

La costumbre jurídica de los pueblos mayas

John Schwank Durán*

Realidad nacional. Existencia del derecho consuetudinario maya, garífuna y xinca

Desde las primeras relaciones sobre la conquista de Guatemala¹, se hace mención de sistemas propios de los pueblos indígenas para ordenar su vida en sociedad y resolver conflictos. El conocimiento de ello también persiste en las relaciones históricas de diversos autores². La vigencia de la costumbre jurídica de los pueblos mayas permitió incluir, entre las ordenanzas y Leyes de Indias emitidas para el buen gobierno de los territorios conquistados, recomendaciones sobre aceptar esas costumbres. También en los reclamos de autonomía que se hacen a la Corona española (Memorial de Sololá, Memorial de Totonicapán) se insiste en la existencia permanente de mecanismos propios de cada pueblo para resolver sus conflictos.

Los relatos de viajes, de moda en los siglos dieciocho y diecinueve, como los de Thomas Gage y John L. Stephens, también identifican actos donde se hace evidente la práctica jurídica de los pueblos mayas. Stephens relata haber presenciado en Santo Tomás Chichicastenango, en 1842, cómo se sancionó a un trasgresor –no dice por qué– con “una arroba de golpes” (¿25 golpes?), ejecutándose una sentencia del alcalde indígena.

Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y plurilingüe. El reconocimiento *a priori* de esa realidad nacional, lleva a la necesidad de encontrar y conocer esas prácticas popularmente aceptadas que, de una manera u otra, permiten la convivencia social. Además de

* Guatemalteco. Abogado y notario. Ex magistrado del Tribunal de Apelaciones. Docente e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

¹ Díaz del Castillo, Alvarado.

² Fuentes y Guzmán, Remesal, Vásquez, Marure, Milla y otros.

mestizos y los pueblos *mayas*, conviven en el territorio nacional los *garífunas* y *xincas*³.

Para beneficio del lector conviene hacer un paréntesis. ¿Quiénes son los *mayas*, los *garífunas* y los *xincas*? Empezando por lo más fácil de explicar, los *garífunas* son de origen afrocaribeño y se asentaron desde el siglo XIX en Nicaragua, Honduras, Belice y Guatemala. En este último país, ocupan el municipio de Livingston y otras zonas del departamento de Izabal y hablan el idioma derivado de la zona del Caribe de donde provienen. Los *xincas* son pobladores no originarios del área *maya* pero que cuando sucede la conquista, ya ocupan territorio de lo que ahora son los departamentos de Santa Rosa y Jutiapa y parte del occidente de El Salvador. Se advierte al lector, asimismo, que en este trabajo no se hace referencia a la costumbre jurídica de los *garífunas* y *xincas*, por no contarse con suficiente información sobre ellas⁴.

Los mayas desarrollaron la cultura del mismo nombre y ocuparon la región de Mesoamérica, territorio que ahora forman Guatemala, Belice y, parcialmente México, Honduras y El Salvador. Mesoamérica está limitada al occidente por una línea imaginaria que cruza el istmo de Tehuantepec desde el Pacífico al Golfo de México; al oriente por el Mar Caribe, El Salvador y Copán y su área de influencia, en Honduras; al norte por el Golfo de México; y al sur por el Océano Pacífico. Las ciudades *mayas* existen desde cerca de 2000 años a.C. y son abandonadas entre los siglos XII y XIV d.C. La tradición señala, en el *Pop Wuj* y los Memoriales de Totonicapán, de Sololá y otros, que de algún lugar del oriente mexicano, los ascendientes de los mayas originales emigran al altiplano guatemalteco y allí lograron la domesticación del maíz, base principal de su alimentación. Como mayas se autodefinen actualmente 22 grupos de pobladores de Guatemala, siendo los más numerosos los *maya* hablantes de *K'iché*, *Kaqchikel*, *Q'eqchí*, *Poqomam* y *Mam*.

³ Los *maya* hablantes representan en Guatemala un 45% de la población total. Durante el conflicto armado que duró 30 años, los *mayas* constituyeron el 93% de las víctimas y, asimismo, un terremoto en 1976 afectó, principalmente, las áreas montañosas habitadas por ellos.

⁴ El autor no conoce investigaciones *xincas* y sólo una *garífuna*: Mario Gerardo Ellington Lambe. "Derecho consuetudinario garífuna sobre la posesión y el uso de las playas en el perímetro del Municipio de Livingston, Departamento de Izabal". Tesis universitaria, Guatemala, 1998. Sin editor.

Durante la historia nacional, la población *maya* ha sido tratada de maneras distintas identificándose, para explicar el desarrollo histórico, cinco períodos:

- 1- Desde la conquista española a la formación del Estado liberal en 1871;
- 2- A partir de la revolución liberal a 1944;
- 3- De la Revolución de Octubre hasta finales de la década de 1950;
- 4- De finales de la década citada antes, hasta el fin de dictaduras militares (1984); y
- 5- A partir de 1985 a la fecha; año en que entra en vigor la nueva la Constitución que señala que el Estado reconoce, respeta y promueve (las) formas de vida, costumbres, tradiciones, idiomas y formas de organización social, de las comunidades indígenas.

La primera etapa la constituye la conquista española. Son múltiples los decretos, autos y ordenanzas emitidas por el Reino español y, en especial, los dictados durante las visitas de los oidores a las provincias –y en la de Guatemala tenemos muchos ejemplos de ello–, tratando de destruir sus costumbres, desde prohibir el uso de nombres indígenas, realizar bailes populares y consumir bebidas embriagantes ante sus dioses, hasta imponer castigos corporales y económicos por no observarse normas de conducta y de cultura, incluso prácticas religiosas impuestas por la corona, que no sólo eran desconocidas sino que, además, contrariaban la costumbre local. El indígena era sometido a la esclavitud o la servidumbre para trabajar en la mita y en los obrajes de azúcar, añil y grana y como cargadores de toda clase de productos, exigiéndoles trabajo gratuito a cambio de no pagar tributos o el diezmo.

El siglo XIX es testigo del interés europeo por las culturas milenarias precedentes. Son varias las expediciones científicas interesadas en la botánica y la zoología, y se inicia la investigación científica de los vestigios de la cultura *maya* y, por falta de interés

local, se permite que códices, dinteles, estelas y piezas cerámicas sean llevados a bibliotecas y museos extranjeros⁵.

A partir de la revolución liberal de 1871 y dentro del programa económico de sus líderes, el indígena es considerado como un elemento más del sistema de producción. Para mejorar el desarrollo económico, se introduce la siembra masiva de café, grano originario de Asia, asegurándose el éxito del programa cafetalero con la expropiación de tierra comunal a los indígenas y a las distintas órdenes católicas, tierras que se ponían a disposición de sembradores de café, generalmente allegados a funcionarios públicos. Para asegurar la mano de obra, se forzó a los indígenas a laborar bajo condiciones tales que los constituían en siervos del cafetalero, a través de leyes que prohibían la supuesta vagancia, siendo el patrón quién debía certificar que alguien no era vago, porque trabajaba para él. Más adelante, y también a cambio de tributos, los gobiernos liberales establecieron la “Boleta de Vialidad”, documento que debía portar todo trabajador para demostrar, por asientos en ella, que había participado en trabajos viales, en forma gratuita.

En 1944, una revolución popular destituye a las autoridades pseudo liberales y deroga las leyes de vagancia y de vialidad, emitiéndose la Constitución en 1945, primer instrumento que recoge los derechos de los trabajadores, entre otros, la libertad de escoger donde trabajar, un salario mínimo, indemnización por despido injustificado, horario determinado de trabajo, el derecho a sindicalizarse y a la huelga, y el de acudir a tribunales laborales. Sin embargo, no se reconoce la multiétnicidad ni pluriculturalidad de la nación, y el indígena es respetado por su cultura milenaria y como objeto de estudio antropológico, intensificándose también la investigación arqueológica. Siguiéndose enunciados del Instituto Indigenista Americano, recién creado en la década de 1940, en 1956 se celebra en Guatemala un seminario que pretende establecer medios para que los indígenas sean asimilados a los ladinos⁶, actividad que concluye con la decisión de mantener, en forma permanente el Seminario de Integración Social de Guatemala, que recoge y divulga estudios especializados.

⁵ Carlos Enrique Zea Flores. *Rescate, Salvamento y Recuperación Arqueológica*. Editorial Cultura; Guatemala, 1998, pp. 11 y siguientes.

⁶ En Guatemala se llama *ladino* al mestizo o criollo. Sobre el tema, ver: “¿Por qué es indispensable el indigenismo?”, *Revista del Instituto Indigenista Nacional* (sustituto del Seminario de Integración Social de Guatemala), sin editor, 1969.

El nombre mismo de la institución permanente que se crea, reconoce una acción *asimilista*, de moda en ese entonces, que pretende castellanizar a los indígenas, para facilitar su integración a la sociedad urbana, no indígena, y que tenga acceso a los bienes y servicios de la sociedad ladina. Posteriormente, sustituyendo al Seminario y ampliando su horizonte, se crea el Instituto Indigenista Nacional, que continúa con la publicación de estudios antropológicos y sociológicos. En la actualidad la responsabilidad de investigar y divulgar las distintas culturas nacionales, compete al Ministerio de Cultura y Deportes, con quien compiten diversas organizaciones no gubernamentales, como la Defensoría *Maya* e institutos adscritos a algunas de las universidades del país.

A pesar de haber sido sojuzgado e ignorado, quinientos años después, el orgulloso silencio del indígena ha triunfado al usar normas recogidas por la tradición; y el derecho indígena, que pertenece a la esfera del deber ser, ha sobrevivido la dura conquista que con sus repartimientos, reducciones, tributos, obrajes y otras formas de control social, incluyendo la imposición de un nuevo sistema religioso, quiso terminar con el ordenamiento jurídico ancestral. Asimismo ha resistido la política de aculturación perseguida por el Estado. Por ello se considera que la Constitución Política de la República presenta un nuevo panorama. Ya en el artículo 66 de la Constitución Política se hace referencia a “costumbres, tradiciones y organización social” y varios expertos, señalan que su contenido son las normas que rigen a los pueblos según sus tradiciones y su cosmovisión.

El idioma, como parte de la cultura, es también reconocido, indicando el artículo 76 constitucional lo siguiente: “Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizada y regionalizada. En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe”.

La Ley de Educación Nacional, Decreto 12-91 del Congreso, desarrolla, en los siguientes artículos, la norma constitucional:

Artículo 1. Principios. La Educación en Guatemala se fundamenta en los siguientes principios:... f) Se define y se realiza en un entorno multilingüe, multiétnico y pluricultural en función de las comunidades que la conforman; (...) *Artículo 39. Derechos de los educandos.* Son derechos de los educandos: a) El respeto a sus

valores culturales y derechos inherentes a su calidad de ser humano (...) *Capítulo VI. Educación bilingüe: Artículo 56. Definición.* La Educación Bilingüe responde a las características, necesidades e intereses del país, en lugares conformados por diversos grupos étnicos y lingüísticos y se lleva a cabo a través de programas en los subsistemas de educación escolar y educación extraescolar o paralela. (...) *Artículo 57. Finalidades de la Educación Bilingüe.* La Educación Bilingüe se realiza para afirmar y fortalecer la identidad y los valores culturales de las comunidades lingüísticas. (...) *Artículo 58. Preeminencia.* La Educación en las lenguas vernáculas en las zonas de población indígena, será preeminente en cualesquiera de los niveles y áreas de estudio.

El uso de la costumbre como conjunto de normas y reglas de observancia aceptada por el conglomerado social, en la pluriculturalidad guatemalteca, ha mantenido tal importancia que no es posible que se explique el comportamiento del individuo y sus instituciones, sin recurrir a esas prácticas de observancia general que regulan obligadamente todo el quehacer social, desde el parto de un niño o niña y su bautizo, al entierro del anciano, pasando por las normas que regulan el matrimonio o unión de los pobladores, la distribución y uso de la tierra, hasta la selección de autoridades locales: principales y cabezas de *capules*, con facultad de imponer sanciones y de modificar la conducta de quienes no actúen conforme esas mismas normas. Sin embargo el legislador ha ignorado la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, dentro del territorio nacional. Las normas jurídicas se siguen creando conforme patrones que no coinciden con las prácticas aceptadas y ello lleva a un divorcio entre el Derecho consuetudinario y el vigente escrito, aunque no siempre positivo.

En Guatemala, antes de que se ratificara y aprobara el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo e ignorando otros pactos y tratados incorporados al sistema nacional, se consideró la costumbre sólo como fuente complementaria del Derecho. Una reforma, en el año de 1993, a la Ley del Organismo Judicial, permite el uso de la costumbre en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Habría que agregar, por así disponerlo el Convenio 169 de la OIT, al que adelante se hace referencia, que no viole los derechos humanos; y a que las penas no sean crueles, infamantes o inusitadas, como lo indica el artículo XXVI de la

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1848.

Es importante medir las limitantes: “que no sea contraria a la moral o al orden público”; que “no viole los derechos humanos”; y que las “penas no sean crueles, infamantes e inusitadas”; a ese respecto Marroquín⁷ ilustra esta situación con un ejemplo:

... si las partes acuerdan como reparación del daño por un delito de hurto, que el imputado laborará en la finca del agraviado por un mes sin salario para pagar el costo de lo apropiado y los perjuicios, el juez no debe rechazar el acuerdo por cuanto no está prevista esta forma de sanción en la ley, sino establecer si contradice o no los preceptos que sobre este tema destaca la Constitución Política de la República, o si viola un derecho humano, o si quebranta un principio general del derecho, o es inequitativo. En el evento de que las partes lleguen al acuerdo, que el trabajo lo realizaría un hijo del imputado, consideramos que el juez lo debe rechazar, ya que estaría violando el principio general del derecho, que la responsabilidad penal es personal.

Dentro del ámbito de la multietnicidad y el plurilingüismo, los administradores de justicia, que por disposición constitucional ejercen en forma monopólica dicha facultad, deberían reconocer que sólo es una minoría de la población, la que hace uso del sistema ordinario, pues el resto de los pobladores, por no querer usar ese sistema o por desconocimiento de la ley, sus postulados, requisitos y formalidades, utilizan otros mecanismos de justicia. Haciendo más patético lo anterior, se suman las distancias que, en algunos casos, habría que recorrer para acceder a un juzgado, las barreras idiomáticas, así como la desconfianza natural del indígena a los aparatos administrativos y sus prejuicios y lenguaje técnico, sólo comprendido por los juristas, que maneja el personal de los tribunales en el marco de tecnicismo y racismo jurídico que prevalece en Guatemala. Todo ello hace que la justicia no funcione igual para todos los ciudadanos o que funcione con serias deficiencias.

⁷ Otto Marroquín Guerra. “Nivel de Aplicación del Convenio 169 en el Actual Sistema de Justicia, Principalmente los Juzgados Locales”, publicado en la página web del Organismo Judicial (ver “Gacetas”).

En forma paralela al monopolio de jurisdicción, que se aplica y conoce en los tribunales de justicia, la población rural guatemalteca, predominantemente indígena, ha tenido y tiene sus propios mecanismos de justicia, resolviendo sus diferencias y problemas mediante prácticas que han funcionado siempre. Esa normatividad oral, gratuita, esencialmente conciliatoria, es utilizada por las comunidades indígenas de Guatemala a través de los cuerpos integrados por principales, ancianos, cofrades, alcaldes, regidores y funcionarios de las comunidades escogidos por consenso, como autoridades locales.

La Corte Suprema de Justicia en el “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”⁸, destaca lo que califica como valores *mayas*, la conciliación, el reparo del daño causado, la compensación y el restablecimiento del equilibrio y la armonía. Igualmente valora el carácter no violento de estas culturas y como en su búsqueda del equilibrio, poseen un sistema sancionador que difiere en su concepción básica de aquel en el sistema oficial:

La resolución de conflictos en los *mayas* es eminentemente conciliador y compensador, persigue como constante la restauración de la armonía comunitaria, razón por la cual las sanciones no siempre tienen el carácter penal como en el sistema oficial; el reparo, la restitución, las detenciones preventivas y servicios a la comunidad, son las sanciones más frecuentes, las más fuertes y que se aplican muy de vez en cuando son, los golpes y la expulsión de la comunidad...

Una diferencia importante entre los dos sistemas es que mientras en el sistema oficial las multas son para el Estado, en los *mayas* estas van para el ofendido.

Aplicación del derecho de los pueblos mayas

Derivado de las normas constitucionales, de convenios internacionales y los pactos políticos, se ha planteado la necesidad de aceptarse la aplicación del derecho consuetudinario. Para lograrlo es

⁸ “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”, presentada y discutida en la ciudad de México los días 18 y 19 de mayo de 2001, en fase preparatoria de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos. Documento no editado, p. 29.

importante la actitud que el legislador ordinario y el Organismo Judicial deben asumir para respetar los derechos humanos de quienes, dentro de una población pluricultural, multiétnica y multilingüe, hacen uso o son sometidos a la jurisdicción ordinaria. En especial, al organismo judicial corresponde aceptar que la virtud de la tolerancia debe prevalecer, para permitir que coexistan, como corolario de una pluriculturalidad, varios sistemas jurídicos paralelos. Estos sistemas paralelos representan un medio alternativo de administración de justicia que, dentro del paralelismo jurídico, puede dar a los pueblos mayas seguridad jurídica, para el desarrollo económico y social de su territorio, utilizando sus propias normas.

Por esa falta de apoyo político, no se ha incluido, entre las normas constitucionales, el expreso reconocimiento a la existencia y validez del derecho de los pueblos mayas, ni se ha emitido la ley coordinadora recomendada, tanto en los Acuerdos de Paz como por la Comisión para el Mejoramiento de la Administración de Justicia⁹; pero a pesar de ello hay que reconocer que, a la fecha, con habilidad, el organismo judicial ha procurado incursionar en el derecho de los pueblos *mayas*, por medio de los Centros de Mediación que funcionan en los distintos poblados del país. Pero el esfuerzo del organismo judicial no ha quedado allí, ya que ha logrado reformas legales, sobre todo en materia penal, las cuales, como adelante se señalan, permiten aplicar usos y costumbres locales.

La ausencia de ley coordinadora no impide la interrelación entre el sistema ordinario de justicia y el de los derechos de los Pueblos *mayas*. Hay campos o espacios donde los dos derechos, consuetudinario y el formal, no forzosamente chocan, sino que se interrelacionan de manera tal que aquél toma del formal, lo que le conviene. Asimismo, en algunas oportunidades, los que aplican las normas o usos locales para resolver conflictos, pueden encontrar conveniente recurrir al ordenamiento jurídico vigente, porque desea inhibirse de conocer de un problema o, incluso, usando la denuncia al sistema formal, como una forma de castigo al trasgresor de la norma social. Por ello, conocer los mecanismos locales utilizados tradicionalmente para dirimir conflictos, se vuelve una necesidad en Guatemala, ya que ignorar la existencia del derecho consuetudinario

⁹ Creada en el “Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática”, suscrito en México D. F., el 19 de septiembre de 1996.

y su oposición total o parcial al vigente, no sólo origina conflictos indeseables, sino provoca la pérdida de credibilidad del sistema democrático, que opera por la delegación de la soberanía en funcionarios seleccionados libremente.

Hay que aceptar no sólo la existencia de un derecho consuetudinario –que aun falta por conocerse bien– sino su colisión con el derecho formal, que hace que éste último pierda o limite su positividad. Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitido oralmente y que se manifiesta y aplica en los pueblos de Guatemala. Es un derecho cuyas decisiones se dictan por personas no especializadas, pero muy respetadas por la comunidad.

Concepto y características del derecho de los pueblos *mayas*

Es oportuno advertir que no hay unidad de criterio en cuanto a cómo definirlo. El experto guatemalteco Rolando López Godínez lo llama *Normatividad de las comunidades naturales*. Algunos investigadores han preferido llamarlo *Normatividad jurídica indígena*. Notas publicadas en medios de comunicación social locales lo han denominado “la ley de mi pueblo”, “el poder de la costumbre” o simplemente “normas heredadas de nuestros antepasados”. En países que siguen el sistema del *common law*, para diferenciarlo del derecho propio, le han denominado *customary law* o ley de la costumbre. La Universidad Rafael Landívar de Guatemala se refiere a la “normatividad jurídica *maya*”; ASIES, en sus informes sobre el tema, le denominó “derecho consuetudinario”¹⁰. En trabajos publicados por la Dirección General de Investigación de la nacional y autónoma Universidad de San Carlos, se ha preferido el término “costumbre jurídica comunal”. Por ahora, otros prefieren diferenciarlo llamándolo “costumbre jurídica *maya*” o “derecho de los pueblos *mayas*”, como hace el autor.

El derecho consuetudinario presupone un conjunto de normas de observancia general, que regulan los intereses públicos y privados de la colectividad. Es uniforme y permanente en el tiempo y se transmite por tradición oral. A esos caracteres, para completar el

¹⁰ Guisela Mayén, John Schwank, Julio Taracena y Danilo Palma. “*Estudio Etnográfico sobre Derecho Consuetudinario*”. Editor ASIES, Guatemala, 1994.

concepto que de la costumbre jurídica *maya* se tiene en Guatemala, cabría agregar que aquellos que respetan su tradición. Enumeremos sus bondades:

Es local. En el mismo pueblo están las partes y quién resolverá el conflicto.

Es oral. Se actúa en el idioma de los interesados y se respeta su cosmovisión.

Es gratuito. Quiénes juzgan no cobran. No hay técnicos ni peritos pagados.

Es barato. No exige de personas o equipos para registrar lo actuado, ni de locales.

No hay costo en su administración.

Es rápido. Casi siempre en sólo una audiencia, todo es conocido y resuelto.

Hay inmediatez. El acusador, el acusado y los juzgadores están siempre presentes.

Es conciliador. Sólo por excepción es sancionador y, esa sanción, generalmente, tiene más peso moral que económico.

Es consensual. Busca que la parte ofendida convenga una solución con el ofensor.

Es flexible. Se resuelve según quieren los que intervienen.

Es preventivo. Se difunde el resultado, para que otros no cometan la falta.

Evita problemas. Hay sanción para quién constantemente levante pleitos.

Es unificador. La comunidad, la víctima y el ofensor, se reconcilian.

Es directo: Las sanciones económicas benefician a la víctima, no al juzgador.

Es voluntario. Se someten a él por respeto. Es un Derecho sin espada.

Sanción: No es vengativa; no necesita cárceles, que sólo “endurecen el corazón”. Se da preferencia a la reparación del daño y al perdón.

Es indudable que la costumbre jurídica de cada pueblo es el mejor instrumento para que la convivencia sea pacífica, pues respetando la tradición jurídica se logra la armonía, el acatamiento de las palabras de los ancianos y la cohesión de la comunidad. En cuanto a su contenido, hay consenso que no es simplemente un derecho viejo versus el nuevo o derecho no escrito versus el escrito; o de un derecho particular frente a un derecho común, sino que se trata de una práctica reiterada, transmitida oralmente, que se reconoce como obligatoria, utilizada para definir y resolver conflictos.

Esa normatividad es aplicada por los pueblos indígenas mayas, a través de los principales, ancianos, cofrades, alcaldes, alcaldes auxiliares, regidores, ancianos, sacerdotes o funcionarios que las comunidades o sus pobladores escogen por consenso. El derecho *maya* está contenido en normas de observancia obligatoria, no codificadas, transmitidas de generación en generación en forma oral, respetándose la cosmovisión que es parte de la tradición; y lo actuado no se registra por escrito, quedando sólo en la memoria colectiva del pueblo. Mantiene la armonía, el respeto a la autoridad, la convivencia y cohesión social. Nazario Ixcamparic dice:

... la justicia impartida en las comunidades de origen *Maya* se caracteriza por ser simple, efectiva, directa, pública, oral, en sus propios idiomas, de solución prudente, razonada e inmediata, porque su filosofía es el bienestar del pueblo *Maya*, a diferencia de la administración de justicia del Estado, se caracteriza por ser lenta, cara, recargada, inadecuada, se imparte en español cuando ésta es aplicada a personas que pertenecen a la sociedad *Maya*; la consecuencia que se deriva de esta situación es que el sujeto sometido a un proceso o parte de un juicio no entiende lo que está sucediéndole, el efecto que produce es la ignorancia de la ley penal en el medio indígena guatemalteco¹¹.

En conferencia dictada por Manuel Salazar Tetzagüic, ahora (2005) Ministro de Cultura, éste señaló la tradición que se refleja en el derecho consuetudinario *maya* descansa en valores que, en *Kaqchiquel* se denomina *tin K'ulub'ej, tiqa k'ulub'ej*: tomo consejo, tomar consejo. Al aceptar el consejo se fortalece la organización social del pueblo *maya*, existiendo por ello los *popol winaq* –las

¹¹ Nazario Ixcamparic, “La justicia de ancianos *mayas* supera la justicia institucional”. Suplemento de *El Regional*, vocero *K'iché Ajtzijonel*, No. 18 del 4 al 17 de octubre de 1996

personas del consejo– y respetándose la práctica del *Tan tib'an popol tziji* –celebrar consejos con y por la comunidad–¹².

En el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, suscrito en México D. F. el 31 de marzo de 1995, por el Gobierno de Guatemala y la URNG¹³, se concluye:

... La identidad de los pueblos (indígenas) es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hace reconocerse como tal. Tratándose de la identidad *maya*, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales: (...) c) Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita y por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante; d) Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento *maya*, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y e) La autoidentificación.

Lo mencionado *ut supra*, ayuda para identificar el contenido de la cosmovisión y cultura que informa el derecho de los pueblos *mayas*, pobladores que participan activamente para resolver los problemas de su comunidad, respetando principalmente la tierra, como antes se dijo, y todo lo natural. Es significativo que el único gran bosque que ha sobrevivido del pinabete guatemalteco, en vía de extinción, es el manejado por las comunidades indígenas de los 48 cantones del departamento de Totonicapán.

Otro aspecto importante es el del uso de idioma propio. El Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas –punto IV, inciso E, numeral 4–, además de tener reconocimientos similares a los del Convenio 169, obliga al Estado a procesar a los indiciados

¹² Manuel Salazar Tetzagüic. “Valores mayas”. En fotocopia. Proyecto movilizador de apoyo a la educación *maya*. Guatemala, 1997.

¹³ Movimientos guerrilleros agrupados bajo el nombre de Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

indígenas en su propio idioma, lo cual aún no se cumple. También el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, establece el acceso a la justicia en el idioma del interesado, reconociéndose que Guatemala es una sociedad pluricultural y plurilingüe.

Oportunamente la Comisión que, como se dijo, se estableció por los Acuerdos de Paz, recomendó que se oficialicen cuatro idiomas, además del español: *K'iche'*, *Kaqchikel*, *Q'eqchi* y *Mam*, modificándose así el artículo 143 de la Constitución Política. Aún no se ha oficializado el uso de los cuatro idiomas además del español, y el compromiso de facilitar el acceso a la justicia en el idioma del interesado sólo se está cumpliendo parcialmente por el Organismo Judicial y, en mayor grado, por el Instituto de la Defensa Pública Penal que provee de defensor público, a través de la Defensoría *Maya*, que conoce el idioma del defendido, obteniéndose una fluida comunicación, que protege, sólo en esos casos, los derechos del procesado.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho internacional

Es indudable que la atención del juzgador al derecho internacional es más que una tarea una obligación. Es evidente, por el acápite, la intención de presentar al lector algunos de los tratados, convenios y pactos que Guatemala ha suscrito y ratificado, incorporándolos a la normativa jurídica nacional, y ello se hace por la convicción de que dichos documentos internacionales sirven de fundamento no sólo a alguna normativa local que se ha inspirado en ellos, sino a la práctica de la costumbre. Es importante agregar que el Código Procesal Penal reconoce el uso del derecho internacional al señalar: “Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les impongan la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos humanos”¹⁴. Cabe agregar que la Constitución Política, da preeminencia a dichos tratados, sobre la ley ordinaria.

Convenio 169. Aunque no es la primera norma en el tiempo, sí es la que vino a actualizar el tema del derecho propio de los pueblos,

¹⁴ Código Procesal Penal, artículo 16.

reconociendo el derecho consuetudinario en sus artículos 8.1 y 8.2 cuando establece que:

... al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, se deberá considerar sus costumbres o su derecho consuetudinario (...)
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Cuando se aprueba por la Organización Internacional del Trabajo el Convenio 169, en Guatemala se conocen opiniones a favor y en contra de la aprobación y ratificación del mismo. Preocupaba a los opositores, en especial, la referencia al derecho de los pueblos indígenas a la tierra que tradicionalmente han poseído y el reconocimiento del derecho consuetudinario de dichos pueblos. A pesar de la oposición existente, el Convenio fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y ese mismo año, el 10 de abril fue ratificado y el 24 de mayo se depositó en la OIT.

Previo a su aprobación y ratificación, se obtuvo opinión favorable de la Corte de Constitucional, y ésta, en expediente N. 199-95, del 18 de mayo de 1995¹⁵, señaló: "... la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del orden constitucional".

Concluyendo, la Corte que el Convenio 169 de la OIT: "... no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria".

También ha sido tema de discusión si el permitir que los pueblos mayas utilicen su propio derecho, no se está favoreciendo, sólo a una

¹⁵ Gaceta Jurisprudencial N. 37, Opiniones Consultivas, Corte de Constitucionalidad, expediente N. 199-95, 18 de mayo de 1995, p. 9.

parte de los ciudadanos, violando “el principio de igualdad ante la ley”¹⁶. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha mantenido el principio aristotélico de igualdad entre iguales. La Corte de Constitucionalidad –el 6 de julio de 1988, caso 120 88–, señaló que no se viola el principio de igualdad al “... clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso...”. El criterio lo reiteró, más ampliamente, en “Opinión Consultiva sobre el Convenio 169 de la OIT”, y en otras sentencias, señalando que sería discriminatorio tratar como iguales a quienes no lo son.

Otras normas internacionales de observancia obligatoria. El estado guatemalteco como país signatario de pactos y convenios internacionales, está igualmente obligado a respetar, proteger y promover aquellas expresiones culturales que constituyen parte de la identidad de los pueblos indígenas. Entre las normas están:

- 1- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (Nueva York, 1965). Por él, Guatemala debe prohibir y eliminar cualquier forma de discriminación por motivos de raza, color u origen étnico y a garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. La discriminación puede ser activa: si se impide al individuo el ejercicio de sus derechos; o pasiva: si no se implementan los mecanismos necesarios para que la persona disfrute de un derecho. En Guatemala se ha desarrollado el control de la discriminación activa, tipificando la misma como delito, pero es poca la acción estatal para terminar con la pasiva.
- 2- *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. (Adoptado por Naciones Unidas en 1966, aprobado por Decreto 69-87 del Congreso y declarada la adhesión el 6 de abril de 1988). Obliga al Estado a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna. Entre esos derechos está el de la educación y el procurar el desarrollo económico, social y cultural, de los pueblos.
- 3- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por Guatemala el 5 de mayo de 1992, artículo 27, señala: “En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas,

¹⁶ II. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1948.

no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros, de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

- 4- *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. ONU, Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1982, vigente en Guatemala desde el 18 de diciembre de 1992, en su Artículo 1.1 indica: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de su territorio respectivo y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Y en su artículo 2.1 señala: “Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público”.
- 5- *Reglas mínimas de las medidas no privativas de la libertad –Reglas de Tokio–* emitidas en Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990. En sus principios generales establece: “Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. 1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, específicamente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.
- 6- *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, ratificada por Guatemala. En relación a golpes y chicotazos, como pena, tan criticado por los que no conocen el derecho de los pueblos *mayas*, explica porqué éstos, siendo sanciones legítimas que, no causando dolores o sufrimientos graves, pueden aplicarse: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el termino tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales (...) No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho penal y procesal penal

Fuera de las concepciones jurídicas del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* o *xinca*, que descansan primordialmente en que el hombre, en cada uno de sus pueblos, acepte voluntariamente dichas normas, encontramos la existencia paralela de un derecho emanado del Estado, que pretende ser positivo y único, y que en muchas ocasiones, colisiona con la norma consuetudinaria. Es opinión generalizada entre los estudiosos del tema, que la costumbre impacta más frente al derecho penal positivo, pues es en el campo de la acción antisocial o delictiva, donde es mayor el enfrentamiento de normas consuetudinarias y normas penales contenidas en el derecho vigente.

En efecto, donde el poder de imperio del Estado quiere hacerse más evidente es en el mantenimiento de la paz social, fin que procura obtener toda normatividad que legislador crea en materia penal. El Código Penal, con sus tipificaciones delictuales y el Código Procesal Penal, con sus normas procesales, son el andamiaje fundamental que utiliza el Estado para construir el orden y la tranquilidad en la sociedad, y cuando la costumbre no acepta o respeta las tipificaciones delictuales del Código Penal o no acepta o respeta los procedimientos para encontrar al culpable y sancionarlo, que el Código Procesal Penal contiene, surge un enfrentamiento entre el derecho emanado del legislador ordinario y la costumbre aceptada por la comunidad.

Habida cuenta de lo señalado, es importante reiterar que en la aplicación de las normas tipificadoras de conducta antisocial y el procedimiento para sancionar al infractor, es donde el distanciamiento o choque entre el derecho consuetudinario y el estatal vigente, pero no positivo, puede ser mayor y provocar violaciones evidentes de los derechos humanos, por lo que se hace necesario acortar la distancia que existe entre los dos derechos o, en el mejor de los casos, deslindar juiciosamente su campo de aplicación, evitándose la doble sanción, como adelante se señala, o evitándose la sanción por el Estado de un acto o conducta que la comunidad no considera antisocial.

Ahora bien, para algunos estudiosos del tema, los campos de aplicación de cada uno de estos sistemas jurídicos y sus puntos de contacto o de distanciamiento o de choque, provocan la necesidad de establecer una categoría de normas protectoras del indiciado que sea

indígena, pues sólo así puede asegurarse la protección de sus derechos humanos, que le resultan propios por tratarse de una minoría, sociológicamente hablando. Lo indicado obligó a los signatarios de los Acuerdos de Paz, en especial los acuerdos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas y el del fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, a señalar algunas normas que deben incorporarse a la legislación local o a la práctica judicial.

Ya el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, señala en su artículo 8° que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Se agrega, y Guatemala así lo aceptó en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; agregando el Convenio que los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

El artículo 10 del Convenio pide que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, y deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos de encarcelamiento. Nótese que de esta norma se deriva la necesidad de dar un tratamiento penal distinto a un procesado indígena de quién no lo es, pues el juzgador debe tomar en consideración las características socio económicas y culturales y el derecho consuetudinario del indiciado, incorporando al proceso ordinario la institución conocida como el Dictamen Cultural.

También el Gobierno se comprometió a desarrollar una política que permitiera crear juzgados especializados, para atender los asuntos agrarios, pero a la fecha estos tribunales no han sido creados. La existencia de varios problemas de tierras ocupadas por terceros, algunos resueltos con violencia, puede ser que decida al Organismo Judicial a interesarse en estos tribunales técnicos y especializados.

La administración de justicia *maya* está presente. Hay que estudiarla y aceptarla y de alguna manera, identificar lo que los ancianos han resuelto. Esto último no sólo para que el juez conozca que un hecho ha sido ya juzgado y resuelto, evitándose imponer una doble sanción o condena por el mismo hecho, sino que, además, para que el juzgador imponga en su caso la pena que, al infractor, le impondría su comunidad. Como antes se señaló, la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, fuera de recomendar el reconocimiento constitucional de la forma tradicional de resolver conflictos de los pueblos indígenas, sugiere que, cómo ya antes se señaló, una ley de coordinación resuelva como hermanar los sistemas legales existentes.

Hay quiénes consideran que esa ley coordinadora es indispensable, ya que el artículo 70 constitucional establece que una ley específica regulará todo lo relativo a la sección tercera constitucional, que se denomina “Comunidades indígenas”. Otros expertos sostienen que no es necesaria la regulación por una ley específica por las siguientes razones: a) porque Guatemala cuenta con base legal y constitucional suficiente para promover un desarrollo del derecho indígena dentro de los márgenes del Convenio 169 de la OIT, siempre que se respeten los límites fijados en dicho Convenio; b) que debido al grado de desconocimiento que existe sobre este tema, existe alto riesgo que una ley se convierta en una camisa de fuerza que tergiverse gravemente las posibilidades que el desarrollo de un sistema jurídico indígena podría tener; y c) existen otras vías, tales como el uso de recursos que obliguen a los altos tribunales de justicia a pronunciarse sobre temas en los cuales es necesaria una luz jurisprudencial que resulte del análisis concreto del caso concreto.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, que ya forma parte de la legislación interna conforme el Decreto 9-96 del Congreso, como lo convenido en los Acuerdos de Paz, requieren que los Tribunales de la República apliquen la acción jurisdiccional, a lo que allí se ha reconocido como parte integral del derecho de los pueblos que habitan Guatemala. Es indudable que esa adecuación no sólo requiere de una revisión legislativa que se ha llevado a cabo paulatinamente, sobre todo en relación a temas del Derecho Procesal Penal.

Como antes se dijo, el organismo judicial ha hecho un esfuerzo especial para reformular todo un mecanismo de administración de

justicia, saturado por un sistema único de derecho, a efecto de que el paralelismo jurídico, producto de la multiculturalidad del país, se integre al sistema múltiple de justicia y así se permita que se cumpla con lo establecido en los pactos políticos señalados. El esfuerzo de las autoridades ha descansado en dos ejes: lograr reformas legales que permiten a los jueces, en especial a los que están al frente de los tribunales comunitarios, aplicar la ley y permitir que la sentencia se cumpla conforme la costumbre del lugar, generalmente con trabajo comunitario.

El derecho de los pueblos *maya*. Su presencia actual

El nuevo orden mundial establecido por medio del reconocimiento universal de los derechos humanos, que contiene las garantías mínimas que hay que observar en la solución jurisdiccional de conflictos, es también aplicable a las normas que utilicen las comunidades *mayas*, y así lo reconoce expresamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT. Las comunidades indígenas deben evitar el conflicto entre sus normas y los derechos humanos. Por ello, los que aplican la norma tradicional deben informarse sobre la existencia y vigencia de esos derechos universales, para observarlos y para que la norma no sea perjudicada.

La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia –creada conforme los Acuerdos de Paz– señaló en su informe final: “La ausencia de reconocimiento y consideración de estas formas de ‘justicia tradicional’, alternativa a la oficial, ha correspondido en Guatemala a una carencia mayor del sistema de justicia, consistente en su falta de correspondencia con el carácter multicultural y pluriétnico del país”.

Concluyendo: “... que la Constitución Política de la República debe incluir una norma que reconozca la existencia de principios, criterios y procedimientos que los pueblos indígenas desarrollan para resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, así como la validez de sus decisiones ...”.

Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitida oralmente y que se manifiesta y ejecuta en los pueblos de Guatemala. Es un derecho informal, ágil, cuyas resoluciones se imparten por no especializados que merecen el respeto de la comunidad. Es deseable que los juristas lo sistematicen,

le creen doctrina y encuentran la jurisprudencia; pero no es seguro que lo mencionado sea posible, pues el derecho consuetudinario es asistemático, aunque siempre se inspire en valores superiores y en principios que permiten mantener la convivencia pacífica entre los pobladores que lo utilizan. A lo más que puede acercar este trabajo es a señalar, como se hace adelante, varios casos que ejemplifican la aplicación del derecho consuetudinario.

El Convenio 169 fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y a partir de ese hecho, se inician acciones estatales encaminadas a facilitar la solución de conflictos por medios alternos. Asimismo facilita la aplicación de la costumbre, como método para resolver conflictos, incluyéndose el derecho de los pueblos *mayas* dentro de esa categoría, no estando como igual del derecho oficial, pero tampoco supeditado a éste. Entre las reformas introducidas al Código Procesal Penal, por medio del Decreto 79-97 del Congreso, sobresalen:

Artículo 24 Ter. Acciones públicas dependientes de instancia particular. Para su persecución por el órgano acusador del Estado dependerán de instancia particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, los delitos siguientes:

- 1) Lesiones leves o culposas y contagio venéreo;
- 2) Negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia;
- 3) Amenazas, allanamiento de morada;
- 4) Estupro. Incesto, abusos deshonestos y violación, cuando la víctima fuere mayor de dieciocho años; si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública;
- 5) Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez veces el salario mínimo más bajo para el campo al momento de la comisión del delito, excepto que el agraviado sea el Estado, caso en que la acción será pública;
- 6) Estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos, o cuando el ofendido sea el Estado, en cuyo caso la acción será pública;
- 7) Apropiación y retención indebida;

- 8) Los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso;
- 9) Alteración de linderos;
- 10) Usura y negociaciones usurarias.

También se aumentan los actos perseguibles sólo por acción privada:

Artículo 24 Quáter. Acción privada. Serán perseguibles, sólo por acción privada, los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor;
- 2) Daños;
- 3) Los relativos al derecho de autor, la propiedad Industrial y delitos informáticos¹⁷;
- 4) Violación y revelación de secretos;
- 5) Estafa mediante cheque.

En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este Código (...) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, se procederá como lo señala el párrafo tercero del Artículo anterior.

Las reformas al proceso penal incluyen la mediación, como medio alternativo para resolver conflictos, y el organismo judicial ha incentivado debidamente estos centros que funcionan en los 22 departamentos de la República y en algunos municipios del altiplano indígena. Los resultados han sido positivos y no han desplazado, como se temía, a los principales, sacerdotes y ancianos *mayas*, que siguen actuando conforme sus propias costumbres.

Juzgados de paz comunitarios. El Decreto 79-97 del Congreso de la República, estableció que en cinco municipios donde no hubiere Juez de Paz, se nombrará en materia penal, a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁸ predominante de la región y en español. La competencia de esos jueces comunitarios se limita a: aplicar el criterio de oportunidad, en los casos y formas que la ley permite; celebrar

¹⁷ Incisos de la a) a la f) fueron derogados por Decretos 56-2000 y 57-2000.

¹⁸ Nótese el término: lengua. Debió decir “idioma”.

audiencias de conciliación y aprobar acuerdos en delitos de acción privada y pública dependientes de instancia particular, y otras funciones establecidas en la siguiente base operativa de los juzgados comunitarios:

Artículo 552 Bis. Juzgado de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en materia penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁹ predominante de la región y en español. Para la designación de los Jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

- a) Aplicar el criterio de oportunidad (...)
- b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.
- c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente poniendo a su disposición al detenido si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.
- d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignen las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa de liberación y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y **resolverán con arreglo a los usos y costumbres**, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes.

La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, mediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

¹⁹ Nótese el uso del término “lengua” siendo el correcto: idioma.

Concluido un año (...) de los juzgados de paz comunitarios, (...) se implementará este tipo de Juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz”²⁰.

No se trata realmente de un reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, pues reduce a los principales, sacerdotes y ancianos a jueces menores sustitutos dentro del esquema de la justicia ordinaria, aplicando leyes estatales, formando expedientes escritos - no se dice si en idioma indígena o si en español-, etc. Incluso hay una contradicción intrínseca cuando se establece que resolverán con arreglos a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho cuando ello fuere posible, pero se agrega que los fallos no podrán violar... las leyes.

La práctica constante de acudir, que continúa en las comunidades *mayas*, a personas respetadas, para que sean éstas las que impartan justicia, ha estado y está sustituyendo al juez ordinario, descargándole trabajo al organismo judicial. Esa realidad ha permitido que en el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, se haga mención a la necesidad de una apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y corresponde al organismo judicial, aceptar como mecanismo alterno, la práctica jurídica existente de los pueblos *mayas*, *garífuna* y *xinca*.

También, debido a la reforma del artículo 552 Bis. del Código Procesal Penal, en cinco municipios donde la población de ascendencia *maya* es mayoritaria, se han establecido cinco Juzgados de paz comunitarios, experimentales. Éstos los integran la Corte Suprema de Justicia con tres jueces no técnicos, vecinos del lugar, escogidos dentro de personas recomendadas por las organizaciones locales, debiendo los juzgadores conocer el idioma local y el español, pudiendo aplicarse, al dictar sentencia, los usos y costumbres de la comunidad. Su eficiencia es discutida y falta una completa evaluación para saber si aplican o simplemente dicen complementar su fallo conforme el derecho consuetudinario, o si sólo sustituyen a las autoridades reconocidas por la población. Véase una sentencia dictada por uno de éstos tribunales de paz

²⁰ Desde que se crearon 5 tribunales, no se han vuelto a establecer otros, pero sí se han creado Juzgados de Paz en casi todos los 333 municipios del país, que pueden operar conforme señala este artículo 552 Bis.

comunitarios, donde es notoria la presencia del derecho oficial y sólo en la sustitución de la pena se refleja un componente del derecho consuetudinario: la restitución del tejido social por servir a la comunidad. Falta que el condenado pida perdón y que sea perdonado, exigencias comunales que casi nunca se reflejan en las sentencias de tribunales:

San Andrés Semetabaj, Sololá (Vega, 2004)²¹:

Caso: Insultos y agresión. Causa 144-03: falta (insultos y riña)

Sentencia (10/9/03) escrita en español, y contiene:

Descripción hechos de inicio de juicio y desarrollo del mismo, describiendo pruebas.

Cita de leyes: Constitucionales, Código Penal y Procesal Penal y Convenio 169.

Pena:

- arresto 20 días, conmutables por Q 5.00 por día (sanción a faltas del C. Penal);
- no se fijan responsabilidades civiles (Código Penal); y
- se permite retribuir el daño, preparando almuerzo escolar en la escuela pública, durante 3 días.

Cosa juzgada y el peritaje cultural. Estas dos instituciones jurídicas no escapan de participar en problemas que surgen al colisionar las culturas jurídicas de los pobladores urbanos y ladinos, con aquellos que tienen un idioma, cultura y cosmovisión distinta y que son, en mayoría, pobladores rurales.

El principio de cosa juzgada se instituye para proteger a la persona de una doble o múltiple persecución penal por varios y distintos juzgadores, garantizando así el principio de que nadie puede ser juzgado ni condenado por el mismo hecho, más de una vez. Por ello, si la autoridad que conoció un caso aplicando el

²¹ Astrid Vega Girón. "El acceso a la justicia de las comunidades indígenas". Tesis universitaria. Sin editor, Guatemala, 2004.

derecho de los pueblos *mayas* de acuerdo a la costumbre, otra autoridad, sea *maya* o juzgador oficial, no puede ya conocer del mismo asunto, extremo que puede probarse por los medios establecidos en el Código Procesal Penal. Debería incluirse entre esos medios, la simple declaración de quién, juzgando, resolvió el conflicto, lo cual también podría probarse por testigos idóneos. Por ello, el Juez del sistema estatal de justicia debe abstenerse de actuar.

Peritaje cultural. Es nuevamente la Defensoría *Maya* la que convence a juzgadores ordinarios y a los ciudadanos que integran los tribunales comunitarios, para que obtengan opiniones sobre la cultura y costumbre del lugar. El siguiente es el primer caso conocido en Guatemala donde se ha presentado un peritaje cultural:

Caso: Indígena *k'iché* capturado (9/2002) por fabricación clandestina de *cusha* (aguardiente destilada) para ofrendarla a Maximón. Santiago Atitlán, Sololá.

Circunstancias especiales: El Juez lo deja libre bajo condición de presentarse los viernes. La intervención de Defensoría Indígena propone a Juez que participen autoridades mayas locales, lo cual se acepta.

Peritaje cultural: (3/2003). La comunidad propone la intervención de un cofrade experto en el culto a Maximón, que dictamina que es necesario que devotos y cofrades hagan oferta de *cusha* para celebrar el culto, tal como lo hizo el detenido.

Resolución: El Juez resuelve dejar libre al detenido y ordena que el licor confiscado, sea entregado a la cofradía. Se basa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, que señala en su Artículo 8° que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; y en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, agregando que los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

Cosa juzgada. Es interesante notar que en un caso resuelto por los ancianos de una comunidad de pobladores de ascendencia *maya* se sancionó a una persona que participó en el robo y destrucción de un vehículo, y posteriormente el Tribunal de Primera Instancia condenó a la misma persona, por el mismo delito; sin embargo, por sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, bajo el principio del *non bis in ídem*. Este es un paso importante pues implica un reconocimiento del más alto tribunal del país de la vigencia del derecho consuetudinario. Se presenta en forma esquemática el caso, que demuestra lo que no debe hacerse y, como se dijo, hubo necesidad de corregir:

Caso: Robo de vehículo en marzo, 2002. Comunidad de Payajxit y Pemesebal, Totonicapán.

Circunstancias especiales: Autoridades indígenas instan a uno de los culpables a que revele nombre de cómplices y pida perdón. Éste ofrece vender terrenos (su herencia) para pagar al ofendido, y en las oficinas de la Defensoría Indígena *Wajxaqib' Noj*, se presenta el ofensor ante el ofendido y autoridades tradicionales, y pide perdón e indica quiénes son los otros implicados, quiénes llegan a otras reuniones, todos acompañados de sus padres. Con excepción de uno (Félix), confiesan y piden perdón.

Penas: No se documenta por escrito, pero la TV nacional lo filmó: Nueve azotes (número sagrado), con ramas de ciprés. Se entregan a los culpables a la PNC.

Sentencia de Juzgado de Instancia de Quiché: Con excepción de Francisco Velásquez López, que confesó y fue condenado, los otros fueron liberados.

Sentencia de Casación: del 7 de octubre de 2004: Francisco Velásquez López interpone Casación, y la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia CASA el fallo y dicta sentencia, absolviendo a Velásquez, pues el Juez no observó la preeminencia del Convenio 169 OIT, y porque Velásquez ya había sido castigando (**no bis in ídem**).

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho civil

Etnia *Mam*: Asunto civil sobre propiedad de inmueble. Juan y Andrés pretendían ser dueños de una misma parcela de terreno. Para buscar una solución, acudieron ante los Principales, y al explicar sus pretensiones cada uno presentó un documento: Juan uno que le había dejado su abuelo y Andrés otro que le había entregado su difunto padre. Examinados los documentos, los principales le dieron preferencia al de Andrés, por lo que a él se le entregó la posesión del inmueble, conformándose Juan.

Comentario: Nótese que conforme el artículo 977 del Código Civil vigente, ambos documentos son nulos, por carecer de las formalidades esenciales de un testamento. Se conocen también casos donde son los principales o autoridades municipales las que algunas veces resuelven sobre quién hereda los bienes de sus padres, dándose preferencia al hijo que se haga cargo del cuidado del progenitor sobreviviente, no observándose ni las normas sustantivas del Código Civil, ni las adjetivas del Código Procesal Civil y Mercantil.

Conforme la legislación del siglo pasado, se ordenó la creación de un registro inmobiliario a cuyas normas es probable que muchos propietarios indígenas se acogieran, sin embargo, como el sistema de transferencia de la propiedad de la tierra que el sistema indígena utiliza es distinto del civil y notarial vigente, ya sea por venta o por herencia, han aparecido propietarios que no cuentan con documentos registrables. Cuando esos documentos quieren crearse, porque así lo exige un nuevo comprador o porque se desea hipotecar el inmueble, ignorándose si éste estuvo o no inscrito en el registro inmobiliario, se inician diligencias de titulación supletoria, que al concluir con el registro nuevo del inmueble, puede ser que haya resultado en duplicar la inscripción original. Ello podría evitarse si de alguna manera se reconociera la autoridad de principales o ancianos, que podrían testimoniar sobre el nuevo propietario, continuando con una información sistemática y veraz que podría incluso asistir al registro oficial. La nueva Ley de Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso, aunque sólo se trate de un registro predial, si

no se observan mecanismos de registros que reconozcan las prácticas de los *mayas*, *garífunas* y *xincas*, entre algunos años estará desactualizado y su eficacia se perderá.

Además hay que recordar que muchas instituciones civiles y familiares, se implementan por medio de arreglos logrados conforme la costumbre local. Entre esos asuntos hay que incluir: nombres y apellidos, la pedida de la novia, la unión o matrimonio, filiación, alimentos, separación, a cargo de cuál hijo quedan los padres ancianos, etcétera.

El derecho de los pueblos *mayas*, *xincas* y *garífunas*, es una ciencia que tiene aún mucho que enseñar.

Derecho consuetudinario: algo más que una alternativa para resolver conflictos

Es necesario hacer referencia, aunque sea somera, al derecho consuetudinario indígena o *maya*, como un medio alternativo de resolver conflictos. Recordemos la función jurisdiccional encargada antes de la vigencia de la Constitución de 1985, a los Alcaldes municipales, quiénes impartían una justicia directa incluso a través de alcaldes auxiliares indígenas, no siempre formal pero sí conciliadora. Al retirarse de la autoridad electa local esa función, entre otras razones por ser ella propia del órgano jurisdiccional ordinario, se perdió la oportunidad de que los alcaldes indígenas buscaran una solución a los conflictos que surgen entre particulares, pero recientes modificaciones del Código Municipal permiten la existencia y función de los alcaldes indígenas, como auxiliares encargados de mantener el orden dentro de la comunidad.

De parte del organismo judicial y para sustituir la función de los alcaldes como jueces menores, se han inaugurado juzgados de paz en casi todos los municipios del país, y se ha procurado escoger jueces que conocen el idioma y las costumbres locales. Sin embargo, los juzgados de paz no sustituyen el derecho consuetudinario y se produce un divorcio entre el juzgador y la comunidad a su cargo, dificultándose la aplicación de la justicia formal u ordinaria. Para paliar algunos de los problemas, el organismo judicial ha establecido cinco centros de administración de justicia (CAJ), donde se concentran junto al juzgador, el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal. Esta última institución es la que procura

asegurarse de la presencia de traductores y quien contrata, según el caso, a los peritos culturales. También funcionan en éstos centros de mediación cuyos resultados son positivos y que obligan a su reconocimiento por el órgano jurisdiccional que conocía del conflicto mediado. Es pertinente señalar que si bien es laudable la función mediadora impulsada por el organismo judicial como una forma de desjudicialización de conflictos, ello no sustituye la función legítima de dirimir conflictos de los ancianos del lugar, pues éstos buscan, más que sancionar al infractor, su reinserción al grupo social que resultó lesionado por la mala acción y la reparación del daño causado, lo cual se logra cuando el culpable pide perdón y es perdonado.

El autor considera que es necesario insistir en que la solución propuesta por las reformas al Código Procesal Penal, contenidas en el Decreto 79 97 del Congreso (Art. 552 bis), no es un reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* y *xinca*, sino una manera de utilizar a las autoridades locales, respetadas por el pueblo, como instrumentos convenientes a un organismo judicial que no está presente en todo el país. Al otorgarse a los sacerdotes, cofrades o ancianos, ciertas facultades que corresponden a un juez menor, si bien se reconoce ya la existencia e importancia de aquellos, se reduce su calidad de autoridades superiores de un pueblo, a la de auxiliares menores del organismo judicial mencionado.

Las alcaldías indígenas

No puede terminar este trabajo sin mencionarse las alcaldías indígenas, institución excelente que ha sido perjudicada por disposiciones legales que prefieren la selección de funcionarios por métodos generalmente aceptados en otras culturas, donde la elección de autoridades se hace por mayorías absolutas, simples o calificadas, en tanto que la costumbre de los pueblos en Guatemala prefiere la selección de la autoridad por consenso.

Un caso concreto que prueba la eficacia de la alcaldía indígena, se refiere al alcalde municipal de San Juan Atitlán del Departamento de Huehuetenango. Por lo general, la elección de la autoridad máxima municipal recae en un indígena y forman parte de la corporación municipal miembros de la cofradía: los principales de la costumbre, que es un consejo de ancianos integrado por cinco

personas, algunos no saben leer, pero su experiencia es valiosa, y son electos en noviembre de cada año. Al asumir sus funciones se identifica el acto como Día de la Entrega de la Flor. Para la elección de los 5 mayores, se toma en cuenta su honorabilidad y responsabilidad, asumen también la responsabilidad de nombrar alcaldes auxiliares, alguaciles, policías municipales y guarda-bosques.

La mayor parte de los problemas que surgen en la comunidad son atendidos y resueltos por el alcalde municipal, con la intervención de los cinco mayores y los concejales. La alcaldía indígena, ya sea titular o auxiliar en un municipio con población mayoritaria *maya*, asume función coordinadora entre las autoridades locales y las regionales o centrales, respetarlas y rescatarlas, es un deber cívico.

Hay que destacar la función que se ha concedido al síndico municipal para intervenir en asuntos penales, especialmente para promover y documentar una conciliación y para solicitar, como consecuencia de ello, la aplicación del criterio de oportunidad y desjudicializar, así el caso –artículos 25.25 bis, 25 ter, 25 quáter–, del Código Procesal Penal.

Punto final

El futuro es prometedor, pero falta mucho por hacer. En cuanto a enseñanza de idiomas *mayas*, hay que reconocer que se ha incrementado su implementación, buscando reducir la deserción en las escuelas públicas, producida cuando niños y niñas pequeñas han tenido que enfrentarse, en el sistema monolingüe, al español que no se habla en sus hogares.

Es alentadora la actuación de varios tribunales, como consta en los casos que se han expuesto. Pero sobre todo con agradable sorpresa hay que reconocer que el pronunciamiento en sentencia de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio: *non bis in ídem*, abre nuevas perspectivas para el derecho de los pueblos *mayas*.

¿Es necesaria una ley coordinadora? En principio no, pero sí podría servir para afianzar el reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, resolviendo los límites territoriales²² y límites de

²² En cuanto límite territorial, la mayoría de los antropólogos y sociólogos están de acuerdo en que la referencia a territorio es la que corresponde a la división política por municipios.

competencia. Como se dijo, las autoridades *mayas* generalmente no aceptan intervenir en “hechos de sangre” o en accidentes de tránsito, y si ello se confirma en una investigación seria, ya habría base para empezar a regular el deslinde entre lo que las autoridades *mayas* pueden o no pueden hacer.

No puede cerrarse este documento sin hacer referencia a castigos que se aplican dando golpes al sancionado, sin insistir en que conforme la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, crea la excepción al decir: “... No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

Bibliografía²³

Figuroa Sarti, Raúl. *Código Procesal Penal. Concordado y anotado con jurisprudencia constitucional*. Guatemala, 7ª. edición, 2001.

León, Juan et al. *EELA TATINE' Construyendo el pluralismo jurídico*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y otros. *Administración de justicia y pueblos indígenas*. Guatemala, 2001.

López Godínez, Rolando et al. *La costumbre jurídica comunal de la etnia Kaqchikel*. Dirección General de Investigaciones, Universidad de San Carlos. Guatemala, 1996.

Solórzano León, Justo Vinicio. “El peritaje cultural, hacia una jurisdicción multiétnica, pluricultural y multilingüe”. Tesis universitaria. Guatemala, 2007.

Palma Ramos, Danilo et al. *El sistema jurídico maya. Una aproximación*. Guatemala, 1998.

Tuyuc, Rosalina et al. *SUB'B'ANIK. Administración de justicia maya*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

²³ Sólo se incluye la no citada debidamente en el cuerpo del trabajo o en las notas al pie de página.