

**Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (Guatemala) \***

## **La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco**

### **1. Antecedentes**

Como todo convenio internacional, el Convenio 169 es el fruto del esfuerzo de muchas delegaciones representantes de diversos Estados, así como de los cuerpos asesores de éstas, en conjunción con importantes dictámenes emitidos por órganos asesores de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados. Es, a la fecha, el más completo instrumento internacional, vinculante para los Estados que lo han ratificado, en relación con el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas. El antecedente más inmediato lo constituye el Convenio 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, del 5 de julio de 1957, que, acorde con su época, mantiene un tono paternalicio hacia las poblaciones indígenas al preconizar la teoría, ya superada, de la integración social de dichos pueblos; es decir, la asimilación o incorporación de las culturas de éstos a los patrones occidentales; en tanto que mediante el Convenio 169 se promueve el respeto a la individualidad de estos pueblos, sus costumbres y tradiciones, pero estableciendo el goce y ejercicio de los mismos derechos que posee el resto de la población. Se trata, pues, de un instrumento inspirado en el respeto a las diversas culturas, sus formas de vida y la organización tradicional de los pueblos indígenas, que establece al propio tiempo los mecanismos adecuados para hacer efectivos tales derechos ante el orden jurídico local.

---

\* Abogado y notario de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Cursó el Doctorado en Derecho Internacional en la Universidad Libre de Bruselas. Magistrado de la Corte de Constitucionalidad. profesor universitario en Derecho Internacional y Derechos Humanos. Asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores. Ha ocupado puestos diplomáticos en Bélgica, Holanda, Naciones Unidas y fue embajador en los Estados Unidos. Publica artículos en revistas especializadas y periódicos. Es especialista en resolución alternativa de conflictos (RAC).

## 2. Naturaleza jurídica

Se trata de un convenio internacional regido tanto por el derecho internacional general como por el derecho interno del Estado parte en el convenio que lo haya ratificado de conformidad con las propias normas del segundo y del propio derecho internacional. Desde el punto de vista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (vigente en Guatemala), es un tratado internacional, ya que, según la propia Convención, ambos términos son equivalentes. Por ende, pertenece al derecho internacional convencional y, por lo tanto, se halla regido por el derecho internacional general. En otras palabras, ha nacido a la vida jurídica por un acto de voluntad del organismo del Estado que, de conformidad con su Constitución Política, tenga el *poder de celebrar tratados (Treaty making power)* y haya, además, satisfecho los requisitos exigidos por el derecho internacional general para su legal conformación (suscripción y firma). Habiendo nacido en esa forma en el derecho internacional general, *ingresa*, por así decirlo, al derecho interno, a través de un acto (aprobación o ratificación, según el país) de quien tenga, conforme el orden constitucional, el poder de legislar.

En el derecho guatemalteco, tal poder lo tiene el organismo legislativo, el que, si lo considera conveniente, emite una ley de aprobación. La aprobación legislativa implica que el instrumento internacional no se opone a la legislación vigente ni viola el orden público. Siendo así, el presidente de la República ya está en capacidad de ratificarlo, acto que implica que el tratado ha satisfecho todos los requisitos legales internos al efecto exigidos y que, por consiguiente, debe tenérselo como ley interna con todos los requisitos y características que la Constitución exige al respecto. Posteriormente, el presidente de la República procederá al depósito del instrumento respectivo ante la Organización Internacional que el tratado disponga, para que a su vez éste informe al resto de los Estados parte que es obligatorio en el país de que se trate.

Los requisitos anteriores ya se han llenado con respecto al Convenio 169 de la manera siguiente:

- *Denominación:* Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- *Organismo creador:* La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)
- *Fecha y lugar de creación:* Resolución adoptada el 27 de junio de 1989 en su 76.<sup>a</sup> asamblea, en Ginebra.
- *Entrada en vigor en el derecho internacional:* 5 de septiembre de 1991.
- *Aprobación:* Decreto número 9-96 del Congreso de la República, el 5 de marzo de 1996 (*Diario Oficial* del 28 de marzo de 1996).
- *Ratificación:* Decreto del 10 de abril de 1996 (*Diario Oficial* del 24 de junio de 1997).
- *Depósito:* OIT Ginebra, 5 de junio de 1996.

- *Vigencia en Guatemala*: 25 de junio de 1997.
- *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*: No hay a la fecha.
- *Doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad*: No hay a la fecha.

### 3. Opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad

Antes de la aprobación, el Congreso de la República decidió consultar la opinión de la Corte de Constitucionalidad con fundamento en la facultad que al efecto le confiere el artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

La Corte formó el expediente n.º 199-95 y emitió su opinión consultiva el 18 de mayo de 1995. El tribunal estudió el Convenio en forma global y luego lo hizo desglosadamente, en cada uno de los apartados que lo conforman.

Es importante hacer notar su opinión en los aspectos que se consideran más importantes para las finalidades del presente trabajo.

#### 3.1. Opinión general

La Corte sostuvo la constitucionalidad del Convenio. En otras palabras, encontró que no había incompatibilidad con la *Norma normarum*, en general, ni en ninguna de sus disposiciones.

#### 3.2. Aspectos específicos importantes

##### 3.2.1. Lugar que ocupa el Convenio dentro del ordenamiento jurídico

La Corte mantuvo el criterio de la infraconstitucionalidad de los tratados internacionales. Esta posición ya la había esgrimido en el caso *Ríos Montt*, en su sentencia del 19 de octubre de 1990,<sup>1</sup> y ha reiterado este criterio en sus sentencias del 12 de marzo de 1997,<sup>2</sup> 31 de octubre de 2000<sup>3</sup> y 28 de junio de 2001.<sup>4</sup> Son, pues, más de tres fallos en el mismo sentido, sin ninguno en contrario, lo que obliga a afirmar que la Corte ha integrado doctrina legal en el sentido indicado.

En esencia, la Corte sostiene:

1. Que los tratados en general y aquéllos sobre derechos humanos ocupan una posición *infraconstitucional* en el derecho guatemalteco. Más adelante, en apartado, específico se relaciona más ampliamente la manera como opera el artículo 46 de la Constitución en relación con lo expresado.

---

<sup>1</sup> Expediente n.º 280-90, *Gaceta* n.º 18, p. 99.

<sup>2</sup> Expediente n.º 131-95, *Gaceta* n.º 43, p. 47.

<sup>3</sup> Expediente n.º 30-2000, *Gaceta* n.º 58.

<sup>4</sup> Expediente n.º 872-2000.

2. Que los tratados que no se refieren a derechos humanos ocupan una posición *superlegal*. Ello es cierto, pero, a mi juicio debió la Corte haber fundado su afirmación en el artículo 149 de la Constitución, invocando el principio *pacta sunt servanda*, el cual está reconocido por virtud de dicho artículo. Al no hacerlo así, omitió una fundamentación muy importante.
3. Que los tratados sobre derechos humanos tienen igual rango que la Constitución de la República. Sin embargo, no dice en qué se basa su afirmación. Hay que notar que la Constitución, en el artículo 46, se refiere a *preeminencia* y ésta, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, es la “[...] ventaja o preferencia que goza alguien respecto de otra persona por razón o mérito especial”. Por lo tanto, al indicar la Corte que los tratados de esta clase se *constitucionalizan*, no está siguiendo de cerca lo que ordena el artículo citado, según el cual, como se advierte, debe dársele a esa clase de tratados una ventaja o preferencia por mérito especial.

La Corte afirma que de no pensar de esa manera se estaría admitiendo que la Constitución pueda ser reformada por mecanismos que no son los que ella misma indica para lograr ese propósito. Este criterio es equivocado, porque supone que al acordar a los tratados sobre derechos humanos un tratamiento *preeminente* se estaría modificando la Constitución, lo cual no es correcto, según se pone de manifiesto en apartado específico de este trabajo.

Finalmente, la Corte estima que el ingreso que hacen los convenios sobre derechos humanos al derecho interno se efectúa por virtud del artículo 44 de la Constitución y no por vía del 46. Lamentablemente, ese criterio confunde las fuentes del derecho internacional. En efecto, el artículo 46 se refiere al derecho internacional convencional, en tanto que el artículo 44 se refiere al derecho internacional general de los derechos humanos. En otras palabras, los tratados sobre derechos humanos hacen su ingreso al derecho interno por efecto del artículo 46, y *otros derechos humanos*, que no aparezcan en tratados ni en la Constitución, ingresan por virtud del artículo 44. Tal es el caso de los derechos humanos conocidos en la doctrina como *innominados*, que son los que no están regulados expresamente en la Constitución ni en los tratados sobre derechos humanos. No otra conclusión puede obtenerse del contenido tajante del artículo 44 en cuanto a que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, “aunque no figuren expresamente en ella son inherentes a la persona humana”. Ese artículo, pues, posibilita que el operador jurídico pueda ampliar el plexo de derechos humanos no sólo a los contemplados en las citadas fuentes —Constitución y convenios vigentes al respecto—, sino además a otras fuentes del derecho, tales como el derecho consuetudinario. De esa manera es posible que, en un caso concreto, en aras de brindar la máxima protección en la materia aludida, puedan aplicarse en forma directa derechos y facultades que no están comprendidos dentro del concepto *numerus apertus* a que se refieren la Constitución o los tratados vigentes sobre la materia.

### 3.2.2. *El uso del concepto pueblo en el convenio*

La Corte dijo:

[...] el término *pueblo* no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional, sino que debe entenderse como *pueblo*, según los conceptos del propio Convenio, aquellos sectores o grupos de la colectividad cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan del resto de la sociedad y que estén regidos por sus propias costumbres o tradiciones, así como los que descendan de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que perteneció el país [sic] en la época de la conquista o colonización [...]

La Corte consideró oportuno referirse al particular ya que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y también como un principio reconocido en el derecho internacional, los pueblos tienen derecho a su *autodeterminación*, y este concepto podría interpretarse como que el Convenio favorecería el criterio independentista de los pueblos indígenas de Guatemala, lo cual vendría a lesionar severamente la unidad territorial de la nación. Nada más alejado de la realidad. Por lo consiguiente, la Corte consideró preciso referirse a:

[...] El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados y ratificados por Guatemala disponen que todos los pueblos tienen derecho a su libre determinación y, en virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y cultural. Además, la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del catorce de diciembre de mil novecientos sesenta, que contiene la Declaración sobre la concesión de la independencia de los países y pueblos coloniales, regula el derecho de autodeterminación de los pueblos, reservando el ejercicio de este derecho a los habitantes de los territorios no autónomos o bajo administración fiduciaria pero hace expresa excepción de que no es aplicable ese principio a los pueblos de los países independientes ni puede atentar contra la integridad territorial de los Estados [...]

Al respecto, es preciso tener presente que la ONU en repetidas oportunidades se ha manifestado en el sentido de que el derecho a la libre determinación de los pueblos no puede ser invocado contra Estados soberanos e independientes y, por ende, no puede poner en peligro su integridad territorial mediante un criterio de secesión. También la ONU se ha pronunciado reiteradamente sobre que las minorías no pueden ser consideradas como *pueblos* y, en consecuencia, carecen del derecho a la libre determinación.

Lo dicho pone de manifiesto, pues, que no sería aceptable por la comunidad internacional que los pueblos indígenas guatemaltecos invocaran a su favor la autodeterminación y, por consiguiente, su independencia de la patria de la que inveteradamente han sido parte, ya que, como lo reconoció la Corte, el ejercicio del derecho a la libre determinación sólo es dable concebirlo en los habitantes de territorios no autónomos o sujetos a administración fiduciaria por medio de la ONU, cual naturalmente no

es el caso de Guatemala, como Estado soberano e independiente y miembro, además, de la organización de las Naciones Unidas.

### 3.2.3. *La Participación de los pueblos mediante mecanismos de consulta*

La Corte asentó:

[...] La Constitución prevé mecanismos de participación democrática a través de los cuales los ciudadanos pueden pronunciarse en cuestiones de elección de autoridades, respecto de decisiones de especial trascendencia y en aquellos casos, en que se haga necesaria su participación en planes de desarrollo urbano y rural, por lo que la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que conciernen a un pueblo indígena no vulnera ningún precepto constitucional, sino que reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala [...]

Ese derecho reconocido a los pueblos indígenas, desafortunadamente, nunca se ha reconocido en Guatemala. Existen infinidad de casos en los que se ha hecho obra pública, por ejemplo, en detrimento absoluto de los pueblos en cuya circunscripción se llevó a cabo, a los cuales se los cambió de lugar sin recabar previamente su opinión en forma democrática. Es deplorable, asimismo, que los afectados no hayan hecho uso de los mecanismos constitucionales idóneos para hacer valer sus derechos en juicio, ya que, como queda claro, estos derechos son del todo incuestionables.

### 3.2.4. *Las normas denominadas programáticas en el Convenio*

La opinión consultiva toma nota de la existencia en el Convenio de algunas normas programáticas que, en orden a su completa operatividad, requerirían de la intervención del legislador para desarrollarlas. Ello es cierto, y es el mismo caso contemplado en el artículo 70 de la Constitución. El legislador no ha actuado en cumplimiento de dicha norma constitucional. Sin embargo, *lex suplendi causa*, se dispone, afortunadamente, del Convenio 169, el cual, a no dudarlo, ha venido a constituirse en la legislación que desarrolla los principios contenidos en la Constitución con relación a los pueblos indígenas, en los artículos 66 a 70. Si bien ello es cierto, no se exculpa desde ningún punto de vista la inacción del legislador al respecto. En mi criterio, es factible usar los mecanismos constitucionales para exigirle el cumplimiento de estos mandatos.

Ahora bien, la doctrina es unánime en cuanto a no excusar al juzgador que se inhiba de aplicar las normas programáticas argumentando oscuridad o insuficiencia de éstas, y la Ley del Organismo Judicial en su artículo 15 es contundente al respecto. Por tal motivo, el Convenio 169 es vinculante para el operador jurídico, ya que, como se ha advertido, integra, sin ninguna duda, el orden jurídico guatemalteco.

### 3.2.5. *El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas*

Es preciso tomar nota, antes que nada, del concepto que se tiene de *derecho consuetudinario*. Es el derecho de la costumbre; es decir, el orden jurídico que se integra por virtud de la repetición constante en el tiempo y en el espacio de determinadas prácticas, con la convicción de que se está actuando en el cumplimiento de una obligación legal. Por tal motivo, para que se configure una costumbre, la jurisprudencia y la doctrina son unánimes en exigir la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, integrado por la repetición de una misma conducta en forma inveterada (*inveterata consuetudo*), y otro subjetivo, consistente en la convicción de que se está actuando jurídicamente, en concreto, por obligación (*opinio juris*).

El Convenio 169 establece que debe tomarse en consideración el derecho consuetudinario de los pueblos a 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*.

La Corte consideró:

El artículo 8 al señalar que al aplicar el derecho a los pueblos interesados deberán tomarse en consideración sus costumbres o derecho consuetudinario, no establece que se juzgará con base en esas costumbres sino que se tomarán en consideración éstas al momento de juzgar [...]

Esta interpretación restrictiva de la Corte contrasta con la amplitud con que había venido tratando el tema en su opinión consultiva. Es, pues, una lamentable regresión a criterios superados por ella misma.

Es preciso acotar que el Convenio obliga a *tomar en consideración*, y ello no debe interpretarse restrictivamente, sino todo lo contrario: con la amplitud que el propio Convenio confiere a la costumbre como fuente del derecho.

Como ya se advirtió en este trabajo, la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 2, reconoce a la costumbre como fuente del derecho y advierte que ella regirá sólo en defecto de ley aplicable o por delegación de ésta, con las salvedades que se referirán en breve. Nadie pone en duda la importancia de la costumbre en materia laboral (artículos 15, 20, 116 y 144 del Código de Trabajo) ni en materia mercantil (artículos 311 y 1022 del Código de Comercio); en ambos casos se cumple con la exigencia relativa a que se aplica una u otra costumbre por delegación expresa de la ley. Pues bien, es exactamente el mismo caso que la aplicación que se haría de la costumbre de los pueblos indígenas, por indicarlo así el artículo 8 del Convenio. La única excepción, según la Ley del Organismo Judicial y también según el Convenio, es que no se transgredan normas de categoría superior, como podrían ser las contenidas en tratados y convenios sobre derechos humanos, la moral o el orden público. Esta excepción a la aplicación de la ley competente está regulada por todo el orden jurídico guatemalteco

y no sólo para la costumbre, en el artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial. En igual sentido se pronuncia el decreto 79-97 que modificó el Código Procesal Penal.

En esa consecuencia, el operador jurídico actuaría de la siguiente manera: Primero, resolvería si en el caso concreto rige la costumbre por delegación de la ley (el Convenio 169 es también ley de la República, según ya quedó ampliamente explicado). Segundo, si tal fuere la situación, aplicarla, salvo que al hacerlo encontrara que se halla inmerso en alguna de las excepciones ya dichas. Si se actuó jurídicamente o no sería un problema a determinar por operadores superiores en jerarquía al que conoció primero. Como ya se advirtió, la no aplicación de la ley competente por virtud del concepto *orden público* se irá determinando poco a poco hasta llegar a constituirse en jurisprudencia o en doctrina legal.

### 3.2.6. *Preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*

La Corte puso de manifiesto la importancia del artículo 10 del Convenio, en el sentido de dar preferencia a distintos tipos de sanción contemplados dentro de la legislación en lugar del encarcelamiento, y al mismo tiempo privilegiar el reconocimiento de las particularidades de cada región para que, con base en las fuentes reales, surja la norma jurídica que más convenga al caso. Así por ejemplo, concluir que no es posible legislar de igual manera para indígenas del oriente de la República que del occidente, o bien de la costa sur. Por tanto, al legislar es deseable atender a los factores reales e históricos de las distintas regiones. De esa forma, cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

A este respecto es importante acotar que los juzgadores ya están reaccionando positivamente ante los mandatos relacionados del Convenio. En efecto, existen algunos fallos que privilegian este tipo de sanciones frente al encarcelamiento. Para el efecto conviene tener a la vista la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Tonicapán, el 25 de junio de 2003, de la cual se cita:

CONSIDERANDO: En el presente caso el Juzgador, al tomar en cuenta una de las principales características del derecho indígena (maya), es que es conciliador, porque a diferencia del derecho oficial, contempla las secuelas del “conflicto” sobre los implicados y la comunidad, por ello privilegia la conciliación, el acuerdo mutuo sobre la simple aplicación de la sanción al victimario, busca la reparación del daño ocasionado tanto espiritual como materialmente, contemplando tanto la situación de la víctima como la del victimario, lo que contribuye a restaurar según unas tesis, la armonía entre ambos [...]

Es el mismo sentido, hay que citar también el fallo del Juzgado de Paz Comunitario del municipio de San Andrés Semetabaj, departamento de Sololá, del 14 de abril de 2003, en su parte conducente:

V) Se permite a los condenados retribuir el daño causado, mediante la prestación de Servicio Social a favor de la comunidad, el cual consiste en la reforestación en terrenos de la finca agraviada [...] el cual será la siembra de doscientos árboles por cada uno de los sindicatos, dentro del plazo de treinta días, sin exceder dicha labor de ocho horas semanales, a partir de quedar firme el presente fallo, bajo pena de instruirle proceso por el delito de DESOBEDIENCIA a quien incumpliere dicha labor [...]

En igual sentido, la sentencia del mismo juzgado de fecha 10 de septiembre de 2003, en su parte conducente:

IV) Asimismo se le permite retribuir el daño caudado mediante la prestación de Servicio Social a favor de la comunidad del caserío [...] de este municipio, en caso de no conmutar la pena impuesta, consistente en ayudar a preparar el almuerzo escolar en beneficio de los niños de la escuela [...] del caserío [...] de este municipio, durante tres días dentro del plazo de quince días a partir de quedar firme el presente fallo bajo pena de instruirle proceso por el delito de DESOBEDIENCIA (sic) [...]

### 3.2.7. *Propiedad y posesión sobre la tierra*

Al respecto la Corte fue del criterio:

[...] la obligación de los gobiernos de respetar la importancia especial que para las culturas reviste su relación con las tierras o territorios, así como el hecho de reconocer a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan, se encuentra concurrente con los preceptos de los artículos 66, 67 y 68 de la Constitución [...]

Como se comprenderá, el tema relativo a la propiedad y posesión sobre la tierra es de incalculable trascendencia. Si bien la Constitución en una forma muy embrionaria reconoce a favor de los pueblos indígenas ese derecho, es importante resaltar que el Convenio 169 da un paso adelante al reconocerlo en forma expresa, en relación con las tierras que tradicionalmente ocupan, así como, el derecho de estos pueblos a no ser trasladados o reubicados sin su consentimiento y a regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron el traslado o la reubicación, con la advertencia de que, si el retorno no fuera posible, deberá compensárseles en los términos contemplados en el Convenio.

Hay que lamentar que en Guatemala el gobierno haya dispuesto innumerables traslados o reubicaciones de pueblos indígenas en abierta violación a los derechos que reconoce el Convenio. En este trabajo se acredita la operatividad de éste en tales casos. Por tal motivo, es del caso recomendar la utilización de los mecanismos previstos en la Constitución y en las leyes para la debida eficacia de estos mandatos.

Es preciso señalar, además, que con el Convenio no se pretende despojar a los legítimos propietarios o poseedores de las respectivas tierras. El Convenio se refiere a “las tierras que tradicionalmente ocupan”. Claro, si resulta que esas tierras ahora están siendo ocupadas por otros, el caso habrá de resolverse conforme las normas y

procedimientos establecidos dentro del marco del sistema jurídico nacional, como lo advierte el Convenio.

El tema, pues, es eminentemente controversial y objeto de litigios largos y costosos que quizás los interesados no estén en capacidad de afrontar. Sin embargo, hay que apreciar la labor que al efecto desarrollan en la actualidad algunas organizaciones no gubernamentales (ONG) en favor de las poblaciones más desposeídas. Por otra parte, esas organizaciones, utilizando el sistema jurídico nacional, podrían obligar al gobierno a poner en vigor planes de reivindicación o de concesión de tierras, cuando fuere el caso.

### 3.2.8. Interpretación extensiva del Convenio 169

La opinión consultiva es muy clara al respecto. Como instrumento de derechos humanos, su interpretación debe ser *extensiva* y jamás *restrictiva*, con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia. Tal criterio está absolutamente acorde con el artículo 2.º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, según el cual las disposiciones legales en esta materia deberán siempre interpretarse en forma extensiva, a fin de procurar la adecuada protección del citado plexo de derechos, así como el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

## 4. La jerarquía del Convenio 169 en la Constitución de la República

La mayoría de las Constituciones de los países ofrecen un orden jerarquizado de normas en el que aparecen no sólo aquéllas pertenecientes al orden interno, sino también al orden internacional. Ese orden, conocido también como *el principio de supremacía o suprallegalidad constitucional*, asegura a la Constitución la categoría de *norma prima o suprema*, de la cual se nutren las otras fuentes de la legalidad, tanto de derecho interno como de derecho internacional.

La Constitución guatemalteca no es la excepción, aunque esa *jerarquización* debe ser interpretada, en vista de que la norma fundamental no lo establece en forma expresa. Es decir, no existe un artículo que establezca dicho orden, siguiendo una norma después de la otra, en forma descendente en importancia. La Constitución sí establece que ella es la norma primigenia, al disponer en el artículo 175:

*Artículo 175. Jerarquía constitucional.* Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*.

Igual conclusión se advierte en el artículo 204:

*Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia.* Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el

principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Sin embargo, la conclusión se complica al analizar el artículo 46:

*Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional.* Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Se complica tanto, que hay juristas que han creído ver una contradicción entre el artículo 204 y el artículo 46. La contradicción no existe o, en todo caso, es más aparente que real, ya que ambas normas se están refiriendo a cosas distintas. En efecto, el artículo 204 contiene la regla general y el artículo 46, la excepción. Claro, no está dicho en forma expresa. Hay que deducirlo, pero esta última interpretación estaría apoyada por los artículos 3 y 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad —que es una ley constitucional—, los cuales preceptúan:

*Artículo 3. Supremacía de la Constitución.* La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno.

*Artículo 114. Jerarquía de las leyes.* Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Así como también en el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial que dice:

*Artículo 9. Supremacía de la Constitución y Jerarquía normativa.* Los Tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados y convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen de validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior.

El texto expreso de ambas disposiciones pone de manifiesto esa afirmación, ya que sienta una regla general: los tratados son infraconstitucionales, y una excepción: los tratados de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno. Esto equivale a asentar que tal especie de tratados son supraconstitucionales, pues, obviamente, la Constitución pertenece al orden interno y no al orden internacional. Más adelante se discurrirá sobre el particular.

Siendo así, el tema está planteado, sin perjuicio de otras argumentaciones que se analizarán más adelante para inclinarse hacia alguna de las distintas posiciones.

Está definido, pues, el tema de discordia entre constitucionalistas e internaciona- listas. Este trabajo pretende hacer la paz entre ambas posiciones antitéticas, llevando luz a una de ellas, y espera contribuir a zanjar la diferencia en una forma convincente y alejada totalmente de los apasionamientos propios del calor con que se defiende una y otra tesis.

¿Se incluye la Constitución en el concepto *derecho interno*? No, según precedentes de la Corte de Constitucionalidad. Se hace referencia a dos sentencias: la primera, fechada el 19 de octubre de 1990, en la cual, en lo conducente, la Corte dijo:

[...] esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe interpretarse 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 las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, *pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional* que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia constitución, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino —en consonancia con el artículo 2 de la Convención— por la del primer párrafo del 44 constitucional [...]

[...] El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución. (Artículos 44 párrafo tercero, 175 párrafo primero, 204, 277, 278, 279, 280 y 281 de la Constitución Política) Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que la contravenga [...] <sup>5</sup>

En la segunda, de fecha 12 de marzo de 1997, la Corte asentó:

[...] los tratados y convenios internacionales, en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hacer es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad [...] <sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Expediente n.º 280-90, *Gaceta* n.º 18, p. 99 (cursivas añadidas).

<sup>6</sup> Expediente n.º 131-95, *Gaceta* n.º 343, p. 47.

La Corte también se refirió al tema en la opinión consultiva del 18 de mayo de 1995. En lo atinente al tema, señaló:

En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico interno aquellas normas que superen al reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución, y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por lo tanto, no por vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44.<sup>7</sup>

Sí; es decir, sí se incluye la Constitución en el concepto derecho interno según el criterio de la Corte Suprema de Justicia, al dictar la sentencia de 12 de octubre de 1990, que resolvió en primer grado el amparo promovido por las organizaciones políticas Partido Institucional Democrático (PID), Frente de Unidad Nacional (FUN) y Frente Republicano Guatemalteco (FRG), contra el Tribunal Supremo Electoral. Señaló:

[...] esta Corte estima, que si bien en materia de derechos humanos los Tratados y Convenciones Internacionales prevalecen sobre todo el derecho interno, *inclusive la Constitución*, al analizar la denuncia que antecede se aprecia que el artículo 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en su numeral 2, establece que el ejercicio de los Derechos Políticos de todos los ciudadanos, exclusivamente se puede limitar por las razones en él contempladas [...]<sup>8</sup>

¿Cómo opera el artículo 46? Dicho artículo es una regla de conflicto y, por tanto, su naturaleza jurídica es indicar, entre varias, cuál es la ley competente. Opera dicha norma pues, igual que las normas de derecho internacional privado (*règles de rattachement*). Planteado un conflicto de leyes (*conflict de lois*), en uso de la regla de conflicto, el juez o cualquier operador jurídico escogerá la norma que indique la regla de conflicto. Así, por ejemplo, en un caso concreto, el juez encuentra que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por un lado, y el Código Penal, por el otro, tienen soluciones antitéticas. ¿Cuál norma debe escoger? No cabe la menor duda de que en aplicación del artículo 46 escogerá la norma que éste indica como competente; esto es, en el caso, la Convención Americana.

Ahora bien, el problema se complica cuando el conflicto se da entre la norma perteneciente al derecho internacional convencional de los derechos humanos (tratados y convenciones sobre derechos humanos) y la propia Constitución, que, como quedó afirmado, integra el concepto de derecho interno. Y no puede ser de otra manera. El orden jurídico es uno, pero para efectos didácticos se divide en dos: interno e internacional.

<sup>7</sup> Expediente n.º 199-95, *Gaceta* n.º 37.

<sup>8</sup> Expediente n.º 71-90. El resaltado es propio.

La solución no tiene por qué ser diferente: el operador jurídico, en cumplimiento del artículo 46, aplicará la norma proveniente del tratado o convención sobre derechos humanos. Para el caso en análisis, aplicará preferentemente el Convenio 169.

En ambos casos, la única salvedad, como también quedó asentado, es que no se disminuya, restrinja o tergiversa un derecho humano, sino que, todo lo contrario, se amplíe o beneficie, tal como lo exige el artículo 44.

Este argumento obliga a echar mano de la teoría del orden público. No es nada improbable que, ante el resultado chocante que resultaría de aplicar una norma internacional, el operador jurídico se vea obligado a invocar el orden público internacional —según la terminología usada por Bustamante— reconocido por la doctrina universal y, naturalmente, por el derecho interno. Concretamente, tal excepción a la aplicación de las leyes extranjeras está contenida en el artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial, que dispone:

*Artículo 44. Hermetismo del orden público.* No tienen validez ni efecto alguno en la República de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países, así como los documentos o disposiciones particulares provenientes del extranjero, si menoscaban la soberanía nacional, contradicen la Constitución Política de la República o contravienen el orden público.

Queda claro, pues, que lo que causa discordia es el término *preeminencia*, ya que en la concepción constitucionalista no es dable encontrar una norma arriba de la Constitución. Y ello es cierto si se piensa en conceptos tales como *arriba*, *abajo* y otros similares que eventualmente podrían herir susceptibilidades. El error está en pensar en esos términos, en vez de mantener la tesis de que el derecho no se mide ni se pesa; no son vocablos idóneos al efecto. En materia legal hay que determinar simplemente si una norma jurídica es competente o no lo es. Quizás el legislador constituyente no haya sido muy afortunado en su terminología, pues, si hubiera usado el término *competencia* en vez de *preeminencia*, tal vez el escrúpulo constitucionalista no existiría. Sin embargo, no hay que olvidar las motivaciones que obligaron al legislador constituyente a usar esa terminología. Estaba urgido por demostrarle al mundo, con la Constitución de 1985, que Guatemala se regiría en lo sucesivo por el más irrestricto respeto por los derechos humanos, en vista de la negra noche que recién había pasado, en la que se cometieron las atrocidades más incalificables a los derechos fundamentales de la persona humana. Por ello, sin duda, fue que se prefirió usar un término en vez de otro. Sin embargo, a la larga, lo que se quiso decir fue sencillamente que, en aras de la protección de la persona humana, deberá prevalecer la norma competente, salvo que al hacerlo el resultado sea inaceptable, situación en la cual deberá aplicarse la norma territorial.

Caso concreto: la Convención Americana (artículo 4.º, literal 5) establece que no se aplicará la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez y la Constitución (artículo 18, literal *b*) dispone que dicha pena no podrá imponerse a las mujeres. Aquí se tiene un caso concreto en que, de conformidad con el artículo 46, debería aplicarse

la Convención, pero, de hacerlo, se estaría restringiendo un derecho humano que está ampliamente garantizado en el orden interno y que por tal motivo debería prevalecer. Así, en aplicación de la teoría del orden público, recogida en la legislación guatemalteca, el operador jurídico haría inaplicación de la norma contenida en la disposición competente, que es la Convención, y por excepción de orden público aplicaría la norma más favorable; en este caso, la Constitución de la República.

Ésa es, pues, la manera como opera el artículo 46, como una norma indicadora de normas, designando competencias, salvo la excepción de orden público. No obedecer el mandato de dicho artículo aplicando la ley competente equivale a violarlo.

## 5. Conclusiones

El Convenio 169 de la OIT es un tratado internacional que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se halla regido por el derecho internacional general. Al propio tiempo, es vinculante en el derecho interno guatemalteco, ya que para el efecto satisfizo todos los requisitos exigidos por la Constitución de la República.

Su naturaleza jurídica es la de ser un tratado sobre derechos humanos, ya que su contenido se refiere a éstos, con relación a los pueblos indígenas, y a la manera como pueden hacerse efectivos ante el derecho interno.

Por ser un instrumento internacional referente a derechos humanos, se halla regido por el artículo 46 de la Constitución; por ende, su aplicación debe ser *preeminente* a cualquier disposición de derecho interno que se le oponga.

En el orden interno guatemalteco se halla incluida la Constitución y, por lo tanto, la aplicación del Convenio 169 de la OIT debe ser *preeminente* a ésta, en caso de conflicto entre las disposiciones de uno y otra, siempre y cuando, tal como lo exige el artículo 44 constitucional, los derechos humanos respectivos no se vean disminuidos, restringidos o tergiversados, sino que, todo lo contrario, con la aplicación del Convenio se vean ampliados y mejorados respecto a los que garantiza la Norma Prima.

El artículo 46 constitucional debe entenderse como una *regla de conflicto* en el sentido de que, cuando una disposición del Convenio entre en choque o conflicto con alguna norma del orden interno (incluida en ésta la Constitución), deberá prevalecer aquélla, siempre y cuando no limite, restrinja o tergiversarse los derechos y garantías indicados en la Norma Fundamental, pues si eso sucediere, de conformidad con ella, deberá aplicarse la norma más garantista; todo en aras de brindar en materia de derechos humanos la máxima protección, que es la teleología de la que están imbuidos tanto la Constitución como los tratados y convenciones sobre esa materia, aceptados y ratificados por Guatemala.

En el caso concreto del conflicto que eventualmente pudiere plantearse entre el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT (derecho consuetudinario indígena) y el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial (fuentes del derecho), deberá dársele la preemi-

nencia acordada en el artículo 46 constitucional al primero, por regular una materia internacional que tiene que ver con los derechos humanos. Sin embargo, el conflicto es más aparente que real, pues de conformidad con el citado artículo 2 de la LOJ la costumbre puede regir por delegación de la propia ley, que para el efecto es el artículo 8 del Convenio.

Podrá, no obstante, con apoyo, en el citado artículo 2 de la LOJ, argumentarse que dentro del derecho consuetudinario indígena algunas costumbres podrían ser calificadas como contrarias a la moral o al orden público y, por lo tanto, hacer prevalecer dicha disposición frente al artículo 8 del Convenio. Si se diere el caso, a mi juicio, es correcto invocar la moral o el orden público en referencia; todo estriba en que el operador jurídico razone adecuadamente su fallo. En materia de invocación del orden público —*lato sensu*—, éste se va formando poco a poco en casos concretos hasta llegar a constituirse en jurisprudencia o en doctrina legal.

El Convenio 169 de la OIT es ejecutivo por él mismo; en consecuencia, tiene fuerza vinculante *per se*, según lo argumentado en este trabajo, sin que sea preciso para su total operatividad emitir leyes o reglamentos de ninguna naturaleza que desarrollen sus principios.

Sin embargo, sí hay que reconocer que algunas de sus partes, por tratarse de normas programáticas, ofrecen cierta dificultad al operador jurídico al ser aplicadas al caso concreto. En tal virtud, sería recomendable que el legislador cumpliera el mandato contenido tanto en la Constitución como en el Convenio 169, relativo a emitir leyes que desarrollen el contenido de las referidas disposiciones.

Asimismo, con el objeto de evitar eventuales conflictos entre el derecho oficial y el derecho indígena, es harto recomendable que el legislador actúe emitiendo las disposiciones legales que armonicen ambos órdenes jurídicos. Esto no es nada nuevo; España, por ejemplo, ha emitido ya disposiciones que evitan los roces entre el derecho común y el derecho foral de las comunidades autonómicas, los cuales podrían, naturalmente, servir de importante fuente de inspiración.

Es deplorable la falta de conocimiento que existe en el medio guatemalteco sobre el Convenio 169 y sus ventajas. De esa cuenta, es recomendable incentivar las conferencias, simposios y talleres de trabajo que puedan realizarse para darlo a conocer. Las universidades, institutos y ONG relacionados con el tema pueden desempeñar un papel muy importante al promover tales eventos.

Ante la pasividad manifiesta del legislador en materia de derechos de los pueblos indígenas, corresponde a los jueces poner en operatividad la legislación existente, que, aunque deficitaria y necesitada de mayor desarrollo, garantiza, en principio, la protección legal de aquéllos.

Como corolario de lo anterior, corresponde también a tales pueblos, dada la ancestral discriminación de que son objeto, emplear con frecuencia los mecanismos constitucionales y legales de que disponen para hacer efectivos los derechos que la legislación les confiere.

El derecho consuetudinario indígena padece actualmente de imprecisión y de deficiencias conceptuales debido a una deficitaria labor de rescate que se ha llevado a cabo en forma insuficiente. Urge, por tanto, profundizar de manera competente ese rescate, antes de que se pierda definitivamente con el fallecimiento de quienes lo practican y lo transmiten de generación en generación.

En esa consecuencia, la labor de rescate del derecho consuetudinario indígena debe ser llevada a cabo con competencia y cuanto antes por historiadores, antropólogos, sociólogos y juristas, a fin de evitar su imprecisión y determinar cuándo se está frente a una *costumbre* que llene los requisitos que quedaron indicados en este trabajo, evitando de ese modo caer en criterios de *arbitrariedad*.

### **Bibliografía**

- Derechos humanos y cuestiones indígenas*, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuaderno de Estudio 40, 2003.
- GARCÍA, Rita, Marisol GARRIDO y Rebeca MONZÓN: *Convenio 169 de la OIT*, Universidad Rafael Landívar, Maestría en Derechos Humanos.
- ORDÓÑEZ REYNA, Ailyn: *Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad referente mujeres, indígenas y menores*.
- SAYED, Bachir Mustafa: *Los procesos de autodeterminación de los pueblos coloniales*, Universidad de Barcelona, 1997.
- STAVENHAGEN, Rodolfo: "En búsqueda del nuevo derecho indígena", en *Revue Québécoise de Droit International*, vol. II.I, 1998.
- VEGA GIRÓN, Astrid Beatriz: *El acceso a la justicia de las comunidades indígenas*, tesis, octubre del 2004.