias veces invocaciones a valores éticos y principios morales, tales como el valor sagrado de la palabra, la dignidad, la armonía, el buen ejemplo, y especialmente al carácter del trabajo como la más noble forma de comunicación entre los seres humanos y la naturaleza y donde todos recibimos los dones de la vida, la salud y la dignidad.

Cuando correspondió el turno al *Ajq'ij* de hacer el *Pixab* (dar consejo). Éste explicó el significado del día *Aj*, dijo que no era casual que este día lloviera, pues era la respuesta de la naturaleza al trabajo humano para ayudar a la siembra y dijo que este día era propicio para hacer justicia pues también los seres humanos podemos ser fértiles con las buenas semillas, como la siembra en nuestros corazones de la semilla del trabajo. Explicó que el trabajo es la mejor forma de comunicación entre la naturaleza y los humanos y que después de una dura jornada de trabajo se duerme en paz y el descanso es pleno. Dijo que el mal que ellos trataron de hacer, dañaba a personas pobres, como ellos, que con el fruto del trabajo habían logrado

conseguir lo poco que tienen, con mucho esfuerzo y sudor, que ellos debían agradecer su juventud y salud y ganarse con el trabajo lo que quisieron robar a otros.

Al finalizar la ceremonia se pidió a los procesados compensar a la comunidad con 30 días de trabajo comunitario en obras necesarias para la comunidad donde se pretendía robar, después de lo cual se pidió a los juzgados poner su mano sobre 20 granos del sagrado maíz y responder a un juramento que leyó el Alcalde Comunitario, donde se les pidió respetar la palabra empeñada de trabajar honestamente, no robar, ser un buen ejemplo para sus hijos y cumplir el compromiso de la labor comunitaria, lo cual explicó el Alcalde, no es castigo pues el trabajo nunca lo es.

Después del juramento el Alcalde Comunitario explicó que ellos tenían la opción de sembrar el maíz o de botarlo. Si hacen esto último estarán tirando su dignidad, el valor de su palabra, el amor a sus hijos y a sí mismos, si en cambio lo cuidan y siembran, el sagrado maíz, les responderá con alimento y protección. Ese día los procesados recuperaron su libertad de manos del Juez de Instancia Penal quien estuvo presente durante toda la ceremonia y quien dijo a la gente reunida que con su presencia, el Estado estaba reafirmando su respeto por el derecho indígena y sus autoridades. De la misma forma otras autoridades oficiales, el Fiscal Distrital, y la Defensora Indígena del Instituto de la Defensa Pública, afirmaron que con este ejemplo de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena, se estaba enterrando para siempre el fenómeno de los linchamientos y se abría un camino de colaboración con equidad y justicia para todos.

Al día siguiente, los tres se presentaron a las 8:00 en la comunidad, donde fueron recibidos por una comisión nombrada para coordinar el trabajo que harían y proveerles la alimentación, de acuerdo con la decisión acordada el día anterior. Esto mismo hicieron todos los días sin interrupción, salvo por uno de ellos que transcurridos 8 días, tuvo un accidente en una bicicleta y por incapacidad médica no pudo continuar el trabajo comunitario, razón por la cual y luego de discutirlo con las autoridades tradicionales, se optó por el pago de los jornales que correspondían a los días que no pudo presentarse.

A manera de corolario de esta experiencia de aplicación de justicia indígena, el Juez de Instancia Penal, respondiendo a una pregunta sobre que hubiera pasado si el caso hubiera continuado en

su despacho, respondió que para llegar a debate, el proceso hubiera tenido que esperar por lo menos un año, con los muchachos presos y que en el mismo, seguramente ellos habrían sido condenados a penas que oscilarían de entre 6 a 15 años, que es el castigo previsto en el Código Penal para el robo agravado.

Al comentar esto al Alcalde Comunitario, quien había coordinado esta experiencia, dijo que uno de los problemas más serios que habían enfrentado era cómo conseguir la comida que había que darles a los muchachos durante los treinta días de trabajo comunitario, *“todos somos pobres y a nadie le sobra la comida”* dijo. Entonces comentó, *“si ellos hubieran sido condenados a 10 años, imagínese lo que nos cuesta a los guatemaltecos alimentarlos todo ese tiempo, y al final, ¿para qué? Si todos sabemos que de una cárcel saldrían peor que como entraron”*.

Consecuencias y enseñanzas

El examen de lo que sucedió en Chiyax es importante para el proceso guatemalteco de consolidación de la paz. La justicia guatemalteca requiere de adecuaciones para atender apropiadamente a la población indígena *maya, xinca* y *garífuna*, que representa más del 50% del total de la población. Estos ajustes pueden ser de dos órdenes: por un lado, reformas a la justicia oficial para hacerla más accesible desde el punto de vista lingüístico y cultural, y por otro, el apoyo a la plena entrada en vigencia del derecho a su propio derecho.

Las principales dificultades de la población indígena para acceder a la justicia oficial son de carácter lingüístico, cultural y económico; dado su condición de hablantes de idiomas distintos al español y de un muy deficiente servicio de interpretación judicial oficial. Esta población, en su mayoría, se encuentra en condiciones de extrema pobreza⁵, adolece de ausencia de educación escolarizada y enfrenta serias dificultades de contar con asistencia jurídica, todo lo cual se agrava por la actitud de algunos funcionarios, mezcla de ignorancia y racismo, que convierte a los tribunales en escenarios casi inaccesibles para atender sus necesidades.

⁵ Según un reciente estudio, que todavía no está en prensa, del sociólogo Edelberto Torres Rivas, (“Guatemala: un edificio de cinco pisos”) de un total de 11.4 millones de guatemaltecos, alrededor de 2 millones viven en condiciones de pobreza extrema (menos de un dólar diario de ingreso) de los cuales el 71% son mayas; cerca de 5.6 millones pertenecen al estrato bajo (un poco más de un dólar de ingreso promedio) entre los cuales 2.7 millones son mayas.

El derecho de acceso a la justicia implica para la población indígena, en el marco de la legislación vigente, no sólo el libre paso a los tribunales y en general a las oficinas del Estado para informarse y hacer valer sus derechos, sino también el desarrollo de mecanismos que le permita a la comunidad, en el marco de su historia particular, idioma, cosmovisión, formas de organización social, valores, espiritualidad, etc., evolucionar como colectividad en la resolución de sus conflictos, creciendo a partir de ellos, en un elogio a la dificultad que dignifique a los seres humanos⁶.

Son varios los ejemplos que hemos documentado, en el proyecto de las Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal, de cómo una comunidad puede desarrollarse y mejorar si se le reconoce y propicia la posibilidad que tiene de poner en práctica sus principios, valores y procedimientos en el ejercicio de su propia concepción de justicia.

El hecho que la primera reacción de la comunidad de Chiyax al capturar a los delincuentes haya sido el linchamiento, dice mucho de las dificultades que el Estado no ha podido resolver en relación con el acceso a la justicia a los pueblos indígenas. Habla, así mismo, de las particularidades de la historia del país.

Los linchamientos

Por razones contrainsurgentes, durante la década de los 70 y los 80, el ejército de Guatemala, bajo gobiernos militares, creó las patrullas de autodefensa civil o PAC's, en las que cerca de un millón de personas, en su mayoría indígenas, fueron obligados a formar parte de ellas. La autoridad tomó la forma de Comisionado Militar y para lograr su inserción en las comunidades, el ejército declaró como objetivos militares a las autoridades tradicionales.

Según el informe del REMHI, (Reconstrucción de la Memoria Histórica) conducido por la Iglesia Católica para abordar lo que ocurrió durante los 36 años de conflicto armado interno, aproximadamente el 80% del total de las víctimas fueron mayas y en sus comunidades se particularizó en todos aquellos que ostentaban alguna forma de autoridad o liderazgo.

⁶ *Elogio a la dificultad y otros ensayos*. Fundación Estanislao Zuleta, Bogotá, 1994.

El vacío que quedó con este ataque frontal a la autoridad indígena, fue llenado por los nuevos mandos que con el respaldo del ejército desempeñaron autoridad hasta su desmonte y desmovilización, formalizado en 1996, cuando se firmó la paz. Hasta ese año, los patrulleros y comisionados militares fueron un referente de autoridad, pero a partir de su desmonte, aunque continuaron ejerciendo mando, éste se dio de una manera más solapada y atendiendo a consignas de orden político y electoral. No es casual que sea en este año que haya comenzado la oleada de linchamientos que en forma masiva ha sacudido el país en forma dramática desde entonces. La hipótesis de la anomia, parece ser la que mejor explica este fenómeno, entendiendo por esto la enfermedad social que se produce cuando la autoridad o norma que existía desaparece y su reemplazo no se produce, tarda o no es aceptado.

El hecho que se da una coincidencia de las áreas más afectadas por los linchamientos con aquellas donde el conflicto armado fue más intenso en relación con militarización de comunidades, masacres, presencia de PAC's, y ausencia de servicios del Estado, sustenta esta hipótesis. Fue tanta la violencia que se ejerció contra las comunidades, que éstas quedaron expuestas sin amparo ni protección, lo que condujo a una cesación de principios y normas que lleva a la gente a responder con una violencia ciega a todo acto que es percibido como agresión a la comunidad.

Es también cierto que muchos de los linchamientos han sido el resultado de agitadores, generalmente sectores cercanos a las PAC, con agendas precisas, pero lo que también nos debe inquietar es la pasividad con la que cientos, a veces miles de personas, observan impasibles cómo se cometen toda clase de atrocidades contra sospechosos de delitos, a veces tan nimios como el robo de unos rábanos en Zuníl (Quetzaltenango) o el no pago de una bebida gaseosa, en Sololá, quemados en vida o golpeados hasta la muerte.

Este diagnóstico sugiere dos vías para la solución de este flagelo. Por una parte, un incremento en la presencia del Estado con comprensión lingüística y cultural, autoridades y jueces bilingües o por lo menos capacitados adecuadamente para atender población caracterizadamente diversa, con herramientas apropiadas para su atención, intérpretes judiciales formados, leyes traducidas y glosarios de términos jurídicos en los idiomas que habla la población, sensibilidad cultural, respeto a sus tradiciones y formas

de organización social, etc., lo cual implica necesariamente una inversión considerable y un mediano o largo plazo para su implementación.

La otra vía, demanda de menos recursos económicos y se puede dar en un tiempo considerablemente menor. Hablamos del fortalecimiento de la autoridad tradicional y un incremento de su papel como referente de justicia para las comunidades. Estos dos aspectos no son excluyentes sino complementarios e inaplazables en el proceso de construcción de un estado multiétnico y pluricultural, como lo especifican los Acuerdos de Paz.

Lo que ocurrió en Chiyax es un claro ejemplo de esta situación. Del linchamiento la comunidad pasó, gracias a la apertura de las autoridades judiciales y a la lectura que hicieron del Convenio 169, para beneficio de todos, a asumir y ejercer el derecho que tiene, desde el punto de vista legal y político, de expresar formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, como pueblos diferenciados que son, y a quienes las leyes han reconocido su status particular.

Reconocimiento del derecho indígena en Guatemala

En el artículo 66 de la Constitución⁷, el Estado, además de reconocer el carácter multiétnico de la nación, asume tres obligaciones con implicaciones jurídicas y políticas. Las de reconocer, respetar y promover, las formas de vida de los diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, sus costumbres, tradiciones, idioma, y las formas de organización social. El reconocimiento del derecho indígena forma parte de este cuerpo, pues es una de las expresiones culturales más importantes que hacen posible una organización social y alguna forma de orden, expresado en un sistema normativo y autoridades que lo administren.

Este artículo, junto con el 44 (Derechos inherentes a la persona humana), el 46 (Preeminencia del Derecho Internacional) y el 58

⁷ Constitución Política de Guatemala, 1985, Art. 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala esta formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

(Identidad cultural), forman parte de la base constitucional para el reconocimiento del derecho indígena, por lo demás este reconocimiento se ubica en la parte dogmática de la Constitución⁸ y en tal carácter forma parte de los principios filosóficos y políticos que enmarcan las instituciones y los ciudadanos y a partir de los cuales se construye todo el ordenamiento legal.

Esta interpretación sigue las líneas señaladas por la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que debe interpretarse la Constitución como un conjunto armónico, prefiriendo la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional⁹, dado que de hacerse una interpretación aislada o anteponiendo los artículos, se correría el peligro de lesionar, restringir o anular un derecho reconocido en otra parte de la carta constitucional. Por ello deben considerarse los principios generales del derecho y especialmente los derechos fundamentales y derechos inalienables para cualquier interpretación constitucional.

El artículo 46 de la Constitución establece la jerarquía de las leyes y la preeminencia del derecho internacional en materia de Derechos Humanos, considerando que el Convenio 169 de OIT es sobre derechos humanos y al ser ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, ingresó al ordenamiento o derecho interno “a través del acto (aprobación o ratificación, según el país) de quien tenga, conforme el orden constitucional, el poder de legislar”¹⁰. Su aplicación se encuentra por encima del derecho interno en virtud de lo que establece el artículo 46 que reza “Se establece el principio general que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno”.

El artículo 58 protege la identidad cultural individual y colectiva, al reconocer el derecho a la identidad cultural individual y de las comunidades, integrando al concepto de identidad cultural, la costumbre, las lenguas y los valores. En este sentido, debemos traer a la argumentación lo que preceptúa el artículo 44 constitucional que

⁸ La parte dogmática está conformada por los artículos 1 al 140.

⁹ Corte de Constitucionalidad, expediente 199-95.

¹⁰ Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. Magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, “La Operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho Interno Guatemalteco”. Ponencia en el Foro Internacional, Contexto Jurídico para una Adecuada Coordinación entre el Derecho Indígena con el Derecho Oficial.

trata sobre derechos inherentes a la persona humana. En este artículo, la Constitución define los derechos reconocidos en ella como un conjunto mínimo de derechos pero no exceptúa otros que aún no nominados, constituyen derechos inherentes a las personas. Tal es el caso del derecho inalienable al ejercicio de su cultura, de su espiritualidad, o el ejercicio del propio sistema jurídico.

Una de las enseñanzas del caso Chiyax, es que con un cambio en la actitud de un juez, un fiscal, un defensor público, es mucho lo que se puede avanzar en la transición de un Estado Contrainsurgente a un Estado de Derecho.

Es importante recordar que el Estado no es sólo una idea abstracta. El Estado es también gente de carne y hueso, con sentimientos, anhelos y temores; gente de quien depende la construcción de una sociedad más justa, donde los derechos que existen para algunos sean para todos, gente protagonista de una sociedad que deja atrás el racismo que lleva a temer y desconfiar del otro, por que el otro no es más mi enemigo, ni mi víctima, tampoco el criminal que hay que encerrar o eliminar, el otro es más el espejo donde cada uno ve su humanidad reflejada.

Bibliografía

Alvarado Flores, Humberto. *El derecho de la costumbre. Ensayo sobre la normatividad jurídica consuetudinaria en Guatemala*, INAP, Mineo, julio 1992.

Esquit, Choy y Ochoa García, Carlos. *El respeto a la palabra. El orden jurídico del pueblo maya*. Centro de Estudios de la Cultura Maya, Guatemala, 1995.

Gaviria Días, Carlos. "La justicia indígena en la Constitución colombiana de 1991". Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Justicia y Pueblos Indígenas. Guatemala, 1998.

Guzmán Böckler, Carlos y Jean-Loup Herbert. *Guatemala, una interpretación histórico-social*. Editorial Cholsamaj. Guatemala, 1995.

Jonas, Susanne. *De centauros y palomas: El proceso de paz guatemalteco*. FLACSO, Guatemala, 2000.

Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH). *Guatemala: Memoria del Silencio*. Guatemala, 1999.

Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, (REMHI), *Guatemala: Nunca Más (4 vols.)* Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG). Guatemala, 1998.

Irigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Mirna Mack. Guatemala, 1999.

... “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.” En *Variaciones sobre la justicia comunitaria. El Otro Derecho* N. 30. Red de Justicia Comunitaria. ILSA. Bogotá, diciembre 2003.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, *Estadísticas*, 2003.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press. Oxford, 1995.

López H., Eleazar Pbro. *Teologías indias en la Iglesia. Métodos y Propuestas*. Centro Nacional de Ayuda a Misiones Indígenas. CENAMI. México, abril 2002.

Nader, Laura. *Harmony Ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. Stanford University Press. California, 1990.

Padilla, Guillermo. “Estado, globalización y localismo: notas sobre la construcción de la interculturalidad en Guatemala”. VII Seminario Internacional del Programa de Diálogo Filosófico Norte-Sur. San Salvador, 26 al 30 de julio de 1998.

Pasara, Luis. *Las decisiones judiciales en Guatemala. Un análisis de sentencias emitidas por los tribunales*. Minugua, Guatemala, marzo 2000.

Pasara, Luis, y Wagner, Karin. *La justicia en Guatemala. Bibliografía y documentos básicos*. Minugua, Guatemala, agosto 2000.

Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. “La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco”. Ponencia en el Foro Internacional “Contexto jurídico para una adecuada coordinación entre el derecho indígena con el derecho oficial”. Sala

de Vistas, Corte Suprema de Justicia de Guatemala, septiembre 2004.

Sánchez Botero, Esther. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2004.

Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. FLACSO, Guatemala, 1996.

Santos, Boa Ventura de Sousa, "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", en *The Politics of Informal Justice. Vol.1 The American Experience*. R Abel, editor. Academic Press. New York, 1982.

Zuleta, Estanislao, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Fundación Estanislao Zuleta, Bogotá, 1994.

