

SEMINARIO SOBRE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURÍDICO OFICIAL

Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe

Guatemala, 2006

El documento se imprimió con el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer de México

CONTENIDO

Presentación	5
Antecedentes y justificación del seminario	
Objetivo General	6
Objetivos específicos	
Programa	9
INAUGURACIÓN Licenciada Carmen María de Colmenares Presidenta de la Junta Directiva de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES)	11
Licenciada Beatriz De León de Barreda Presidenta del Organismo Judicial y Corte Suprema de Justicia	
Doctor Demetrio Cojtí Programa de Valores Democráticos y Gerencia Política de Pueblos Indígenas de la OEA	
Doctor Rudolf Huber Director del Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe de la Fundación Konrad Adenauer, México	
El Derecho Indígena en Guatemala Licenciado John Schwank Durán Abogado e investigador	17
La experiencia mexicana en materia de justicia de los pueblos indígenas Doctor Juan Carlos Martínez Abogado y antropólogo mexicano	41
La experiencia colombiana en materia de justicia de los pueblos indígenas (interpretada y comentada por Licenciada Carmen María de Colmenares) Doctor Carlos Gaviria Díaz Abogado, ex-magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Colombia	53

Análisis de sentencias y resoluciones judiciales	71
Panel de experiencias de coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial	93
Licenciado Otto Marroquín Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1999-2004	
Punto de vista antropológico: derecho indígena y sistema oficial Doctora Guisela Mayén Antropóloga e investigadora	105
Exposición Licenciado Amílcar Pop Presidente de la Asociación de Abogados Mayas	113
Taller: Elaboración de propuestas para la coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial	133
Clausura Señora Antonia Buch Pen Vicepresidenta de la Junta Directiva de la Defensoría Maya Doctor Rudolf Huber	143
Participantes	147

SEMINARIO SOBRE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURÍDICO OFICIAL

Presentación

La FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER con sede en la ciudad de México, dentro de su Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe, apoyó a la Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Gobernación, Instituto de la Defensa Pública Penal, Ministerio Público, Policía Nacional Civil y Organizaciones Indígenas, en la realización del SEMINARIO SOBRE COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURÍDICO OFICIAL, que se llevó a cabo en la ciudad de Quetzaltenango del 31 de marzo al 01 de abril del presente año, dirigido a jueces, fiscales, defensores públicos, representantes de los pueblos indígenas e integrantes de la Policía Nacional Civil. La Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), colaboró en su organización y elaboró la relatoría del mismo.

Antecedentes y justificación del seminario

En apoyo de los compromisos expresados en los Acuerdos de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, así como en las recomendaciones específicas de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, relativas al acceso a la justicia, es necesario contribuir con los esfuerzos que se están haciendo para consolidar las alianzas estratégicas que contribuyan al fortalecimiento del ejercicio de las autoridades indígenas por medio de su empoderamiento y capacitación, en el marco del sistema de aplicación del derecho indígena.

Adicionalmente, los artículos 58 de la Constitución Política reconocen el derecho de la persona y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua y su costumbre.

Por otra parte, al aprobarse por el Congreso de la República de Guatemala el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Decreto 9-96), se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a que cuando sea aplicada la legislación nacional, se tomen en cuenta sus costumbres,

sus instituciones propias y a que se respeten los métodos a los que los pueblos indígenas recurren para resolver sus conflictos.

El reconocimiento de las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los diversos grupos étnicos, contenido en el Artículo 66 de la Constitución de la República de Guatemala, debe formar parte de los principios fundamentales del sistema jurídico oficial. En un país pluricultural se necesitan normas específicas para no penalizar las conductas de personas que provengan de marcos culturales diversos, y para que se respeten las distintas valoraciones sobre las conductas que ocurren en el marco de dicha diversidad, ya reconocida constitucionalmente. Tales normas permitirían a los jueces tomar en cuenta datos esenciales del contexto social y cultural en el que ocurren los hechos, para la resolución de los casos.

Desde hace más de 30 años, en diversos países latinoamericanos se ha plateado dentro de la Teoría de Delito (Zaffaroni, 1973 citado en Francia, 2001) el "error de comprensión culturalmente condicionado" (ver Recuadro 1). En Guatemala desde hace 13 años (Schwank, 1991:34), se han dado recomendaciones para que se incorpore a la legislación una norma que haga inimputables a los indígenas que cometan hechos delictivos por dicho error. Sin embargo, hasta ahora no se ha realizado ninguna modificación legal al respecto, el sistema jurídico del país hace abstracción de la diversidad cultural: investiga, juzga y sanciona a indígenas por hechos en los que dichas personas, por pertenecer a una cultura diferente no comprenden ciertas normas, ni el sentido moral o ético que las sustentan.

Generalmente los indígenas guatemaltecos involucrados en procedimientos penales desconocen sus derechos, carecen de una asesoría adecuada en su defensa jurídica y quedan reducidos a un estado de indefensión debido a la falta de comprensión del funcionamiento del sistema de justicia, el cual opera dentro de un contexto cultural ajeno al individuo indígena.

Para el desarrollo del seminario se fijaron los siguientes objetivos:

Objetivo General

Contribuir al fortalecimiento del Estado pluricultural y multilingüe mediante el desarrollo institucional de mayores capacidades de atención especializada a las poblaciones indígenas, según su normativa propia, así como del sistema jurídico oficial.

Objetivos específicos

Sensibilizar a los actores de la administración de justicia para que tomen en cuenta la diversidad cultural en la aplicación de la justicia, a efecto de evitar la criminalización de las prácticas culturales indígenas.

Propiciar el conocimiento y análisis de las experiencias de otros países en la coordinación del sistema jurídico indígena y el sistema jurídico oficial.

Esta publicación contiene las ponencias de los expositores internacionales y nacionales, así como las relatorías de los grupos de trabajo.

Confío en que el material que contiene este documento sea de utilidad para los magistrados y jueces que conforman la Corte Suprema de Justicia, los fiscales del Ministerio Público, los defensores públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal, agentes de la Policía Nacional Civil y autoridades indígenas y contribuya al fortalecimiento del Estado pluricultural y multilingüe mediante el desarrollo institucional de mayores capacidades de atención especializada a las poblaciones indígenas, según su normativa propia, así como del sistema jurídico oficial.

Licda.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares Presidenta de la Junta Directiva Asociación de Investigación y Estudios Sociales

Programa

Primer día

08:00 Inscripción

08:30	Inauguración
	Licda. Beatriz de León de Barreda, Presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia
	 Señora Antonia Buch, Vicepresidenta de la Junta Directiva de la Defensoría Maya Dr. Rudolf Huber, Director del Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe de la Fundación Konrad Adenauer de México
09:00	Conferencia sobre <i>El Derecho Indígena en Guatemala</i> , Lic. John Schwank Durán, Abogado e investigador
10:00	Preguntas y respuestas
10:30	Café
10:45	Experiencias de otros países en materia de justicia de los pueblos indígenas "E Dr. Juan Carlos Martínez, México "Dr. Carlos Gaviria Díaz, Colombia
12:30	Preguntas y respuestas
13:30	Almuerzo
15:00	Taller: Peritaje cultural como un mecanismo de acceso a la justicia. Análisis de sentencias y resoluciones judiciales
17:30	Café
18:00	Presentación de conclusiones

Segundo día

- 08:00 Panel: Experiencias de coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial
 - ∠ Lic. Otto Marroquín, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1999-2004.
 - ∠ Doctora Guisela Mayén, Antropóloga, experta en temas indígenas
 - Lic. Amílcar Pop, Presidente de la Asociación de Abogados Mayas
- 09:15 Preguntas y respuestas
- 10:00 Café
- 10:15 Taller: Elaboración de propuestas para la coordinación entre el derecho indígena y el sistema jurídico oficial

- 11:30 Presentación de conclusiones
- 12:00 Clausura y entrega de diplomas
- 12:30 Almuerzo

INAUGURACIÓN

Licenciada Carmen María de Colmenares Presidenta de la Junta Directiva de la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES)

Buenos días a todos y a todas. En nombre del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, les damos la más cordial bienvenida al Seminario sobre Coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial. Presiden la mesa principal la Presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, licenciada Beatriz de León de Barreda; el licenciado Demetrio Cojtí, en representación del pueblo maya; el doctor Rudolf Huber, Director del Programa Estado de Derecho para Centroamérica, México y el Caribe, patrocinador de este evento y nuestro expositor de la lección inaugural licenciado John Schwank Durán.

Como les fue notificado en las invitaciones que recibiera cada una de las instituciones que ustedes representan, los antecedentes de este seminario los encontramos en los compromisos contenidos en los Acuerdos de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas y Fortalecimiento del Poder Civil y función del Ejército en una sociedad democrática, así como en las recomendaciones específicas de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, en relación al acceso a la justicia. En consecuencia, es necesario contribuir con los esfuerzos que se están haciendo para consolidar las alianzas estratégicas que contribuyan al fortalecimiento de las autoridades indígenas por medio de su apoderamiento y capacitación, en el marco del sistema de aplicación del derecho indígena.

Adicionalmente, el artículo 58 de la Constitución Política reconoce el derecho de la persona y de las comunidades a su identidad cultural, de acuerdo a sus valores, su lengua y su costumbre. Por otra parte, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Decreto 996 del Congreso de la República), reconoce el derecho de los pueblos indígenas a que, al aplicarse la legislación nacional se tomen en cuenta sus costumbres, sus instituciones propias y que se respeten los métodos a los que los pueblos indígenas recurren para resolver sus conflictos. Es por ello que dentro de este marco están invitados magistrados y jueces del Organismo Judicial de la región occidental de Guatemala, agentes fiscales del Ministerio Público, defensores públicos del Instituto de la Defensa Pública Penal, miembros de la Policía Nacional Civil y por supuesto, autoridades indígenas para que, en un encuentro franco y sincero lleguemos de alguna manera a coordinar las acciones en cuanto a la resolución de los conflictos dentro del derecho indígena y las autoridades del sistema de justicia presentes esta mañana.

Cedo la palabra a la Presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, licenciada Beatriz de León de Barreda, quien les dará las palabras de bienvenida.

Licenciada Beatriz De León de Barreda Presidenta del Organismo Judicial y Corte Suprema de Justicia

Muy buenos días a todos. Señor Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Luis Fernández Molina; Señora Vicepresidenta de la Junta Directiva de la Defensoría Maya, Antonia Buch; Señor Director del Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe de la Fundación Konrad Adenauer, doctor Rudolf Huber; Señora Presidenta de la Junta Directiva de ASIES, licenciada Carmen María Gutiérrez de Colmenares; doctor Demetrio Cojtí, representante del Pueblo Maya; licenciado John Schwank Durán, señores Magistrados, Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Integrantes de la Policía Nacional Civil, autoridades indígenas, invitados especiales, señoras y señores.

Esta es una ocasión trascendental para la justicia guatemalteca porque seremos testigos de una iniciativa más de la Fundación Konrad Adenauer y la Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), que nos permitirá abordar la temática de la coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial, dirigido a operadores de justicia y a representantes de los pueblos indígenas.

Constituye un alto honor para la Presidencia del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, participar en este evento académico cuyo objetivo es contribuir al fortalecimiento del Estado pluricultural y multilingüe mediante el desarrollo institucional, así como sensibilizar a los actores de los administradores de justicia para que tomen en cuenta la diversidad cultural en la aplicación de ésta, evitando la criminalización de las prácticas culturales indígenas. El conocimiento y análisis de las experiencias de otros países en la coordinación del sistema de justicia indígena y el sistema jurídico oficial, propiciará, sin duda alguna, una mejor comprensión del tema; los incipientes avances del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, el peritaje cultura como un mecanismo de acceso a la justicia, el análisis de sentencias y resoluciones judiciales coadyuvarán en la elaboración de propuestas para sentar las bases de coordinación entre la justicia indígena y el sistema de justicia oficial.

La Corte Suprema de Justicia renueva su firme voluntad de buscar une efectiva coordinación y un manejo adecuado de los casos sometidos a conocimiento de los tribunales, pues es innegable la existencia de usos, costumbres y tradiciones indígenas que deben ser entendidos y resueltos en su justa dimensión.

El Estado guatemalteco reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones, instituciones y organización social de los pueblos indígenas, con el fin de conservar su identidad

y reconoce a las autoridades indígenas dentro de su propio sistema. Reiteramos además de lo anterior, que se deben observar los convenios internacionales ratificados por Guatemala, en los cuales se contienen disposiciones relativas a los pueblos indígenas, como lo es el Convenio 169 de la OIT relativo a Pueblos Indígenas y Tribunales en Países Independientes, el cual debe complementarse con el sistema jurídico nacional. Es innegable que en un país como Guatemala, multiétnico y pluricultural, debemos conservar la unidad del Estado y su indivisibilidad territorial, por lo que la voluntad política debe estar orientada a la promoción y defensa de los derechos humanos de todos los habitantes como máxima aspiración, y uno de ellos es el acceso a la justicia de todos los guatemaltecos.

Como Presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, reitero ante este honorable foro el compromiso de impulsar todas aquellas iniciativas tendentes a promover una convergencia de coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial y auguro desde ya, éxitos durante estos dos días de trabajo para que encontremos en el seno del debate y la discusión, orientaciones que reafirmen la coordinación entre el derecho indígena y el sistema de justicia oficial, inspirados en aquello que dice el libro sagrado de los mayas "Que todos se levanten, que nadie se quede atrás". Muchas gracias.

Doctor Demetrio Cojtí Programa de Valores Democráticos y Gerencia Política de Pueblos Indígenas de la OEA

(Saludos en idioma maya). Buenos días a todos (en idioma maya), gracias por aceptar la convocatoria (en idioma maya) y ojalá que todo lo que aquí abordemos les pueda ser útil en su trabajo. Señoras y señores de la mesa directiva y autoridades públicas, sociedad civil presente, bienvenidos aquí a este evento de Coordinación entre el Derecho Maya y el Derecho Oficial, para nosotros los pueblos indígenas es de gran complacencia participar y ver el desarrollo de este evento pero sobre todo participar para que se resuelvan algunos de los nudos, algunos de los problemas que no están todavía resueltos en relación a los dos sistemas jurídicos que tiene el país, reconocemos que los Acuerdos de Paz fueron firmados y señalaron que Guatemala es multilingüe, multiétnica y multicultural pero como todos sabemos, no todas las demandas indígenas fueron incluidas en los Acuerdos de Paz y una de esas demandas fue el que sea reconocida la multijuridicidad de este país, también el hecho de que hayan varios sistemas jurídicos, no fue incluido.

Sin embargo, reconocemos en los derechos de los pueblos indígenas, los dos derechos específicos más importantes: el Derecho de Representación y el Derecho de Autogobierno, es probable que el derecho de autogobierno no esté reconocido en los Acuerdos de Paz, sin embargo es en ese marco el que tiene que ser considerado el derecho de los pueblos indígenas, sus autoridades, sus normas y desde luego la elección de esas autoridades y los principios que se aplican a través de esas normas jurídicas.

Agradezco a los que me han nombrado como representante del Pueblo Maya, no soy representante, no he sido electo, trato de ser un miembro honorable de ese pueblo. Dicho esas palabras y aceptando la invitación de la mesa directiva, damos por inaugurado este evento.

Doctor Rudolf Huber

Director del Programa Estado de Derecho para México, Centroamérica y el Caribe de la Fundación Konrad Adenauer, México

Muy buenos días, honorables miembros de la mesa de honor, estimados participantes en este seminario y muchas gracias por cederme la palabra con motivo de la inauguración de este seminario sobre Coordinación entre Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial, aunque no he venido en función de ponente sino más bien de estudiante, porque es una materia en la cual no tengo mucho conocimiento; he venido más bien a escuchar para aprender. Si me permiten haré unas reflexiones generales y daré los motivos por el cual el Programa Estado de Derecho está promoviendo este tipo de actividades.

El principal objetivo de la justicia es restablecer la paz social que se ha visto irritada, que se ha visto perturbada por actos antijurídicos, esta es su razón de ser y su principal función, reestablecer la paz social y por eso se crearon los organismos judiciales, tribunales, juzgados, los centros de mediación etc., pero éste es el esquema que conocemos los que vivimos la cultura occidental, que se basa en la cultura jurídica que hemos heredado de los griegos y de los romanos, pero esa no es la única forma de ejercer justicia, hay otras formas de buscar y reestablecer la paz social, no menos válida o efectiva y durante mucho tiempo la justicia indígena no ha sido reconocida, incluso fue ignorada por parte de las autoridades.

A partir de la firma del Convenio 169 de la OIT que mencionó también la licenciada Carmen María de Colmenares al principio, los Estados parte están obligados a reconocer los usos y costumbres de los pueblos indígenas y por otro lado, ese convenio establece la obligación de facilitarles a los pueblos indígenas el acceso a la justicia estatal, reconociendo sus usos y costumbres, sus particularidades culturales del sistema jurídico oficial.

Se busca por lo tanto, una mejor armonía entre los dos ordenamientos jurídicos tan distintos en la forma pero tan parecidos en su función de objetivos. El objetivo de este seminario es buscar vías para lograr esta coexistencia armónica, me alegro que hayamos logrado reunir a tantos ilustres personalidades y expertos en la materia de Derecho Indígena y me alegro también que nos acompañe en este seminario, el doctor Juan Carlos Martínez, que viene desde México para compartir la experiencia que ha tenido en los estudios de los pueblos indígenas, de la justicia de los puebles indígenas en el Estado de Oaxaca. Sabemos que el Estado de Oaxaca, México, está muy avanzado en su legislación pero creo que en cuanto a la aplicación, como nos indicará el doctor Martínez, tienen mucho por recorrer.

En ese sentido, lamentamos también que no hayan podido venir los expertos que hemos invitado de Colombia y de Ecuador, pero creo que con la experiencia del doctor Martínez, también vamos a tener un reflejo de una realidad similar en otro país. El derecho comparado tiene en este ámbito una doble vertiente, la comparación entre el derecho estatal y el derecho indígena por un lado y la comparación entre los derechos estatales, en materia de reconocer los derechos indígenas por el otro lado.

El programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, fue fundado para lograr mejorar los mecanismos de las instituciones democráticas del Estado de Derecho como base de cualquier sistema democrático y, en este sentido, damos mucho énfasis en el poder judicial independiente, justo y basado en leyes procesales que reflejan al país y que implementan los mandatos constitucionales y los tratados internacionales en materia de derechos humanos; en ese sentido creo que es muy importante enfocarse también en los pueblos indígenas, como una gran parte de la población que hasta muy recientemente se ha reconocido, se ha detectado como un grupo que necesita una especial atención para lograr un mejor acceso a la justicia.

En ese sentido trabajamos estrechamente con ASIES y le agradecemos mucho su empeño, su organización, su profesionalidad en organizar este tipo de eventos como el seminario que celebraremos hoy y mañana, y agradezco a todos los ponentes por acompañarnos para lograr los objetivos de este seminario, y a ustedes los participantes que van a enriquecer este debate y ojalá lleguemos a las conclusiones concretas que a mí me sirven también mucho para aprender y ver de qué forma el Programa Estado de Derecho, juntamente con ASIES pueden seguir fortaleciendo los derechos indígenas, fortaleciendo y facilitando el acceso de los pueblos indígenas a la justicia estatal.

Les deseo mucho éxito en este seminario y les agradezco mucho su atención. Gracias.

Licenciada Carmen María de Colmenares

Continuando con el desarrollo de nuestro programa corresponde la lección inaugural de este seminario al Lic. John Schwank Durán, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala, con una amplia trayectoria desde su ámbito profesional, académico, como invitado internacional a diferentes cónclaves, ex-presidente del Colegio de Abogados y Notarios, exmagistrado del Tribunal Electoral de Guatemala y otros muchos cargos en los que el Licenciado Schwank se ha distinguido por su especial sensibilidad a la problemática nacional y como un investigador profundo de esta temática desde hace más de 15 años. Damos la bienvenida al Licenciado Schwank Durán.

El Derecho Indígena en Guatemala

Licenciado John Schwank Durán Abogado e investigador

Muy buenos días, quiero agradecer la presencia de la señora presidenta del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, creo que para ASIES, de la cual me siento orgullosamente miembro desde hace muchos años, es un honor que nos acompañe la Señora Presidenta, también quisiera saludar a los representantes de los grupos mayas que nos acompañan, en especial a la señora presidenta de la Defensoría Maya, al licenciado Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y a todos ustedes colegas, jueces, amigos, señores de la policía, señores de la Defensoría Pública, del Ministerio Público que estén presentes, es siempre para mí un gusto encontrarme dentro del grupo de colegas.

En primer lugar el tema es de por sí conocido, ya se ha estado trabajando y divulgando durante muchos años en Guatemala la necesidad de integrar o al menos deslindar los dos sistemas para que no haya conflicto, me refiero en concreto al sistema oficial de administración de justicia y al sistema indígena de administración de justicia, porque los dos administran justicia y entonces hay que buscar la manera de evitar los conflictos.

El día de hoy les voy presentar un esquema general y los casos que han sido digamos paradigmáticos, que han cambiado de alguna manera el sentir o el pensar tanto de las autoridades mayas como de las propias autoridades oficiales y en este sentido quiero hacer una pequeña diferencia. las autoridades mayas tienen dos mil años, o más de dos mil años de estar aplicando un sistema de administración de justicia y el Organismo Judicial hasta hace pocos años comenzó a aceptar la existencia del sistema de derecho maya, entonces allí lo que creo yo que hay que reconocer es la voluntad del Organismo Judicial precisamente para acomodar su manera de actuar, su manera de ser y de sentir hacia el respeto a las decisiones que tomen las autoridades mayas, ya la Constitución Política de la República reconoce la diversidad como el aspecto que nos enriquece y no como un problema. Conforme a los últimos datos estadísticos del años 2000, el Instituto Nacional de Estadística reporta 41% de la población como Pueblo Maya, por supuesto que no solamente tenemos el pueblo maya en Guatemala, también tenemos el pueblo garífuna y tenemos el pueblo xinca; en cuanto a los garífuna no voy a hacer referencia a ellos porque sólo conozco una tesis de graduación de abogado de un garífuna que escribió sobre la costumbre de la pesca marítima, recordemos que viven a la orilla del mar y es el tema que les interesa pero no

he encontrado ninguna otra información sobre el tema del derecho garífuna. El cuanto al xinca sucede lo mismo, no conozco absolutamente ningún documento que haga referencia al derecho xinca y por lo tanto tampoco voy a hacer mención de éste.

El principio que tenemos aquí señalado de igualdad es el principio aristotélico conocido por todos en el sistema jurídico, la igualdad es entre iguales y que si se trata en una forma desigual a los iguales hay discriminación, igual cuando se trata a los que no son iguales como que si lo fueran, ese es el principio aristotélico y ya la Corte de Constitucionalidad ha dictado sentencias en ese sentido cuando se habla de casos de discriminación y ha sido categórica, la Corte fue categórica al decir que el Convenio 169 no viola la Constitución de la República de Guatemala y que por lo tanto podía ser ratificado, lo cual sucedió posteriormente cuando el Congreso de la República lo ratificó y fue aprobado.

Indudablemente a partir de esa sentencia de la Corte de Constitucionalidad, luego de la ratificación y aprobación, el convenio se incorpora a todo el sistema jurídico nacional, también sentencias de la Corte de Constitucionalidad señalan de que como se trata de un convenio sobre derechos humanos, prevalece sobre todas las leyes ordinarias de la República, sobre lo único que no prevalece es sobre la propia Constitución, entonces hago un poco de énfasis en esto porque realmente los avances que se han dado en el reconocimiento al derecho maya, proviene precisamente de la aplicación del Convenio 169 de la OIT, entonces es importante porque se evita la discriminación en materia judicial cuando se aplica.

Guatemala es un país pluricultural y entendemos que deberían existir normas para no penalizar las conductas de personas que provengan de marcos culturales diversos, en el caso concreto de los grupos mayas, que provienen de un sistema diverso, de una cultura de la cual ellos sujetan su propia conducta, un sistema diverso, un sistema cultural distinto del sistema occidental que la población ladina utiliza y aplica en nuestro país.

Como les decía antes, cuando se habla de los pueblos mayas el INE señala que ellos son un 41% de toda la población del país, una tercera parte aprendió a hablar en el idioma distinto del español y éste es su segundo idioma, el 68.3% reside en el área rural, 31.7% en pueblos o ciudades y 77% de los habitantes de los pueblos mayas están en situación de pobreza, ¿cuáles son los límites que han existido tradicionalmente para la aplicación de la justicia dentro de las comunidades mayas? En primer lugar la administración de justicia oficial se encuentra ubicada en las áreas rurales, únicamente en las cabeceras departamentales y municipalidades; cantones y poblados lejanos de estos centros urbanos no tienen un acceso fácil y directo a la administración de justicia; el proceso se desarrolla en español, por escrito y es un proceso lento y al ser un proceso formal, escrito y en español no le permite a la población indígena conocer lo que está resolviendo.

En muchos casos el Organismo Judicial exige el auxilio de un profesional, los profesionales están ubicados en los centros urbanos, no están dispersos, entonces los indígenas que pudieran

acudir ante los organismos del Organismo Judicial para ser asistidos en sus necesidades se encuentran conque no hay abogados que conozcan su idioma ni sus costumbres, no hay abogados que puedan servir de medio de comunicación y si los hay son pocos, los juzgadores generalmente son monolingües y estamos en un país multilingüe; creo que si se hiciera una encuesta dentro del Organismo Judicial para ver cuántas personas dominan además del español alguna de las lenguas o de los idiomas indígenas, estoy seguro que el resultado va a ser muy pobre, inclusive cuando nosotros vemos los órganos de administración de justicia como el Organismo Judicial, Ministerio Público, Instituto Defensa Pública Penal, Policía Nacional Civil, encontramos que en el OJ hay autoidentificados como indígenas solamente 10% a pesar de que la población es de un 41%.

Por supuesto que esto podemos atribuirlo a que muchos profesionales indígenas tal vez no quieren estar en el OJ, podemos atribuirlo a que hay pocos profesionales indígenas, porque hasta para ser profesionales los obligamos a utilizar solo el español, entonces estas son limitantes que van afectando la relación entre el sistema indígena y el oficial, y cuando menciono el 10% del OJ, éste está debajo solamente de la PNC. que contempla una contratación de aproximadamente un 20% de indígenas. Sin embargo habría que saber si están en puestos de mando o no, porque eso sería lo interesante, lamentablemente la información nunca fue proporcionada por la PNC cuando se le solicitó, pero es la institución que colabora en la administración de justicia que más indígenas tiene contratados.

Ya mencionamos que se ignora la diferencia étnica. También la Constitución de 1985 nos causó un problema cuando suprimió la función de los alcaldes como jueces de paz, que desde el punto de vista del OJ fue una decisión sana, pero a la larga todas las poblaciones indígenas donde existía el sistema de las alcaldías auxiliares se vieron afectadas al no poder ser ellas las que colaboraran en la administración de justicia, sin embargo cuando se modificó el Código Penal, se crearon los tribunales comunitarios, a los cuales vamos a hacer referencia un poquito más adelante en forma específica, (artículo 552 bis).

En general, los tribunales comunitarios dictan sus sentencias basadas en el Código Penal, formato tradicional que conocemos los abogados en las sentencias: los hechos, considerandos, citas de leyes y el por tanto, son resoluciones dictadas en español y no resuelven como los usos y costumbres, que es lo que la norma pretendía. Los cinco tribunales comunitarios que son todavía tribunales experimentales a pesar de que fueron creados hace bastantes años, siguen teniendo la misma categoría, pues no hemos visto que hayan resuelto los problemas de las comunidades indígenas por medio de los tribunales comunitarios.

Vamos a ver un caso especial y específico aun ya juzgado por los pobladores al hechor de algún hecho delictivo, el tribunal comunitario o el tribual de instancia también quiere intervenir y muchas veces interviene ordenando la captura de las mismas personas que ya fueron juzgadas por la propia comunidad. Más adelante vamos a ver un caso concreto.

Siento que en el OJ no todos están compenetrados del problema de la necesidad de la existencia del pluralismo jurídico, es decir los abogados somos necios, nos cuesta aprender, nos cuesta innovar y entonces yo siento que en el OJ no se ha dado suficiente importancia a la necesidad de que los funcionarios del OJ conozcan el pluralismo jurídico. Esta es una magnífica oportunidad que todos ustedes tienen para irse compenetrando del sistema y para aquellos que les interesa profundizar sus conocimientos, como señala el PNUD, no hay un acuerdo sobre la validez y vigencia del orden jurídico maya, en relación al sistema estatal.

Hablamos ahora del derecho consuetudinario. El nombre tal vez, es lo de menos, en otros lugares no les gusta este nombre sino lo utilizan por ejemplo en los pueblos originales, en Canadá así se habla del derecho, se habla del derecho de los originales no del derecho consuetudinario y la razón por la que los países anglosajones no quieren usar el derecho consuetudinario es porque ellos a través del sistema jurídico usan también la costumbre como fuente de su derecho. En Guatemala no tenemos la costumbre en general como fuente de derecho sino tenemos ley escrita, entonces es más fácil entender el término derecho consuetudinario para aplicarlo en derecho maya; por supuesto que cuando hablamos de este derecho maya, no soy yo la persona adecuada para decir a ustedes cuáles son todas sus características o la filosofía de ese derecho maya.

Así que les transmito algunos comentarios que le escuché a Manuel Salazar Tetzagüic: en algún momento habla de las personas del Consejo y celebrar Consejos con y por el pueblo, como una filosofía fundamental que le da origen al derecho maya. En un principio hablamos de una cultura distinta, de poblaciones con culturas distintas, como Guatemala podría decir, ya que tenemos la población ladina con costumbres occidentales, la cultura maya, la cultura xinca y la cultura de la gente Livingston, pero, cuando se criminalizan las prácticas culturales podemos encontrar y cometer una serie de errores o, fanatizar algunas actividades que son delictivas, pero como nuestra cultura es distinta nos choca, nos molesta y entonces pretendemos controlarla y satanizarla, castigarla, porque no queremos aceptar muchas veces la diferencia cultural que existe, es una cosmovisión distinta, una manera de pensar distinta, una manera de sentir distinta, una manera de integrarse a la comunidad o a la sociedad a la cual pertenece, según las implicaciones que puedan haber a su alrededor; nosotros tenemos distintas condiciones de las de los pobladores mayas, entonces nuestra cultura es distinta y como digo, que hay que tratar de eliminar esa satanización.

Cuando hablamos de las distintas culturas, los antropólogos hablan del error de comprensión culturalmente condicionado, dicen que el error no le permite a la persona conocer y comprender la prohibición de la norma si la entiende, no sabe por qué existe esta prohibición, no comprende por qué su conducta es ilegal. Anoche platicábamos del caso de indígenas capturados en un bosque por sacar resina para su incienso y realmente, esta persona que es capturada no entiende por qué fue capturada, "estoy haciendo lo que he hecho tradicionalmente, lo que han hecho los mayas tradicionalmente durante dos mil años, hay que llevar poma, hay que llevar incienso, entonces hay que ir a traerlo al bosque, y en el bosque me capturan porque yo estoy entrando

ilegalmente al bosque que es particular, o yo entré a un bosque que es de la comunidad y alguien me pone una denuncia porque yo no tengo, porque estoy llegando a sacar la resina de los árboles", estamos en un caso claro de una persona que se le puede explicar que existe una prohibición de entrar al bosque, que hay una prohibición de cortar el árbol sin la licencia, que destruye el impacto ambiental y todo lo demás que le pueden exigir y sin embargo, es castigado, es decir, está siendo castigado por seguir su costumbre, por seguir una tradición que lo manda su cultura misma.

También puede existir una conciencia disidente o autoría por conciencia. El sujeto experimenta como deber de conciencia cometer el acto ilegal, volvamos al mismo ejemplo anterior, si él sabe que es prohibido entrar, él sabe que puede ser detenido, pero a pesar de eso yo tengo que obtener la resina, entonces voy a entrar a pesar de todo esto, lo que hace es desobedecer la norma legal pero es una norma legal que atenta contra su cultura o si el sujeto tiene un patrón general de valores distintos a los del derecho penal, eso es un problema más complejo porque muchas veces hay ciertas actuaciones dentro de la costumbre y la cultura de los pueblos mayas, que puede producir un acato ilegal.

Anoche hablábamos de una novela escrita sobre un caso real sucedido aquí en Quetzaltenango, de la licenciada Saravia; el libro se llama "Me jodió el ladino", tal vez muchos de ustedes conocen la novela y precisamente, es un indígena que mata a un grupo, pero él dice que el grupo ya mató a mis hijos, ya mató a mi señora, me va a matar a mí, entonces reacciona y como diríamos los Abogados, viene y reacciona con todos los agravantes, hay premeditación, dice él que lo esperó donde la otra persona se detenía para hacer sus necesidades fisiológicas, o sea que está incapacitado de defenderse y con saña lo mata con machete, y a él el tribunal lo condena; estoy hablando de un caso sucedido en los años 50, el tribunal lo condena y lo condena lógicamente por homicidio, pero cuando él es condenado y se le pregunta ¿y usted porque ésta preso?, la respuesta es "me jodió el ladino", es decir él no entendió nunca ni aceptó que lo que él hizo no era legítimo, no era una legítima defensa. Esas situaciones pueden darse como les digo a lo drástico, a generar un homicidio, sin embargo hay que ver si el patrón de valores era el mismo que defiende el derecho penal o era distinto.

Eso nos lleva a buscar el peritaje cultural, es un medio de prueba y un auxilio para el Juez, todos sabemos que los peritos pueden ser uno o varios expertos, la definición que traigo es la definición del derecho civil de Guasp: la persona que declara sus datos procesales, que conoce procesalmente. El Instituto Indigenista Mexicano lo define como el conjunto de normas, valores, símbolos, conocimientos y prácticas de la vida en sociedad y él por supuesto que como cualquier perito, debe tener conocimientos especiales en un arte u oficio, ciencia o cultura determinada, en este caso pues pretenderíamos que el perito cultural conociera las costumbres de los pueblos mayas y en especial, los de algunas comunidades que pueden tener diferencias con otras comunidades en cuanto a los principios culturales.

¿Qué hace el perito? Ilustrar y explicarle al Juez, darle criterios para que pueda tomar su decisión con un elemento adicional, por supuesto que aquí me podrían decir ustedes los jueces: pues mire, es que nadie pidió que se llamara un perito, yo digo que el Juez lo puede mandar a llamar si él considera que es importante para él conocer la diferencia entre la cultura indígena y la cultura ladina, pero es una decisión personal, a mí me interesa conocerla porque me hace mejor funcionario, me hace mejor juez y voy a ser más justo y voy a tener una serie de casos que voy a presentar.

Es un trabajo que hicimos con la doctora Guisela Mayén, se menciona una serie de casos a los que me voy a referir:

El primer caso que se conoce donde se ha utilizado el peritaje cultural. Un indígena quiché es capturado por fabricación clandestina de "cusha" que él lleva al Maximón de Santiago Atitlán y cuando llega, es capturado y procesado dentro del sistema oficial, simple y sencillamente por el delito de fabricación ilegal del aguardiente (contrabando de licores), el Juez lo deja libre bajo condición de presentarse todos los viernes al Tribunal, interviene la Defensoría Indígena del Instituto de la Defensoría Pública Penal y propone al Juez de Instancia que participen autoridades mayas locales lo cual se acepta.

La comunidad propone la intervención de un Cofrade experto en el culto a Maximón y éste dictamina que es necesario que los devotos y cofrades hagan oferta de "cusha" para celebrar el culto, tal como lo había hecho el detenido, podemos preguntarnos ¿y por qué no compró el aguardiente en una cantina y se lo llevó a Maximón?, porque debe ser fabricado personalmente por los interesados en la ofrenda, porque de esa manera consideran que sus peticiones a Maximón van a ser atendidas mejor, entonces no es de irlo a comprar, eso es cómodo, hay que fabricarlo y eso fue lo que dijo el experto, entonces el Juez resolvió dejar libre al detenido y ordenó que el licor confiscado fuera entregado a la Cofradía de Maximón.

Tenemos otro caso, que fue coordinado entre las autoridades oficiales e indígenas en Totonicapán: tres indígenas son capturados por robo, la comunidad los va a linchar, las autoridades indígenas evitan el linchamiento y coordinan con el Juez de Instancia, el Ministerio Público y la Defensoría Indígena para que sean autoridades indígenas quienes conozcan el caso, el Juez permite que sea sometido a las autoridades indígenas. Me pueden decir ustedes si el Juez incumplió sus deberes, yo les diría no; si seguimos los principios del Convenio 169, por supuesto que dentro del esquema oficial nacional, dirían que es un Juez que no cumplió con sus deberes porque su obligación era juzgarlo el mismo, pero conforme el Convenio 169 él puede pasar encima de las normas ordinarias de Guatemala y aplicar el Convenio en materia sobre derechos humanos, pues los tratados, convenios, tienen preeminencia sobre todas las leyes ordinarias del país. Basado en dicho convenio el Juez declina su competencia para decirlo en términos jurídicos y acepta que sean las autoridades los que juzguen. Se levanta un acta donde se explica todo el procedimiento que inicia con la oración comunitaria, se da la bienvenida y se señala que el

objetivo del juicio va a ser de equilibrio, paz y tranquilidad, hay reflexiones sobre la justicia, se hace mención y referencia a lo que a aparece en el título de los Señores de Totonicapán y se insta a los detenidos a que pidan perdón a las familias, a la comunidad y a las autoridades. En aplicación del Derecho Maya, en este caso, se les aplica treinta días de trabajo, con la advertencia que si uno de los tres huye y no cumple con el trabajo comunitario, los otros dos van a tener el trabajo que el dejó de hacer para obligarlos a que los tres estén trabajando en conjunto. En este caso, el Juez de Primera Instancia sobresee el proceso, citando el Estatuto de Roma y el Convenio 169.

Hay otro caso también en Totonicapán: se captura a las personas por el robo de un vehículo (un pickup); al dueño se lo llevan para robarle el dinero que llevaba, después desmantelan el vehículo, lo van a vender por partes a las hueseras y al final, queman el vehículo. Uno de ellos se presenta arrepentido ante las autoridades mayas, las que le piden que diga quiénes son sus cómplices; por medio de la Defensoría Indígena se presenta el ofensor, el ofendido y las autoridades tradicionales y van llegando poco a poco los demás partícipes del robo, quienes confiesan y piden perdón. Este es un caso donde intervino la televisión, estuvieron filmando todo el proceso de las autoridades del lugar y, me imagino que ante el escándalo de la filmación, es el Juez de instancia de Quiché quien ordena la captura del que confesó, del que reveló quiénes eran los otros culpables y no solamente ordena la captura sino que los sentencia y condena sobre la base de su propia confesión, a pesar de que antes fueron condenados por la comunidad a golpes con ramas de ciprés. En este caso el condenado interpone recurso de casación y la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia casa el fallo y dicta sentencia y lo absuelve porque el Juez no había observado la preeminencia del Convenio 169 y porque el condenado ya había sido castigado por la comunidad, es decir aplicación del principio de non bis ibidem, respetar lo que hizo la autoridad comunal. El Juez de Instancia en este caso debió haberse inhibido de conocer y reconocer que había sido condenada la persona por el derecho consuetudinario aplicado conforme el Convenio 169 de la OIT y repito, ley de la República de Guatemala. Yo diría que este es un caso paradigmático y muy, muy importante, porque encontramos por primera vez que el Organismo Judicial a través de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconoce la existencia del derecho consuetudinario, yo diría que este caso debería ser un caso de estudio en todas las facultades de derecho para que de ahora en adelante se reconozca cuál es el criterio que se utiliza.

Vamos a hablar nuevamente de los juzgados comunitarios, se nombran como jueces comunitarios a tres personas de reconocida honorabilidad. Consultando previamente con autoridades comunitarias, no existe un procedimiento de cómo hacer la consulta, me imagino que la decisión la tomará el Alcalde, quien llamará a algunos de los cofrades o algunos de los mayores para que éstos sean los que participen en la toma de decisión. Señalo en una forma crítica que los juzgados comunitarios actúan en español y aun cuando las personas que integran el Tribunal deben conocer el idioma local, sus resoluciones se basan en el arreglo directo o sea la conciliación, buscan conciliar a las partes y que no haya litigio, que se pueda aplicar el principio de oportunidad

para no tener que dictar sentencias de privación de libertad. Se recibe la primera declaración del imputado, se dictan las medidas coercitivas y lo ponen a disposición del Juez de Instancia los tribunales comunitarios deben resolver con arreglo a los usos, costumbres, equidad y los principios generales del derecho cuando sea posible, sus fallos dice la norma no podrán violar la Constitución ni las leyes de la República y se observarán los principios de oralidad, publicidad y mediación con traducción.

Otro caso investigado por la licenciada Astrid Vega que hizo su tesis precisamente sobre los juzgados de paz comunitarios. Un caso de insulto y agresión en San Andrés Semetabaj, Sololá: la sentencia está escrita en español, consta en un acta, no tiene la formalidad de la sentencia pero sí tiene un acta, es decir está el elemento escrito de por medio, describen el hecho, el desarrollo del mismo, describen las pruebas, citan leyes, normas constitucionales, Código Procesal Penal y Convenio 169. Como vemos, mantiene la estructura de una sentencia tradicional, es decir no es novedoso lo que está haciendo el Tribunal, lo podría hacer cualquier Juzgado de Paz también, no necesariamente tendría que ser a través de un Juzgado Comunitario. En la parte resolutiva la pena, se impone la pena de arresto de veinte días conmutables a Q.5.00 por día, aplicando el Código Penal no la costumbre, no se fijan responsabilidades civiles. Se permite retribuir el daño mediante la preparación del almuerzo en una escuela oficial durante tres días, yo diría que solamente en esta parte final de la sentencia se aplicó la costumbre, en todo lo demás es una sentencia tradicional común y corriente que puede ser muy simple, no había ni necesidad de decir toda la narración. En vista de la denuncia por insultos y agresión, se le ordena que tres días vaya a preparar el almuerzo de la escuela pública, me refiero pues que no hay ni necesidad de todo un formalismo; lamentablemente nuestro sistema judicial es un sistema eminentemente escrito, formal y nos ha costado aceptar la oralidad en lo penal. Por ejemplo, si ustedes ven como se aplica oralidad en lo laboral, ésta no existe, se debería ser taquígrafo para poder ir escribiendo todo el tiempo, no es realmente un juicio oral, yo voy a decir digo blanco y usted dice negro, copio todo lo que me dicen, deja de ser un juicio, se pierde la dinámica del juicio oral y eso es lo que yo siento que ha pasado con estos juzgados comunitarios, deberían juzgar de manera oral, pero lo formalizan de tal manera que innecesariamente pierden tiempo y están desvirtuando lo que es la oralidad. Vemos lo que les decía en este caso, la sentencia está dictada en español, contiene lo que ya pusimos antes, todos los hechos, etc. Así es que no voy a insistir más sobre ello.

¿Cuáles son los éxitos de juzgados comunitarios y cuáles son sus limitaciones? yo creo que nacen como un reconocimiento primario al pluralismo jurídico, cuando se modifica la ley la intención es esa, reconozcamos que hay otro sistema jurídico en Guatemala, se consulta a los líderes locales para nombrar jueces, se capacitan en mecanismos de mediación y conciliación, como decía antes, es más bien un tribunal mediador y conciliador y aplican el trabajo de la comunidad como sustitución de la pena. No nos olvidemos también de que el Organismo Judicial con mucho éxito ha creado los centros de conciliación y de mediación y entonces si realmente el juzgado va a repetir lo que hace el centro de mediación, resulta un poco inútil el juzgado de paz

comunitario, sería mejor que hubiera un centro de mediación y conciliación como los que existen en varios municipios del país.

¿Qué limitaciones le encuentro?, suplanta a las autoridades indígenas, no todos son nombrados en el derecho indígena, muchas veces los nombran porque es el que sabe leer y escribir pero no es experto en derecho indígena, la persona es capacitada en el Organismo Judicial, en el marco de prácticas occidentales y no en el marco del derecho indígena, son parte del sistema oficial y como decía antes, funciona como juzgado de paz y subordina el sistema indígena al sistema oficial.

¿Qué vemos para el futuro del sistema indígena o de justicia? Señalaba antes que la Constitución limitó la función de los alcaldes, les quitó la capacidad de ser jueces de paz y eso afectó a las alcaldías indígenas que estaban directamente relacionadas con el juzgado de paz y que realmente ejercían la función de juzgadores indígenas locales en su calidad de alcaldes auxiliares.

El conflicto armado en Guatemala creo que limitó el sistema de las autoridades mayas, recordemos la migración, recordemos los pueblos quemados y los habitantes muertos que salieron huyendo de su lugar de origen. El terremoto de 1976 y luego el conflicto armado también provocan una fuerte migración hacia la ciudad de Guatemala, también ahora conocemos la situación de los grupos mayoritariamente indígenas que están yendo como migrantes a los Estados Unidos; estas personas se están separando de su comunidad, se están retirando de su comunidad y prácticamente por medio de las remesas que envían a sus familiares, la comunidad se ha ido enriqueciendo pero ha cambiado. Tenemos lugares, por ejemplo Pachalum en el departamento de Guatemala, el 50% de los hombres mayores de 18 años ya no están en Guatemala y yo creo que esa situación se da también en muchos de los pueblos en Quetzaltenango, en Huehuetenango, Totonicapán y en San Marcos, donde la mayoría de la población adulta masculina ha abandonado su tierra y se ha ido a buscar mejores oportunidades fuera de aquí.

Yo creo que eso es un reto para los antropólogos, estudiar qué está pasando y qué va a pasar, yo sí creo que puede afectar y que la integración de la comunidad es esencial. Les decía antes que ya el Código permite que vuelvan a funcionar las autoridades indígenas, lo miraría como una parte positiva así como miro negativa la migración, tiene su parte positiva, ya que la mujer indígena está asumiendo un papel protagónico en el país y el Organismo Judicial ya ha dictado varias sentencias que condenan la discriminación, es un valladar que se logró romper, porque en Guatemala hablamos de la discriminación pero no se sanciona la discriminación. Y finalmente, ya en los dos últimos años tenemos varias sentencias que condenan la discriminación.

El PNUD en su Informe del año 2005 la señala como una debilidad sobre la que no hay acuerdos en la validez y vigencia del orden jurídico maya, en relación con el sistema del derecho estatal. Yo diría que hay validez y vigencia de algunos funcionarios, pero es cierto como dice el Informe del PNUD, no es una política del Organismo Judicial sino que son casos aislados, es una situación

digamos precaria o tímida de reconocer el derecho maya. No se ha querido ir un poquito más allá, se les reconoce de parte del Organismo Judicial pero se les reconoce débilmente o con precaución, la mayoría de los jueces conocen y reconocen la validez del Convenio 169 y lo aceptan, pero más que nada lo aceptan para imponer el trabajo comunitario como un castigo, es decir, no se van a todas las partes del Convenio 169, sino solamente toman la parte que dice que la sentencia puede sustituirse por trabajos comunitarios si la comunidad es lo que busca aplicar.

La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia creada conforme los Acuerdos de Paz, reconoce que existe la necesidad de una ley de coordinación, algo que ya se ha mencionado por las autoridades que inauguraron este evento, yo también creo que la migración aparta a los pobladores de su familia, de su comunidad y de las autoridades mismas y hay que buscar cómo poder acercarlos.

Muchas gracias.

Licenciada Carmen María de Colmenares

Agradecemos el licenciado John Schwank Durán su brillante exposición de esta mañana y enseguida tendremos un período con preguntas y respuestas que el distinguido auditorio podrá dirigirle. Por favor decir su nombre y el cargo que desempeñan, porque esta actividad está siendo grabada y va a ser entregada a las autoridades que conforman el sistema de justicia.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

Lo felicito por la brillante exposición tengo dos preguntas una corta y una larga, la pregunta corta es si la Constitución de 1985 prohibió la función de jueces auxiliares de los alcaldes como jueces, porque la reforma del Código Municipal como que da a entender que sí tienen algunas funciones los alcaldes como jueces auxiliares. Y la segunda pregunta es quizá más larga: si el Convenio 169 se está aplicando, según entiendo, todo se apoya en el Convenio 169 y tal disposición y tal vinculación al derecho consuetudinario indígena, da a entender que no existe otro asidero legal, otro fundamento que apoye el esfuerzo que no sea el Convenio 169, dicho en otras palabras, ¿qué pasaría si no hubiese Convenio 169?

Licenciado John Schwank Durán

Si me lo permite, los alcaldes auxiliares siempre han mantenido una función tradicional en los pueblos indígenas y los alcaldes auxiliares dependen de la Municipalidad porque eran alcaldes auxiliares del Alcalde y los alcaldes tenían a su vez la función de jueces de paz, entonces como los jueces de paz eran alcaldes, tenían sus alcaldes auxiliares. Los ministriles también ayudaban en las funciones de las alcaldías y una de las funciones de la alcaldía era la de un juzgado de paz, entonces en lugares como Totonicapán, como Sololá, en donde está muy desarrollado el sistema de las alcaldías auxiliares, realmente era el alcalde auxiliar quien a la larga, siguiendo los principios de la cultura maya, aplica la justicia. Y esto me lleva a hacer un comentario al margen: que normalmente la aplicación de la justicia maya lo que exige es la reintegración del ofensor a la comunidad, que la comunidad acepte que él se reincorpore como un buen hombre; se busca el castigo y ustedes saben que los castigos son generalmente trabajo comunitario: en casos de robo y otro tipo de acciones que podrían ser antisociales, el castigo van a ser golpes, van a ser chicotazos con una rama.

Y sólo como un paréntesis, muchas veces decimos, bueno pero es que esos golpes violan los derechos humanos, sin embargo la Convención Internacional dice que se excluye de la violación a los derechos humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratados con Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, crea una excepción y dice, "no se considera tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sea inherentes o incidentales a ésta", porque eso es parte de las críticas que se han hecho al derecho indígena, que castiga con golpes. Pero está la excepción y en este caso la autoridad legítima local puede aplicar esta sanción, tal como los alcaldes auxiliares que asumían la función no solamente de la administración propia que le corresponde a la municipalidad y que le corresponde a un alcalde en cada lugar, sino además de la representación del juzgado de paz en materia de juicio, ayudaban

al juzgado de paz y luego como ministriles, pero también fungían en su función eminentemente de conciliación y de buscar una solución directa.

En cuanto a la otra pregunta, respecto al Convenio 169 de la OIT, yo diría que no solamente el Convenio 169 lo desarrolla, que es la Constitución Política de la República, pero ya llevamos desde 1985 a 2006, ya llevamos 26 años y no hay modo que se quiera hacer la ley; la base fundamental está en la Constitución Política de la República que ordena que se haga una ley especial, una ley que seguiremos esperando otros veinticinco años, yo ya no la veré.

Guisela Mayén, investigadora y antropóloga

Quisiera añadir algo a lo presentando por usted sobre los juzgados de paz comunitarios. Desde mi punto de vista y no es tampoco la primera vez que lo digo, los juzgados de paz comunitarios son lesivos al derecho indígena por los aspectos que usted ya mencionó, no se respeta a las autoridades, no se atiende a los usos y costumbres como la ley que los creó lo plantea, no se usa el idioma. Usted lo explicó todo, pero yo quisiera también hacer hincapié en que eso es violatorio del artículo 66 de la Constitución porque muy bien lo dice, "el Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones" etc. entonces, una ley menor a la Constitución viola un artículo constitucional.

En otros espacios estuve presente el año pasado en un foro que se hizo sobre los juzgado de paz comunitarios con las autoridades de la Corte Suprema de Justicia, hablé sobre esto con el Magistrado Rodolfo De León y dado que está presente la Presidenta de la Corte y otros Magistrados, quiero pedirles de nuevo que se reconsidere la existencia de los juzgados de paz comunitarios como están concebidos, pedirles también que, debido a que las comunidades ya tienen confianza en estos juzgados, procedería, pienso yo, modificar la forma en que funcionan y que efectivamente se respete el derecho indígena, se seleccionen las autoridades como lo hace las comunidades indígenas y se apoye desde luego los procedimientos del derecho indígena. Actualmente se levantan actas en las que se traduce lo que el denunciante dice, pero como se utiliza vocablos jurídicos cuando el denunciante lee, si es que puede hacerlo o le leen lo que dijo, ya no reconoce que es su propia denuncia la que está allí. Disculpe por haber usado este espacio pero no es más que una reflexión hacia lo que usted dijo, una reflexión dirigida a las autoridades de la Corte que nos acompañan ahora. Muchas gracias.

Carlos García del Centro Pluricultural para la Democracia

El año pasado fui presidente de la Junta Directiva de los Alcaldes Comunales de los 48 cantones de Totonicapán. En esta discusión me parecen fundamentales los avances que se mencionan en el marco de ir reconociendo el derecho propio de nuestros pueblos, especialmente el de ascendencia maya. Yo quiero preguntarle sobre los esfuerzos que se están haciendo, una de las posibilidades es que el derecho indígena sea fuente de derecho, ¿qué opinión le merece esto?, y por el otro lado, es precisamente por donde debe ir una reforma constitucional, debido a

que la Constitución también ordena reconocer derechos y también estructura al Estado. En este sentido, yo quisiera también abusar un minuto en torno a la existencia de las autoridades comunales, según nuestra experiencia nosotros hemos hecho una estadística que contribuye al servicio que hacemos para la justicia en el país. Prácticamente el 75% de los sucesos dentro de la comunidad no se reconocen en el Organismo Judicial, debido a que está vigente la función jurídica de las autoridades comunales y a diario cuanto estamos en el servicio, conocemos los distintos eventos que se suceden dentro de la comunidad; también que en un momento determinado como comunidades, en el caso de Totonicapán, no sería valedera la implementación de un juzgado comunitario, sino que existe una estructura propiamente hecha y que también hacemos valer esta situación del derecho propio, debido a que tiene sus tres principios fundamentales, sus propias autoridades, su institución y sus propios procedimientos.

Licenciado John Schwank Durán

En primer lugar, estoy convencido de que es una fuente del derecho, no me cabe ninguna duda que el derecho comunitario lo es, lo que pasa es que estamos acostumbrados a manejar como fuente de derecho el monopolio estatal de la administración de justicia, pero existe el derecho comunitario y el derecho de las poblaciones mayas. No es igual al derecho oficial y no me cabe ninguna duda que sí es una fuente del derecho. Como digo, la manera que nos ocupamos en el derecho positivo nos vuelve tal vez un poco limitados en nuestra visión del derecho, voy a poner un ejemplo que se sale del tema pero que puede ilustrar la distintas normas que se aplican en el país.

Guatemala no tiene ningún tratado, ningún convenio, ningún pacto con la Federación Internacional de Fútbol Amateur pero si la Federación dice, no se vuelve a jugar el fútbol en el estadio Mateo Flores hasta que no lo arreglen. El propio Presidente de la República dijo que no se va a volver a jugar hasta que eso no suceda. Poniendo un ejemplo tal vez un poco radical, les estoy hablando que acatamos la fuente del derecho en el fútbol que es la Federación Internacional de Fútbol Amateur, ellos son quienes nos regulan sobre quiénes juegan, cuándo juegan, dónde juegan, por qué juegan y todo el mundo decimos amén a lo que ellos dicen y no hay ningún tratado ni convenio. Sin embargo, cuando se plantea el derecho maya como una fuente de derecho nos asusta un poco, nos asusta diciendo entonces que vamos a tener que estudiar otro derecho, vamos a tener que aplicar otro derecho, yo diría que no debería ser tan complicado; en primer lugar, no lo tenemos por qué estudiar, allí está, se respeta y la comunidad lo conoce y la comunidad lo sabe, entonces ¿que es lo que se debe hacer cuando un funcionario del sistema tradicional occidental positivista tiene dudas? puede consultar a las autoridades comunitarias y ¿cuáles son las autoridades comunitarias? pues las cofradías. Lo que ustedes tienen, la organización de Totonicapán con sus 46 o 48 cantones, yo creo que funciona realmente, lo platicábamos con el doctor Huber, estos son un ejemplo de cómo debe funcionar en Totonicapán, ¿podría ser fuente de derecho?, por supuesto que es fuente de derecho.

Casimiro Hernández, agente fiscal del Ministerio Público en la ciudad de Santa Cruz del Quiché

Mi planteamiento es una aclaración, cuando se menciona el tercer caso hipotético donde hubo incluso una casación penal es un caso típico de Quiché, no es de Totonicapán; es válida la aclaración porque su servidor fue parte precisamente de ese proceso. La otra inquietud es en cuanto a si entidades como ASIES o alguna otra interesada en el derecho indígena, ha buscado hacer alguna compilación de las sentencias o resoluciones donde se ha aplicado o habido coordinación entre los dos sistemas como los que se citaron como ejemplos. Sería importante hacerlo para tener una especie de compendio y que en talleres o en foros como éste se dé a conocer a muchas autoridades del sistema oficial que a veces por temor, como usted lo decía, no se atreven a tocar el Convenio 169 por la relación a disposiciones de derecho indígena.

Le preguntaba esto porque yo en mis manos tengo una sentencia precisamente del Tribunal de Sentencia del Quiché que es reciente, es del 5 de noviembre del año pasado, donde hay una clara relación entre los dos sistemas; en resumen hay una denuncia y en primer orden intervienen autoridades indígenas, pero luego se declaran incompetentes y trasladan esto al sistema oficial y la sentencia es bien amplia en ese sentido, porque al final condenan a estas personas y hacen relación de los dos sistemas.

Cuestiones como éstas sería interesante irlas recopilando porque no son solo los antecedentes que presentaron allí sino hay muchos más, por lo que sería importante que alguna institución se dedicara a esta tarea para hacer una especie de glosario y no nos quedemos solo con determinadas cosas en especial, sino que haya abundancia y veamos que efectivamente se están expandiendo este tipo de resoluciones y se va creando más conciencia en los operadores de justicia en cuanto a la aplicación del derecho indígena.

Licenciado John Schwank Durán

En concreto, información sobre sentencias el único documento además de la investigación que hizo Guisela Mayén, el único documento que conozco es uno que reprodujo la Corte Suprema de Justicia que si no me equivoco, tiene veinticuatro sentencias y se puede obtener en CENADOJ, incluso creo que lo pueden bajar por la página electrónica de CENADOJ. Es la única recopilación que conozco, pero tiene usted razón, debería de haber interés en que se recopilara. Creo que lo que falta sería una coordinación con la Presidencia del Organismo Judicial, con los Magistrados encargados del tema de Derecho Indígena en el Organismo Judicial, aquí tenemos al responsable; estimo que debería hacerse una circular a los Jueces para decirles que cuando tengan una sentencia de este tema la envíen en especial si está en apelación o no, para que se pueda ir conociendo y descartar que no se está haciendo nada.

Juan Carlos Martínez, expositor mexicano

Tengo una inquietud respecto a lo que decía la maestra Mayén, en relación a qué ha pasado con las autoridades indígenas en este proceso de transformación. Por lo que entiendo de su

exposición, a partir de los Acuerdos de Paz hay todo un proceso de reconocimiento de autoridades indígenas y de creación de nuevas instancias que antes no existía, yo me imagino que previo a ese proceso habían y hay instancias propiamente indígenas que resolvían conflictos, es decir, no estaban formalizadas legalmente pero aplicaban justicia,. En tal caso, este proceso me imagino las ha venido transformando igual que la migración como usted señalaba, y noto un poco que lo perciben como una pérdida de lo indígena, yo quisiera saber cómo ha incidido en todo este proceso. Si bien antes de los Acuerdos de Paz estaban en crisis o amenazadas, como usted decía, por toda la situación que se vivía en el país, qué ha pasado en ese proceso de transformación y cómo lo percibe usted o cómo están respondiendo a estas nuevas situaciones las autoridades indígenas tradicionales.

Licenciado John Schwank Durán

Creo que la pregunta la debería de responder un antropólogo, lamentablemente se hace muy poca investigación, incluso las autoridades universitarias están promoviéndola un poco, exigiendo a sus alumnos que las tesis de graduación tengan alguna relación con la comunidad de las cercanías donde viven, pero generalmente escogen casos muy particulares, por ejemplo yo le explicaba este de la licenciada Vega, ella visitó todos los juzgados pero trabajó solo en un caso, allí se quedó la investigación, lo ideal hubiera sido que lo hiciera por los cinco, pero es lo poco que se está haciendo, yo tengo una preocupación y por eso señalaba lo de la migración, tanto la migración a centros urbanos como la migración de los grupos que se van fuera de Guatemala, de alguna manera afectan el tejido social, Cuando vemos que el 50% de hombres mayores de edad no están en su comunidad, de alguna manera tiene que estar afectando a la comunidad, no me pueden decir que es un hecho intrascendente, si fuera un 2% fuera intrascendente pero ya el 50% es preocupante, ¿qué va a pasar? nosotros no sabemos, pero yo sí diría que a raíz de los Acuerdos de Paz las autoridades indígenas se han afianzado, han logrado ocupar espacios que antes no ocupaban y eso es positivo, es muy importante por ejemplo la labor que hace la Defensoría Maya, tiene una función muy proactiva y se han logrado superar algunos problemas que antes habían.

Por ejemplo, le cuestiono un problema que existía antes del conflicto armado, la resistencia de los sacerdotes católicos y los pastores protestantes de aceptar la participación de grupos indígenas en ritos que ellos consideran idolatría, yo le mencionaba el caso de Maximón que es una figura sagrada, sin embargo no está en el calendario cristiano, pero es muy respetado, hay maximones más milagrosos que otros, en San Andrés Itzapa, el de Cantel, etc.; pero hoy por hoy ya los grupos, al menos los líderes religiosos ya aceptan, ya toleran lo que antes era algo intolerable, ahora eso es ya un paso de avance en el reconocimiento de la cultura local, estoy hablando del aspecto religioso que es parte de la cultura. En general, mi percepción es de que sí ha habido una mejor respuesta de los pueblos mayas al ejercicio del poder, se están acerando más al ejercicio del poder.

Juan Carlos Martínez, expositor mexicano

A mí me llamó mucho la atención cuando se refirió usted a las sentencias que aplican directamente el Convenio 169, en su momento yo quería hacer un comentario al respecto, pero posteriormente ya se habló mucho de esta temática, entonces nada más me queda hacer un llamamiento, una confirmación de lo que se dijo sobre las fuentes de derecho, que más que fuentes de derecho o el derecho aplicado por los jueces va más allá de lo escritos, de las leyes oficiales escritas, si no hay convenios internacionales que son aplicables y además es fuente de derecho legítimo la costumbre. A mí me llamó la atención esa sentencia y luego también el otro caso donde la Corte Suprema casó un fallo al no haber aplicado el Convenio 169, esto me muestra que hay un cambio muy significativo en la aplicación de derecho en el poder judicial, en el sentido que se está despidiendo de esa visión positivista napoleónica, de que solamente podemos aplicar lo que está en la ley ordinaria y lo que no está en la ley, solamente la conclusión de que son declaraciones problemáticas y no son aplicables. Entonces no se puede aplicar o no existe el derecho, lo cual es erróneo, me alegró mucho escuchar esto y hacer el llamamiento de que se siga en este sentido, aplicar los derechos y no solamente aplicar una ley y si no existe la ley hay una laguna legal y no se puede resolver el caso.

Licenciado John Schwank Durán

Ya en concreto realmente, cuando señalábamos la importancia de la sentencia que causó el fallo del tribunal de instancia porque es un primer reconocimiento oficial, podemos decir que no es jurisprudencia porque aquí para crear jurisprudencia tienen que ser cinco sentencias creo, ahora si son confesos presos o no, no sé, ya no me acuerdo. Entonces, tiene que haber un número de sentencias para que haya jurisprudencia obligatoria, pero yo diría que lo que resolvió la Corte es un ejemplo de cómo se debe hacer y responder y es una invitación a los jueces a que no tengan miedo, que lo hagan, porque volviendo a las fuentes del derecho, indudablemente el derecho maya es una fuente del derecho. El problema que tenemos en Guatemala y que hemos tenido con respecto a la costumbre es que la norma, como estuvo tradicionalmente en la Ley del Organismo Judicial, es que la costumbre se puede aplicar siempre y cuando sea probada y no contradiga la Ley; ahora ya se han suavizado los criterios pero de todas maneras ésta ha sido nuestra formación jurídica, la costumbre debe ser probada y no puede contradecir a la ley y aquí estamos hablando de una costumbre que contradice la ley, porque una sentencia que decide darle cinco golpes con una rama de ciprés cuando la ley hubiera dicho no estos señores con todos los agravantes que hay, veinte años a la cárcel. Entonces se aplican costumbres contra le ley, pero yo creo que ya hay más tolerancia, más aceptación, ya no es motivo de escándalo, ya nadie se sorprende de que eso suceda.

Buenos días a todos, solamente quería contar una experiencia personal que tuve al respecto de este tema. Resulta que hace varios me desempeñaba como Presidente del Tribunal de Sentencia del departamento de Huehuetenango, en esa ocasión fui comisionado por la Honorable Corte Suprema de Justicia de ese entonces, para dar cumplimiento al Decreto o a la resolución que

daba legalidad a los jueces de paz comunitarios. Consecuentemente era un tema novedoso en ese entonces, de tal suerte que aplicando el sentido común lo que hice fue visitar el Municipio, convocar a todas las autoridades, hacer una labor de concienciación y posteriormente hicimos una convocatoria a toda la población y, democráticamente a viva voz, los pobladores, habiendo entendido la situación, designaron a los tres miembros que integran el tribunal comunitario: el de mayor edad que lo preside, los vocales en segundo lugar y personal honorable de la comunidad.

Se comunicó a la Corte Suprema de Justicia la designación que el pueblo democrática y libremente hizo en ese entonces, la Corte Suprema confirmó tales nombramientos y los llamó para juramentarlos, capacitarlos y retornar ya con autoridad judicial a su comunidad de San Rafael Petzal municipio de Huehuetenango. Hasta allí los jueces comunitarios funcionaron perfectamente con respecto a delitos menores, podríamos decir faltas y ellos aplicaban la justicia de conformidad con las costumbres del lugar. Pero cuando fue reconocido el Convenio 169, creo que todos los jueces de la República, basados en la prevalencia conforme la Constitución de la República de Guatemala y en que tal Convenio dice en el artículo 10 que cuando se impongan sanciones legales penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberá tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, aplicaron una sana crítica razonada, lo cual deben hacer los actuales jueces que ejercen jurisdicción penal.

Luego, como una sugerencia, tal vez valdría la pena invitar a los jueces comunitarios a que nos reunamos para que ellos nos den su opinión, nos den sus conclusiones y nos presenten casos que hayan juzgado mediante la aplicación del derecho consuetudinario. Con respecto a la dualidad de funciones de los alcaldes que fungían como jueces de paz -justamente ese fue el tema de mi tesis de graduación profesional- consideré en aquel entonces cuando aún era estudiante, que los alcaldes municipales distraían mucho su atención con respecto a la aplicación de la justicia, o sea en desmedro del progreso de los pueblos Eso escribí como una inquietud que posteriormente para mi asombro fue acatada y hecha una realidad legal o sea, que se les apartó y se les dejó únicamente como yo lo había escrito, con sus funciones propiamente administrativas con miras al progreso de su municipio. Así se instalaron jueces de paz, jueces de legalidad, que, son quienes ejercen actualmente la judicatura sobre la base de su judicatura, las funciones judiciales, pero como repito, de acuerdo con el artículo 10 del Convenio 169 que es ley de la República, deben aplicarse estos principios del derecho consuetudinario en todos los jueces que ejerzan jurisdicción penal e incluso los de jurisdicción privativa.

Muchas gracias licenciado.

Juan Carlos Téllez, Agente de la Policía Nacional Civil, ante la División de Multiculturalidad

Hasta qué punto se pueden aplicar las leyes mayas cuando entra el sistema jurídico oficial, porque en los casos anteriores sí podemos ver que son delitos de tipo menor. Pregunto: cuando ya hay delitos un poco más fuertes o mayores contra la vida hay unas comunidades indígenas y no indígenas como que dicen, ojo por ojo y diente por diente, yo sé que Juan mató a mi familiar, la ley de mi comunidad dice: bueno, me tomo la justicia por mis manos, me da derecho a quitarle

la vida a Juan frente a testigos, y la comunidad lo mira como normal, también hay una que dice el que a yerro mata a yerro muere. Por ejemplo, la comunidad sabe que Juan acabó con una familia, entonces se toma la justicia por sus manos: los famosos linchamientos y la comunidad no lo mira como un delito, lo mira como algo normal y actúan así las leyes de esta comunidad, lo que mencionaba el caballero allá adelante, algunas comunidades tienen su sistema de justicia tradicional, más no están legalizadas, pero sin embargo aplican justicia, esa es la gran diferencia.

También otra, si hablamos de los nueve azotazos sagrados sería ya como un castigo maya o no maya en todo caso. La vez pasada estaba viendo un reportaje sobre dos jóvenes pandilleros juveniles o mareros, así se les llama comúnmente, a ellos se les aplicó la ley de la comunidad pero no fueron azotazos, creo que fueron latigazos y no fueron nueve, hasta donde sé por un representante de esa cofradía que le dio un latigazo, fueron entre 15 ó 20 y si nos vamos a la Convención Interamericana de los Derechos Humanos dice: ninguna persona puede ser sometida a ningún trato cruel aplicada a los diversos pueblos existentes.

Licenciado John Schwank Durán

Estos ya duelen, yo creo que usted tocó un tema muy importante, creo que en primer lugar usted dice las autoridades no están legalizadas; yo digo: no tienen por qué estar legalizadas, es decir son parte de la comunidad, la comunidad se organiza como quiere y como puede y realmente no tienen por qué tener personería jurídica o representación, entonces serían otra organización más, otra ONG que se encarga de aplicar justicia, lo cual sí estaría prohibido porque allí el monopolio de la administración de justicia la tiene el Organismo Judicial, aquí estamos hablando de una norma internacional como es el Convenio 169 de la OIT. El artículo 10 que mencionaba el licenciado, donde dice que hay que respetar los usos y costumbres de la comunidad, es como lo dice nuestra Constitución Política, que se respeten los usos y costumbres y las tradiciones y como digo, es una tradición de 2000 años el tener sus propios ordenadores sociales por ponerle un nombre. Obviamente yo no creo que podamos hacer un pararelo en la administración de justicia de los pueblos indígenas con los linchamientos, estos son un fenómeno social completamente distinto, provocado por el aumento de criminalidad, no solamente indígenas linchan, también linchan los que no son indígenas, entonces yo diría que es un fenómeno social grave, que hay que tratar de pararlo y lamentablemente a ustedes, que son la autoridad más directa de los lugares es a quienes les toca, a la Policía es a la que le toca hacer ese enfrentamiento para parar los linchamientos y lamentablemente, todos los que están involucrados son culpables del homicidio que se comete o de las lesiones, pero es una cuestión que está fuera del derecho consuetudinario, del derecho indígena. Es una mala costumbre adquirida, debido tal vez a fenómenos sociales, e insisto, en que los antropólogos lo deben estudiar.

Juan Zapeta López, Alcalde Indígena del Municipio de Santa Cruz del Quiché

Primero, felicito a ASIES por estas actividades que considero de mucha importancia; segundo, nada más quiero aclarar sobre la participación allí del compañero que me antecedió: lo más

importante para nosotros es saber qué es una autoridad, cómo es una autoridad indígena. Yo creo que hay muchos vecinos y pobladores que toman acciones por sus propias manos o por sus propias formas de pensamiento, pero que tal vez no han pasado por el proceso de autoridad, la autoridad indígena lleva un proceso, el ejemplo nos lo han dado Totonicapán, Sololá y otros municipios donde realmente la autoridad es electa popular y democráticamente. Tal vez allí es donde a veces uno se confunde cuando hay personas que toman acciones por su propia cuenta, nada más para aclarar lo que dice él, ya con la aplicación, con la sanción de los "Xicayes" o como le llaman ustedes a los azotes, eso tiene un significado muy grande, eso no es nada más de darle y darle, sino tiene un significado muy grande para los pueblos indígenas.

Lo otro es que realmente a nosotros que trabajamos en el proceso, en la reconstrucción del derecho indígena, especialmente en el Quiché, nos da mucha pena y mucha tristeza porque hay varios operadores de justicia que realmente no reconocen la labor que hacemos como autoridades, a veces nosotros tenemos que enfrentarnos con los operadores de justicia y también con las personas que delinquen en nuestras comunidades. Caso concreto el que mencionó decía el Fiscal Casimiro, donde de verdad si ustedes hubieran presenciado el debate -realmente es algo que llama poderosamente la atención-, se preguntarían al igual que yo por qué profesionales que conocen exactamente el espíritu de las leyes nos atacaron inmisericordemente; esto es algo que a nosotros nos preocupa, yo pienso que no solamente deben conocerlo los operadores de justicia, sino también esto habrá que llevarlo a las aulas universitarias para que también los profesionales de abogacía tengan también un pleno conocimiento para que no entremos en contradicción. Realmente nosotros como autoridades indígenas tenemos muchos cuestionamientos, pero tal vez en el futuro se pueda ir dilucidando a través de estos foros.

Lo de los juzgados comunitarios yo pienso que es muy importante, pero tal vez lo que habría que hacer aquí es fortalecer la capacidad de las autoridades indígenas para que ellos puedan ejercer su función de la manera más correcta. Solamente, muchas gracias.

Licenciado John Schwank Durán

Muchas gracias por sus comentarios, el problema básico diría yo es problema de educación y formación, pero solo para información de ustedes, ya hay cuatro facultades de derecho en Guatemala que tienen como parte del *pensum* obligatorio el derecho indígena: la Universidad de San Carlos, la Universidad Landívar, Universidad Panamericana y la Universidad Mesoamericana.

Juan Gabriel Ixcamparic Nolasco, Coordinador Ejecutivo del Centro Pluricultural para la Democracia, Quetzaltenango

Concretamente ¿qué opinión le merece el artículo 203 de la Constitución Política de la República de Guatemala? que es una invocación que regularmente hacen los jueces para limitar la aplicación de justicia de los pueblos indígenas; y en su opinión ¿qué reformas debería de tener la Constitución actual para que realmente se reconozca el derecho a la justicia de los pueblos indígenas?. Para

terminar, quiero aprovechar para hacerle el comercial de que tenemos un ejemplar de un libro que hemos sistematizado y hemos elaborado en la organización y está referido al caso de "Chiyax", además tiene tres ponencias que se presentaron en la Sala de Vistas de la Corte Suprema de Justicia, una es de la licenciada Magdalena Gómez (mexicana), otra del licenciado Rodolfo Rorhmoser y una más del licenciado Luis Ramírez del Instituto de Ciencias Comparadas.

Licenciado John Schwank Durán

No me animaría a decirle qué reforma necesita la Constitución, me puedo quedar corto o puedo pedir demasiado, pero yo creo que el artículo 203, si no me equivoco, porque no tengo toda la Constitución de memoria, habla del monopolio del Organismo Judicial a la administración de justicia, pero precisamente el Organismo Judicial en el caso de esta sentencia de casación que mencionaba, de hecho está reconociendo la administración de justicia de los pueblos mayas y en una sentencia del máximo tribunal, está aceptando que existe el otro derecho. Entonces, el monopolio que tiene el Organismo Judicial hay que entenderlo para limitar también lo que es la administración de justicia por propia mano, eso es lo que se pretende limitar en el artículo 203, pero no se está diciendo no se puede aplicar el sistema maya, no se puede aplicar el sistema garífuna, en ningún momento se está diciendo esto, no lo dice el artículo 203; y la interpretación que hizo la Corte de Constitucionalidad del Convenio 169 fue precisamente basada en esto, que es ya una costumbre existente y que la costumbre es fuente del derecho y que por tanto, es una costumbre existente y se debe de respetar, porque no respetarla, discriminaría a los grupos mayas y al grupo garífuna. Así para que no exista discriminación se debe respetar, es decir, en el conflicto de las leyes constitucionales a quien le damos la última palabra es a la Corte de Constitucionalidad y como decía una vez un Magistrado de la Corte de Constitucionalidad, la Constitución dice lo que nosotros decimos que dice, así de sencillo, no lo podemos discutir, no podemos ir a otra instancia y ellos dijeron el Convenio 169 se puede aplicar, no viola el artículo 203 y puede ser aplicado.

Antonia Buch Pen, Vicepresidenta de la Junta Directiva de la Defensoría Maya

Me parece bastante interesante la discusión que ha salido hoy en día, tenemos que valorar como Defensoría Maya los términos incluso que ya se utilizan, es el derecho maya o el derecho indígena. Empecemos con eso, para nosotros son grandes pasos los que se han dado con los términos, no digamos aquí también para varias personas que han estado en mesas de discusión sobre el tema derecho maya y derecho de los pueblos indígenas, asimismo el tema del Convenio 169 por supuesto. Yo creo que para llegar a una buena coordinación de los dos sistemas, Defensoría Maya también tiene propuestas para poder plantearlas y al mismo tiempo en conjunto, yo diría, un proceso de coordinación que vamos a iniciar; un proceso donde precisamente todas las personas que están acá presentes deben analizar, profundizar y aceptar el tema del derecho maya y el derecho de los pueblos indígenas.

No solo son los dos temas que he mencionado, sino también los temas de otros tratados internacionales, que se refieren precisamente al derecho maya y derecho de los pueblos indígenas; por otro lado los procedimientos que existen en el sistema de justicia maya son procedimientos en lo cuales, si pensamos en una coordinación, muy bien los podemos llevar, siempre y cuando las experiencias que nosotros hemos tenido en el campo, es que si hay operadores de justicia que sí aceptan y hacen un reconocimiento al sistema de justicia maya, pero hay también operadores de justicia que en ningún momento aceptan el sistema de justicia maya, entonces yo creo que este es un trabajo que lo tenemos que hacer tanto como sociedad civil, como personas que trabajamos por el tema derecho indígena o por el sistema de justicia indígena maya. También la Corte Suprema de Justicia, aprovechando que acá está la Presidenta, también otras personalidades; para poder unificar esfuerzos tiene que venir una orden a nivel superior y bajaría hasta un juzgado comunitario. Se habla de un juzgado comunitario que para nosotros no llena los requisitos suficientes para atender a la gente de las comunidades, se habla de los centros de mediación, son personas que no llenan requisitos para que atiendan los casos de la población maya en las comunidades. Quisiéramos tener precisamente en los juzgados comunitarios, en los centros de mediación, personas que llenan los requisitos para llegar o atender a la población maya en Guatemala.

Por otro lado, como Defensoría Maya nosotros hemos establecido ya tres ejes fundamentales para coordinar los dos sistemas: el positivo y el derecho indígena. El primero garantiza a los indígenas el libre y equitativo acceso a la justicia oficial, en condiciones de plena igualdad, aun recurriendo a métodos, programas o leyes que beneficien a los grupos que han sido sistemáticamente desfavorecidos y excluidos; el segundo, dar juridicidad al sistema de administración de justicia propio de los pueblos indígenas y por sus propias autoridades; y el tercero, crear mecanismos y procedimientos eficaces de coordinación y cooperación entre ambos sistemas. Gracias por la intervención, tenemos dos días para estar aquí, para discutir y apreciar los otros temas de relación al tema indígena, porque sí es importante por supuesto, entrar en un proceso de coordinación. Gracias.

Licenciado John Schwank Durán

Hablando de proceso de coordinación, yo entiendo que la Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia, el nombre es muy largo y se me olvida, está proponiendo desde hace varios años que se trabaje una ley coordinadora y allí, pues están representados todos los entes interesados en administración de justicia del Organismo Judicial, o sea que yo creo que el vehículo debería ser la Comisión.

Pedro Ixchiu García, Coordinador del Proyecto de Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal

En primer lugar, una felicitación a los organizadores del evento, mi nombre es. Entre algunas cuestiones a las que quisiera referirme para aprovechar la ocasión, en presencia de la Presidenta

del Organismo Judicial y de otros Magistrados, es que invito a que se haga una revisión de la definición, de la formulación, del espíritu que privó en la creación de los juzgados de paz comunitarios, porque no corresponde lo que se pensó. Desde un inicio, desde la formulación del proyecto que fue al Congreso de la República, con lo que realmente se realiza en la Corte Suprema de Justicia, hay un tremendo sesgo. En el Acuerdo lo que se pretende es crear y reconocer el ejercicio del derecho indígena como tal, no a saltar al derecho indígena que es lo que ocurre con ese Acuerdo que muy bien intencionadamente se hace. Debido a que tuve la oportunidad de trabajar para la Unidad de Modernización del Organismo Judicial, pude conocer sobre la última evaluación que se hace desde esa unidad respecto a cómo y es como estaban funcionando los juzgados de paz comunitarios, y todos los informes, hasta el último, demostraron que efectivamente en la implementación, en la mayoría de los juzgados de paz comunitarios, cuando se convocó a la población, se hizo con vinculación al partido político de turno y esto obviamente deslegitima el papel de las autoridades, aunque haya salido de asamblea, porque entonces llegaron prácticamente vinculadas al alcalde del municipio, eso habría que revisarlo.

La otra cuestión que es la peor, es que a jueces legos los llevamos a resolver dentro del sistema jurídico del Estado, entonces sucede lo que el doctor nos está diciendo acá, empiezan a resolver dejando como última idea que el fin de aplicación del Derecho sus usos y costumbres en la última instancia, ese es el problema fundamental de los juzgados de paz comunitarios, yo creería que previo a su modificación, supresión o lo que se quiera hacer al respecto, ahora tenemos un problema grave: la instalación de los juzgados de paz comunitarios en esos cinco municipios, obliga en cumplimiento del Convenio 169 la consulta a la población sobre la aplicación misma de ello. Sería una cuestión importante por hacer. Algunas otras cuestiones quisiera aprovechar para decir: se ha utilizado el concepto de alcaldes auxiliares; bueno, independientemente del concepto que se guiera seguir usando, para nosotros los alcaldes indígenas en Totonicapán, el concepto de alcalde auxiliar es un término de la colonia, en consecuencia no corresponde a la vida democrática en el tránsito del estado dictatorial a este estado democrático, los quatemaltecos hemos avanzado, entonces yo diría hay que usarlo con la propiedad que tiene para nosotros los pueblos indígenas en particular está claro que somos autoridades indígenas, hemos revisado y hemos hecho ejercicios sobre lo que significa ser alcalde y entonces eso nos dice: somos tan representantes políticos como el legítimo.

Aprovechando nada más sobre lo relativo a lo que hemos hecho en el Instituto de la Defensa Pública Penal sobre los casos de coordinación a los que se refería el Fiscal de Santa Cruz del Quiché, porque yo creo que no son solamente estos, nosotros podríamos contribuir con algunos, por ejemplo, tenemos casos de Santa María Nebaj, Santa Cruz del Quiché que hay más de uno, hay uno en donde autoridades indígenas de Chichicastenango fueron juzgadas por el Juzgado de Primera Instancia allá; pero como el Instituto de la Defensa, Ministerio Público y el Juzgado en este caso resuelven con pertinencia cultural con la colaboración de un peritaje cultural, las lecciones de Totonicapán y Sololá, para que se constituyan en lecciones aprendidas en los encuentros y los desencuentros que hemos tenido, en la construcción de ese diálogo intercultural al que se han referido los compañeros cuando hablamos de coordinación es algo importante, es

cómo seguir aplicando el artículo 203 de la Constitución que habla del monopolio de la administración de justicia en una sociedad diversa como la nuestra, para nosotros los pueblos indígenas está bien claro que el tema de la coordinación es respeto mutuo, no es subordinación y hay que hacer esfuerzos en cuanto las autoridades indígenas remiten casos al sistema oficial o cuando el sistema oficial necesita legitimarse remitiendo casos al sistema indígena. Solamente y gracias.

Licenciado John Schwank Durán

Muchas gracias por sus comentarios, creo que realmente lo que se necesita es establecer un mecanismo para crear esa ley de coordinación para que se cree, es lo importante, indudablemente y les digo a ustedes que oyéndolos he aprendido mucho.

Luis Fernández Molina, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Efectivamente uno de los exponentes dijo de entrada que una faceta de la justicia es tratar igual a todos los iguales y aquí todos los que estamos como iguales y todos tendríamos derecho al uso de la palabra, por lo tanto no quiero excederme en atención y pedir la sugerencia de tal vez limitar un poco las exposiciones para que todos puedan ejercer su derecho al uso de la palabra. Quiero por una vía concreta felicitar por este evento en el sentido de que en CENADOJ vamos a abrir una página con anuencia de la señora Presidenta y del Magistrado Pacay por supuesto de sentencias indígenas, me sorprendió aquí la del licenciado Fiscal de Quiché y vamos a darnos a la labor de recoger todas las sentencias que tengan alguna mención del Convenio 169 para abrir una división en CENADOJ sobre este tipo de sentencias.

En este sentido invito y pido a todos los que tengan alguna relación empezando por el señor Fiscal de Quiché para ir recogiendo todas estas sentencias y subirlas a una página de internet, para que todos tengan acceso, punto primero, y dos, también veo que cada vez más son los jueces que invocan e incluyen en sus sentencias, en sus considerandos el Convenio 169, entonces, eso nos llama la atención como Corte Suprema para ir haciendo un estudio, análisis y talleres con los señores jueces para darles todo el matiz, porque el tema es más complejo de lo que parece, realmente hablamos y son pasos en la dirección correcta pero incompleta, porque es el contenido del derecho indígena dentro, subrayo, dentro de una sentencia esto quiere decir que todo el marco, todo el formato es oficial y un espacio como el que dentro de una casa se le deja un espacio al tema puramente de costumbre. También quiero llamar la atención porque también solo hablamos de penal, de latigazos y de robo, pero hay también aspectos de familia, aspectos laborales, aspectos civiles, contrataciones que pueden hacer y hasta cuestiones agrarias.

Y por último el artículo para mí más preocupante es el 204 porque en toda sentencia los jueces deben entender y aplicar la Constitución sobre cualquier ley y cualquier tratado y hemos tenido muchos problemas, sobre todo en marco laboral y de familia, que los jueces entienden e interpretan; eso, si no se hace un estudio serio como afortunadamente estamos empezando el

día de hoy por lo menos en otra faceta, nos puede llevar a una anarquía, porque cada juez que aplica el 204 debe hacer prevalecer la Constitución sobre cualquier ley, léase Código Penal o Código de Trabajo. Cada Juez puede interpretarlo a su manera y eso nos puede abrir a una narquía jurídica. Gracias.

Licenciada Carmen María de Colmenares

Continuando con la realización de nuestro Seminario, tengo el gusto de presentar al doctor Juan Carlos Martínez, quien nos trae la experiencia mexicana sobre los derechos indígenas en la jurisdicción mexicana. El doctor Juan Carlos Martínez es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de México, Maestro en estudios latinoamericano por ILEAS de Chile, doctor en Antropología Social por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología de México, abogado litigante en asuntos indígenas, investigador huésped del Instituto de Sociología Jurídica en Oñati, España y Universidad de California. Además es Consultor del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU en la República mexicana. Con ustedes el doctor Martínez.

La experiencia mexicana en materia de justicia de los pueblos indígenas

Doctor Juan Carlos Martínez Abogado y antropólogo mexicano

Muchas gracias. Bueno pues primero que nada quiero agradecer la invitación que me hace ASIES y la Fundación Konrad Adenauer, estoy muy contento de estar aquí compartiendo con ustedes y muy impresionado también de la afluencia y del encuentro entre tantas personas que pertenecen al ámbito de la comunidad indígena. Como representante del Poder Judicial del país, me parece muy rico el nivel de intercambio, tanto el nivel de reflexión que manifiestan las autoridades indígenas o los miembros de pueblos indígenas aquí presentes, como la disposición de reflexionar por parte de las autoridades jurisdiccionales que me imagino igual en México, se formaron como todos nosotros, en el paradigma positivista de entonces. Empezar a discutir este tipo de temas no es tan fácil, por lo menos en México para las autoridades jurisdiccionales; están muy anclados en sus certezas legales y entrar a este paradigma del pluralismo jurídico nos está costando.

En general lo que yo les quiero compartir es un poco cómo está el nivel de reconocimiento en general en el país y cuál es el impacto o cuáles son las prácticas jurisdiccionales que podemos observar en México, y acompañar esta descripción con algunas reflexiones de tipo antropológico y jurídico, de cómo nuestro nuevo marco, está impactando o podría impactar los procedimientos jurisdiccionales.

Quiero empezar haciendo una breve descripción de cómo está la situación de los pueblos indígenas en México, tenemos bajo el criterio lingüístico 56 diferentes pueblos o grupos étnicos reconocidos como tales, son aproximadamente 10 millones de personas según algunos cálculos. Dicha cantidad representa más o menos el 10% de la población nacional, algunos dicen que es el 9% y otros hablan del 14%. Hay algunos criterios que hacen difícil la identificación de los pueblos indígenas en México, en general viven en condiciones de pobreza económica, hay una situación histórica de marginación, pero aun así ellos han persistido como colectividades, con una identidad propia y han mantenido instituciones, parámetros normativos y un gran vigor para seguir reproduciendo su cultura. Como entidad jurídica formalmente estuvieron reconocidos durante la Colonia y durante toda la época del Siglo XIX de la República, no existían jurídicamente

hablando o no era formal su existencia real, es hasta principios de la década de los 90 que empieza un proceso de reconocimiento.

Durante todo el Siglo XX y después de nuestra revolución el paradigma de relación entre el Estado y los pueblos indígenas fue el de la integración, en México se desarrolló mucho esta concepción de acercarse a los pueblos indígenas para mexicanizarlos digamos y que ellos se incorporaran a partir del uso de algunas de sus lenguas. Hay toda una teoría sobre todo sustentada por Gonzalo Aguirre del Pran, un antropólogo, que nos habla del proceso de aculturación y da como los pasos a través de los cuales los indígenas van a dejar de ser indígenas y van a entrar en una amalgama de culturas que es lo que se concebía como la cultura nacional, este paradigma entra en crisis desde los años 80 más o menos. México empieza a mirar a otros países de Latinoamérica, Guatemala, Suramérica, para ver como está cambiando toda esta noción del Estado nacional y su relación con los grupos culturalmente diferenciados,.

Entre toda la realidad nacional yo me voy a abocar específicamente al Estado de Oaxaca, una de las entidades con mayor presencia indígena, con mucha diversidad allí hay 16 grupos étnicos de los 56 que hay en México y es poco más de 1 millón de gente que se auto adscriben como parte de un grupo étnico, entonces Oaxaca es además pionera, desde 1990 reformaron la Constitución del Estado antes que la Constitución Federal para reconocer el carácter pluricultural de la entidad. En 1991 el Senado de la República ratifica el Convenio169 de la OIT y en 1991 hay una tímida adición a la Constitución de la República donde se reconoce el carácter pluricultural del país, pero no se desarrolla el reconocimiento; después tenemos el levantamiento armado del ejército zapatista en Chiapas que abre de nuevo la discusión, hay un proceso de negociación, allí se condensan muchas de las ideas que hoy en día se tienen sobre los derechos de los pueblos indígenas y su autonomía, se elabora una propuesta que se llama "Los acuerdos de San Andrés Larraizar", (chequear) lo retoman unos legisladores, hacen una iniciativa que se llamó la Iniciativa de COCOPA, pero allí se rompió el diálogo, hay problemas entre el EZLN y el Gobierno Federal; no se continúan las mesas, nada más se discutió una mesa que es de derechos y cultura indígena, allí se rompe ese diálogo y se queda guardada la posible reforma, porque el Presidente de la República, en ese entonces Ernesto Zedillo, presentó una reforma que no recogía las aspiraciones o los alcances de los acuerdos de San Andrés, eso generó la ruptura del diálogo.

Después de uno de los momentos de la transición política en México donde gana un gobierno de oposición, después de 70 años en que los gobiernos eran del Partido Revolucionario Institucional, el Presidente Vicente Fox presenta la reforma al Congreso en el año 2000 o 2001, el Congreso de modifica la iniciativa, Fox retomó toda la iniciativa de la COCOPA, la presentó tal cual y en ese momento hay una mayoría de legisladores que se oponen y transforman para algunos de manera sustantiva el contenido. Para otros la reforma que se logró tiene sus alcances y entonces ahora tenemos un nuevo artículo segundo constitucional en donde se desarrolla un poco más el concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas que en el caso mexicano se traduce en autonomía.

A partir de esa reforma, también en Oaxaca han venido dándose una serie de reconocimientos en donde se permite que haya elecciones bajo el sistema de usos y costumbres, hay un cierto nivel de jurisdicción indígena, históricamente Oaxaca tenía mejores condiciones para el reconocimiento y así se ha hecho pero específicamente en la práctica jurisdiccional, ha tenido sus límites. Entonces del conjunto de derechos que se han venido reconociendo dentro del sistema jurídico nacional en México a través del Convenio 169, de la Constitución Federal y de la legislación del Estado de Oaxaca y de algunas otras legislaciones de otros Estados, los que me parecen especialmente relevantes. Quisiera referirme al derecho a la jurisdicción de los pueblos indígenas, que lo podríamos definir como la potestad o la facultad que ellos tienen de crear normas y de aplicarlas mediante sus propias autoridades e instituciones. Este es un derecho que aunque de manera incipiente está reconocido en la legislación mexicana y es base para un acceso pleno a la justicia de los pueblos indígenas. En México pasa algo similar a lo que ustedes venían narrando aquí, de hecho o de facto las comunidades indígenas resuelven un alto porcentaje de sus conflictos, el Estado lo sabe pero lo niega y lo tolera, lo tolera porque si se opusiera a esta jurisdicción real de facto tendría una carga ingente de trabajo que no podría sacar, si de pronto la demanda de justicia en los juzgados estatales aumentara en un 50% o 60%, el Poder Judicial no lo podría atender, por ello de hecho se tolera, hay un pequeño reconocimiento pero como les voy a explicar más adelante no alcanza o no hay la suficiente cobertura legal para lo que en la práctica resuelven los pueblos indígenas por lo menos en el Estado de Oaxaca.

El otro derecho que es correlativo a éste es el derecho a que sean tomados en cuenta sus usos y costumbres y el derecho consuetudinario como dice el Convenio 169, en los procesos ante el Estado, o sea que aquí estamos hablando de dos derechos que a veces se confunden pero son distintos, uno es la potestad que tiene la comunidad del pueblo indígena, es un derecho más bien colectivo y un derecho individual del indígena de acceder a su propio sistema normativo pero es básicamente el reconocer un ámbito donde se aplica la normatividad indígena a través de sus instituciones. Otro distinto es cuando alguien que se autodescribe indígena, individuo o grupo llega a los tribunales del Estado, ese es otro escenario, entonces en ese escenario la garantía o el derecho es tomar en cuenta en algunos casos las tradiciones, usos, costumbres, y en el Convenio 169 específicamente se reconoce que se debe tomar en cuenta el derecho consuetudinario.

En México estamos tratando de avanzar en que lo que se tiene que tomar en cuenta, es decir, el sistema normativo en su conjunto además de usos y costumbres, pero vamos a hablar un poco más adelante de los contenidos que se le puede dar a este derecho en el ámbito jurisdiccional.

Respeto al fundamento legal de la jurisdicción indígena como la tenemos hoy en día, está el Convenio 169 de la OIT que reconoce el derecho de los pueblos indígenas como derivado de su ejercicio de libre determinación, esta misma formulación aparece en la Constitución mexicana y le da forma de autonomía política, entonces los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer la jurisdicción, la legislación de Oaxaca que es en un sentido muy avanzada, también recoge este

principio pero ya le da contenidos, es decir algo que es fundamental para que se puedan ejercer estos derechos es que se puedan definir con claridad las competencias, o sea que abarcará competencia de la jurisdicción indígena y qué es lo que no van a resolver ellos y tiene que llegar al Estado, esto puede tener una decisión muy amplia, puede convertirse en casuística, cada pueblo tiene algunas tradiciones, hay cosas que ellos de plano no resuelven, por ejemplo, oiga resuelva este homicidio, ellos mismos dirían no, porque esto no nos compete.

Por ejemplo en Colombia que es un modelo muy avanzado del que van a hablar después, se han definido unos mínimos y la jurisdicción indígena es plena y nada más respetan cuatro puntos: derechos humanos, no se apliquen penas de mutilación, no se aplique pena de muerte y tiene que haber un debido proceso, fuera de allí hagan lo que quieran, éste es más o menos el principio que se ha aplicado en Colombia. En Oaxaca la práctica más o menos es que las comunidades resuelven tradicionalmente una serie de cosas a través de la negociación y hay otras de las que se eximen y dejan que se vaya al Estado, el problema allí es que muchas veces gente disidente dentro de los pueblos va y denuncia ante las autoridades del Estado a su propia autoridad, diciendo, me aplicó esta sanción y a mí no me viene bien, entonces va la autoridad del Estado. Yo creo que tiene que ser legítimo que la gente dentro de los pueblos indígenas tengan derecho a un recurso, tengan derecho a apelar lo que le aplicó su autoridad, el problema es que cuando salen y como está el modelo hoy en día de que la autoridad del Estado aplica el marco normativo del Estado y no el marco normativo con el que se construyó la resolución dentro de la comunidad, allí hay un problema de articulación muy grave porque normalmente las resoluciones del Estado van en menoscabo de la legitimidad de la autoridad indígena. Allí hay un primer problema: si va a haber una instancia de apelación y va a ser el Estado quien la asuma tendría que utilizar los parámetros que utilizó la autoridad para resolver esta controversia.

La legislación oaxaqueña dentro de sus avances tiene un límite muy grave en la jurisdicción de los pueblos indígenas y para aplicarla en el ámbito penal, tienen la facultad de aplicar lo que nosotros conocemos como justicia de paz, o sea delitos definidos en el Código Penal cuya penalidad es ínfima, allí aparece una violación ya que en vez de reconocerles la facultad de aplicar sus propias normas lo que les dice el Estado es aplica las normas, que yo lo hice cuando son de baja penalidad, con ello se invade la jurisdicción indígena.

Bueno, en general tenemos en casi todos los pueblos indígenas o prácticamente en todos, autoridades que en efecto como les digo resuelven una alta cantidad de conflictos y que en la práctica en muchos casos son tolerados. Ahora, ¿qué pasa en la práctica jurisdiccional? yo me estoy basando en una serie de trabajos etnográficos que hemos hecho un equipo de trabajo, pero también en un estudio que empezó a desarrollar el Alto Comisionado de Naciones Unidas desde el año pasado, con una muestra amplia de presos indígenas y no indígenas y haciendo comparaciones con los expedientes judiciales para reconstruir cómo se ha ido dando el proceso; en general no se han tomado los derechos indígenas pero más o menos logramos esta reconstrucción y luego tenemos entrevistas con las autoridades judiciales y con las autoridades

de las comunidades indígenas, con defensores y con el Ministerio Público para tratar de dar un perfil aproximado de cómo está la situación y cómo están percibiendo todos los actores tales transformaciones en este camino hacia el pluralismo.

En general aunque tenemos formalmente un reconocimiento, en la práctica lo que encontramos en términos generales es que las autoridades desconocen, dicen: bueno, si sabemos que hay una jurisdicción indígena pero no sabemos lo que resuelven, nosotros nunca vamos a declinar un asunto para la jurisdicción indígena porque es nuestra responsabilidad resolver todo lo que nos llega; hay gente que dice sistemáticamente que las jurisdicciones indígenas violan derechos humanos y violan la ley, entonces nosotros no podemos permitir que los indígenas resuelvan, hay también quien dice que estaría bien reconocerlo pero no tenemos instrumentos reales para poder declinar las competencias que no están claramente definidas, no sabemos qué les toca a ellos, no sabemos qué nos toca a nosotros y no tenemos instrumentos para definirlo con claridad, entonces vemos que hay una inercia desde la perspectiva judicial que hace difícil la aplicación de este derecho, porque no hemos hecho los ajustes o la coordinación de lo que ustedes venían hablando para que se pueda ejercer en la práctica.

¿Qué retos estamos suponiendo que hay que enfrentar en el Estado para empezar a hacer efectivo este derecho? Uno y muy importante es la delimitación de competencia, empezar a analizar, sea a través de reformas legislativas o a través de los precedentes judiciales que nos hacen falta, saber qué le toca a cada quien. Poder decir: ustedes, para resolver esto respetando estos acuerdos y a nosotros nos va a tocar esto y las autoridades jurisdiccionales tengan la claridad cuando les toque declinar la competencia y decir este asunto no nos toca, le toca a la autoridad indígena y en ese sentido también nos hacen falta mecanismos de convalidación. Por un lado, en qué momento el Estado tiene que avalar o tiene que convalidar lo que se resolvió en la comunidad indígena y con criterios claros para hacerlo; criterios, no interferencias, que permitan respetar los acuerdos que se tomaron conjuntamente de manera intercultural y decir, bueno hasta aquí llega la competencia del Estado, ésta es la de ustedes y así se articula.

Definir alguna instancia de apelación posiblemente para saber si la autoridad aplicó su propia normatividad y tener también definido claramente cuáles son los mínimos que debe respetar la autoridad indígena al aplicar sanciones, qué es lo que no puede hacer. Hay comunidades en México donde la venganza es una forma legitimada por las autoridades para resolver una controversia, entonces si uno mató a otro, el deudo o la víctima va ante la autoridad y explica la situación, la autoridad analiza si se respetan ciertos criterios y entonces en un momento dado lo autoriza o incluso le dice: tú estás obligado a reparar ese daño matando al otro, esto empieza a ser cada vez más discutido por los propios indígenas, hay una serie de fenómenos y cambios culturales a través de la migración, de la política del Estado, de los recursos que el Estado inyecta a las comunidades indígenas, ellos tienen que justificarle al Estado que hacen, cada vez más estamos frente a fenómenos de diversidad interna de los pueblos indígenas, algo que antes fue consensuado, más o menos todos estaban de acuerdo, hoy es discutido dentro de los pueblos

indígenas, eso presenta retos y desafíos a la propia jurisdicción indígena, ellos tienen que tener más claridad y eso lo vamos a explicar más adelante, al definir el parámetro normativo o sea cuáles de aquellas prácticas, costumbres, tradiciones pueden seguir siendo legitimadas frente o de cara a su propia comunidad, a su propio pueblo; es un reto que se enfrenta y también es un reto que de alguna manera va a tocar a los juzgados, hay que definir cuáles son los mínimos que la autoridad indígena va a respetar al aplicar sus sistemas normativos.

En el caso colombiano como digo son cuatro. En cuanto a los derechos humanos, se dice que todos los derechos humanos están construidos desde que una perspectiva individualista, occidental, no es lo que vamos a respetar, esto tiene que ser el punto de partida y no de llegada; qué es lo que van a respetar debe ser producto de un diálogo intercultural para entender nosotros cuál es el sentido de las normas y de las instituciones dentro de la comunidad indígena, no se puede llegar compulsivamente a decirles esto no lo vas aplicar y esto tampoco porque no es lo correcto. Tenemos que tratar de comprender mediante un diálogo intercultural que siempre implica la comprensión, de qué es lo que ellos están aplicando y tener criterios más claros para que fuera de la comunidad se pueda objetivar y entender qué es jurídico y qué no, porque a veces estamos con la idea de que con venir y describir lo que hace una comunidad ya estamos diciendo esto se vale allí y quién sabe no lo sabemos, hay que entrar más profundamente a la reflexión de que es jurídico dentro de una comunidad, o sea se puede comprender perfectamente o se puede llegar a comprender culturalmente porque una persona mata al brujo, bueno él creía que era una amenaza real, ese es su parámetro de comprensión, así lo ve, lo que no sabemos es que si en esa comunidad eso es legítimo a lo mejor no, a lo mejor se puede entender.

Es como en la ciudad de México, que es una costumbre reiterada que si un policía de tránsito te detiene y te bajas y le das una mordida, es una costumbre en México pero no es jurídica, no es normativa, entrar en la exploración de esta distinción es muy importante para no estar siempre creyendo o estigmatizando a los pueblos indígenas de que; ¡hay, le pegan a las mujeres! esa es su práctica, bueno no sabemos si eso es realmente normativo o no y no entendemos el sentido o el contenido que puede tener eso, entonces estamos ante el reto de entrar en análisis cada vez más profundos de estas distinciones y de comprender qué es realmente normativo dentro de esta comunidad. Además las propias comunidades están redefiniendo sus prácticas, sus costumbres, que ya entonces no serían costumbres pero sí sus normas, porque en México se quiere hablar más de sistemas normativos, si los cambian, si incorporan algo de fuera, si meten derechos humanos, bueno es su facultad porque la ley les está reconociendo la autonomía, no tienen que hacer eternamente las mismas cosas que hacían hace cien años porque además hace cien años quién sabe lo que hacían, seguramente es distinto a lo que hacen ahora. Esta visión más dinámica de la comunidad indígena con respeto a su autonomía política, yo creo que nos ayudará más a ir avanzando en este diálogo intercultural.

Como decía, el derecho a ser tomado en cuenta es otra cosa, es cuando ya llegó un indígena o una comunidad al juzgado, va con algún tribunal laboral o agrario -como dicen, nosotros nos

autodescribimos-, es el derecho fundamental para saber si alguien pertenece o no a un grupo indígena, nosotros nos autodescribimos como indígenas y llegan a la entidad del Estado, en ese momento el juzgador o la autoridad tiene que cambiar un poco su casete y decir, aquí yo tengo que hacer una serie de modificaciones para que el acceso de estas personas a mi jurisdicción sea pleno, porque son distintos culturalmente, entonces estoy obligado legalmente. En México y veo que aquí también, estoy obligado legalmente a hacer una serie de cosas que hagan accesible esta justicia que vo estoy impartiendo a ellos, y además que me obliga a mí el juzgador a comprender qué es lo que estoy juzgando y no voy a utilizar mis parámetros de siempre para decir ah, yo ya sé que es lo que está pasando aquí; no lo sabes, entonces tienes que ir adecuando todo el procedimiento de manera que, desde poner un traductor, desde realizar peritajes antropológicos, desde ver cual es la racionalidad de esa comunidad, todo eso va a ser trabajo no solo del juez sino de todas las partes del proceso: la defensa es muy importante allí, la fiscalía es muy importante, todos tienen la obligación de ir haciendo una serie de adecuaciones que les permitan entender realmente que es el asunto que están conociendo, tenemos el mismo fundamento para este derecho y la correlativa obligación del Estado y la defensa debe hacer una serie de cambios y transformaciones que hagan el proceso ordinario, accesible a los indígenas que lo están utilizando.

Lo que vivimos en México es que los juzgadores, ni nadie, cambia su casete y a veces les ponen productos que de plano no se entienden, no se ve como un derecho, en México hay una ley general que reconoce las lenguas indígenas no como idioma oficial pero si como lenguas que se pueden usar en los espacios públicos, entonces se convierte en un derecho del indígena utilizar su lengua en cualquier espacio público; las autoridades no lo ven así, si yo no te entiendo, busco un traductor para que me ayude a que yo te entienda, pero no es un derecho tuyo hablar en la lengua que quieras. Incluso puede ser un indígena perfectamente bilingüe que hable muy bien español y que diga yo aquí quiero hablar zapoteco, porque es mi derecho, entonces esto es en principio algo que no se ve porque además tampoco hay los recursos, si llega un indígena y lo dice, le cuesta mucho trabajo al Ministerio Público o al juez buscar a un buen traductor, a veces se van a los presos, dicen mándame un preso del pueblo de éste para que me ayude.

Más o menos analizados más de 1,000 casos, de ellos 700 eran de gente indígena, esa fue la muestra que se usó y de esos 700 solo en 12 casos habían peritajes culturales y a la hora de tomarlos en cuenta, el juez no lo hizo o dijo cualquier cosa sobre ellos, pero no se metió al análisis propiamente. Luego hay una idea de que cómo en México tradicionalmente los pueblos indígenas han estado en una situación de marginación económica y además nuestra mentalidad tradicional, desarrollista, lineal, los considera atrasados, entonces es cuando el juez se pregunta qué significa tomar en cuenta esto que la ley le está pidiendo. Bueno ellos dicen es que como son un poco atrasaditos y son pobres pues les tenemos que ayudar un poco, es como una medida de compensación es decir, pobres, los pobres están mal en la vida, les ayudamos un poquito, entonces ese tomar en cuenta que es racista, es como una de las interpretaciones frecuentes que utilizan los jueces cuando les preguntan ¿y tú que piensas que se debe tomar en

cuenta o como están las cosas?, más o menos es eso, que además es reflejo de una concepción social muy arraigada en México.

Luego también lo que les decía hace un momento, tomar en cuenta es que yo le ponga un producto para que yo entienda lo que me está diciendo y entonces ya yo lo aplico, no es tanto, tenemos que entender, entendernos los dos es un derecho de él, yo tengo que entender el contexto cultural y normativo de esta persona y entonces, vamos a buscar más que traductores, intérpretes culturales que nos ayuden a entendernos, no, esto no se ve así. En general tampoco hay mucho conocimiento, hay muchos prejuicios, dicen: es que los indígenas acostumbran mucho linchar, por ejemplo, ni lo saben bien pero como que les suena que eso es lo que hace parte de la cultura indígena, entonces hay como una serie de nociones de cómo es la cosa pero no hay realmente un conocimiento de cómo funciona, porque tampoco es sencillo y tampoco tienen los recursos y a veces ni el tiempo, el Ministerio Público tiene 48 horas para integrar su averiguación previa y dice, a mí no me da tiempo de hacer todo un análisis, entonces hay una serie de problemas que tenemos en México, por ejemplo, se dice: ellos violan derechos humanos etc., el reto es analizar para hacer pleno estos derechos.

Este derecho a tomar en cuenta es complicado y tiene muchas posibilidades, una es más o menos el modelo que han seguido en Colombia, toman en cuenta y dicen, a ver esto es de los indígenas, váyase para allá o esto ya lo resolvió un indígena allá, como en este caso que acaba de presentar; entonces se respeta tomar en cuenta, es decir ellos tienen su jurisdicción, su competencia, es un modelo bastante avanzado, es yo creo de lo más avanzado que hay en América Latina, quizá en el mundo. Sin embargo, en México tenemos dificultades para pensarlo sobre todo porque el porcentaje de población indígena es mucho más alto que en Colombia que es el 3%; es menor que aquí pero es muy alto y la justicia indígena tradicionalmente desde la Colonia no es como en Colombia que está articulada al Estado, es como espejo la justicia indígena, es un reflejo de su relación con el Estado mexicano, y la forma en que se hace justicia en las regiones indígenas también toma mucho, si tu vas allí a los Ministerios Públicos ves que negocian y que sientan a las dos partes y tratan de hacer conciliación, eso la ley no le permite pero ellos lo hacen en las regiones indígenas, o sea hay una íntima relación que se da en términos asimétricos, el Estado normalmente se impone sobre la comunidad indígena y también se da en términos poco razonables, toleran en la práctica pero no hacen un análisis de la cuestión indígena, este modelo nos costaría trabajo porque de hecho está muy articulado, no están tan separadas las dos jurisdicciones todavía, no sé si alguna vez lo van a estar, nosotros creo que demás está en decir este es un sistema, este es otro, esto todo se va para allá y esto acá; nosotros tenemos que pensar en parámetros interculturales dentro de la jurisdicción indígena y fuera de la jurisdicción indígena para cumplir las resoluciones, comprender las distintas concepciones normativas, construir las resoluciones judiciales con mucha creatividad, aunque quizá pasemos por un período o por un momento de cierta anarquía, de interpretaciones, eso es lo que va permitiendo construir resoluciones, cuando unos apelen ya se podrán unificar criterios pero con otro paradigma.

Luego, lo que les decía, tomar en cuenta también se ve como tomar en cuenta la situación de atraso cultural, de que son pobres y que están culturalmente rezagados y son un poco primitivos, entonces hay casos de estos en México, casos federales, uno de cacería de iguanas que está prohibido por la legislación federal, pero es una práctica común entre los huicholes de Oaxaca, ellos salieron, cazaron unas iguanas, los agarraron y los procesaron por ese delito contra el medio ambiente y en la construcción de la sentencia lo que dice el juez es; bueno, ellos ya estudiaron hasta sexto grado de primaria entonces no son tan atrasados, no me digan que son tan burros, no son tanto, entonces yo les aplico la sentencia porque ellos comprendían. Esa es la valoración que hace y en el mismo sentido otra, los huicholes, estos son del norte del país, tienen como una práctica seguir a los venados de cola blanca y no los matan, sino matan uno, hacen un ritual con él, entonces el juez los detiene, lo que resuelve es que usa el criterio del error de comprensión y dice, ellos no tenían manera de entender que esto era un delito, no tenían capacidad de comprender que la conducta era antijurídica y entonces no se persigue el delito.

Yo creo que en algunos casos este tipo de resolución es buena, se comprueba que no hay una voluntad antijurídica y entonces se invoca como un elemento negativo y se dice bueno, pues aquí en efecto no hay delito; pienso que sigue teniendo su sesgo como atraso, puede ser que haya indígena que digan, en efecto, yo estoy obligado por el Estado a esto pero hay dentro de mi comunidad, de mi jurisdicción otra norma o que me prohibe hacer eso que el Estado quiere que yo haga o que me permite hacer esto que el Estado no quiere que yo haga o incluso que me obliga a hacer algo y el Estado me lo prohibe, entonces, allí se pueden explorar otras posibilidad como la no exigibilidad de otra conducta o el ejercicio de un derecho, en fin, como que habría que estudiar más.

Seguimos hablando de que estamos en el ámbito de la jurisdicción del Estado no de la jurisdicción indígena, entonces hay algunos que han interpretado el tomar en cuenta como: yo juez del Estado me entero cuál es la norma en ese pueblo y la aplico en el caso de esta persona; hay algunos casos, no en México pero en otros países, en Canadá por ejemplo, donde más o menos hacen esto, se analiza el caso y dicen a la comunidad indígena que una norma es que la sanción debe ser más restitutiva que punitiva, entonces yo aplico esa norma en este caso y les conmuto la sanción como lo dice el Convenio 169, y esto parece que se ha hecho aquí en Guatemala, el juez aplica la norma indígena, nosotros decimos; quien tiene que aplicar la norma indígena fundamentalmente es la autoridad indígena, a la autoridad estatal le toca aplicar la norma estatal, pero puede hacerse el análisis que le permita articular los dos criterios y encontrar la salida en el derecho del Estado para dar o para tomar en cuenta y aplicar una sanción justa y coherente en ese caso concreto. Pero no le toca, creo yo, aplicar el derecho maya en el sur de México o aquí en Guatemala, sino le toca aplicar el derecho del Estado tomando en cuenta lo indígena, luego hay una formulación muy común de que tomar en cuenta es analizar las especificidades culturales, esto yo creo que sí es una obligación del juzgador aunque no es la única, tomar en cuenta la situación en general de la persona es algo que el juez debe hacer en cualquier caso, puede comprender que yo mestizo mexicano tengo como animus el lucro muy exacerbado porque

nuestra cultura nos impulsa a eso a querer ganar y ganar dinero. Se puede entender la circunstancia particular de que yo necesitaba dinero porque tenía muriéndoseme una familiar y yo no tenía dinero para gastos, entonces yo decidí apoderarme de esto y eso lo tiene que tomar en cuenta, pero eso no me exime a mí de una responsabilidad, me la puede atenuar pero no me exime de una responsabilidad, en cualquier caso el juez debe tomar en cuenta en el caso de los indígenas, su contexto cultural, pero vuelvo a repetir, eso no es lo mismo que tomar en cuenta sus normas y su sistema normativo porque puede ser que haya costumbres que dentro de la comunidad no tienen ese carácter necesariamente, son reiteradas o antiguas pero no estaba ligado.

En algunas comunidades de México pasa mucho con el adulterio o con la poligamia, hay comunidades donde es bastante tolerado que un hombre tenga varias mujeres, pero si uno se pone a analizar allí el contexto normativo ellos dicen no está bien y si podemos lo castigamos o lo obligamos a que mantenga a todas, exigimos una cierta reparación pero no es que nos parezca bien, es costumbre pero no es normativa, entonces una cosa es tomar las expecificidades culturales como dice la ley y otra tomar en cuenta las normas indígenas y allí es cuando es más fácil construir criterios para excluir de responsabilidad, es decir esta persona en efecto mató al venado de cola blanca porque tenía que hacerlo, allí hay una norma, eso es muy claro que la comunidad en su contexto normativo estaba obligado a hacer o esta autoridad asintió que derribaran la casa de esta persona que está dejando de prestar sus servicios a la comunidad porque la asamblea se lo exigió, entonces ya es distinto tomar en cuenta una norma de esa jurisdicción, no es aplicarla, es tomarla en cuenta y entonces allí uno puede decir: bueno, en efecto allí hay una excluyente de responsabilidad porque a ese hombre no se le podía exigir otra cosa, su asamblea le ordenó y lo que decide la asamblea lo tiene que acatar la autoridad, entonces es un principio normativo en ese pueblo, no se le puede exigir otra cosa, se le puede eximir de responsabilidad.

¿Qué retos encontramos para que se pueda ejercer plenamente este derecho de tomar en cuenta?, uno es definir las competencias de las autoridades del Estado, tengo claro esto, a mí no me toca, le toca a la jurisdicción indígena, lo respeto, que haya condiciones para ejercer el derecho de autoadscripción. En México la identidad del indígena es bastante estigmatizada, parece que está empezando a cambiar un poco pero hay prejuicios, muchas veces los indígenas en ciertos espacios prefieren decir no, yo no soy indígena, entonces es difícil. En el análisis de los casos que encontramos vimos que mucha gente declaró en el procedimiento no ser indígena, aunque medio hablaba español y eso para que no tuviera repercusiones contra él, pero ya analizando su grado de castellanización y una serie de factores como su lugar de procedencia, se dijo esta persona es indígena pero no quiso porque estratégicamente allí su identidad no le convenía, entonces hay que crear cada vez más condiciones para que en México los indígenas digan: yo soy indígena y esto me da una serie de derechos, de prerrogativas que me conviene usar.

No es que les tenga que dar un trato privilegiado, es simplemente el principio aristotélico que señala el licenciado John Schwank, es trato igual a los iguales y desigual a los desiguales para que puedan realmente acceder a la justicia, no es que como es indígena te voy a ayudar, no, es voy a hacer o crear las condiciones para que tú realmente respondas por lo que has hecho, se te absuelva si lo que hiciste es legítimo o jurídicamente admisible, o se te condene de acuerdo con tus propios parámetros, ese es el principio, no es vamos a ayudar al indígena. Entre los indígenas hay impunidad, no se trata de eso, entonces lo que hablábamos antes es un reto entender la traducción o más bien la interpretación cultural como un derecho y una necesidad en todas las partes del proceso y tener criterios para objetivar la cultura y la normatividad, es decir analizar más a fondo esta posible cualidad entre qué es costumbre cultural, qué se puede entender desde una perspectiva cultural y qué es aquello que realmente es normativo en ese contexto, cómo se construye la norma, si es siempre una tradición, si es la autoridad en el momento de conocer el asunto y aplica ciertos principios generales al caso concreto cuando se construye la norma en las comunidades. Si uno analiza hay una distinción entre lo que es legítimo hacer, lo que es normativo y lo que no lo es, entonces poder objetivar esto es un reto bastante complicado pero necesario.

Licenciada Carmen María de Colmenares

Agradecemos al doctor Martínez su exposición y sus reflexiones en torno a la temática. De acuerdo con el programa correspondería exponer al doctor Carlos Gaviria, abogado, ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Colombia. Ya tanto el licenciado John Schwank Durán como el Doctor Juan Carlos Martínez se han referido a la experiencia colombiana, trataré de interpretar el pensamiento del Dr. Gaviria quien les envía un cariñoso saludo a todos los participantes. Él estuvo en la Primera Conferencia Nacional de Derechos Humanos organizada por los Institutos de Investigaciones Jurídicas y Derechos Humanos de la Universidad Rafael Landívar y San Carlos de Guatemala, donde abordó también esta temática.

La experiencia colombiana en materia de justicia de los pueblos indígenas

(interpretada y comentada por Licenciada Carmen María de Colmenares)

Doctor Carlos Gaviria Díaz Abogado, ex-magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Colombia

Me referiré esquemáticamente a la ponencia del doctor Gaviria quien la enfoca desde dos ángulos distintos: ¿cuál era la situación de Colombia con la Constitución vigente desde 1886?, ¿cómo fue el proceso de la elaboración de una nueva Constitución en 1991? El menciona específicamente tres artículos fundamentales de esa Constitución que cambiaron completamente desde su punto de vista, el pensamiento de los colombianos y la aceptación de un pluriculturalismo reflejado perfectamente en estos artículos constitucionales y lo más importante, respaldados con fallos del Tribunal Constitucional Colombiano, que de acuerdo a lo estudiado en Latinoamérica, tal vez es lo más avanzado que tenemos ahora, ya el Dr. Martínez se ha referido a esto.

Pasaré entonces someramente a presentarles algunos de estos aspectos contenidos en la ponencia del Dr. Carlos Gaviria.

El Dr. Gaviria inicia su exposición indicando que de unas fechas para acá, probablemente de los años 50 o 60 para los años 80 y 90, el constitucionalismo latinoamericano se ha orientado hacia un multiculturalismo, este es un aspecto muy interesante, lo vemos en Guatemala, lo vemos en México, lo vemos en Bolivia y lo vemos en Ecuador, así como en Perú. En estas décadas surge esto como una moda, ahora qué fundamento le vamos a dar a ello, es cierto que la discusión entre liberales y comunitarios intensificada especialmente en los últimos años en Colombia ha permeado un nuevo sentimiento, una nueva forma de ser en el pueblo colombiano y en algunos de los pueblos latinoamericanos, la recepción del multiculturalismo en Colombia parece un fenómeno muy interesante y deviene de una Constitución emitida en 1886 tremendamente conservadora, que tenía dentro de sus postulados como columna vertebral un poder presidencialista tremendamente fuerte para construir una unidad nacional sobre la base de una identidad de todos los colombianos dentro de un mismo pensamiento filosófico occidental.

Por ejemplo, un mismo idioma para todos, las creencias religiosas y los anhelos eran iguales para todos con el carácter de uniformar una unidad nacional por la vía de la uniformidad a la

fuerza, menciona el Dr. Gaviria, y señala que esta Constitución vigente de 1886 hasta 1991, pasó más de 40 años sin aplicarse porque el presidencialismo exacerbado que tenía Colombia permitió que vivieran cuarenta años es Estado de Sitio por los problemas que desembocaron después en lo que todos conocemos, y por lo tanto el Presidente mandaba en una forma totalmente arbitraria y juzgaba por tribunales militares a cualquiera que se le pusiera en frente y que tratara de hacer algo contrario a ello. Y fue durante esta realidad, tétrica y terrible -él como defensor de los Derechos Humanos así lo califica- que se gestó un proceso que germinó con un anhelo de los colombianos a finales de los años 80 por hacer lo que él denomina un "nuevo contrato social", modificar esa forma absurda de uniformar a todo el pueblo colombiano dentro de un mismo esquema; también menciona la influencia de la Iglesia Católica en tratar de uniformar este esquema hasta en las normas morales y las normas de urbanidad hacia todas las personas, no se podía dar otra visión que no fuera la de la Iglesia Católica o que no fuera la del partido.

Dice entonces el Dr. Gaviria, me parecía interesante escuchar en esa época lo que más se repetía, tenemos que hacer un nuevo contrato social, tenemos que ver de qué manera lo podemos hacer y a través de la propia Asamblea Legislativa, intentan en vano reformar la Constitución de 1886, sin embargo, era tal el clamor de las nuevas reglas constitucionales en el pueblo colombiano que siguiendo incluso métodos ortodoxos, se convocó a una asamblea nacional constitucional para reformar la Constitución. Surgió una nueva Constitución, quedó muy poco de la Constitución de 1886 y nace la Constitución de 1991.

Nos referiremos específicamente a lo que toca a nuestra temática, dice, la podemos analizar en contrapunto con las características de la Constitución anterior: si ésta era una constitución rígidamente hegemónica de un grupo reduccionista, la nueva constitución es una Constitución pluralista y cita textualmente el artículo primero de esa Constitución: "Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria descentralizada con la autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran en la prevalencia de un interés general". Entonces, menciona él, ya en el Artículo Primero de la Constitución colombiana se dice que es un estado pluralista, antes no lo era respecto de la dignidad colombiana, era pluralista pero no se reconocía que fuera pluralista y aquí va esta primera consideración importante, porque las normas que ya contenía no abonaban precisamente al pluralismo sino que a todo lo contrario. En esta Constitución dice el Dr. Gaviria, se da un paso al pluralismo pero no se detiene en el pluralismo de diferentes culturas como veremos más adelante o de diferente forma de pensar, sino que se avanza en el artículo setenta hacia lo que él denomina el pluriculturalismo, el reconocimiento de otras culturas dentro del territorio colombiano.

A propósito, dice el artículo 70 de la Constitución colombiana: el Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de la creación de la identidad nacional y luego añade, la cultura en

sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, el Estado reconoce la igualdad y la dignidad de todas y de todos los que conviven en el país, el Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la nación.

Resulta entonces que la nación colombiana no es una nación uniformada en torno a una sola cultura, la cultura hegemónica, sino que la Constitución hace una invitación a construir la unidad nacional sobre el conocimiento del otro, sobre el reconocimiento de la diferencia y sobre el reconocimiento de que en Colombia no hay una sola cultura, sino varias y deben ser tratadas como lo menciona el artículo 246 de esa Constitución, que para mí es un artículo totalmente revolucionario, dice: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarias a la Constitución de la República". Este artículo instauró algo nuevo en Colombia y me parece que el constituyente tenía que establecerlo, dice el Dr. Gaviria, era la primera vez que se reconocía el pluriculturalismo, se reconocía además la dignidad de las culturas que conviven en el país, hay más de 70 etnias indígenas con sus propias culturas, con sus propias lenguas, con sus propias cosmovisiones y por tanto ese reconocimiento tenía que llevar anexo el reconocimiento de la autonomía, inclusive para algo fundamental como es la administración de justicia y por tanto que ésta tuviera lugar, no conforme a los códigos establecidos por la sociedad predominante, tanto los sustantivos como los procedimentales, sino conforme al derecho consuetudinario de las comunidades indígenas, naturalmente -agrega el doctor Gaviriaeste es un problema difícil porque trata de compatibilizar una filosofía universalista que se encuentra en la médula de la Constitución como una filosofía pluriculturalista.

¿De qué manera hay que entender las necesidades de la persona para que podamos tenerla como digna y por tanto se le confiera el tratamiento que su dignidad reclama?, creo que el multiculturalismo nos ha hecho volver la mirada sobre esto cuando nos preguntamos si en las culturas indígenas, por ejemplo, tienen que regir a plenitud los derechos humanos. Si contestamos a esta pregunta de la manera que pudiera ser más gratificante para los que estamos comprometidos con la defensa de los derechos humanos, la respuesta no muy rigurosa, es que tienen que regir y la que debe regir es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ¿no es acaso un producto cultural esta Declaración? Cuando en 1789 se lanza la Declaración no era únicamente -dice el doctor Gaviria- para el pueblo francés, era para toda la humanidad, no dentro de un contexto filosófico iusnaturalista sino histórico, esos derechos iban para todos, no iban solo para los franceses. Respetando la Constitución y las leyes, la Corte de Constitucionalidad de Colombia hace este análisis, si se respeta la Constitución y las leyes de la administración de justicia por parte de los pueblos indígenas, se llega a una conclusión demasiado pobre, es que los indígenas únicamente pueden solucionar pequeños problemas comunitarios y se les sustrae por ejemplo un instrumento tan importante como la capacidad de determinar, de tipificar conductas delictivas y asociar penas a las conductas delictivas.

Un instrumento de control esencial dentro de una comunidad es el derecho penal y cómo compatibilizar entonces los principios de Becaria y de la Revolución Francesa dentro del derecho

penal occidental con las comunidades indígenas. En la Corte de Constitucionalidad colombiana, se están abriendo caminos, señalando rumbos, está incluso muchas veces zigzagueando, explorando la solución más justa, estará por aquí, estará por allá, por donde tenemos que ir. El ejercicio -dice el doctor Gaviria- es además apasionante y enriquecedor, por eso, porque se da uno cuenta de cómo resultan de mezquinas y de pobres las categorías puramente jurídicas para solucionar problemas de esta clase. Los problemas de esta clase hay que solucionarlos también en un diálogo interdisciplinario, yo creo que si no hubiera sido por las luces que nos suministraron y nos siguen suministrando los antropólogos con sus dictámenes, el acercamiento que tuvimos con los sociólogos, incluso con médicos, no hubiéramos podido llegar a soluciones un tanto audaces como las que esta Corte ha ensayado durante el tiempo que yo fui miembro de ella. Por ejemplo, ¿qué hacer para que la administración de justicia dentro de las comunidades indígenas no sea arbitraria?, porque hay que ganar un mínimo ético, no trasplantar todos los derechos humanos a una cultura extraña, pero sí ganar algún mínimo del tipo que nos permita incluso plantearlos en un diálogo intercultural.

A partir de cuestiones como éstas, la persona no debe ser tratada arbitrariamente y por tanto, dentro del ejercicio de las jurisdicciones indígenas no deben regir principios como la legalidad del delito, de la pena, del procesamiento, qué hacer entonces. Le cito el caso de un indígena de una comunidad en-verachiani, que fue procesado por el delito de homicidio, el cabildo le impuso inicialmente la pena de ocho años, se escapó del Centro y luego ya no fue el cabildo sino toda la comunidad que se reunió y le impuso la pena de veinte años de privación de libertad, tomando en cuenta incluso conductas que en ese momento no le habían imputadas, como que había tratado tan mal a la mujer que posiblemente a consecuencia de los malos tratos que él le había proferido ella murió, que cuando había sido gobernador de la comunidad se había apropiado de bienes, más que escapar a la jurisdicción indígena, si correspondía imponerle veinte años.

El indígena, estimulado por un Fiscal, promovió una acción de tutela, que es el amparo nuestro, alegando que se le había violado el debido proceso; sin embargo, la Corte hizo un análisis de muchos de los aspectos que allí aparecían como problemáticos, uno de ellos era la legalidad del delito de la vida, la pena para llegar a esta conclusión después de una exploración empírica inclusive sobre la vida de la comunidad, de cómo la comunidad había administrado justicia aun bajo la vigencia de la anterior Constitución, que no revelaron públicamente lo que les pudiera suceder y cómo hasta los propios indígenas testificaban en el sentido de que la pena que podía esperar un indígena que le diera muerte a otra persona dentro de su comunidad era de 8 años de privación de libertad y, de cómo, cuándo había lo que nosotros llamamos un concurso de delitos, entonces la pena podría aumentarse a veinte años. La Corte como quien dice trazó un límite respecto a que no pueden imponerse penas que no sean previsibles, lo que mencionaba el doctor Martínez, y si los indígenas prevén que una determinada conducta tiene una determinada pena que puede ser impuesta, podemos decir que esa previsibilidad constituye de algún modo los principios de la legalidad de la pena y del delito del sistema occidental, lo mismo que el hecho de que no haya sido oído y los indígenas dijeron no fue oído porque se escapó y en segundo

lugar, porque tampoco para nosotros el que se le oiga es esencial, eso fue lo que la comunidad percibió.

Otros dirían que el derecho de defensa es esencial al debido proceso, para ellos no, porque según explicaron esta es muy belicosa, una comunidad bastante peleadora donde ocurren cosas como éstas, si hay un hecho de sangre entonces viene la venganza de la sangre, la venganza familiar, la venganza que ejerce la familia de la víctima sobre la familia del victimario y entonces viene una cadena imparable de guerras y por tanto para nosotros, es muy importante buscar la paz y la hemos logrado a través de una institución en la que los parientes de la víctima y los parientes del victimario se ponen de acuerdo acerca de cuál es la pena que se le debe imponer y en este caso, tanto los parientes de la víctima como los parientes del victimario estuvieron de acuerdo conque 20 años de prisión era la pena adecuada. La Corte no concedió la tutela solicitada por el condenado y al no concedérsela, ratificó lo que los indígenas habían resuelto en el proceso, un caso que me parece interesante y que desde el punto de vista de la administración de justicia, dentro del derecho penal occidental, puede producir escándalo como sucedió en ese momento en Colombia.

El doctor Gaviria menciona otro caso. En la comunidad guambiana ocurrió lo siguiente: un indígena casado y con dos hijos, se consiguió una amante, los miembros de la comunidad lo disuadieron de que no siguiera con esa relación porque consideraban que para ellos la unidad familiar es esencial y la poligamia se excluye, el indígena hizo caso de los argumentos de la comunidad y dejó esta relación extra matrimonial por varios meses, pero en una fiesta comunal donde estuvieron presentes el indígena con su esposa, sus hijos y la amante, ocurrió que la esposa y los hijos se retiraron temprano de la fiesta pero él continuó la fiesta con su amiga, los miembros de la comunidad le dijeron días después a la esposa que una vez ella se había retirado, el indio se había ido para el platanar con su amante. Al domingo siguiente la esposa se encontró con su rival en el mercado de Silva -una región que es un municipio indígena- y le clavó una navaja en el corazón y la mató. La fiscalía inició la investigación del delito para su juzgamiento, pero una defensora pública recordó que de acuerdo con los criterios establecidos por la Corte de Constitucionalidad, si se trataba de los miembros de una misma comunidad y que el hecho se hubiera cometido en su territorio, la competencia para conocer era de la jurisdicción indígena si ésta quería juzgarlo.

Este es otro aspecto interesante, se les pregunta si quieren o no juzgar el hecho como mencionaba el doctor Martínez porque se ha respetado también la autonomía de las comunidades indígenas y a veces dicen no nos interesa juzgarlo eso corresponde a la justicia oficial y entonces, es la jurisdicción ordinaria la que se encarga de juzgarlo. En este caso, la comunidad conformada por más de 400 personas deliberaron todo un día desde las siete de la mañana hasta las diez de la noche y por unanimidad llegaron a esta conclusión: no es posible juzgar únicamente a la mujer que cometió el delito de homicidio porque hay que preguntarse ¿por qué cometió el delito? Y ellos decían en un lenguaje muy lindo, lo cometió porque su marido había pretendido juego en

dos corazones y por tanto hay que juzgarlo a él también y la decisión a la que llegan es ésta, a la mujer se le absuelve porque obró en defensa de la unidad de la familia y al marido se le condena, en Colombia el adulterio no es un delito y creo que en la mayoría de los Códigos Penales actuales tampoco es un delito, por lo tanto allí no habría que condenarlo, sin embargo, ellos propiamente no lo condenan por adulterio sino por haber atentado contra la unidad familiar, de esta manera encendiendo fuego en dos corazones lo condenan, así que de los seis días que él trabaja de la semana, dos días deberá trabajar para la familia de la víctima y otro día va a trabajar para la comunidad.

Esto lo podemos nosotros analizar a la luz de una y otra cultura, a la luz de uno y otro procedimiento, a la luz de una y otra filosofía penal, pero a mí no me parece sinceramente tan descabellada la solución a la que llegó la comunidad, a nosotros no nos puede parecer que un homicidio se quede impune, ellos miran no solo el homicidio sino los factores generadores del homicidio, en todo caso con perspectivas bien diferentes a la de nosotros. ¿Qué indica esta sentencia?, pues que su conclusión es muy distinta a la que hubiera llegado a un tribunal ordinario, en un tribunal ordinario en Colombia a la señora la hubieran condenado veinte años por homicidio, al señor no lo hubieran condenado a nada, la familia definitivamente se hubiera desintegrado, la mamá en la cárcel, el papá seguramente se hubiera separado de sus hijos, en fin esta decisión preserva la familia, los niños quedan con su padre y su madre, y el padre no es condenado, nosotros diríamos bueno, pero lo condenaron arbitrariamente ya que no había cometido el delito, él incurrió en una falta que para los indígenas es grave y atenta contra la convivencia pacífica de la comunidad. A lo que lo condenan no es a una pena privativa de la libertad sino que lo condenan en que una parte de su trabajo lo ceda en beneficio de la comunidad y en beneficio de la familia de la víctima.

Cito estos ejemplos de una casuística ya muy larga de la que se ha ocupado la Corte de Constitucionalidad colombiana y los cito a título de ejemplo, no por los logros que hemos conquistado sobre decisiones controvertidas que tomamos sino lo cito a título de ejemplo porque nos parece que, por lo menos constituyen un objeto de reflexión muy importante en un auditorio tan distinguido como éste. Muchas gracias.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

Licenciada Carmen María de Colmenares

A continuación pasamos a un período de preguntas y respuestas, las que les ruego sean dirigidas únicamente al doctor Martínez, porque no estoy en capacidad de responder por la situación colombiana vivida, entonces por favor indican su nombre y su cargo y le pedimos al doctor Martínez que responda a las preguntas.

Casimiro Hernández, Agente Fiscal del Ministerio Público de Santa Cruz del Quiché

Mi pregunta es respecto al Estado de Chiapas, precisamente por el levantamiento que se produce en 1994; si nos atenemos a las informaciones de los medios de comunicación social y alguna literatura que se ha elaborado al respecto, tengo entendido que ese movimiento prácticamente desplaza a muchas autoridades federales que se habían constituido, naturalmente entra el aspecto jurisdiccional entre las mismas. Mi pregunta va en la siguiente vía, haciendo una relación, pero salvando distancias por supuesto, el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas firmado como grupo de los Acuerdos de Paz de Guatemala, cimenta algunas instituciones que se sugieren como producto de esa negociación, si hubiera negociación y ojalá así sea por la paz y armonía de México entre los zapatistas y el Estado Federal. Estas decisiones que se han tomado a nivel de Chiapas ¿podrían convertirse en determinado momento en normas a cumplir a partir de ello?, los zapatistas alegan que defienden derechos indígenas, de alguna manera están levantando esa bandera, las decisiones que han tomado van en esa vía, podrían convertirse en leyes federales de llegar a un acuerdo entre el Estado mexicano y este sector territorial de México.

Doctor Juan Carlos Martínez

Usted toca un problema que es bien complejo que es el de Chiapas. En Chiapas tradicionalmente las comunidades indígenas tienen su ámbito jurisdiccional pero, a veces este ámbito jurisdiccional está dentro de regiones más amplias donde los que mandan son caciques mestizos y luego el movimiento zapatista donde prende, donde tiene más fuerza es en zonas de colonización de indígenas, no son asentamientos muy antiguos de indígenas sino indígenas que vivían en la parte del Estado que bajan y colonizan la selva, las cañadas a partir de los años 50 y digamos allí ellos construyen una nueva institucionalidad, claro a partir de la que ya conocían y más o menos es allí donde prende el Movimiento Zapatista. Lo que pasa es que en esas comunidades están traslapadas muchas estructuras institucionales porque además, como México es federación,

tenemos instancias federales, tenemos la instancia del Estado de Chiapas, tenemos las instancias de los municipios, en este caso son varios pero fundamentalmente los municipios de Ocosingo, Comitán y Chelanoa, y después sobre eso, los zapatistas crean sus propias instituciones.

Lo que hay es una confusión grande, mucha ruptura del tejido social porque algunas personas acuden a unas instancias por un conflicto y la contraparte no reconoce esa instancia y va a la suya y entonces se crea una gran confusión. Como dije, el proceso de negociación se rompió y los zapatistas siguen sin darle un reconocimiento formal a las instancias del Estado y de alguna manera y por parte del Estado tampoco hay un reconocimiento ahora, digo informal, un poco de tolerancia también, pero no están legitimadas formalmente las instancias creadas por el zapatismo, entonces yo creo que además es un proceso que en México tiene que concluir, o tiene que avanzar el proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, eso permitiría de alguna manera a los zapatistas ponerse otra vez en posición de diálogo, allí hay un enorme trabajo social pendiente para reconstruir el tejido de las comunidades y para que estas instituciones jurídicamente formalizadas con distintas lógicas correspondan a las comunidades sociales que se están formando allí, lo cual es un problema un poco complejo. Creo que en Oaxaca está un poco más fácil.

Lilian Noriega, Jueza de Primera Instancia de la Niñez y Adolescencia de Quetzaltenango

Tengo concretamente dos preguntas. La primera, en México hay recursos o una segunda instancia a nivel de derecho consuetudinario para revisar cuando alguna de las partes estuviere inconforme, la segunda ¿por qué no se actúa en casos graves, por ejemplo un homicidio? porque al menos nosotros tuvimos un caso que a mí me pareció muy bonito porque, aparentemente un joven había matado a un señor, el papá llegó con el joven yo reconozco que mi hijo ha cometido algo malo y yo lo que ofrezco es un terreno de tantas cuerdas para la familia de la otra señora y trabajarlo en los tiempos que es de cultivo, y la señora efectivamente lo aceptaba, y la defensa decía: es una barbaridad señor lo que usted ofrece, es que no es para eso, aquí yo tengo que ver para que él salga absuelto, pero aún así el señor insistió de tal forma, que al final se llegó a un convenio, pese a que era un delito grave. Yo considero que en este caso se hacía más justicia en esa forma, que imponiéndole una medida que en este caso puede ser de seis años de prisión que es la más alta para un adolescente, qué ganamos con tener a un joven guardado donde no iba a aprender nada bueno y por otro lado, la familia quedaba desprotegida económicamente, en cambio así se solucionaba y el joven reconoció ante ellos con toda la vergüenza lo que había hecho. Yo siento que se logró un mejor resultado, que imponiendo nuestro sistema jurídico que lo ve, aunque digamos que no, siempre será un castigo porque ya es una medida privativa de libertad.

Doctor Juan Carlos Martínez

Sí, yo creo que ambas preguntas hacen referencia a la diversidad de los grupos étnicos que hay en México. En ninguno de los casos ni en el caso de las apelaciones ni en el caso los homicidios

la ley general faculta a comunidades indígenas, no hay una instancia ni les permite resolver homicidios. Ahora la práctica es otra cosa, hay comunidades que no tienen instancia de apelación y lo que resuelve la autoridad es lo que se tiene que acatar, hay otras que sí, son internas, por ejemplo, la asamblea se puede reunir a revisar lo que hizo el presidente municipal, el síndico, el alcalde o acuden al consejo de ancianos en algunos casos; puede haber instancias internas para revisar lo que se resolvió, ahora en la práctica también se utilizan las instancias estatales como instancia de apelación, entonces si yo no estoy de acuerdo con lo que hizo mi autoridad, voy y lo denuncio al Ministerio Público y a veces lo procesan por abuso de autoridad, eso es lo que decía hace un momento, hay como un desfase, porque si bien es legítimo que alguien tenga un recurso para apelar a fin de cuentas, los criterios que se usan para resolver la apelación no son los que usó la autoridad para construir su resolución, eso pasa en la práctica.

Respecto a los homicidios la ley mexicana no permite a las autoridades indígenas que resuelvan homicidios, muchas comunidades desde la colonia mandan sus homicidios a las autoridades internas pero otras no. Sí hay un caso, lo he visto en Chiapas y en el mismo Oaxaca, casos donde sí se hacen cargo de los homicidios, a veces en este tipo de soluciones muy impresionantes, muy interesantes, se reúne a veces la comunidad, empiezan a discutir, resuelven qué tienen que dar, cómo castigan, cómo sientan un procedente para que otros no sientan tan fácil que los van a poder matar y después yo pago, entonces todo eso se discute dentro del pueblo y se alcanzan soluciones, hay otros donde hay otras soluciones más cuestionables como lo decía antes como la venganza, incluso la propia autoridad mata a alguien, o cosas como éstas, bueno es más discutible pero se da en México, o sea, el mosaico de posibilidades de lo que hacen los pueblo indígenas en el país es muy amplio, pero el marco jurídico estatal y nacional todavía son restringidos, aunque ya permiten muchas cosas pero todavía son restringidos para entender y para dialogar con estas cosas.

Edwin Eduardo Rosales Parada, Agente Fiscal del Ministerio Público, Totonicapán

Usted habló sobre el reconocimiento de sistemas normativos internos de los pueblos indígenas y de su jurisdicción ¿qué estudios, qué medios, qué instrumentos usaron ustedes en el caso de Oaxaca?

Doctor Juan Carlos Martínez

Bueno, hay un reconocimiento de sistemas normativos para cuestiones electorales, familiares, para el derecho penal todavía no porque se topa con la idea de la estricta aplicación de la ley penal, no hay efectivamente sistemas normativos. En Oaxaca lo que hay en general en México, es un montón de estudios antropológicos, etnográficos, que retratan o intentan reconstruir los sistemas comunitarios y sobre todo desde ciertos paradigmas teóricos se trata de demostrar que hay una cuestión sistémica, dentro de la comunidad que permea todo lo que hace la comunidad y allí se puede estructurar. Esto puede ser discutible o no pero, ciertamente lo que sí encontramos en Oaxaca son pueblos con una continuidad histórica, con instituciones, con normas que aplican

sus principios para resolver conflictos y que resuelven muchos conflictos, hay datos estadísticos para saberlo pero yo creo que resuelven bastante más que lo que resuelve el poder judicial, además en el contexto político de que se habían levantado los indígenas en Chiapas, esta es una cuestión de apertura o cierta apertura al pluralismo jurídico como negociación política y tomando en cuenta opiniones de antropólogos y juristas es que se dio un avance y se hicieron las reformas legislativas.

Alfredo Cupil, Presidente del Centro para la Defensa Legal Indígena

En su exposición usted explicó que a los pueblos indígenas en Oaxaca se les da la potestad de crear nuevas normas y aplicarlas mediante sus instituciones. Mi pregunta es, ¿cómo se identifica una norma nueva dentro de las comunidades indígenas y de qué manera se adquiere jurisprudencia?

Doctor Juan Carlos Martínez

Si, esa es una pregunta muy buena, la ley reconoce sistemas normativos y el sistema normativo implica la aplicación de sus normas y la creación de normas, lo que se piensa ordinariamente es que la norma indígena consuetudinaria es ancestral, entonces es una práctica reiterada que toda la gente está de acuerdo en que se haga así, lo que hoy en día vemos es que no es tan así, hay pluralidad interna dentro de las comunidades, hay quien está de acuerdo con unas cosas, quien no, además, hay cambios digamos en la economía política de las comunidades que obligan o que repercuten en lo que podemos llamar la esfera normativa de la comunidad, no hay mucha claridad en cómo reconocer qué es normativo y qué no, pero sí podemos identificar que al resolver los casos las autoridades tienen un sistema permeable, pueden aplicar un principio de derechos humanos, pueden reconocer que si un día la asamblea quiere nombrar a una mujer como síndico aunque nunca lo habían hecho, se negocia, se discute, se habla y bueno, se le da un espacio porque ahora ya se puede o porque ya los maridos se van al Norte o por otra razón y se hacen esas adecuaciones. Entonces el reconocimiento de lo que es normativo a veces suele ser problemático sobre todo afuera de la comunidad y no menos lo es dentro de la comunidad cuando la autoridad es muy legítima, cuando la autoridad es cuestionada también se vuelve un problema interno porque a veces la autoridad dice bueno, ahora yo voy a reconocer, o voy a poner una multa de tanto dinero, entonces la gente se levanta y dice, no porque antes no se ponían esas multas, entonces allí si puede haber problemas sociales pero sobre todo, donde la autoridad del pueblo tiene alta legitimidad, se acepta la innovación con más facilidad y en ese momento se vuelve, pienso yo, normativo, ya hay reformas del sistema tradicional.

Entiendo que en México al igual que en Guatemala, hay derecho positivo y a favor del reconocimiento y respeto de la pluralidad cultural, aunque ese derecho se queda en derecho positivo y casi nunca disiente. ¿Qué mecanismos utilizan las comunidades indígenas para que el Estado a través de todo su aparato, aplique ese reconocimiento de los derechos de la diversidad cultural?

Doctor Juan Carlos Martínez

Bueno pues tradicionalmente los pueblos indígenas han sido litigantes, hay en México, en el Estado de Oaxaca precisamente, un archivo histórico que nos muestra expedientes desde la época de la colonia en que los pueblos indígenas eran activos litigantes en cuestiones de tierras, en cuestiones religiosas, cosas de brujería, existe la idea de que ellos nunca acuden a los tribunales, pero en ciertas cosas siempre lo han hecho, yo creo que es ya en el período de la República y con este paradigma positivista es que se les ha excluido un poco, pero lo siguen haciendo, hoy en día hay algunas cosas en que si ejercen el derecho, por ejemplo en el nombramiento de autoridades porque tradicionalmente así lo hacían, ahora está formalizado y lo siguen haciendo y cuando hay conflictos internos empiezan a ver instancias del Estado para acudir. Ahora en general, lo que estoy diciendo es que hay pocos casos, aquí en Guatemala yo veo que hay mucho más casos donde la autoridad judicial se pronuncia valorando normas indígenas, hasta ahora, aunque son tradicionalmente litigantes no lo han utilizado mucho, no se invoca mucho en los procedimientos la normatividad que reconoce derechos indígenas, se dan soluciones en la práctica un poco al margen porque, por el tipo de régimen que vivimos durante casi el Siglo XX, el Poder Judicial está subordinado al Poder Ejecutivo, casi siempre las resoluciones se construyen fuera del Poder Judicial por negociaciones, por acuerdos, etc.

Y lo que tradicionalmente hace el Poder Judicial es formalizar este tipo de Acuerdos que quedan al margen del espacio jurisdiccional, entonces nuestros Jueces son buenos peritos, formalistas con darle forma jurídica a una resolución pero no en construir la resolución, la resolución se construye afuera y acá se le da formalidad jurídica; ahora por los cambios políticos que se dieron en México, tienen este nuevo reto, hay todo un movimiento de reformas en el Poder Judicial, en casi toda América Latina, para reconceptualizar el trabajo de los jueces y ahora están yo creo empezando a tener la necesidad de valorar, es decir ser un poco más creativos y tratar de hacer este tipo de resoluciones como la ponencia del Magistrado Gaviria nos revela, donde se necesita mucha creatividad jurídica, aplicar principios generales del derecho y evaluar mucho el contexto donde se produjeron casos.

Carlos García del Centro Cultural para la Democracia

Justamente en donde usted hacía énfasis, viene a mi mente que hoy estamos cumpliendo 11 años de haber suscrito el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas acá en Guatemala, pero algo sumamente importante en la exposición que usted hacía en la búsqueda de la juridicidad del derecho indígena, no cree usted que se subfunciona al buscar la jurisdicción o competencia del mismo y por el otro lado, ¿qué opinión le merecen los cambios en la nueva ética de planteamiento de la composición del Estado como una base para la búsqueda de esta pluralidad jurídica?

Con la búsqueda de juridicidad del derecho indígena a través de la jurisdicción y competencia no estamos funcionando el derecho mismo bajo el sistema judicial, o sea que el reconocimiento hace que el derecho indígena pierda su identidad, precisamente al encajarlo en una jurisdicción y competencia, sabemos que la existencia debe ser más amplia.

Doctor Juan Carlos Martínez

Si, eso es siempre como un debate como una duda que hay allí, a mí me parece que la solución que han puesto los colombianos es bastante buena de decir, hay un catálogo, una lista de esto les toca a ustedes y esto nos toca a nosotros, tal delito o tal cosa, bueno, ustedes tienen competencia amplia respetando estos mínimos pero hay jurisdicción concurrente y si algo no lo quieren resolver los pueblos indígenas lo pasan a la jurisdicción del Estado. El reconocimiento si plantea retos complejos porque en efecto en algunas situaciones estamos frente a principios diferentes y si estamos hablando que ninguno va a tener prerrogativa sobre otro, la articulación tiene su complejidad, yo no le tendría una respuesta muy precisa de qué se puede hacer o en efecto se está debilitando o fortaleciendo la jurisdicción indígena, sino que en esta apertura hacia el pluralismo se va cambiando o reformulando el paradigma, que todavía es bastante nuevo esto del pluralismo, más en nosotros que nos formamos en una tradición bastante universalista. Yo no tengo una respuesta para esto.

Betzy Alvarado, notificadora en el Tribunal de Sentencia Penal de Totonicapán

Pudiera ampliar el punto en relación a lo que se exponía de que el derecho a la jurisdicción indígena deberá aplicar el derecho indígena y el derecho oficial aplicar en todo lo que son normas oficiales. Cuando un hecho con matices culturales llevan a una jurisdicción oficial, ¿cuáles serían los instrumentos que el Juez debe utilizar para resolver un caso?, que como le vuelvo a repetir llega con matices culturales o circunstancias que culturalmente lo hicieron cometer hechos ilícitos y que su resolución sea más justa y apegada a la realidad cultural, ¿cuáles podrían ser los instrumentos que pueden utilizar los juzgadores para emitir una sentencia o una resolución justa?

Doctor Juan Carlos Martínez

Empiezo diciendo que yo creo que el riesgo de que las autoridades estatales apliquen la norma indígena es que acaben debilitando justamente la jurisdicción indígena o la suplanten, entonces el juez le llega el asunto y dice bueno, pues yo me entero de qué hacen en tu comunidad y te lo aplico para eso está la jurisdicción indígena, la autoridad indígena, el procedimiento indígena, entonces por eso creo yo que es delicado que la autoridad estatal, o incluso esta idea que en los Estados de Chiapas y Quintana Roo se ha hecho, de crear juzgados para indígenas donde aplican según la normatividad indígena, yo creo que es riesgoso y puede debilitar la jurisdicción real de los pueblos indígenas.

Ahora, cuando la autoridad estatal conoce un asunto que tiene estas implicaciones y ya está definida cuál es su jurisdicción y cuál es su competencia y dice sí, en efecto esto me toca resolverlo a mí, yo creo que en México y aquí en Guatemala, aunque con instrumentos normativos incipientes todavía o por perfeccionarse, ya tenemos algunas herramientas para que el Juez tome resoluciones como de las que se hablaban en Colombia y como algunas de las que se ha hablado y que han empezado a tomar aquí, entonces el Juez no está aplicando la norma indígena cuando dice, bueno, de acuerdo con el Convenio 169 o con la Constitución de a República de México, yo estoy tomando en cuenta la cultura y los sistemas normativos de esta persona y una vez que yo me enteré de cuál es el sentido de esa manifestación de conducta en ese contexto cultural específico y en ese contexto normativo específico, yo busco en el derecho nacional lo que yo estoy obligado a aplicar, busco la salida que me permita, ya sea atenuar la pena, aplicar una sanción alternativa, exculpar o excluir de responsabilidad, sobreser el asunto o absolver a la persona, dependiendo del caso, es muy casuístico pero puede decir bueno, en este contexto esto se entiende culturalmente diferente, a como yo lo entendería si lo hubiera hecho un mi paisano de la ciudad, lo va a ser, lo está entendiendo diferente, entonces yo modifico la pena o, en efecto, de acuerdo con los principios culturales de estas personas, si yo lo meto veinte años en la penitenciaría, pues le voy a desintegrar su cultura, no ayudo a la reparación del daño, entonces estos principios aquí no me conviene aplicarlos.

Probablemente en nuestro sistema tampoco convenga aplicar estos principios, pero aquí específicamente la ley te va, le da al juzgador la oportunidad de decir, aplicamos otra sanción, de tu trabajo la mitad se va para la reparación del daño a estas personas, vas a estar en tu comunidad haciendo trabajo a favor del pueblo y o puede ser que en efecto, allí en el procedimiento jurisdiccional una vez que sea objetivado cuál es el contexto no solo cultural sino normativo de ese pueblo, poder decir: en efecto esta persona está ejerciendo su derecho de comer iguanas, porque en este contexto hasta ritual puede ser y es legítimo y aunque en el contexto nacional no es legítima en esa situación, si es legítimo porque el Estado está reconociendo como parte de su pluralidad jurídica, que ese pueblo tiene derecho a crear normas y este señor la está ejerciendo, entonces allí se puede encontrar una salida penal o de cualquier materia que se trate, no hay responsabilidad, no hay exigibilidad de otras conductas, está ejerciendo un derecho. Estas son salidas que nos da nuestro propio paradigma jurídico actual, causas de responsabilidad o no, se acredita la culpabilidad de la persona, pero claro, exige creatividad, exige que vayamos guardando los machotes, las plantillas de que ya nada más se lleva como se están llevando todos los casos anteriores, pues hay que guardarlos y empezar a estudiar los asuntos y a verse con un poco de interés, no de pasión para resolver conflictos jurídicamente.

Guisela Mayén, investigadora y antropóloga

Quería decir precisamente algo que va en ese mismo sentido y es que la jurisdicción indígena ayudaría precisamente a que el juzgador del sistema oficial devuelva o traslade un caso cuando es necesario ir a esa jurisdicción, en el entendido que el juzgador del sistema oficial no debe aplicar el derecho indígena, pero efectivamente se dan casos en que ya el indígena estaba en el

sistema oficial y mientras no haya esa posibilidad o no haya esa sensibilidad del juzgador de regresarlo, a mí me parece válido que valiéndose de ciertas herramientas y en este caso el peritaje puede ser una de éstas, se sancione dentro del sistema oficial con más o menos parámetros del sistema indígena, pero me quedo allí porque yo había pedido la palabra un poco antes y quería expresar eso. Muchas gracias.

Juan Ixchop, representante de la entidad indígena Oxlaju Baxtun

En Guatemala cuando hablamos del derecho jurídico indígena lo identificamos a través de los alcaldes auxiliares, las alcaldías indígenas, las personas por la imposición de la indumentaria sagrada, pero todavía no nos aproximamos realmente a identificar a las verdaderas autoridades legítimas, en Oaxaca ¿qué nombre reciben las autoridades legítimas que tienen la potestad de mediar los problemas que surgen en la vida social y política de las comunidades?

Doctor Juan Carlos Martínez

Si ese es un punto muy importante, en efecto la mayoría de los nombres, el nombre que se da a las autoridades que aplican justicia es igual alcalde y síndico, sabemos que ésta se puede decir imposición o se puede decir una nomenclatura o una forma conceptual social colonial, pero en el caso de Oaxaca se puede decir que es algo de lo que los indígenas se han apropiado y entonces así se llamaba hacia afuera y ese nombre y ese concepto se lo pusieron a las autoridades que ellos tenían, entonces hoy día decir bueno, el alcalde es una imposición de la Colonia, pues sí y no porque también es algo que se han apropiado ellos y así le llaman a sus autoridades, es igual que el concepto indio; el concepto indio no lo inventaron los indígenas, es un concepto que llegó de afuera para englobar a una serie de grupos pero ellos se reconocen como zapotecos, como mijes, etc. Entonces, ellos son la autoridad, ahora como decía donde se mantiene más resguardado el sistema o hay legitimidad a pesar de estos cambios sociales, es donde la autoridad es muy legítima y en casi todos estos lugares, la autoridad tiene un proceso de iniciación no solo político sino también espiritual y ritual; para llegar a ser autoridad hay un sistema de cargos, empezaron desde jóvenes siendo pupilos, después siguieron en los cargos medios hasta llegar a los más altos y siempre hacen una serie de rituales, suben a los cerros sagrados, hacen ayunos o tienen abstinencia sexual antes de tomar el cargo, hay una serie de reglas que hacen estas personas en el imaginario de esa comunidad se transforme un poco de ser un individuo cualquiera a ser parte de entre otros, a una serie de convicciones religiosas, ellos están conscientes un poco más que su individualidad.

En esos pueblos donde se conservan estas cosas, yo he notado que hay menos problemas para asumir las determinaciones que toma esa autoridad, ahora hay un proceso de modernización en México y estas cosas a veces se pierden y algunos logran construir nuevas formas de legitimidad, como muy buenos profesionistas o políticamente muy activos o teniendo mucha capacidad para hacer informes o presentar proyectos y cosas como esas y van construyendo en esa transición entre esa autoridad tradicional un poco ligada al mundo espiritual del pueblo, en una autoridad

más moderna, donde se separa lo religioso y eso, a veces en esas transiciones el pueblo tiene conflictos y se desintegra y hay problemas, entonces ese es un punto delicado de este momento de transición de los pueblos indígenas y algunos logran hacer como una transición muy buena, son autoridades modernas y van nombrando a los que fueron a estudiar a la ciudad, etc., pero les siguen exigiendo que cumplan con este procedimiento de tipo ritual, que para el pueblo es muy importante aunque sean indígenas, abogados y después regresen a su pueblo, siguen subiendo al cerro a llevar sus ofrendas y siguen haciendo una serie de prácticas rituales que permiten como tener consenso.

Jorge Lemus, investigador de la Universidad de San Carlos

Mi pregunta es con respecto a que si con estos ejemplos que se nos han presentado de los casos que se han resuelto en Colombia, en México y algunos en Guatemala sobre la base de este tipo de derecho, conforme se vaya ampliando la jurisdicción indígena no se correría el riesgo de que en un momento dado se volviera a aplicar de nuevo la justicia privada o se pudiera aplicar de nuevo la ley del Talión, ya sea en forma directa o simbólica; y por otra parte, si esto no nos estaría llevando a una crisis del derecho penal especialmente como sucedió en la época de la escuela positiva, cuando puso en crisis a la escuela clásica con las planteamientos de César Lombroso, de Enrico Ferri, de Rafael Garófalo, por ejemplo, que le dieron mucha preeminencia a la antropología y a la sociología, no sucedería que en un futuro no muy lejano el derecho penal especialmente, pudiera quedar supeditado a estas disciplinas y perdiera su independencia y entrara en crisis al igual que la tecnología al aplicarse ciertas normas y ciertas penas en forma discrecional.

Doctor Juan Carlos Martínez

Pues yo creo que no, porque para empezar la legislación les está reconociendo un carácter de entidades públicas, los pueblos indígenas no son entidades privadas, se les está reconociendo el carácter de entidades públicas con capacidad de aplicar sus normas, sus sistemas, sus autoridades. Además, estamos hablando de que este reconocimiento se da como se debe dar en diálogo con el Estado, en un diálogo intercultural, obviamente debe tener límites, hay mínimos, muchas comunidades no son como a veces uno cree que son bastante bárbaros y queman a la gente, no son así, aplican una justicia racional, lógica para su contexto y a veces, utilizan principios, incluso se resuelven los conflictos mediante el modelo de justicia que se aplica por lo menos en México. Los autores que usted está nombrando son muy positivistas, ellos hablan de concepciones raciales, genotipo, entonces esta persona es criminal porque justamente tiene determinadas características y pensaban cierta antropología pero más bien antropología física. De lo que venimos hablando es más bien de una articulación interdisciplinaria si, antropología, sociología, derecho, para comprender y no sólo a través del contexto normativo, el contexto cultural y la economía política en donde se aplica el derecho, esto da una comparación más amplia, no estamos diciendo el derecho a la basura, no, el derecho hay que aplicarlo pero hay que saberlo aplicar a través de razonamientos que articulen toda la realidad, el conjunto de la realidad que se

está valorando y saber si esa norma aplica o tiene el sentido que tendría en otro contexto, yo creo que más que verlo como un paso atrás y volvamos al Siglo XIX o al Siglo XVI, es un paso adelante, vamos haciendo un derecho que nos permita una mejor convivencia sin negar que nuestros países son pluriculturales y han sido, aunque el derecho no lo reconoció así, son, esa es la realidad, entonces qué sistema jurídico nos permite una mejor convivencia en esta diversidad que de hecho tenemos, en México se intentó borrar todo el Siglo XX y no se pudo y ahora qué hacemos.

Doctor Rudolf Huber de la Fundación Konrad Adenauer de México

Hemos escuchado muchos casos, ejemplos de conductas de los pueblos indígenas que en su entorno no son legítimos pero en la legislación estatal nacional si son conductas punibles, por otro lado usted doctor Martínez, ha señalado que puede haber ciertos límites o a lo mejor los derechos humanos, lo pueden tener en el castigo para algunas conductas castigadas por las poblaciones indígenas, yo creo que usted habló sobre todo de un diálogo intercultural para establecer un poco dónde están estos límites que nos dan sobre todo los derechos humanos. En este contexto a mí me interesaría saber de casos al contrario, o sea donde algunas conductas no son punibles para el Estado, en ciertas comunidades indígenas sí presentan un conflicto para el Estado de permitir que se penalice conductas que en principio el Estado considera como ejercicio de los derechos y libertades individuales, como un ejemplo, podría haber una comunidad por ejemplo donde el adulterio del varón no es punible pero el de la mujer sí, entonces es una clara violación del principio de igualdad entre hombre y mujer, qué se debería hacer en este caso, es un caso hipotético pero me gustaría conocer.

Doctor Juan Carlos Martínez

Como siempre, volvemos a llegar a ese punto como situaciones límite, yo creo que no se puede decir que la justicia indígena va a ser perfecta, es muy buena o siempre tiene resoluciones armónicas, puede tener problemas, yo lo que creo es que el punto es tomar esto como punto de partida para el diálogo y no como punto de llegada, o sea es una actitud distinta si nosotros decimos desde ahora, eso está mal, porque no hemos comprendido cabalmente el sentido de esa conducta en ese contexto, de esa institución como esto de los nueve azotes sagrados. Si yo llego y digo que se guiten porque en el Estado esto está mucho más avanzado, bueno es que no sabemos exactamente que significa, cómo el pueblo alcanza un cierto tipo de equilibro o consenso con esos nueve azotes y no con cinco y no con siete, es decir allí y ya sobre eso, cuando uno está entendiendo qué significan esos nueve azotes, qué significa que a la mujer se le sancione y al hombre no, en ese contexto ya tenemos un punto de partida para decir acá lo vemos distinto, acá hemos construido una situación de equidad de género por estas razones históricas en ese contexto y nos ha servido para esto, y entonces hasta nosotros podemos a comprender si este proceso también tiene que ver por ejemplo, con la industrialización de nuestras sociedades, esto nos ayuda a entender y a dar planteamientos y decir, bueno sugerimos reformas en el sistema indígena de este lado, pero tratamos de cuidar la unidad familiar que es lo que ustedes

están preservando ahora de esta forma. Si uno llega y prohibe los nueve azotes a lo mejor allí habrá como una descomposición social, al rato va a haber una serie de conflictos que ya no se pueden resolver y la carga va para el Estado, ya hay una ruptura del tejido o vamos a decir; y ahora hay que elegir en el cabildo a cinco mujeres, quién sabe qué efecto va a tener en este pueblo, moral, tradicional etc.; si hay que entrar en diálogo, no hay que dar por hecho que todo esta bien allí pero, digamos los términos de esa relación es lo que tiene que cambiar, que hasta ahora es compulsivo y se da por hecho que lo que ellos hacen está mal y acá estamos más avanzados pues cámbienle, no puede ser tan compulsivo el proceso.

Luis Fernández Molina, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Dos preguntas concretas tomando como referente el caso mexicano, a nivel promedio y digo como referente porque lo da para el caso guatemalteco. La Constitución de Guatemala dice que en todo el territorio de la República nadie puede ser detenido sin orden de juez competente, salvo flagrancia y en todo caso, puesto a disposición de tribunales en las siguientes 6 horas. Supongamos el caso de una comunidad indígena que está a más de 3 a 4 horas del juzgado de paz y de la comisaría de la policía y por un delito flagrante lo quieren retener allí, ¿qué defensa tendría, para que esta comunidad o esta autoridad no cometa el delito de detención ilegal, plagio o cualquiera de estas formas? y la pregunta dos se trata de que se imponen sanciones, que debe trabajar para la suegra, para el suegro, para el cuñado o lo que sea o cualquier otro tipo de sanción, ¿qué sucede si lo cumple los primeros dos tres meses y después ya no lo cumple? Gracias.

Doctor Juan Carlos Martínez

El primer caso lo que tienen ahora es el juicio de amparo, a una persona la detiene una autoridad indígena y se considera que esa detención es ilegítima, ¿qué recurso tiene el individuo? Una defensa de esa comunidad tendría que invocar justamente el reconocimiento constitucional, primero a través del artículo 2 y a través del Convenio 169 de la jurisdicción indígena. Al hacer este reconocimiento el Estado está facultando a la comunidad indígena para ejercer en ciertas conductas su jurisdicción, si el Estado quiere reprimir a la comunidad, la comunidad puede establecer estos mecanismos como defensa jurídica; será un caso polémico de entrada, porque no están bien definidas las competencias de lo que hablo pero yo creo que ya hay elementos para hacerlo así, más si el ciudadano que fue detenido quiere apelar la conducta de su pueblo, que suele suceder, él se puede amparar, él tiene recursos normales que tiene cualquiera, la comunidad tiene un poco de derechos pero eso sería como la estrategia, cuando alguien se ampara en México, el juez de distrito, que es el encargado de otorgar el amparo es un Juez federal, solicita un informe justificado a la autoridad, entonces la autoridad tiene que remitir la justificación de su acto para demostrar que no es violatorio de garantías individuales, al responder en el informe justificado, si yo asesorara a la autoridad indígena lo que haría sería invocar estas normas que le facultan o que le dan competencia para resolver esa situación.

El otro, bueno pues allí ya son medidas, como digo esto en el derecho nacional no está muy bien formalizado, lo que yo he visto que llegan a hacer es: tú no quieres responderle a la comunidad, adiós entonces, lo expulsan de la comunidad o le cortan el agua para que ya no pueda vivir allí o hasta le llegan a tumbar la casa, todavía son como medidas un poco extremas porque hay argumentos jurídicos para convalidar eso, esa segunda sanción puede ser bastante polémica pero tienden a ser así como extremos, tú no estás respondiendo para la comunidad, entonces la comunidad te da por muerto, vete de aquí y ya no te vamos a aceptar, te quitamos la parcela, cosas así.

TALLER SOBRE PERITAJE CULTURAL COMO UN MECANISMO DE ACCESO A LA JUSTICIA. ANÁLISIS DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

1. A criterio del grupo, en el presente caso anotar "sin apodo o sobrenombre" como parte de los datos personales se justifica, o se está violando el derecho de las personas a identificarse únicamente con su nombre propio. Así mismo considera que es pertinente incluir como parte de los datos personales de los procesados los nombres de los hijos de estos, tomando en cuenta que los hijos nada tienen que ver con los actos cometidos por sus progenitores.

Considera el grupo que podría ser pertinente incluir en los datos personales, el origen étnico, lo cual serviría de fundamento al tribunal para haber solicitado el peritaje cultural. Así como hacer referencia a que los acusados son hablantes del idioma K'iche' el cual aparentemente no fue utilizado en el juicio. Fundamentar sus respuestas

GRUPO 1

Relatora: Licda. Patricia Secaida

- De conformidad con el consenso a que llegamos en el grupo 1, sí es procedente individualizar al sindicado con su nombre o bien con apodo o sobrenombre también, con fundamento en los artículos 82, que establece el momento del desarrollo de la audiencia indagatoria y con fundamento en el artículo 332 bis, ambos del Código Procesal Penal, donde no es expreso pero se puede entender de una manera tácita, que al momento de individualizar al sindicador se puede con el nombre, o también con el apodo o el sobrenombre.
- Con relación al caso concreto que se nos puso para analizar la sentencia, el grupo consideró que sí es pertinente que el tribunal conozca los datos personales del sindicado, como por ejemplo la etnia para establecer el idioma maya y el derecho que tiene a ser juzgado en su propio idioma, que es un derecho que se debe respetar en cualquier instancia del procedimiento, por lo tanto el grupo considera que sí es pertinente que se conozcan estos datos.
- En esto también hay que tomar en cuenta la norma 82 efectiva penal cuando se les va a tomar su primera declaración, allí se indica que se le debe de pedir el nombre de los hijos, incluso el de la cónyuge.

- En relación a incluir los datos personales. Sí es posible que el juzgador conozca el origen étnico en el caso concreto, porque si vamos a la dogmática penal, nos dice que la relación que hizo el tribunal para llegar a la conclusión de que no existe culpabilidad por parte de los sindicados, es un análisis de los elementos del delito, pero esta exclusión de culpabilidad la hizo para saber si tenía previo conocimiento el tribunal del origen étnico de los sindicados y esto en todo caso le favorece, por lo tanto sí era pertinente que se conociera tal extremo.
- Mosotros consideramos en el grupo, para ahondar en lo que acaba de decir la licenciada Secaida, que Guatemala es un país multilingüe; poníamos de ejemplo que hay una zona en el Quiché en el Triángulo Ixil donde solamente se habla Ixil, no se habla en otro lugar de la República de Guatemala, entonces de alguna manera al tribunal le puede servir efectivamente, conocer cuál es el origen étnico y cuál es el idioma maya quiché que hablan, en este caso, las personas que van sujetas a proceso.

Doctora Guisela Mayén

Si algún otro de los grupos tiene comentarios a la respuesta uno del grupo 1 y le vamos a dar la palabra.

Grupo 2

El grupo 2 estimó que si bien es cierto poner el sobrenombre de una persona y poner quiénes son los hijos de esta persona, es un requisito legal del Código Procesal Penal, también nos lleva a pensar que al poner el sobrenombre estamos estigmatizando al procesado puesto que cuando alguien tiene un sobrenombre, indudablemente ha cometido un hecho delictuoso aunque en Guatemala todo el mundo tenga un apodo. Cuando se estigmatiza a la familia del procesado nos parece un poco preocupante que los hijos puedan de alguna manera pagar culpas de los padres, porque la responsabilidad penal es individual; en el caso de que por la etnia a la que corresponda una persona, el grupo estima que lo ve un poco como dual, de alguna manera podría servir para establecer si en ese proceso se ha cumplido primero con nombrar un intérprete y en segundo lugar si ha sido escuchado en su propio idioma.

Grupo 3

A criterio del grupo 3, los datos de identificación que establece el artículo 389 del Código Procesal Penal en su inciso 1º, es efectivamente el hecho de preguntarle si tiene un apodo o sobrenombre, con la idea de individualizar al procesado, porque muchas veces sucede que dentro de algunas comunidades reconocen a las personas por algunos otros nombres o seudónimos y únicamente es para individualizarlo no es para discriminar, no tiene ese objeto ese artículo sino únicamente para individualizar al procesado. El Código Procesal Penal establece en ese mismo inciso que es para establecer su identidad según lo refiere, pero consideramos dentro del grupo que la identidad no solo se establece a través de un nombre completo o un apodo, sino a través del conocimiento sobre el origen de la persona, de dónde es originario y especialmente el idioma que habla, esto con el fin

de visualizar al tribunal ante quien está presente el procesado, sobre sus aspectos culturales y así poder emitir una sentencia un poco más apegada, tal vez no a legalidad, sino más legítima o apegada a la realidad de nuestra sociedad.

Grupo 4

Con relación a la pregunta 1, nosotros sí discutimos un poco principalmente con un compañero, él decía que dentro de las culturas indígenas, en algunas ocasiones de acuerdo al calendario maya se ponen sobrenombres, no obstante tener un nombre que tenga una influencia occidental que así esté en el registro civil, a ellos se les dice de acuerdo al día del calendario, eso puede ser parte de su nombre y si nosotros lo consignamos como un sobrenombre, así sí estaríamos violando su derecho a ese nombre que culturalmente le pertenece, entonces nosotros lo mirábamos como que podía incluirse el nombre que está en el Registro Civil y aparte indicar que también culturalmente se le conoce como fulano de tal, un nombre en idioma indígena, porque no es sobrenombre ni es un apodo, no se le está ofendiendo sino él se siente cómodo con ese nombre de acuerdo a su cosmovisión.

En relación a que si era pertinente indicar su apodo o sobrenombre, para nosotros como que estuvo de más; no obstante ser un requisito legal porque no tenía ni apodo ni sobrenombre no había razón de poner que no tenía, era obvio que por eso no se incluyó; y por otro lado lo de los hijos, no obstante ellos como que no tienen culpa de lo que se les está atribuyendo a los padres, pero en realidad allí el espíritu de la ley no es hacia si tienen culpa o no la tienen, lo que pasa es que si la sentencia hubiera sido de carácter condenatorio, tenían que verse las cargas familiares para poder darle o condenarlo a costas procesales o a establecer una indemnización, por eso es la razón de poner los nombres de los hijos, pero como cargas familiares no como víctimas de los hechos que se le están atribuyendo a los padres.

En el caso concreto también nosotros analizamos que el origen étnico era necesario que estuviera allí, ¿por qué?, porque si nos damos cuenta la sentencia prácticamente tiene un alto contenido de derecho indígena y como se le estaba vinculando una región determinada y esa región lo vinculaba a él también con la cultura, era necesario a criterio de nosotros al menos, que se mencionara el origen étnico porque precisamente la sentencia iba a estar vinculada con la aplicación de ese derecho porque como nos dimos cuenta, lo resolvieron aplicando el derecho indígena, porque si hubieran aplicado el derecho occidental lo hubieran condenado.

En relación a la referencia del idioma, nosotros lo único que queríamos mencionar aparte, es que allí también era necesario que se señalara que él tenía determinado idioma, puesto que es un derecho que tiene, no obstante que el proceso no había sido aparentemente traducido más al idioma quiché, pero sí era necesario para poder establecerlo, eso nosotros

lo encontramos en la Ley de Idiomas Mayas que es un derecho que le asiste a los procesados para ser juzgados.

Grupo 5

- Con respecto al sobrenombre si miramos en la cédula dice nombres y apellidos, nombre usual por ejemplo, sin llegar tanto al "alias", yo le llamo más que todo muletillas del idioma español o costumbres en cada comunidad. Yo me llamo Juan Carlos Manuel pero me pueden decir Memo o Juan por ejemplo, eso ya no puede tomarse como un seudónimo, también, si hablamos de apodos hasta el punto discrimitativo, por ejemplo le pueden decir "jirafa" pero yo lo acepto, estoy consciente de que así me gusta que me llamen y toda la comunidad así me conoce. Pero si morenito y me dicen "negro", ya se puede tomar como un apodo desde el punto de vista discriminativo. Con respecto al origen sería de preguntarle a la persona, como dijo un compañero aquí y me gustó mucho la expresión "yo soy maya, me considero ladino, pero la cara me chinga", perdón por la expresión pero es para profundizarla, qué significa eso de ver en la persona la famosa autenticidad y él acepta que es maya y que habla un idioma, yo puedo decir yo soy maya hablo maya quiché o maya en sí, pero cuando le preguntamos él me dice no, soy ladino y hablo español aunque en sí hable algún idioma o pertenezca a alguna etnia.
- Sentarse en la posición de crítico de lo que los otros construyeron es fácil, y como lección vale la pena reflexionarlo y tomarlo en cuenta. No estamos de acuerdo con la posición de algunos otros grupos, sin embargo, creemos que en la cultura occidental se violan derechos humanos cuando se consignan los nombres de los hijos, ya que no tiene nada que ver, la pena debe recaer en el responsable, pero en la cultura indígena existe lo que se conoce como vergüenza de familia, o sea los hechos de un miembro arrastran o alcanzan a los miembros de toda la familia, eso es como decir los linajes, se identifican, ah sí, de qué familia es, se vinculan; por ejemplo, en Sololá hay una banda denominada Los Churuneles que estigmatizó a toda esa comunidad. En cuanto a incluir los datos de origen étnico creemos que debe incluirse para que se tome en cuenta el concepto sociocultural de los hechos y se preste el servicio de justicia, tomando en cuenta el conflicto no solamente con carácter formal sino con carácter humano especial, para que realmente se resuelva el conflicto y no crear otro conflicto. Creemos también que, en cuanto a la cuestión del idioma, es un derecho del sindicado o de las partes en el proceso, a ser atendidos en su idioma y es una obligación del Estado prestarla.

Grupo 7

Mosotros somos el grupo 7 y en cuanto a la primera pregunta, sí se está violando el derecho de las personas a identificarse únicamente con su nombre propio. De conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Penal, se establece qué es lo que se le solicita en este caso cuando declara y dentro de los requisitos se le pregunta si esta persona tiene un apodo o sobrenombre, nosotros consideramos que sí es importante aclararlo en la sentencia y poníamos un caso por ejemplo, cuando una persona solo tiene un nombre y

un apellido, uno tiene que aclarar si es único apellido, porque puede darse a malos entendidos que tenga un solo nombre y un apellido o que se les olvidó poner el otro nombre y el segundo apellido, entonces si es importante aclarar si tiene un apodo o sobrenombre.

Aparte de ello, la declaración es voluntaria, no se le obliga a decir si tiene un apodo o sobrenombre, por lo tanto si se llegara a consignar este extremo en la sentencia, no se le está estigmatizando porque él voluntariamente declaró este extremo, no se puso al azar ni se le coaccionó. Con relación al nombre de los hijos, consideramos al igual que el grupo que nos antecedió que sirve en principio para determinar las cargas familiares que pueda tener el acusado además de esto, en Guatemala son muy comunes los homónimos, entonces se trata de individualizar lo más que se pueda, incluso quién es su cónyuge, con quién vive, sus hijos, para también lograr determinar desde ese punto de vista quién es él o si son personas diferentes, porque si yo solo señalo que es tal persona, puede ser que se llame igual que yo pero no tenemos ni los mismos padres ni tenemos los mismos parientes, sirve también para efectos de homónimos.

En cuanto al origen étnico y el idioma también es importante establecer estos aspectos dentro del debate y la sentencia, porque incluso llegamos a considerar que es necesario preguntarle a la persona qué idioma maya habla porque de allí se va a determinar la necesidad de un peritaje cultural o bien de un intérprete, en cambio acá nosotros no sabemos realmente si ellos hablaban un idioma maya, porque la mayoría de los testigos eran de la comunidad y si todos hablaban el idioma español; estos son aspectos que nosotros no logramos determinar porque la sentencia no lo dice, entonces sí es importante que se hagan ver estos elementos y se determine al dictar sentencia. Gracias.

Participante

Voy a reivindicar mi derecho de participante el día de hoy aunque no debería, yo entiendo bien todos los puntos que han planteado los diferentes grupos pero quiero hacer una pregunta de reflexión. Yo tengo dos hijos, no he estado en una situación, en un juicio, pero sí he comparecido haciendo una escritura pública para comprar algo y entonces, cuando me piden que me identifique me identifico con mis dos nombres, con mis dos apellidos, con mi número de cédula que eso me individualiza y con mi domicilio, entonces por qué en un juicio y es una pregunta para reflexión, ¿por qué en un caso como éste no se le pregunta, no aparece su número de cédula?, cuando yo firmo una escritura no dice que yo soy la mamá de Manuel Emilio y de Daniel Joaquín, no dice eso, entonces por qué cuando hago esto, perdone que repita la pregunta pero es para que reflexionemos y si algún día yo pudiera pedir una reforma a este artículo 82 la pediría, si yo algún día estoy en un problema, no quiero que mis hijos aparezcan como estigmatizados por un asunto. Muchas gracias.

2. En el caso de estudio, la fiscalía utiliza como prueba que existió coacción por parte de los acusados, información que proviene de un procedimiento de mediación realizado por la Procuraduría de los Derechos Humanos, según lo expresan los acusados en su declaración. ¿Cuál es la opinión del grupo al respecto?. Fundamente su respuesta

Grupo 2

Relator: Licenciado Casimiro Efraín Hernández

El grupo número 2 llega a la conclusión de que la mediación de la Procuraduría de los Derechos Humanos que consta de un acta no puede tener un valor probatorio, ya que se consideraría una aceptación extra judicial de los hechos y recuerda que las actuaciones de la Procuraduría de Derechos Humanos están basadas en conciencia, de tal manera que no debió ser presentada por el Ministerio Público, éste debió haber hecho esa reflexión, la defensa debió haber impugnado su aceptación y el juzgado estaba en su derecho de poder rechazar este medio de prueba con el debido razonamiento. Esa es la conclusión del grupo número dos.

Doctora Guisela Mayén Comentarios a la repuesta del grupo número dos.

Grupo 1

El grupo 1, en cuanto a utilizar ese documento que nace de una mediación en la Auxiliatura del Procurador de los Derechos Humanos, estima que debió haberse llamado a todas las personas a esa oficina para tratar de evitar lo que sucedió con posterioridad; de suyo se debe advertir en este documento, estima el grupo, que lo que se hace constar allí le puede servir en este caso al ente investigador y encargado de la persecución penal en el juicio, pero no nos olvidemos que de acuerdo con la norma efectiva procesal penal 347, se da la lista de testigos, peritos y documentos y el tribunal los admite o rechaza, esa es la primera cuestión; ya en el juicio el tribunal les va a dar o no valor probatorio a esos documentos, pero antes de eso, aquí en el grupo conversamos algo también, es que el abogado o los abogados defensores en el momento procesal de ofrecer la prueba, pueden de alguna manera impugnar esa resolución si uno de los elementos de prueba que fue aceptado por el tribunal a ellos no les parece, si esto sirvió a la Fiscalía para establecer que había una posible comisión del delito de coacción. Nosotros inferimos también y se le vedó el derecho que tenían las criaturas a la educación, se coaccionó al señor a que diera una camionada de arena y que pagara Q.250.00 y eso estima también el grupo, que es muy probable que los acusados lo hayan tomado como defensa, esta es la opinión del grupo.

Participante

Yo personalmente disto del criterio del licenciado Pedro Ixchiu. Yo soy Fiscal del Ministerio Público también y el problema que yo veo aquí, por qué llegó a debate, no fue tanto que el Ministerio Público no haya respetado la autonomía de las autoridades indígenas, el problema fue el peritaje, porque el peritaje decía que hubo exceso y desde el momento que dijo hubo exceso, eso sale del ámbito del derecho indígena, según lo que yo percibí. ¿Qué hubiera hecho yo como Fiscal? vamos al debate, miremos si verdaderamente hubo excesos y que los jueces resuelvan de conformidad a derecho, ahora, si el peritaje hubiera sido claro y hubiera dicho que estuvo apegado concretamente al derecho indígena, no hubo ninguna violación, fue un ejercicio legítimo, de una vez se hubiera sobreseído el caso, porque allí el peritaje me daba la oportunidad de solicitar un sobreseimiento, pero allí me queda la duda, ya que decía hubo excesos y esos excesos por lo menos desde lo que yo logré percibir, eso ya no es derecho indígena, hay un exceso que puede ser constitutivo del delito que yo investigué y que tiene que esclarecerse en juicio.

Participante

Yo lo que veo es que también el Estado gastó demasiados recursos y al menos yo, como Juez de la Niñez hubiera dicho este caso es mío, se debe solucionar en mi juzgado. Efectivamente se está violando el derecho a la educación y yo creo que este era el meollo del asunto, desde el principio se hubiera ido con nosotros y allí hubiéramos establecido si había necesidad de un peritaje cultural o si se resolvía por otro medio, tuvimos un caso muy similar y lo que hicimos fue una conciliación, se llamó a las autoridades, a la señora que era la que no tenía el dinero y al final, se quedó en que la señora iba a hacer los desayunos por tanto tiempo y con eso se acabó el problema, la niña nuevamente está en el colegio y todo quedó bien, pero aquí yo siento que se fueron a algo penal cuando era de niñez, al menos esa es mi opinión muy particular.

Grupo 3

∠ La coacción está en la no inscripción del acta porque no hubo acuerdo.

Grupo 4

Si el Ministerio Público hubiera utilizado el acta de la Auxiliatura del Procurador de los Derechos Humanos la resolución hubiera sido diferente, el Ministerio Público utilizó otras pruebas.

Grupo 5

Una pregunta que nos planteamos es si era necesario llevar a sentencia este caso, porque establecimos que el Ministerio Público invisibilizó a las autoridades indígenas que son autoridades legítimas electas en asamblea pública; eso lo evidencia el peritaje en virtud de que la norma del artículo 214 del Código Penal, establece que un elemento fundante del delito de coacción es actuar ilegítimamente, contrario al caso que nos ocupa, son autoridades y actuaron legítimamente. En opinión del grupo no hay delito en la norma

indígena ni en el sistema nacional penal, no hay delito que investigar, creemos que el artículo 310 del Código Procesal Penal establece que se desestima una denuncia, prevención policial o querella cuando existe ausencia de falta o delito. El error se mantiene hasta en la fase de sentencia en el razonamiento de los jueces, quienes también cometieron la inobservancia al debido proceso por haber llevado a cabo toda la fase del juicio oral público innecesariamente.

Grupo 6

- El grupo estima que efectivamente hubo un exceso, incluso porque el Reglamento de los COEDUCAS de la comunidad tiene un artículo que manda a los COEDUCAS y a los padres de familia a velar por la educación de las niñas y, en ese sentido, también en primera instancia, la Jueza le llamaba a ese reglamento, reglamento consuetudinario; si aceptamos que se le llama así, entonces sí dentro del mismo hubo un exceso porque se castigó indirectamente a las niñas. El peritaje sugiere en las observaciones que, si hubiese alguna sanción, se ponga que ésta sea congruente con el derecho y que consiste en el resarcimiento a las afectadas. Entonces, no se si se aclara el punto, por allá todavía hay algunas opiniones.
- El reglamento de la misma escuela, del mismo comité y leí esto de los COEDUCAS, donde decía que una de las prohibiciones que estas personas tenían, era de negarle la educación a un menor y aquí se le estaba negando la educación a un menor, eso fue lo que me obligó a elevarlo y no sobreseerlo.

Participante

- Fíjense que esta mañana yo tenía mis dudas sobre dónde comienza el derecho indígena y dónde termina, sin embargo, oyendo el peritaje, las explicaciones sobre lo que es, creo que puede ser de utilidad muy grande para que nosotros sepamos si algo es derecho indígena o si algo no es. En ese sentido, este peritaje acá es de un gran valor que hay que reconocer y el instrumento que en un momento determinado a mí como juez, me va a permitir saber si ese es un derecho indígena, un derecho maya o un derecho consuetudinario. Muchas gracias.
- 3 Considera el grupo que la decisión del tribunal de no conceder valor probatorio a la declaración de los acusados, esta debidamente fundamentada en el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Fundamente su respuesta.

Grupo 3

El artículo 16 constitucional dice lo siguiente. "En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley"

El grupo 3 llegó a la conclusión de que lo que se realizó por parte de los acusados fue su defensa material, y que de acuerdo al ejercicio de la defensa material, el tribunal sí estaba en la obligación de valorarla por cuanto, si en un caso "X" solamente el Ministerio Público es quien tiene la carga de la prueba, lleva, propone varias pruebas y el sindicado por alguna razón no propone ninguna, se estaría cometiendo una violación al derecho de defensa al no valorar la misma, por cuanto la declaración de ellos señaló al tribunal varios elementos que tenían como normas dentro de su comunidad, entonces consideramos que aquí se violaron los principios de contradictorio, de igualdad y de defensa porque estas personas declararon voluntariamente y consideramos también que se violó el artículo 11 bis del Código Procesal Penal que dice lo siguiente: "Los autos de las sentencias contendrán clara y precisa fundamentación de decisión, su ausencia constituye el defecto absoluto de forma.

La fundamentación prestará los motivos de hecho y de derecho en que se basare la decisión, así como la indicación del valor que se le hubiere asignado a los medios de prueba.

La simple relación de los documentos del proceso o la mención de los requerimientos de las partes, no reemplazarán en ningún caso a la fundamentación. Toda resolución judicial carente de fundamentación, viola el derecho constitucional de defensa y de acción penal."

- Esta fundamentación consideramos que es el producto del tamiz propio del Código Procesal Penal, que estableció cómo es la sana crítica razonada que establece como principios de análisis el sentido común, los principios de la lógica y otros principios, y concretamente, el artículo 385 habla sobre lo siguiente: "Para la deliberación y votación, el Tribunal apreciará la prueba según las reglas de la sana crítica razonada y resolverá por mayoría de votos.
 - La decisión versará sobre la absolución o la condena. Si se hubiera ejercido la acción civil declarará procedente o sin lugar la demanda en la forma que corresponda".
- Entonces consideramos que todos los elementos que aportaron los acusados en su declaración debieron haber sido analizados por el Tribunal, indistintamente si condenaba o absolvía. Gracias.

Grupo 1

Llegamos a la misma conclusión. Es indiscutible el hecho de que el ser humano tiene derechos empezando desde la Constitución y nadie puede violentar esos derechos inherentes al ser humano, mucho menos a una persona que está siendo señalada como posible responsable de un hecho delictivo. El tribunal con toda razón no le da valor probatorio a esas declaraciones de los sindicados ¿por qué?, porque con fundamento en el artículo 16 de la Constitución que establece que nadie puede declarar contra sí mismo y sus parientes, fundamentó su sentencia de esa manera y, de conformidad con el artículo

251 de la misma Constitución, el ente que debe seguir la acción pública es el Ministerio Público, el ente que tiene la carga de la prueba es el Ministerio Público; si este último logra demostrar la responsabilidad penal y la pena del sindicado, entonces puede el tribunal con la valoración de los medios de prueba que le presenta el ente encargado de la investigación, dictar una sentencia condenatoria, pero no basarse en la declaración del sindicado porque entonces sí estaría violando el artículo 16 de la Constitución y los demás artículos del Código Procesal Penal, sobre que no se puede valorar la declaración de los sindicados y no se puedan variar las formas del proceso.

Participante

Z Tal vez una acotación personal, independientemente de la resolución que emite el tribunal en este caso yo veo un poco más allá, qué hubiera pasado si el tribunal en lugar tomar todo un procedimiento oficial, se inclina por aplicación la propiamente del derecho indígena y resuelve conforme a los principios de éste, entonces con toda razón hubiera sido un fundamento serio analizar la propia versión de los imputados, porque con eso le hubiera dado sustento a su resolución, es decir, reconocer el derecho indígena y apartarnos de todo formalismo occidental, por supuesto que el artículo 16 y el 11 bis constitucionales dan parámetros pero eso es para el derecho propiamente oficial, pero veamos que los principios del derecho indígena son totalmente diversos, distintos y entonces hubiera sido importante si la sentencia fuera no acoger, como una sentencia absolutoria sobre la base de que falta un elemento del tipo penal, es decir no hay culpabilidad porque hay un error culturalmente condicionado, eso es un fundamento de derecho penal, que hubiera pasado si en lugar de adoptar este extremo lo hubieran hecho desde el punto de vista del derecho indígena, insisto y con mi respeto a la doctora Mayén, si el peritaje cultural hubiera ido un poquito más allá en reconocer aspectos de derecho indígena, la autoridad que tenía esa gente, naturalmente la sentencia, yo estoy pensando en nombre de esos jueces, no hubiera sido acoger principios de derecho penal sino de derecho indígena y entonces sí la declaración de los acusados hubiera sido fundamental, al decir ellos nosotros actuamos en nombre de tal cosa, es porque tenemos estas facultades. Por supuesto que esos términos no los reconocemos nosotros porque estamos formados con un techo totalmente distinto, pero si nos volcamos en ese espacio la situación es totalmente ajena a lo que estamos discutiendo. Muchas gracias.

Grupo 2

No está debidamente fundamentada porque se debió valorar la declaración de los acusados en ejercicio de su defensa personal

Grupo 5

Buenas tardes, yo quiero hacer alusión a cómo fue la valoración del testimonio de los sindicados, hay que recordar que los sindicados no son órganos de prueba, por lo tanto no pueden ser valorado su testimonio, el tribunal de oficio tiene prohibición para darle valor probatorio a la declaración por mandato constitucional. Con relación a que la declaración de ellos arroja elementos suficientes y que lo hacen espontáneamente, es verdad que lo hacen así pero ellos mismos están aceptando los hechos, entonces eso no puede ser tomado en cuenta para su valoración porque si bien es cierto lo están haciendo espontáneamente, tácitamente están aceptando los hechos.

Grupo 6

Buenas tardes. Al verificar el artículo 16 de la Constitución de la República es claro, dice que ninguna persona puede ser obligada a declarar, en este caso no se obligó a nadie sino que la declaración de la persona fue libre y espontánea y nosotros tomamos en cuenta eso y de esa forma supimos que se tenía que dar valor probatorio porque las personas al declarar dieron elementos suficientes para aclarar que había pasado en la comunidad.

Participante

- Yo también coincido con los colegas en el sentido que si tenía que dársele valor probatorio y hay un artículo, yo quisiera que quien tenga el Código Procesal Penal a la mano mire el artículo 91, que es claro, clarísimo; el artículo 16 de la Constitución es prohibición de autoincriminación, que sería violatorio realmente a los derechos constitucionales, pero si lo hace de forma espontánea tenemos que aplicar el artículo 91 del Código Procesal Penal, el cual es clarísimo y dice que se le puede dar valor probatorio a la declaración del acusado, siempre y cuando se dé con todas las formalidades de ley, o sea con defensor, juez, etc., entonces sí se le tenía que dar valor probatorio, sobre todo como decía el Fiscal del Distrito de Totonicapán, que aportó muchos elementos que eran muy importantes, en este caso concreto más que darle valor probatorio en contra, era una prueba de descargo prácticamente, porque como los absolvieron se les dan todavía más herramientas para poder fundamentar su resolución, porque era totalmente coincidente con la demás pruebas vertidas en juicio.
- Yo solo les voy a leer algo referente a esta sentencia que hicieron los colegas de Totonicapán. Tal vez habría que analizar el artículo 11 del Convenio 169, que dice: la Ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerado o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos.

Participante

Solamente para ampliar el tema que hemos tratado. Realmente, respecto a lo que dijeron el colega que nos antecedió que es Fiscal y el licenciado Orlando de Paz hace un momento, nosotros como defensa pública, el principio que definitivamente nos rige y valoramos en un debate, es que el acusado no es órgano de prueba desde ningún punto de vista y además, recordemos que el principio de inocencia prevalece en todo el proceso hasta

que una sentencia firme no demuestre lo contrario, dictamine lo contrario, entonces aquí no se trata de que si con su declaración se está probando la inocencia o no, la inocencia se tiene por acreditada desde el momento de la sindicación y durante todo el proceso; por lo tanto no se va a un debate a probar la inocencia de la persona, se va a debate a probar su responsabilidad penal en la comisión de un ilícito y corresponde al Ministerio Público demostrar esta culpabilidad o responsabilidad, no le corresponde al acusado demostrar la inocencia porque de hecho y por derecho, es inocente desde el inicio.

Participante

Muy bien, vamos con la aclaración. Es un comentario que surgió en la mesa de trabajo, de suyo es interesante esta sentencia, se hablaba de que una de las situaciones que teníamos que definir para analizar esta sentencia si era lo que estábamos analizando es un o el procedimiento del derecho estatal y llegamos a la conclusión de que este caso, nunca debió haber llegado al derecho estatal que sí sancionó de alguna manera con algún mínimo de normas de derecho indígena, el mismo debió haberse resuelto en ese ámbito y no dentro de la metodología de derecho estatal.

Grupo 7

- El grupo considera que sí, ya que son dos tipos de derecho los que se están utilizando, y dentro del derecho indígena, el indígena siempre dice la verdad, lo que no contravendría el artículo 16 de la Constitución ya que ninguna de las declaraciones se obtuvo con fuerza, nadie fue obligado.
- 4. Estima el grupo que la fiscalía o el tribunal debió vincular al caso a las autoridades departamentales del Ministerio de Educación y a las de PRONADE porque era el deber de ese ministerio velar porque no se violen los derechos de las niñas a recibir educación.

Grupo 4

El grupo reflexionó sobre el verbo vincular como que era demasiado ambiguo porque vinculación procesal podemos entenderla como ser parte de un proceso y en este caso prácticamente estas autoridades no iban a ser parte del proceso; vinculando sí lo entendemos como informarles que está pasando algo que está violando los derechos de estas niñas para que ellos tomen las medidas administrativas, pues en este caso creo que el Ministerio Público aunque no lo sabemos, de plano lo hizo; y por otro lado, si estamos hablando de vincular, procesalmente tendríamos que hablar de que el Ministerio Público ejerciera la acción civil, sabemos que hay un procedimiento para poder hacerla y entonces, ya lo podríamos llamar como tercero civilmente demandado, en todo caso también hubiera que reparar algún daño por esa parte. Esa es la opinión que nosotros tenemos en relación a este caso.

Grupo 1

No debió vincularlos porque es trámite administrativo y el grupo considera que esa vía fue agotada previo a agotar el trámite jurídico.

Grupo 2

El Tribunal y el Ministerio Público no pueden vincular a otras personas ajenas y las otras personas señaladas en la acusación

Grupo 3

En el grupo no alcanzamos a discutir esta parte, pero tengo una observación en cuanto a si debe vincularse o no al proceso al Ministerio de Educación. Lo primero que se debe tener en cuenta es que en ningún momento se ha utilizado para este proceso ni derechos indígenas reconocidos legítimamente en la comunidad, ni derechos indígenas tutelados legalmente en la legislación nacional y en la normativa internacional, pero sí debe vincularse al Ministerio de Educación como un ente estatal porque quien estaba actuando en ese momento, era el Comité de Educación, un COEDUCA que se rige por el Reglamento de COEDUCAS que no es derecho indígena, ni comunitario, ni legalmente tutelado, por eso es correcto que se haya llevado a esta instancia judicial el caso, porque es el Estado el que lo ha provocado mediante una de sus instituciones que se llama Ministerio de Educación y una de sus dependencias que son los COEDUCAS.

Participante

Pero no hay allí violación a derechos indígenas, lo que hay es violación de los derechos de la niñez, derechos humanos, derechos de la mujer que en ningún momento se tomaron en cuenta como la base legal para resolver, porque se está actuando con un Estado de derecho parcializado, no se está actuando con un Estado de Derecho completo, no se toma en cuenta la Comisión contra todas las formas de discriminación en contra de la mujer que es aplicable, tampoco se tomó en cuenta para resolver el caso, la tipificación del delito de discriminación que sí está allí claramente visto en contra de las tres niñas, según el artículo 202 bis (Adicionado por el artículo 1 del Decreto No. 57-2002 del Congreso, vigente desde el 17 de octubre de 2002), no lo utilizan los operadores de justicia, olvidan esa parte del Estado de derecho, por lo tanto, es necesario hacer un esfuerzo porque los operadores de justicia se actualicen en ese Estado de derecho que se puede aplicar en este tipo de casos, de lo contrario van a seguir saliendo sentencias parcializadas y un poco cojas como ésta; las 24 que están en ese documento de CENADOJ que se mencionó en la mañana tienen esa misma carencia, no se están tratando derechos indígenas y esto es un problema porque no se puede coordinar el uso del sistema jurídico indígena con el sistema jurídico nacional, porque hace falta esta visión, no es solamente dejar a las autoridades indígenas que hagan lo suyo, hay que ver que hay un sistema cuasi indígena o cuasi occidental, como quieran verlo, porque aquí sí ciertamente los miembros del comité que fueron acusados mediante este proceso son de origen indígena, actuaron exclusivamente creyendo que estaban haciendo uso de un derecho indígena

bajo el Reglamento de los COEDUCAS, allí hay una tolerancia que permitió esa discriminación en contra de las niñas y que fueron a ver el caso del señor que no había cumplido por no querer ser miembro de un comité COEDUCA, él está en su derecho constitucional de no pertenecer a determinada organización o asociación, él ejerció su derecho, nadie lo puede obligar a ser parte de, está en la Constitución, a mí me parece entonces que hay que ser un poco más específicos porque aquí el asunto del peritaje cultural no fue tomado en cuenta y habían muchos fundamentos para haber visto que es el Estado el culpable de este tipo de situaciones; éste tan solo es un caso dentro de cientos que se están dando en el país en los mismos COEDUCAS.

Grupo 5

Dentro del grupo discutimos este punto y llegamos a la conclusión que definitivamente si se estaba juzgando el hecho conforme al sistema jurídico oficial, definitivamente sí había que vincular al Ministerio de Educación y a PRONADE, pero si lo juzgamos desde el punto de vista del derecho indígena no hay necesidad porque ellos tienen sus propios procedimientos, yo creo que aquí el problema que se ha generado o la confusión que se da es precisamente porque no se define concretamente si el caso se juzga conforme el derecho indígena o se juzga conforme el derecho jurídico oficial.

Participante

Tengo un comentario a través de todo este análisis, principalmente me voy a dirigir a lo que acaba de comentar mi antecesor. Efectivamente si se vincularon dos sistemas en esta sentencia, desafortunadamente en nuestro país todavía no existen organizaciones jurisdiccionales indígenas, sino que existe sólo la jurisdicción oficial, estatal y eso ha traído un poco de problema porque no se define bien qué pueden conocer las comunidades indígenas a través de sus autoridades y hasta dónde puede llegar el Estado oficial, y gracias al instrumento del peritaje cultural se llega a establecer o conocer algunos aspectos culturales de determinadas regiones, y es por medio de estos peritajes que se logran emitir, si no sentencias más justas, un poquito más apegadas a la realidad, de lo contrario las sentencias tendrían el carácter de incriminación a la misma cultura.

En el caso de Pachaguacán que es el lugar donde ocurrieron los hechos, el infractor que fue el papá de las niñas efectivamente pertenecía, conocía y sabía las normas que regían dentro de su comunidad, así como sucede dentro de una sociedad urbana, por ejemplo, existe también en el área urbana personas que desobedecen sus normas, dentro del área urbana la medida es la prisión, una condena y ya, el delito como consecuencia tiene una pena y dentro de las áreas urbanas y las comunidades indígenas la sanción es otra, el resarcir el daño, el evitar el desequilibrio, la paz y la armonía de una estructura organizada y que se ha conocido desde años, en este caso si el papá de las niñas conocía sus obligaciones pero no quería obedecerlas porque eso sucedió en otra comunidad, también el de la otra comunidad desobedeció las normas y en otra comunidad expulsaron a sus niñas. El no quería comprender las normas, entonces era una persona rebelde, acudió a

las instituciones oficiales para que allí avalaran su rebeldía, las instituciones oficiales al desconocer la organización o estructura de una comunidad, consideran que hay una coacción a la luz del derecho oficial.

Participante

Mayra Ortega, soy Juez de Instancia Civil de Sololá. Yo creo que es bien importante que todos los que trabajamos en la administración de justicia, tengamos en consideración siempre esta norma del Convenio 169 el artículo 8º, Numeral 2º que dice: "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". La persona que me antecedió en la palabra está allá atrás que fue muy atinada en cuanto a poner el dedo en este punto, yo lo dije en mi grupo al principio, leí la sentencia, no hay nada que tenga que ver con derecho indígena aquí, estábamos viendo que todo se estaba realizando de acuerdo, les ponía el asunto de PRONADE que es un programa nacional de educación, de autogestión a nivel nacional, COEDUCAS hay en Sololá y hay en Totonicapán, hay en cualquier aldea, cualquier rincón del país, todo lo que allí se hizo podríamos decir, sólo porque se realizó en una comunidad indígena ya es derecho indígena porque todo se basa con el Reglamento de los COEDUCAS. Yo quiero que pongamos mucha atención en esto, no confundamos el asunto en que allí se actuó y le ponía el ejemplo a una persona del grupo, es lo mismo, puede ser en un colegio de la capital, en un colegio aquí en Quetzaltenango, sencillamente si usted no paga sus cuotas no le doy examen, así de sencillo, no tenemos porqué adornarlo más, si usted no da dos camionadas de arena pues sus hijas no entran a la escuela, eso no es correcto y no tiene nada que ver con derecho indígena señores. Hablaba con Juan, no recuerdo el apellido, él estaba en mi grupo y me dice ¿sabe que pasa? muchos hablan de derecho indígena pero no saben ni siquiera cuáles son los principios, cuáles son los valores del derecho indígena, por favor señores no nos confundamos. Gracias.

Participante

Yo quisiera emitir una opinión muy personal y particular. Quizá respondiendo un poco a las inquietudes acá del público de que debemos estar muy claros de que ninguna autoridad judicial, ni juez, ni nadie, puede aplicar el derecho indígena, eso es claro, por otro lado, si no se tiene nociones de lo que es el derecho maya o derecho indígena y no lo reconoce, mucho menos puede conocer la jurisdicción de las autoridades, de procedimientos quizá mañana en el transcurso de las ponencias vamos a escuchar el aporte de Amílcar Pop y él nos va a mencionar algunas figuras de la autoridad indígena.

Por otro lado quisiera hacer mención en cuanto a la vinculación, independientemente a la definición de vocablo, a quien debería de haberse vinculado es a la autoridad maya, a la autoridad tradicional, el hecho ocurrió en una comunidad maya, quizá fue parcialmente

una sentencia o resolución de una autoridad maya mejor dicho, sin embargo, la estructura es oficial, es estatal, entonces considero yo que si bien es cierto estas personas fueron electas dentro de una asamblea, no constituyen, no figuran como autoridades mayas legítimas y esto tomando en cuenta que dentro de las personas hay algunos que ya entran en la edad honorable, hay uno de 65 años y otro de cincuenta y tantos años, que dentro de esa carrera comunitaria ya se perfilan a una figura de acuerdo a la trayectoria, entonces considero que a quien tuvo que haberse vinculado es a la autoridad tradicional. En cuanto a la sentencia, pues prácticamente no se hace referencia al Convenio 169. Muchas gracias.

Grupo 6

Se debió vincular a las autoridades del Ministerio de Educación porque el derecho a la educación es un derecho constitucional lo mismo que el derecho de las niñas, sin que para ello tales instituciones estatales intervinieran en la primera sanción personal e individual que se hiciera, lo que consta en el acta que levantó la Procuraduría de los Derechos Humanos pues la sanción revestía aspectos culturales.

Grupo 7

- El grupo considera que sí debió vincularse al las autoridades del Ministerio de Educación y a las de pronade ya que desde un inicio tuvieron conocimiento del hecho y al no denunciarlo incurrieron en Omisión de Denuncia (Artículo 437 del Código Penal) y debieron ser incluidas en las medidas de resarcimiento que en la sentencia se establecieron.
- 5. Con base en la lectura del dictamen del peritaje cultural, considera el grupo que el Tribunal ajustó su decisión al derecho indígena. ¿Cuál es la opinión del grupo respecto resolución del Tribunal en la sentencia?. Asimismo, ¿con la resolución del tribunal se logra armonizar el derecho oficial y el derecho indígena?

Grupo 5

- En opinión del grupo 5 el Tribunal en su sentencia no se ajustó al derecho indígena, por un lado reconoce que son autoridades pero deslegitima su resolución, es contradictorio, todo el razonamiento que hay en torno y el aporte que hace el peritaje ni siquiera se refleja en el fallo, o sea que éste es incongruente con el razonamiento de la parte resolutiva.
- Sobre la segunda pregunta de esta misma, se discutió y se llegó a la conclusión de que efectivamente no armoniza al derecho indígena y al derecho estatal, el caso no debió llegar a sentencia y al resolver debió abstenerse el tribunal e conocer y de descalificar el fallo de las autoridades; lo que nos invita a reflexionar el fallo es que es evidente la hegemonía del derecho oficial sobre el derecho indígena y eso, no es coordinación. Gracias

Doctora Guisela Mayén

Algún comentario en relación a esta pregunta del grupo 5

Grupo 1

El Tribunal ajustó su decisión al derecho indígena pues toma en cuenta el informe de la Perito quien indica en el mismo que los acusados actuaron de una forma lícita de acuerdo al derecho maya pues lo que hubo fue un error de prohibición culturalmente condicionada. La sentencia está pegada al derecho oficial y al derecho maya en donde se aplicó los principios de la sana crítica razonada, entre ellos específicamente el de la costumbre.

Grupo 2

El Tribunal utiliza el derecho oficial para definir la teoría del delito y aplica subsidiariamente el peritaje cultural para apoyar su resolución, por ello la sentencia es aceptable. Sin embargo no se armonizan los dos sistemas: oficial e indígena pero se trata de reconocer aunque parcialmente la vigencia del derecho de los pueblos indígenas.

Grupo 3

El Tribunal se ajustó la decisión como debería haber sido.

Grupo 4

Es una sentencia loable porque se logra armonizar a las partes sin embargo hubo exceso de autoridad.

Grupo 6

Carlos García, en cuanto al peritaje cultural en relación a la sentencia, a mí me parecen fundamentales las reflexiones que nos hace el grupo y sobre eso hay que partir en torno a muchas situaciones que se nos pueden dar en primera instancia. Nosotros valoramos desde el servicio que hacemos en la comunidad y cómo hemos ejercido nuestro derecho, en principio cómo en esta sentencia no se valora el sistema organizativo de los pueblos indígenas y especialmente, porque dejan de lado la decisión de una asamblea, probablemente muchos dirán bueno, pero en efecto se pudo retrotraer en ese sentido ya que la coacción no procedió y que las partes quedaron absueltas, pero en este caso originalmente dentro de la comunidad, era de que los acusados eran las autoridades para juzgar esa comisión por mandato de la asamblea y en ese sentido, hemos tenido que luchar los que estamos dentro de las comunidades; en el historial del Ministerio Público en Totonicapán está en cuáles casos donde se señala como coacción y amenaza, ha tenido que ir la comunidad a tomar medidas de hecho, a decirle al Fiscal Distrital que si no respetan nuestra sanción, definitivamente todos nos vamos a la cárcel y no precisamente la autoridad que está como referente.

Digo esto porque dentro de las comunidades botar una sanción de ese tipo tiene varias implicaciones, tal cual nos demuestra el peritaje cultural de que es un sistema de principios que se maneja dentro de la comunidad y sobre eso, quisiera cerrar diciéndole de que no importando las figuras, si el COEDUCA pertenece o no al sistema del Estado, lo importante es que dentro de la comunidad se valora como un sistema propio de organización para velar por la educación y el principal implicado aquí no sería precisamente el Presidente y la Junta Directiva del COEDUCA, sino que sería el Estado por no cumplir con esa responsabilidad, en términos generales, es importante dejar claro que a los que hemos pasado por la autoridad comunal, nos extraña sobremanera y lo hemos llevado más de alguna vez en algunas mesas de discusión con los fiscales de Totonicapán. Cómo en estos casos de inmediato procede la investigación y de inmediato empieza un proceso, cuando hay otros que ameritan intervención del Ministerio Público y no avanzan, principalmente tenemos esta debacle con alguna fiscal de Totonicapán que nos dice, otra vez derecho indígena, no hombre, no regresemos otra vez al pasado, nunca vamos a ser modernos, como que la modernidad está en la hegemonía del derecho. Muchas gracias.

Participante

- En lo personal opino que la sentencia que fue analizada si coordina el derecho indígena y el derecho oficial, puesto que absuelve a los sindicados con fundamento en el peritaje realizado, para mí esa es aplicación del derecho indígena al mismo tiempo deja sin efecto la disposición aunque fue tomada por la comunidad iba en contra de los derechos humanos reconocidos por el Estado y que son fundamentales, como es el derecho a la educación que tenían estas niñas, entonces creo que el Tribunal hizo muy bien al dejar sin efecto esa resolución porque como les leí anteriormente, el artículo 8º. Numeral 2º. del Convenio 169 dice que las costumbres de los pueblos indígenas deben ser respetadas siempre y cuando no violen los derechos humanos reconocidos por el Estado.
- La verdad es que sí es bastante discutible esta sentencia, en primer lugar, pienso que la parte del peritaje cultural y la parte resolutiva de la sentencia no hacen mención de ese peritaje, por lo tanto pienso que se quedó como en el vacío ese peritaje cultural porque no se refleja que realmente se basó en este peritaje la resolución que emitió el Tribunal, por lo tanto considero que estuvo de más el peritaje y es más, en este caso pienso que sí habría que analizar detenidamente si realmente aquí hubo derecho indígena o no, sin embargo, quiero resaltar que aquí el COEDUCA es una institución propiamente estatal y por lo tanto aquí hubo violación a los derechos humanos, eso sí, de parte del Estado porque el Estado está representado por medio de los COEDUCAS y por lo tanto, este caso puede transcender a más, pero lamentablemente se dejó así y aquí la verdad, no hubo aplicación de los dos derechos, por lo tanto únicamente se aplicó el derecho oficial tal como se refleja en la sentencia, por ello el peritaje sólo quedó en el vacío y no hizo ningún efecto en la resolución que se tuvo. Gracias.

Participante

- Por último he estado pensando en esto y me ubico en un municipio por decir Palencia, allí pegado a Guatemala, un COEDUCA o un comité de una escuela de PRONADE reúne a toda la gente, hacen asamblea y deciden que tienen que aportar tal cantidad de dinero y arena para la escuela y si no lo aportan sus hijos no van a entrar a la escuela, qué pasa allí, se cataloga como coacción porque no está en una comunidad indígena, hagamos esa reflexión debido a que es difícil observar eso a veces y tan fácil pasar esa pequeña línea porque se ve muy difusa, pero allá en una comunidad donde no hay indígenas la asamblea toma la decisión, ya que es la autoridad máxima y toma la decisión; ningún niño entra acá si sus papás no aportan, allí se ve como coacción, pero en una comunidad indígena eso no es coacción, entonces no confundamos lo que es el derecho indígena señores, no es eso, esto que quede como reflexión.
- Solo quería agregar a lo que se ha dicho, que cuando por ejemplo se pregunta si de acuerdo a la lectura de ese peritaje cultural, se ajustó la decisión del tribunal al derecho indígena, definitivamente no, no se ajustó, ¿por qué?, porque el Tribunal hizo un análisis, una reflexión sobre el caso que estaba conociendo desde el punto de vista del derecho oficial, en ningún momento el tribunal se ubicó con la aplicación del derecho de los pueblos indígenas y yo les diría a ustedes, tenemos que hacer una reflexión como decía el compañero. Es cierto que hay que establecer cuando se trabaja derecho indígena y cuando no se está trabajando derecho indígena, claro, como él decía en un lugar donde no hay presencia indígena ¿cómo se va a estar tratando de invocar o de aplicar derecho indígena? El derecho de los pueblos indígenas se aplica en los lugares donde hay presencia indígena, donde hay un poder de convocatoria de autoridades indígenas, tal el caso de Totonicapán donde es el 98% según el último censo de allí, sí hay presencia indígena, por lo tanto es un lugar donde sí se aplica el derecho. Bueno, dice aquí que ¿cuál es la opinión respecto a la resolución que hizo el tribunal?

El grupo dijo que es una sentencia absolutoria aunque yo discrepo por lo que voy a decir más adelante. Pero luego pregunta que si el tribunal logró armonizar el derecho oficial con el derecho indígena, pues yo escuché a algunas personas que me antecedieron decir que sí, lo cual es una total mentira porque si nosotros nos abocamos con los miembros de esta comunidad que tuvo el conflicto, ellos no están conformes con esta sentencia, no hay una armonía entre ellos y el derecho oficial del Estado, porque –preguntan ellos-¿cómo es posible que el Estado no reconozca nuestro derecho? ¿por qué ellos no nos respetan? ¿por qué nosotros tenemos que respetar el derecho del Estado y ellos no respetan el derecho que nosotros aplicamos y que estamos aplicando?

A título personal diría yo, esta sentencia no es aceptable, esta es solo una sentencia de vergüenza que dictó el tribunal de sentencia de Totonicapán y verán ustedes por qué, muy sencillo, cómo es posible que esta sentencia como decía don Carlos García,

desconozca un acta de asamblea general, que no la tomen en cuenta cuando es un acta de asamblea general de una comunidad. Pasemos a ver otros asuntos importantes, cómo una sentencia va a alcanzar al personal con total violación del artículo 12 de la Constitución Política de la República, el derecho a ser oído, citado y vencido en juicio, esto es lo que sucede con el director de la escuela de este lugar, donde se le obliga a que él trate de apoyar la formación y también la aprobación de estas niñas, de qué manera una sentencia va a obligar a un Director que no ha sido llamado a juicio a que cumpla con algunas obligaciones de una sentencia. Esto definitivamente no es posible, de esa manera entonces encontramos nosotros que esa es una sentencia que deja mucho qué pensar.

Yo creo que tiene razón el compañero que me antecedió al hacer algunas reflexiones, Ø porque yo creo que hay que hacer más reflexión sobre qué es realmente el derecho propio de los pueblos indígenas, qué es y por qué desde la visión de los pueblos indígenas sostenemos que efectivamente es un derecho como tal, es un sistema como tal porque creemos que tenemos una cosmovisión diferente del hombre, de la vida, de la relación con la naturaleza, que tenemos valores culturales diferentes que en algunos casos chocan con los principios fundamentales del Estado de derecho, que tenemos tradiciones y costumbres y un poco allí el ejercicio para ver realmente qué diferencia hay entre tradición y costumbres, porque a veces los manejamos con bastante impropiedad, especialmente lo relativo a las autoridades, porque también caemos en la trampa fácilmente de decir que porque no es tradicional, la autoridad no es indígena y hay autoridades que no necesariamente son tradicionales pero no dejan de ser indígenas, entonces ahondar un poco más en la reflexión, yo creo que el peritaje allí hace una aproximación a ese tema. Aparte de eso, sobre los procedimientos que se siguen, perdonen, pero allí es donde entramos en conocimiento y ejercicio propio de ese derecho, porque no necesariamente que el caso según como se resuelva en una comunidad "X" indígena, tenga que resolverse en la otra, no es así, porque el derecho para resolver los conflictos no es homogéneo, tiene sus valores pero también tiene sus particularidades, de acuerdo al concepto sociocultural en donde ocurren los hechos; entonces, en este grupo no logramos ponernos de acuerdo sobre la cuestión relacionada con la irresponsabilidad de esa persona tanto en su comunidad como en el otro sistema, porque no se dijo nada, nada acerca de la responsabilidad paterna.

Grupo 7

El grupo opina que la sentencia no se apegó al peritaje cultural, ya que en la resolución final se negó el derecho de los pueblos indígenas más bien se resolvió con más formalismos que el derecho oficial.

Licenciada Carmen María de Colmenares

Agradecemos a todos su participación, ha sido una jornada muy larga pero yo la calificaría de muy positiva, con una alta participación y una alta responsabilidad por los criterios vertidos. Conforme el derecho comparado aquí analizado, tanto de Colombia como de México, la brillante exposición del doctor Martínez, en la que planteó la situación de Oaxaca y también la exposición del Lic. Schwank, podemos afirmar como dijo la Presidenta de la Corte esta mañana: estamos dando pasos firmes en la coordinación de este sistema.

Y especialmente la presencia de las autoridades indígenas, sin ellos este ejercicio no hubiera sido posible, debido a que es muy importante conocer su punto de vista. Muchas gracias a todos.

PANEL DE EXPERIENCIAS ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURIDICO OFICIAL

Licenciada Carmen María de Colmenares

Muy buenos días a todas y a todos los participantes en el Seminario sobre Coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial. Confiamos en que después de la larga jornada de trabajo del día de ayer, hayan descansado lo suficiente para comenzar con mucho entusiasmo la segunda parte de este seminario.

De acuerdo con el programa tenemos esta mañana un panel de tres expositores sobre la experiencias de Coordinación entre el Sistema Jurídico del Estado y el Derecho Indígena en Guatemala.

En primer lugar, expondrá el licenciado Otto Marroquín, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el primer coordinador por parte de esa misma Corte que se dedicó a los asuntos indígenas y quien se ha encargado de recopilar algunas de las sentencias que se han emitido sobre esta temática y además fue ponente de la sentencia de casación donde se abordó el derecho indígena.

El licenciado Marroquín además, es catedrático universitario de derecho constitucional y de otras ramas del derecho en distintas universidades del país. Dejo la palabra al licenciado Otto Marroquín.

Licenciado Otto Marroquín Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, 1999-2004

Buenos días distinguida concurrencia, licenciada Carmen María de Colmenares, Presidenta de la Junta Directiva de ASIES, doctora Guisela Mayén, Antropóloga Investigadora de ASIES, igualmente mi saludo cordial al señor magistrado licenciado Luis Fernández Molina y a otros magistrados de las Cortes de Apelaciones, Jueces de Primera Instancia, Jueces de Paz, Fiscales, Defensores, funcionarios del CENADOJ, de la Escuela de Estudios Judiciales y de otras entidades y personas en general, que de una u otra forma están involucradas y que protagonizan actualmente diversas actividades tendentes a que se fortalezca el derecho indígena y que, ojalá, a un corto plazo sea cada vez mayor su presencia dentro del quehacer jurisdiccional de Guatemala.

Agradezco la invitación que se me hace, porque se me da una oportunidad muy brillante y el honor de dirigirme a ustedes en relación al tema que nos tiene acá convocados y que es precisamente la coordinación entre el derecho indígena y el sistema jurídico oficial. Es decir, que tenemos que ir buscando y es el propósito fundamental de este seminario, ir encontrando cuáles son los elementos que le dan por así decirlo, una personalidad jurídica, una autonomía, tal como una disciplina independiente al derecho indígena y a lo que se denomina el derecho oficial o derecho estatal y luego, buscar reflexivamente, cuáles son aquellos puntos de enlace, de conjugación o diferencias sustanciales entre ambos entes jurídicos.

Indudablemente que Guatemala, tal como se ha dicho hasta la saciedad y es una realidad que vivimos cotidianamente, es un país pluricultural donde convivimos muchas culturas: la cultura denominada ladina, que es producto de todo el proceso de la conquista a lo largo del mestizaje y que afortunadamente se dio a través de la conquista española, y digo afortunadamente, porque acá nosotros hemos tenido un proceso de integración de alguna manera, que ha dado lugar al mestizo, lo que no aconteció en otras latitudes de América como en el caso de Argentina, Uruguay y otros países donde desafortunadamente no sólo con métodos drásticos, severos, incluso algunos sanguinarios, se cortó de un tajo esa mezcla y se importó por así decirlo, gran contingente de europeos y se eliminó totalmente la presencia indígena en estos países.

De manera que nosotros tenemos una conformación muy especial de convivencia de varias culturas e igualmente eso determina que tengamos un pluri o multilingüismo donde coexisten las lenguas mayas con la lengua española e igualmente la lengua garífuna, especialmente ubicada en el departamento de Izabal; estas características dan lugar a que estemos obligados a hacer este análisis e incluso desde las posiciones que tengamos, ya sea como simples ciudadanos y mejor si tenemos algunas posiciones de poder dentro de las respectivas funciones que desempeñemos, y desde allí luchemos porque el derecho indígena sea cada vez más una realidad en las resoluciones que se vayan dictando y que reflejen realmente el contenido hermoso que tiene el derecho maya.

Muy sucintamente me voy a referir dentro de esta breve exposición, a qué es el derecho oficial y la concepción monista del derecho oficial o estatal. Mencionaré algunos de los rasgos que caracterizan, que identifican a lo que se ha denominado derecho indígena y seguidamente haré una breve reflexión sobre cuáles son las semejanzas, las similitudes entre uno y otro y finalmente, cuáles son las posibilidades reales de una coordinación entre ambos derechos que como decía, es el tema central de nuestro seminario.

En cuanto al derecho oficial que así se ha denominado, también se le denomina derecho occidental o derecho estatal, se entiende comúnmente como aquel conjunto de leyes que regulan al Estado y a quienes lo habitan o como nos dice Hegel, todo el derecho lo hayamos contenido en el Estado que crea el derecho; sin embargo esas leyes sabemos muy bien, comprenden todo un complejo de normas como bien lo ilustró el jurista austriaco Hans Kelsen, que es uno de los

autores que se ha considerado como propulsor de la concepción monista del derecho, y todo ese complejo de leyes que se expresan a través de códigos, de sentencias, de contratos etc. Sabemos muy bien que este derecho se conoce comúnmente en nuestros estudios de introducción al derecho, a lo largo de toda la carrera jurídica se nos viene enseñando sobre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, entendiendo como objetivo aquel que se expresa generalmente, documentalmente a través de los códigos, de las leyes que se plasman en documentos y que permiten una socialización o compartición de ese derecho y luego, esa facultad que tiene el sujeto de ejercer la norma, de aplicarla y que es el derecho que tiene el sujeto y de allí se le llama subjetivo.

En el derecho maya como vamos a ver más adelante, contamos especialmente con un derecho subjetivo, porque a través de los sujetos, de los grupos, de las generaciones, se han venido transmitiendo en forma oral, pero no hemos contado con un derecho objetivo, es decir con códigos, con manuales de procedimientos, con documentos que nos sirvan de base, claro, eso no excluye que podamos extraer del Popol Vuh, de memoriales de Totonicapán y de algunos otros documentos algunos principios, pero es necesidad que contemos cada vez más, con una recopilación objetiva que nos sirva de base científica, de base objetiva, valga la insistencia, para irnos compenetrando mejor de este derecho.

Decía entonces que el derecho estatal tiene esos dos elementos, en cuanto al derecho objetivo y subjetivo como se expresa. La concepción monista del derecho como se le ha dado en llamar a esta concepción del Estado, que viene de monos uno, es decir un solo derecho, se ha establecido en Guatemala como modelo y supone el monopolio del Estado, de la vigencia legítima y la producción jurídica y que como sabemos esa producción jurídica se da inicialmente cuando se parte de la Constitución del Estado a través de un poder constituyente que va a conformar el Estado y luego, ya el poder legislativo del que va a derivar la producción jurídica de todas las leyes. Esto es el monismo jurídico, dicho en forma muy simplista y a propósito, hay una autora que por cierto ha hecho un buen trabajo sobre Guatemala, sobre las pautas de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena: Raquel Fajardo Irigoyen hizo análisis de campo, ella es peruana pero ha trabajado mucho en Guatemala.

Entonces encontramos que aquí hay una identidad entre Estado y Derecho, entre Estado y Nación y tal vez en esa identidad de Estado y Nación es donde surge el problema, porque sabemos que el Estado es un concepto jurídico en tanto se va a constituir con las normas, normas que en muchas ocasiones son vigentes pero no logran un cumplimiento efectivo, no logran hacerse positivos en la realidad, y la Nación en cambio es un concepto sociológico porque está conformada por una diversidad de elementos y es allí donde entra en juego y a veces se da la colisión de diversas culturas, de diversas lenguas, modos, tradiciones, costumbres, etc., que están inmersas en la vida cotidiana en que transcurre nuestra existencia, y esa identidad Estado y Nación nos lleva a ese choque. Vamos a imponer determinado ordenamiento jurídico sobre una nación muy diversa y entonces acá, al sufrir esas colisiones tenemos que buscar puntos de

equilibrio y armonía porque no es posible que una gran parte de la población que constituye casi la mitad del país -el último censo arrojó un porcentaje de 44% de población indígena-, y no olvidemos que el procedimiento que se empleó en ese censo fue de autoidentificación, es decir que a la persona se le preguntaba usted como se considera y preguntaba el empadronador ¿se considera indígena o ladino?, y sabemos que por muchos prejuicios muchas personas, aun sabiendo de su genealogía indígena decían, no, yo soy ladino y otros que sí con franqueza lo aceptaban. Entonces, no obstante con ese procedimiento que tiene algunas reservas arrojó un 44%.

Conforme la Dirección de Estadística, el último censo realizado nos arrojaría que la población ladina vendría a constituir un 56%. Esto también nos explica por qué en Guatemala ha habido cierta reticencia de muchas autoridades para ir ampliando la legislación o el espacio jurídico de desarrollo de los pueblos indígenas ahora, en este momento por vía del aspecto jurídico, porque representa un conglomerado social que casi es la mitad del país; alguien diría es que Costa Rica tan adelantado que está pero ellos tienen poblaciones indígenas que no llegan ni al 2% entonces, fácilmente pueden legislar de maravilla, en cambio un país donde es una mitad y la otra mitad, ya entran conflictos considerables en los grupos de poder.

Otro aspecto que quisiera mencionar muy brevemente, es que sabemos que ese monismo se expresa a través de la forma de asignación o designación de las autoridades, y el país, ciertamente a través de un procedimiento democrático elige a sus autoridades principales, al poder ejecutivo, pero los procedimientos electorales dan lugar a que dentro de toda la campaña se van formando los grupos de poder tradicionales y cada vez se han venido consolidando más. En este contexto la situación del indígena no ha tenido una identidad racial de grupo que le permita organizarse coherentemente como grupo de poder para ir accediendo a posiciones importantes de dirección política, económica y social en el país. Entonces encontramos que cuando hay campañas políticas, el indígena está disperso en distintos partidos e incluso acá mismo en Quetzaltenango surgió un candidato muy fuerte en un principio como el licenciado Rigoberto Quemé Chay, dos períodos consecutivos de Alcalde en Quetzaltenango; yo tuve oportunidad de hablar con Rigoberto en varias ocasiones y me decía, la verdad es que los indígenas estamos muy divididos y yo no he podido lograr la cohesión, el apoyo necesario, entonces desistió de su candidatura al poco tiempo y así ha habido otras situaciones que sería largo enumerar.

Definitivamente hay muchos factores de por medio, sin embargo tenemos que ver que dentro de este monismo jurídico se han dado fisuras, llamémosle así o la apertura bastante grande de determinados espacios legales y el instrumento legal que vino a abrir una brecha gigantesca en Guatemala fue el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, porque este Convenio fue fruto de la reflexión, del análisis de los representantes de numerosos países con considerable presencia indígena en el mundo y luego, cuando Guatemala está a punto de ratificarlo se dan una serie de situaciones y de problemas por los mismos problemas racistas y de prejuicios que vivimos en Guatemala. Se discutió que eso podría dar lugar a una escisión del país y que era

necesario pedir una opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, el Congreso tímidamente dijo no, no le entramos nosotros a esta situación porque podemos crear una debacle, romper la unidad nacional entonces se va a la opinión Consultiva y la Corte de Constitucionalidad en una opinión muy interesante, muy brillante: señaló que realmente no iba a representar un peligro para el país, que podían coexistir esas normas del Convenio 169 de la OIT con la legislación llamémosle occidental u oficial y que podía haber perfectamente compatibilidades y coherencias. Allí podríamos decir que encontramos hallazgos importantes de esos puntos de enlace de conjunción entre el derecho indígena y el derecho occidental. Este Convenio pues ha sido analizado en repetidas ocasiones, pero yo muy sucintamente quisiera referirme solo a determinados aspectos que tal vez son los más sobresalientes en lo que nos atañe. Cuando señala por ejemplo, en el artículo 1º, que es importante que se traten las bases procesales del derecho indígena, dice, al regular la prioridad de la consulta a los pueblos interesados o indígenas mediante procedimientos apropiados y a través de instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectarles directamente.

Luego, esto se reproduce en las leyes ordinarias al interior del país, así el artículo 46 de la Constitución Política establece que estos Convenios media vez han sido ratificados por el gobierno y que a su vez su contenido obviamente es de derechos humanos, tiene preeminencia sobre el derecho interno. También el Código Municipal, las leyes de descentralización, etc., acogen este principio, lo desarrollan ampliamente como también ya lo traían los Acuerdos de Paz y se regula la consulta, desafortunadamente sabemos que por esa misma colisión de poderes que mencionaba hace unos momentos, cuando se llega a la praxis, cuando se va a aplicar realmente esa consulta, vienen los problemas, porque el gobierno está trazando una política de desarrollo económico y según lo hemos considerado en determinada región, es necesario aprovechar la riqueza hidrológica de esa región con una hidroeléctrica o una extracción minera y entonces, se despiertan algunas comunidades y empiezan a protestar, yo creo que aquí el procedimiento no es que los indígenas se opongan al progreso tecnológico, lo que ocurre como en todo proceso, es que antes tiene que haberse logrado una labor previa de información, de sensibilización a estas comunidades que puedan ser afectadas como lo manda el Convenio 169, que se hagan las consultas, pero esa consulta implica un proceso previo de información amplia, objetiva, accesible a nivel de las personas para que sepan lo que hay a favor y en contra de esas inversiones. Así ya el mismo gobierno puede impulsar esas consultas y el resultado podría ser otro, pero cuando se trazan políticas en forma podríamos decir un tanto impositivas, pueden venir reacciones, ante una acción viene una reacción defensiva que muchas veces puede dar lugar a que haya una oposición al progreso, porque inevitablemente tenemos que entrar por el proceso de globalización a un desarrollo en el país, pero tienen que haber procesos de consulta bien diseñados, por eso hasta se ha hablado de una ley que regule la consulta o que la reglamente, porque sobre esto hay varias normas aisladas pero como no hay un procedimiento específico, entonces se hacen de manera a veces un poco improvisada.

A su vez, este Convenio 169 nos dice que dichos pueblos tendrán el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que concierna a su desarrollo, que deberán tomarse en cuenta en la

legislación sus costumbres, su derecho consuetudinario, que deberán haber mecanismos para que entiendan procedimientos legales por medio de intérpretes u otros medios eficaces en la medida que eso sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; deberán respetarse los métodos a los que los pueblos indígenas recurren tradicionalmente para represión de los delitos cometidos por sus miembros. Los tribunales penales deberán tener en cuenta las costumbres sobre la materia, 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 y sobre eso, pues ya ahondará la doctora Guisela Mayén cuando toque el peritaje cultural, lo que da fundamento a este aspecto tan importante.

Y luego traemos todo un complemento del que no voy a mencionar su contenido en esta oportunidad por el espacio de tiempo, como es la Ley Marco de los Acuerdos de Paz, el reglamento de los Acuerdos de Paz; para la aplicación de esta ley marco, que también ya viene a establecer mecanismos de control, se forma la comisión de vigilancia, verificación del cumplimiento de los Acuerdos de Paz, ya que se ha dicho en muchas ocasiones que esa ejecución, ese cumplimiento ha sido muy lento, ahora ya existen esos instrumentos legales, yo creo que lo necesario es que haya una difusión sistematizada, debidamente organizada de todo este andamiaje jurídico, de todos estos instrumentos, estas herramientas y que se aprovechen. Afortunadamente tenemos en determinadas instituciones importantes en el país, a personas indígenas de mucha preparación, precisamente está Norma Quixtán en la Secretaría de la Paz, oriunda de este departamento e hija de un dirigente indígena aquí en Quetzaltenango que fue candidato a Vicepresidente, Mauricio Quixtán; incluso por medio de un radioperiódico hizo mucha lucha social y trabajó bastante por el bien de la comunidad acá en Quetzaltenango y en la región occidental, entonces así hay muchas otras personas de extracción indígena que pueden hacer mucho por esta coordinación para que este derecho deje de ser un clamor como una queja y cada vez sea más una realidad.

La licenciada de Colmenares mencionaba como uno de los datos de este servidor, el haber impulsado una comisión al interior de la Corte Suprema de Justicia y que la actual también lo viene impulsando mucho más, precisamente es la Comisión de Asuntos Indígenas que se fundó y que tuvo como principal objetivo, no solo buscar la recopilación sistematizada de todas las resoluciones en que se aplicara no sólo el Convenio 169, sino usos, costumbres, tradiciones y todas aquellas actividades que reflejaran la cosmovisión maya, la aplicación del derecho indígena y eso se ha venido haciendo y acá están precisamente dos profesionales representantes del Centro Nacional de Análisis y Documentación del Organismo Judicial conocido como CENACOJ, que ha venido en esa labor de recopilación y sistematización de toda esa información,. Me contaba la licenciada Rivera Directora de CENADOJ, que están muy próximos a implementar otra publicación y no solo esa, sino una publicación constante a través de la página web para que esto sea de conocimiento general. Sabemos que muchas personas no tienen acceso a internet pero sí a publicaciones por otros medios, esto es muy loable, precisamente en la gestión nuestra se hizo una publicación de una pequeña gaceta que fue la pionera y sabemos que ya se prepara otro documento similar, ya que la actual Corte está dando un gran apoyo a esta Comisión y esto

nos permitirá colmar en alguna medida ese vacío al que me refería hace algunos instantes. En el derecho maya está el derecho subjetivo, es decir los grupos, las organizaciones consideran el derecho que se busca por medio del consenso, por medio de la intervención de las familias, participación de las comunidades, las soluciones más equitativas ante problemas concretos, pero de transmisión oral de generación en generación, la sabiduría que los ancianos les transmiten a los adultos y éstos a los más jóvenes y así se va guardando toda esta tradición. Entonces es importante que haya no una codificación, sino una plasmación documental que nos permita una fuente más segura de información y a eso tiende esa recopilación que afortunadamente ya se viene haciendo con bastante ahínco.

Por otro lado, en cuanto a qué es el derecho indígena, quisiera brevemente señalar que la Defensoría Maya hizo una publicación que se llama "Nociones de Derecho Maya". Ellos hicieron un trabajo donde nos dicen qué es la cosmovisión maya como punto de partida, como umbral de la definición de qué es el derecho indígena. La cosmovisión maya que se basa en la interrelación del ser humano con la naturaleza y el cosmos, regido por diferentes calendarios y que no es el momento de entrar a analizar en todo su detalle, pero aquí es importante esa comunicación con la naturaleza y con el cosmos, es decir, es una concepción universal del hombre de donde parte una concepción telúrica esencial que generalmente olvidamos cuando estamos contaminando el ambiente, cuando vemos con desdén todo aquello concerniente a los delitos difusos que tienden a proteger digamos la biósfera maya y tantos elementos que son tan fundamentales ahora que estamos viviendo situaciones de contaminación tan graves y que Guatemala desafortunadamente es de los países que todavía no ha intervenido de lleno al Protocolo de Kioto, que es cuando el secuestro del oxígeno nos permite que haya una mejor protección, no solo un aprovechamiento interno con la obtención de préstamos blandos para el desarrollo, sino también para contribuir mediante una reforestación intensiva a que el pulmón del mundo y que Guatemala por humanidad, se fortalezca como ya lo hace Costa Rica, Brasil y otros países.

Les decía entonces que hay una serie de pasos que se dan acá en este libro Nociones de Derecho Maya, de la Defensoría Maya, que no voy entrar al análisis detallado pero se pide a través de la intervención de los ancianos, la participación de la familia, los miembros de la comunidad para que se involucren en el caso, aun en los casos de menor trascendencia y esto tiene una razón fundamental, nosotros en la parte del preámbulo de nuestra Constitución Política decimos, es importante respetar la vida, la familia, que es la base fundamental de la sociedad, pero es un mero discurso, por qué, porque a la hora de que hay un conflicto la misma familia del ladino o el mestizo pues o lo excluye o el apoyo que le da no pasa de la conversación coloquial de la casa y ya en el juzgado hasta niegan el parentesco o relación porque es un estigma que tiene relación con aquel delincuente.

Cuando es una persona rescatable, reinsertable a la sociedad, la comunidad maya en cambio acompaña a las personas y eso da lugar a que así como les acompañan busquen un perdón comunitario o familiar y entonces eso va a permitir que esta persona, ante la situación de sentirse presionada por las personas con las que ha convivido parte de su infancia y de su adolescencia,

qué sé yo, según la edad del presunto delincuente, pues se reinserte de forma más positiva a la sociedad a la cual ha conculcado sus normas por medio de un hecho delictivo y eso evitará en gran medida que esta persona no solo marginada de su familia como ocurre muchas veces con el ladino, se vaya a la cárcel que es la universidad del crimen, salga con deseos de vengarse de esa sociedad y a cometer peores crímenes. Hay una serie de datos importantes en este libro Nociones de Derecho Maya de la Defensoría Maya que va explicando todo el proceso y esto es fundamental, yo creo que por eso va a ser muy importante que esa recopilación que se viene haciendo por el CENADOJ cada vez cobre mayor trascendencia.

Platicaba yo con las abogadas de CENADOJ que están en este momento acá con nosotros y con otras autoridades allá en la Corte Suprema, el problema que han encontrado en que muchos de los jueces no les informan detalladamente de una diversidad de procesos que realmente se dan y entonces mientras ellos no los envíen se va a quedar esa información allá en los archivos de cada uno de los tribunales del interior del país, por ello es importante que esa recopilación se haga no solo a nivel del Organismo Judicial sino también a nivel de la de la Defensa Pública, del Ministerio Público, para tener como orientación que el funcionario que está enviando una sentencia y que él mismo ha vivido el entorno de esa sentencia, la envíe con un comentario personal donde diga: este caso se dio bajo tales y tales circunstancias y el fallo que emití fue determinado por tales y tales factores, aunque sea un sucinto comentario nos va a ilustrar mucho porque es la persona que está inmersa en la sociedad, que lleva qué sé yo, dos o tres años o más de estar conviviendo en esa comunidad. Iqualmente da algunos parámetros, algunos bases a los jueces y para eso sé que el CENADOJ puede hacer un trabajo de campo, ir orientando a los jueces de primera instancia, de paz, magistrados de salas, etc., para que la recopilación la hagan bajo ciertos parámetros y que no sea una recopilación mecánica, es decir aquí está el expediente, mandan una transcripción literal, pero detrás del expediente hay seres humanos y no sabemos qué otras situaciones circunstanciales nos pueden enriquecer para una interpretación. Esto para hacer un trabajo científico que nos permita, en determinado plazo, tener una mejor concepción de qué políticas se deben seguir para implementar en mejor forma el derecho maya en nuestro país.

Quiero referirme entonces sucintamente a algunos aspectos de cuáles son las semejanzas entre el derecho indígena y el derecho estatal. Observamos entonces que el derecho indígena guarda semejanza con los espacios que ahora se están abriendo en el derecho guatemalteco, como son los espacios de conciliación y mediación que regula el derecho del Estado, el mismo Convenio 169 e igualmente el Código Procesal Penal, que sabemos data de unos diez años de estar vigente y que regula extensamente una diversidad de principios y una norma que todavía no ha cobrado toda la vigencia que debiera tener, como es el artículo 25 del Código Procesal Penal, cuando nos dice que se podrán integrar centros de conciliación o de mediación, con las personas del lugar, sin necesidad de que sean funcionarios y estas personas que son las más idóneas, porque así las califica la comunidad, tienen que llenar un único requisito: inscribirse en la Corte Suprema de Justicia y quedar adscritas al juzgado más próximo para que este juzgado vele para que en alguna medida esas decisiones que tome el consejo de ancianos o las personas mayores

de esa comunidad como conciliadores o como mediadores, no violen normas de la moral pública, del orden público.

Desde luego aquí entraríamos ya en una discusión sobre qué se va a entender por orden público o moral pública, pero aquí también es donde el mismo Convenio 169 nos dice que se respete en la aplicación de usos, costumbres, tradiciones y demás, el derecho consuetudinario de los indígenas para resolver sus conflictos, siempre que no se violen los tratados y convenios en materia de derechos humanos; esto nos pone ese gran paraguas y eso es obvio que así sea, porque cuando se han venido elaborando estos derechos no lo hacen una o dos personas, lo hace el concurso de una diversidad de representantes de distintos países que no nos van dando soluciones peculiares, circunstanciales sino muy generales, de manera que va partiendo de principios elementales de convivencia humana para ir elaborado lo que ahora conocemos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José, etcétera.

Otro aspecto importante que el derecho maya es más humanizado, en tanto que el derecho occidental es más formalista, se queda muy atrapado en el expediente, y el otro es más humanizado porque no solo le da participación abierta al sindicado sino también a su familia y creo que aquí es donde los señores jueces deben impulsar esa participación que ya existe en las comunidades como una tradición, que a la hora de que estén involucradas personas indígenas, hacer ver que la familia puede participar, no digo para que se involucren al proceso sino para que de alguna manera informen sobre la forma de ser de esta personas y que no sea haga como se acostumbra en los informes socioeconómicos de las trabajadoras sociales, que acuden al lugar y algunas lo hacen con objetividad, otras no y el juez de familia recibe un expediente, lo lee pero no sabe qué trasfondo hay detrás de todos esos datos, una situación social, económica, que puede terminar con la guarda y custodia de un niño; en fin, es importante adentrarse más en los aspectos humanos y en la medida que esto sea posible, que los funcionarios lo hagan y no solo con las personas indígenas, también en general con los ladinos porque la participación familiar es muy importante, humaniza el derecho.

Otro aspecto importante es que se fomentan mucho los valores morales porque se busca el arrepentimiento del sindicado, del presunto delincuente, pero un arrepentimiento que no es la mera declaración de alguien que dice: bueno yo me arrepiento de haber cometido este hecho delictivo o esto vino a enlodar el buen nombre de mi familia, sino que es un arrepentimiento que va naciendo del fondo del corazón en la medida que se lo están pidiendo los padres, se lo están pidiendo los hermanos o sus mismos hijos, esposa, que se hacen concurrir para que esa decisión cobre un mayor impacto en su psiquis, en su sentimiento y eso desde luego, a la postre va a dar lugar a que consolidemos más la paz social que todos anhelamos.

Hemos visto que hay un auge enorme de la inseguridad, de la violencia, pero en alguna medida también sabemos que esto tiene raíces profundas en la crisis de valores que padecemos en la familia guatemalteca; si se investigan muchos de los casos que hay en los juzgados de menores, de los jóvenes en conflicto con la ley penal, nos venimos a encontrar con que proceden de

hogares desintegrados donde el padre es alcohólico o la madre los desatiende o cae en la prostitución, hay una serie de factores de desintegración familiar y social que coadyuvan en gran parte a que ese niño, ese adolescente tengan que ser un producto negativo que después se ensaña con la sociedad y de lo cual él no es responsable; entonces, todos estos factores son importantes y a la larga, esa labor de día a día, esa labor cotidiana que haga cada juez de paz, cada defensor público, cada fiscal, cada una de las personas que estemos en otra posición, tiene que ir poniendo ese granito de arena para que construyamos ese gran edificio de la paz social de Guatemala.

En cuando a las posibilidades reales de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena, para concluir, quiero considerar que sí existen amplias posibilidades de esa correlación sin que sean excluyentes ¿por qué razón? porque afortunadamente el ordenamiento jurídico guatemalteco cada vez más está entrando en un proceso de humanización que ya está en las normas, lo que hace falta es hacerlas positivas. Mencionaba hace un momento el caso de la consulta que está normada en el Convenio 169, en el Código Municipal, en la Ley de Descentralización y Desarrollo, pero los gobiernos tienen que sensibilizarse y no es de tomar las decisiones en una forma impositiva, autoritaria porque eso violenta a las comunidades y a los grupos. En la medida que hayan procesos mejor diseñados de información, de sensibilización en las comunidades se puede lograr apoyo al mismo desarrollo tecnológico, cuidando los aspectos de respeto al medio ambiente que es fundamental, no solo por la coexistencia nuestra sino de la humanidad entera, Otro aspecto importante es que la misma Defensoría Maya, otras ONG y muchas instituciones cada vez se han involucrado más en este proceso de coordinación, pero esta coordinación no implica un aplastamiento de la cultura indígena y una mayor relevancia o predominio de la cultura oficial o de la normativa oficial, la coordinación implica una situación de igualdad. Por ejemplo, en la Defensoría Maya se dice que en el sistema indígena de justicia prevalece el diálogo, la conciliación de las partes mientras que en el sistema oficial –nos lo dice en ese documento- se resuelve por medio de una imposición de la resolución. Yo creo que en la medida que los jueces vayan tomando decisiones con mayor participación, que no la tomen unilateralmente en su escritorio, sino que también busquen un poco la opinión, la reflexión de ese núcleo familiar, estarán más iluminados para tomar decisiones más ecuánimes, más justas y creemos que hay una gran labor que se está haciendo, existen una gran cantidad de instituciones pero están un poco dispersas y cada uno está haciendo por su lado una política de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, pero es como una política de archipiélago, donde estas islas no tienen vasos comunicantes, y esto se puede lograr a través del mejor papel que desempeñen instituciones como mencionaba hace un momento, la Secretaría de la Paz ahora en manos de Norma Quixtán, o bien el mismo Ministerio de Cultura y Deportes que hace algún tiempo viene estando en manos de personas indígenas e igualmente, cada vez más hay instituciones con mejor participación de profesionales indígenas, que creo deben jugar su papel histórico con mayor responsabilidad social, para lograr que el derecho indígena sea una realidad de mayor respeto e insertado en nuestra cultura general. Muchas gracias.

Licda. Carmen María de Colmenares

Dejamos en el uso de la palabra a la doctora Guisela Mayén, Antropóloga de reconocido prestigio, catedrática universitaria y especialmente investigadora en temas indígenas. Bienvenida doctora Mayén, ya ustedes tuvieron la oportunidad de estar dialogando con ella todo el día de ayer, ahora hará su presentación desde el punto de vista antropológico de la cuestión que es motivo central de este seminario.

Punto de vista antropológico: derecho indígena y sistema oficial

Doctora Guisela Mayén Antropóloga e investigadora

Muy buenos días a todos, agradezco a la Fundación Konrad Adenauer, a ASIES y a todos los presentes la oportunidad de dirigirme a ustedes y compartir inquietudes sobre estos temas.

En este seminario de coordinación entre derecho indígena y sistema jurídico oficial, definitivamente es más fácil para los juristas abordar el tema, todos los conferencistas que me antecedieron tienen una formación jurídica, la cual yo no tengo, sin embargo voy a intentar una comparación entre el derecho indígena y el derecho oficial para establecer, no como hizo ya el distinguido licenciado Otto Marroquín, las similitudes, sino para enfatizar las diferencias. En ese sentido me parece que nos vamos a complementar en esta plática. Antes de entrar a ese punto, específicamente quiero plantear un poco cuál es mi postura frente al fortalecimiento del sistema indígena y el reconocimiento del pluralismo jurídico en Guatemala. Muy brevemente voy a abordar esta primera parte, que he denominado: Los Pueblos Indígenas en Guatemala: diferentes pero iguales

El fortalecimiento de un sistema de justicia eficaz que contribuya a la consolidación de la democracia en Guatemala, debe necesariamente pasar por la incorporación efectiva de la diversidad cultural a dicho sistema. Es impostergable que se dé una reforma dentro del sistema que permita a los millones de ciudadanos que se definen como indígenas, el efectivo acceso a la justicia.

La transición de un Estado mono cultural que reconoce un solo orden jurídico y diseña sus instituciones basado en los valores de los miembros de una sola de las culturas que coexisten en Guatemala, a un Estado multicultural que reconozca el pluralismo jurídico y sobre la base de ese reconocimiento reforme sus instituciones y la concepción misma de la ley y la justicia, es un camino largo que nuestro país empezó a recorrer cuando se firmó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (documento que reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas). Sin embargo, el proceso ha sido lento y los limitados avances que se han dado se deben principalmente a la presión ejercida por los ciudadanos mayas mediante la reivindicación de su derecho a su propio derecho.

En este panel "Experiencias de coordinación entre el sistema jurídico del Estado y el Derecho Indígena" más que abordar propiamente la coordinación entre ambos derechos, quisiera reflexionar sobre algunos aspectos que considero son parte de los retos para lograr tal armonización.

El Estado guatemalteco, heredero de la doctrina de la ilustración y del liberalismo francés, asumió desde sus orígenes el discurso de igualdad de la ciudadanía, que ante todo implica la igualdad ante la ley. Es decir, la unicidad del derecho y pone el acento de la personalidad jurídica en el individuo. La triada: un pueblo-un territorio-una cultura, como requisito indispensable para la formación del Estado, fue el proyecto para el cual se impulsó la política de aculturación e integración de los pueblos indígenas a una cultura nacional homogénea. En nombre de la igualdad y de la necesidad de construir una nación moderna, se les negó a los pueblos indígenas el derecho a ser diferentes. Se impuso el castellano como lengua única; se les impusieron leyes que no entendían y aún no entienden y que no encajan en su contexto cultural; se deslegitimó a sus autoridades y a sus instituciones, imponiéndoseles autoridades ajenas que gobiernan bajo principios y valores a ajenos a los pueblos indígenas. Todas estas imposiciones se hicieron en nombre del "derecho a la igualdad". Todos los guatemaltecos debían ser tratados como iguales, sin considerar las diferencias culturales, económicas y sociales que subsumían esta ciudadanía formal impuesta a través de la ley.

Paradójicamente, a la par que el Estado negó a los pueblos indígenas el acceso a sus instituciones, permitió la coexistencia de espacios paralelos de impartición de justicia, que si bien han facilitado la continuidad de las formas tradicionales de organización social, tampoco deben ser vistos como espacios liberados, pues en muchas ocasiones el Estado se ha valido de ellos para mantener el control sobre las comunidades indígenas. El pluralismo jurídico ha sido una realidad de hecho, presente en Guatemala desde la creación del Estado independiente, en parte producto de la resistencia indígena, en parte heredero de políticas coloniales que crearon un sistema legal paralelo para la población nativa a través de los Pueblos de Indios.

El derecho indígena está constituido por una pluralidad de prácticas normativas que han reproducido y reelaborado los pueblos indígenas para resolver sus controversias. A partir de la Independencia, el aislamiento y marginación en que se han encontrado los pueblos indios, además de su propia resistencia, fueron y son aún factores que imposibilitan que el sistema judicial haga efectiva su jurisdicción en todo el territorio nacional. Permitieron que éstos generaran sus propios espacios de resolución de conflictos. Actualmente estos espacios siguen siendo transformados y reinventados permanentemente en una relación constante con la legalidad nacional y las condiciones específicas de cada región.

Aunque algunos juristas egresados de las escuelas de Derecho, continúan reivindicando la unicidad y universalidad del derecho, haciendo caso omiso del pluralismo vigente en las prácticas cotidianas de los indígena, algunos antropólogos nos hemos interesado en la antropología jurídica y hemos analizado desde dicha perspectiva académica los mecanismos de resolución de conflictos

que coexisten con el derecho nacional y los distintas concepciones filosóficas y valores en los que se fundan dichos sistemas jurídicos paralelos.

A través de estudios etnográficos de los procesos de disputa nos enteramos que los delitos, los conflictos que estos causan y su resolución, son asumidos por las indígenas como problemas comunitarios y no individuales y que por lo mismo le corresponde a toda la comunidad buscar una solución; que sus autoridades judiciales tienen un papel de mediadores, que éstas generalmente son personas que detentan cargos cívico-religiosos, para los que la experiencia y la edad son elementos muy importantes. Nuestros estudios nos permitieron contrastar que, a diferencia del sistema legal del Estado guatemalteco —perteneciente a la tradición del derecho de raigambre española y heredero del derecho romano, en el que las denuncias se presentan ante una PNC o un Ministerio Público, agente encargado de hacer la investigación basada en códigos, y el caso sigue un curso por medio de documentos escritos, sin que exista un juicio público—, en las comunidades indígenas las audiencias en los cabildos son públicas y cada una de las partes lleva a sus respectivos testigos.

También, en las comunidades indígenas los procesos son reconciliatorios, mientras que los espacios jurídicos nacionales son punitivos. Nuestro trabajo nos ha mostrado que, aun reconociendo la existencia de lógicas culturales distintas entre la sociedad indígena y la no indígena (ladina) no debemos seguir hablando del derecho indígena y el derecho oficial como dos esferas aisladas. Se trata de esferas que se interrelacionan continuamente a través de estrategias que los propios actores sociales han creado cuando recurren a uno y otro de los ámbitos de justicia que coexisten en el país.

Sin embargo para que esa interrelación se dé sin tensiones debemos conocer y comprender las diferencias entre ambos sistemas. Sobre estas diferencias entre los dos derechos me voy a referir a continuación, porque estos son los aspectos en los que considero reside el reto para lograr la armonización y para que ese "ambos" empiece a ser cada vez menos perceptible, y que nos permita hablar de un sistema jurídico nacional del que ambos derechos son parte sin perder de vista las diferencias: un sistema en el que ambos cuerpos normativos se sobreponen, se traslapan y hasta se contraponen, en el que existe una relación de mutua incidencia y no una relación de subordinación como la que hasta ahora se ha querido mantener por parte del sistemas oficial.

Diferencias entre derecho indígena y derecho oficial: un reto para la coordinación

Quiero enfatizar que estas diferencias, estas peculiaridades que pueden existir dentro del sistema jurídico maya, son las mismas que necesita saber el juzgador cuando un individuo indígena llega al sistema oficial, es entonces en este ámbito de conocimiento en el que deberíamos utilizar el peritaje cultural, porque entendemos perfectamente que el Juez, el Fiscal, el defensor, no son especialistas en el derecho indígena, no son especialistas en la cultura indígena pero hay mecanismos para poder hacer esa armonización, esa coordinación.

Postulados filosóficos

Como nos decía también el licenciado Otto Marroquín el derecho indígena se basa en concepciones filosóficas distintas a las del derecho occidental. Probablemente una de las más serias diferencias entre ambos sistemas es el significado de lo que está mal y la mejor manera de tratarlo, en la sociedad no indígena a quien comete un delito se le ve como una persona mala y por lo tanto debe ser castigada; desde el punto de vista indígena algo que está mal hecho se considera como conducta equivocada que requiere una corrección o enseñanza, se interpreta también como una enfermedad que requiere curación.

Desde la perspectiva indígena, no se plantea separación alguna entre lo sagrado y lo cotidiano, de tal manera que las normas y principios que regulan la vida social tienen su origen en lo sagrado. Lo sagrado se respeta; la transgresión de las normas que rigen el comportamiento, la comisión de delitos o la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones se considera como falta de respeto y tiene consecuencias tales como la pérdida del equilibrio y la armonía en la comunidad, en la familia o entre personas. Por lo tanto el sistema jurídico busca mantener ese equilibrio y armonía y en caso haya sido quebrado busca restablecerlo. El respeto constituye un código que "norma el comportamiento individual y colectivo: se puede referir al comportamiento individual o a la relación entre la comunidad o la familia y las personas".

El derecho de los pueblos indígenas está integrado por un conjunto de normas tradicionales de carácter oral no codificadas, que son socialmente aceptadas y acatadas por una comunidad determinada. Las normas varían de una comunidad a otra, pero su esencia es la misma: tienden a prescribir comportamientos, mientras que en el derecho occidental están orientadas a prohibirlos. El objetivo del derecho indígena es mantener la armonía y el balance de una comunidad, por lo que se dice que tienen una orientación colectiva, en cambio en el occidental es individualista. Dentro de la concepción de derecho indígena, las normas en general tienden a la reparación o resarcimiento del daño por parte del infractor, en el derecho occidental se castiga.

La anterior es otra de las diferencias que existe entre ambos sistemas y por lo tanto, el sistema indígena busca recobrar ese equilibrio, busca recobrar la armonía, porque la armonía y el equilibrio se ha perdido en la familia o en la comunidad, no solo en el individuo. Es por eso que cuando una persona es acusada o acusadora acude toda la familia, porque toda la familia o toda la comunidad se hace cargo. Como se planteó ayer con el caso de Los Churuneles en Sololá, quedó estigmatizado todo el linaje de Los Churuneles porque la comunidad completa asumió la vergüenza de lo que había pasado, del delito que habían cometido.

Se dice y en parte en cierto, que las normas dentro del sistema jurídico indígena son de carácter oral y no son escritas en códigos, eso ha cambiado, esa ha sido parte de la dinámica dentro de ese sistema, especialmente en Totonicapán, en donde aun para la regulación de los recursos naturales hay normas escritas, y hay también sanciones escritas hay un código que dice si se

transgrede tal norma la sanción es tal otra. Por lo tanto, no se debe continuar diciendo que el sistema indígena no tiene "codificación" y no tiene normas escritas, porque va hacia eso.

El sistema jurídico indígena, como lo he dicho anteriormente, tiende a que sus normas estén dirigidas a la reparación, al resarcimiento del daño por parte del infractor; mientras que en el otro sistema se castiga, en el sistema indígena se busca la armonización, mantener el equilibrio, la armonía al interior del sistema social. Con el permiso de los mayas voy a tratar de pronunciar Suk'axik es el término k'iche', que significa corregir, componer, arreglar, equilibrar y consiste de un conjunto de normas, leyes, estructura y autoridades; y se arreglan o corrigen los problemas por medio del Pixab, término que significa aconsejar, llamar a la reflexión y que implica por una parte reconocer el error, pedir perdón y repararlo y por la otra perdonar para llegar a la conciliación. El sistema indígena no solamente pide al transgresor que resarza o que vea cómo repara el daño, sino que le pida perdón a quien ha dañado, que le pida perdón a la familia y a la comunidad por el daño que le pudo haber causado.

Como vemos, allí hay otra gran diferencia, el Pixab significa que la persona tiene que reconocer de todo corazón, dicen ellos, su error, tiene que reconocer que lo que hizo es malo y arrepentirse; si no reconoce, si no se arrepiente, si no pide perdón, difícilmente se logra restablecer el equilibrio y la armonía que se ha perdido dentro de la sociedad. Pixab también es un código de comportamiento, un conjunto de principios, normas, enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con función formativa y correctiva.

Otra de las diferencias, es que el derecho occidental tiene como fuente principal la creación de leyes, un proceso legislativo dentro de un órgano especializado (el Congreso de la República), mientras en el derecho indígena eso no existe, generalmente se toman como antecedentes casos similares que se han juzgado, que se han sancionado anteriormente y sobre la base de esos casos se resuelve, es decir, se va formando lo que ustedes llamarían una jurisprudencia. En el derecho indígena se toma de ejemplo el antecedente, se hace consulta con los ancianos, se ve cómo se ha hecho la resolución en casos similares, es decir que se toma en cuenta la experiencia. En éste las prácticas y soluciones pasadas son la fuente del derecho, son los ejemplos que toman las autoridades indígenas para continuar haciendo justicia.

Asimismo, la visión del mundo, la cosmovisión indígena, sus concepciones, su filosofía son fuentes de norma, en las comunidades indígenas. Lo jurídico se encuentra ligado íntimamente con el resto de la organización social y esto puede verse con las autoridades, es donde más se refleja; las autoridades indígenas ocupan cargos administrativos, ocupan cargos religiosos, son personas que tienen su propio trabajo, pero en un momento dado son llamados para dirimir un conflicto, entonces se revisten de autoridad judicial y resuelven. Esa es otra de las grandes diferencias, en el sistema occidental los juzgadores tienen una función especializada y única, ese es su trabajo, en el sistema indígena no es ese su único trabajo.

La alcaldía indígena por ejemplo, puede funcionar como un órgano colegiado para impartir justicia, pero también el Alcalde indígena es una autoridad que puede dirimir conflictos de manera que hay una incidencia de doble vía entre la autoridad o la dignidad que le da a la persona el cargo que ocupa, pero también el prestigio que dicha persona tiene de antemano, su carrera dentro de la comunidad. En otras palabras, las autoridades indígenas tienen funciones diversas, no son funciones específicas de justicia. En cambio, dentro del sistema oficial, el tribunal, como un espacio privilegiado para exponer quejas, dirimir conflictos e impartir justicia es un producto del Estado de derecho, es un órgano cuyo origen se encuentra en la cultura occidental.

Quiero referirme muy brevemente al ámbito de acción del derecho indígena y en este punto es en el que espero que si me equivoco, no tengan ningún reparo para corregirme. En un sentido amplio el término competencia se aplica a la facultad de administrar justicia, que tiene una autoridad o cuerpo de autoridades dentro de una sociedad. En un sentido estricto la competencia se refiere a la especialidad de asuntos que le son asignados a esas autoridades para administrar justicia. En el derecho del Estado se definen entre otras las ramas penal, civil y administrativa. De manera que la competencia judicial es la atribución legítima que tiene un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un conflicto en la rama civil, o en la penal, etc.

Dentro del sistema indígena, no existe este tipo de diferencia, los funcionarios, las autoridades indígenas aunque tienen funciones administrativas y funciones judiciales, también tienen competencias específicas, por ejemplo, algunas comunidades como Sololá los Cofrades conocen asuntos de familia, ninguna otra autoridad lo hace. Los Alcaldes Auxiliares y los Calpules (donde todavía existen), dirimen problemas de tierra, colindancias, también los dirimen los alcaldes auxiliares, conocen corrimientos de linderos; los problemas del uso de agua se dirimen en el comité de aguas, los problemas por tala de árboles los conoce el guardabosques, establece sanciones y vela por el cumplimiento.

En cuanto a la jurisdicción, los Alcaldes Auxiliares y los Calpules o los principales de cantón, tienen una jurisdicción circunscrita a su territorio de aldea o a las tierras que le pertenecen a su linaje. En las comunidades donde existe alcaldía indígena, ésta funciona como un cuerpo colegiado para aplicar la justicia y su competencia alcanza a todo el territorio del municipio; por tal razón, el Alcalde (anteriormente llamado Alcalde auxiliar y ahora Alcalde Comunitario) dirime en su aldea, pero el Alcalde Indígena del municipio puede dirimir asuntos de todo el municipio. Así, si hay un caso que no es muy grave lo puede dirimir el Alcalde Comunitario, pero si el caso es de una gravedad mayor, se lleva el caso el Alcalde Indígena del municipio, o sea que allí hay una diferencia de grado. Es decir que, cuando hay asuntos de gravedad que necesitan la jerarquía de una autoridad más alta, o que no se han logrado dirimir en el nivel comunitario, el caso se eleva a la autoridad de mayor jerarquía.

Por otro lado, en el sistema indígena no existen instancias como en el sistema oficial, los problemas se dirimen en una sola instancia y de una vez; por supuesto existen problemas que no se logran dirimir en la aldea o comunidad y se eleva al alcalde indígena, quien tiene jurisdicción en todo el

municipio como ya se dijo. Se conoce que en algunas comunidades indígenas existen conflictos que tienen hasta 100 años de estar abiertos, las comunidades no han logrado llegar a un consenso. En otras palabras, los problemas se resuelven por consenso, por lo que si no se llega a acuerdos, si no se llega a consensos, el problema queda abierto sin sancionar. En el caso de llegar a una sanción, ninguna de las partes apela a esa sanción, si se sanciona se acepta la sanción, si no se acepta, el problema queda abierto. No existe la apelación ni se puede pasar a una autoridad superior para que cambie la resolución, es decir que un problema se tramita en una sola instancia. Cuando un caso se resuelve o no se resuelve, pero la persona o uno de los implicados no está contento, a veces se traslada el caso al sistema oficial, pero este traslado al sistema oficial tiene a su vez un carácter de sanción, es decir que mandar un caso a tribunales es considerado una sanción por las comunidades indígenas. Por ejemplo, cuando una de las personas no acató la resolución, se le castiga enviándolo al otro sistema.

Finalmente, quisiera reiterar que no hay una distinción entre derecho civil, derecho penal, esto no existe en el sistema indígena, pero sí hay normas que regulan la propiedad, la herencia, los contratos, el matrimonio, la separación entre esposos. En dichas normas ustedes pueden ver, haciendo una comparación, que hay derecho civil, administrativo, derecho de familia. Los ejemplos siguientes pueden ilustrar lo planteado: en Santiago Atitlán tanto los hijos varones como las mujeres tienen derecho a recibir tierra como herencia y a usar esta herencia para residencia y para cultivo, o sea, reciben tierra residencial y tierra de cultivo, hombres y mujeres; sin embargo, el hijo mayor recibe la mejor tierra, no más pero sí la mejor y el hijo menor que tiene obligaciones para con sus padres, recibe generalmente la casa de los padres, porque allí los tiene que cuidar hasta la muerte y recibe también el terreno que el padre ha designado para su propia manutención hasta cuando él sea anciano y no pueda trabajar, o para cuando él se muera; y si no hay para el entierro ese terreno se debe vender, puesto que toda persona debe recibir un entierro digno. Ese terreno lo recibe el hijo pequeño, el "chip".

Dentro del mismo contexto, el cumplimiento a cabalidad de sus deberes como hijo es un requisito para que los hijos y las hijas reciban su herencia, esta norma establece que si un hijo no ha cumplido sus deberes hacia sus padres no recibirán herencia. Muchos de los problemas se dan porque hay descontento por parte del que no recibe la herencia, y podría plantear su querella en tribunales, sin embargo el juez debe saber que no se trata de que los padres no le quieran dejar la herencia, sino es porque él no ha cumplido con sus obligaciones como hijo y lo deshereda el padre, esa es la norma. Si una mujer enviuda y se queda con sus hijos, especialmente si solo tiene hijas mujeres, tiene derecho a conservar la tierra de su marido, la puede rentar o la puede cultivar, y si tiene hijos varones, cuando los hijos varones crecen y llegan a la mayoría de edad, ellos van a ser los propietarios; si solo tiene hijas mujeres cuando las hijas mujeres se casan esa tierra regresa al linaje, a los hombres de la familia, porque la mujer por matrimonio digamos, no tiene derecho a la tierra que era de su marido. En cambio si ella poseía tierra por herencia de sus padres, esa sí la puede dar en herencia a sus hijas mujeres, esas son las normas que existen en Santiago Atitlán. Sin embargo, no es una norma universal dentro de las comunidades

indígenas, eso también debe tomarse en cuenta. Es decir que el derecho indígena no rige igual para todos. Esa es otra diferencia con el derecho oficial, en donde la ley no hace diferencias.

Un último ejemplo, los contratos se pueden dar por compra venta, por préstamo, por arrendamiento, etc., pero son de palabra, ante testigo, pero quien hace la transacción debe ser mayor de edad, igual que en la cultura occidental; empero, dentro de la comunidad de Santiago Atitlán, una persona adquiere esa calidad que le permite comprar un terreno o hacerse de una deuda, cuando tiene independencia total de su familia de origen, de su familia paterna. En otras palabras, si la persona tiene 30 años pero todavía vive con su papá y trabaja para su padre no puede hacer compromisos por sí solo porque todavía necesita el aval de su padre, no ha alcanzado una mayoría de edad jurídicamente hablando para tomar responsabilidades. Son normas que difieren desde el punto occidental, a los 18 años nosotros adquirimos nuestra mayoría de edad, los mayas también pero si viven fuera de la casa paterna, si viven todavía bajo la protección del papá, es el papá el que tiene que avalar esas transacciones.

Para terminar quiero compartir con ustedes algunos datos sobre sanciones y procedimientos, aunque tal vez eso es un poco más conocido por ustedes por eso seré breve, permítanme solo un minuto más. Hay sanciones tales como la expulsión de las comunidades, la vergüenza; otras sanciones tienen que ver con el resarcimiento si se ha causado un daño. En el caso del robo, si la persona es reincidente, la sanción se dobla: si robó un quintal de maíz, la sanción consiste en que lo devuelva o pague su valor, pero vuelve a hacerlo y roba un quintal de maíz a otra persona, le toca resarcir dos quintales, o sea la pena se dobla porque es reincidente. En este sentido, cuando son muy duras las sanciones algunas personas se dirigen al sistema judicial oficial, en tal caso, lo que nosotros recomendaríamos es que se solicite como mecanismo de coordinación o de orientación para el juez un peritaje cultural a un experto que ayude a conocer estos datos, esta información, para que esas diferencias sean tomadas en cuenta al momento de sancionar, aunque lo ideal es que no se juzgue de nuevo un caso que ya ha sido conocido por una autoridad indígena. Muchas gracias por su atención.

Licda. Carmen María de Colmenares

Agradecemos la valiosa participación de la Antropóloga Guisela Mayén orientándonos a los abogados desde otro punto de vista y recuerdo las palabras del doctor Gaviria en su exposición de ayer que decía: gracias a los antropólogos, a los sociólogos y aun a los médicos, hemos podido penetrar un poco más en lo que el multiculturalismo y el pluralismo representa en nuestros países.

Exposición licenciado Amílcar Pop Presidente de la Asociación de Abogados Mayas

Muchas gracias, formalmente agradezco estos minutos porque mi espacio había ya pasado y deseo disculparme porque me fue casi imposible, o mejor dicho imposible totalmente llegar a la hora indicada, venía de las Verapaces, tuvimos varias actividades en el marco de las celebraciones del año nuevo maya con distintos consejos de sacerdotes. No voy a hacer la presentación ni voy a hablar de lo que traía como análisis y reflexiones, sino quizá quedarme en el punto en donde estamos, en las conclusiones que han presentado los grupos y tal vez compartirles algunas reflexiones que inmediatamente vienen a mi mente.

Yo creo que estamos siendo testigos de un momento importante para la historia jurídica de nuestro país, hoy estamos discutiendo cómo darle vida a un pluralismo jurídico, lo que llamamos sistema nacional de justicia, estamos hablando de mecanismos de cómo instrumentalizar ese sistema de pluralismo jurídico, estamos hablando de cómo respetar el sistema jurídico indígena, ya no estamos en el debate o en la discusión de si existe o no existe un sistema jurídico indígena, peor aún en el debate de si existen o no existen los indígenas.

Partimos de verdades sociales, sociológicas, antropológicas y jurídicas de la existencia de sujetos de derechos individuales y colectivos que son indígenas dentro del mismo estado guatemalteco y no lo digo yo, sino todos ustedes, en un ejercicio a nivel de debate nacional, estamos frente a la necesidad de la reconstrucción del Estado nacional guatemalteco y lo estamos haciendo. Se han mencionado los avances significativos de estas dos sentencias que marcan un hito en la percepción de la juridicidad guatemalteca, le dan contenido a lo que denominamos hace unos años el sistema nacional de justicia, justicia indígena, justicia oficial y mecanismos alternativos de resolución de conflictos, estas tres dimensiones de la justicia en Guatemala son las que integran lo que denominamos el pluralismo jurídico.

Hoy estamos debatiendo también frente a la posibilidad o no de una normativa de coordinación, casi en su mayoría hemos concluido que no necesitamos otra norma más, los elementos que están en nuestra Constitución Política de la República, los principios dogmáticos constitucionales, contenidos en el artículo 66 y donde ya se nos ha aclarado hasta el cansancio por la misma Corte de Constitucionalidad y ahora con la Corte Suprema según la casación 218-2003, que no hay contradicción con el artículo 203 constitucional. Es perfectamente viable con lo poco que hay en nuestra Constitución, crear todo un proceso a largo plazo de construir un pluralismo jurídico en Guatemala.

Ese es el avance significativo, yo creo que partiendo de esas ideas, podemos retomar nuestros análisis y reflexiones en esa medida en que efectivamente hay grandes y serias ausencias de conocimiento y de información, pero también tenemos que ser capaces y todos como juristas y como científicos sociales, de entender que no necesariamente todos sabemos lo que deberíamos saber y entonces también tenemos que seguir analizando, estudiando, investigando y ese es

nuestro gran reto, cómo y qué formas y qué criterios poner en práctica, para poder darle vida al pluralismo jurídico en Guatemala. No estamos hablando de separatismo, no estamos hablando de calificar o desvalorizar un sistema jurídico, estamos hablando de cómo finalmente somos capaces como ciudadanos y como parte de este Estado de reconstruirlo y darle las características que correspondan, que sea el Estado el reflejo de una sociedad multiétnica y multilingüe y la multietnicidad implica necesariamente, como lo manda la Constitución, reconocer, respetar y promover las distintas formas de organización social de los pueblos indígenas.

PREGUNTAS Y RESPUESTAS

José Orlando Chaclán, Asociación de Abogados Mayas

Si dentro del estudio realizado por su persona usted pudo establecer la cantidad que cobran los alcaldes auxiliares o comunales, como lo mencionó para la solución de los conflictos, si éstos trabajan de manera imparcial y si la pena que imponen en algunos casos viola los derechos humanos

Por último una última pregunta, refería usted dentro de un caso de Totonicapán los conflictos en cuanto a recursos naturales; de esto ya existe una codificación, si fuera usted tan fina de proporcionarme el nombre del código o el lugar donde pueda ser localizado. Gracias.

Doctora Guisela Mayén

Vamos a tratar de contestar una por una y rápidamente como nos recomienda Carmen María. Yo no tengo conocimiento que los alcaldes cobren o que cualquiera de las autoridades comunitarias tengan tarifas para cobrar por sus servicios como autoridades, si sé que las partes, sea el culpable o la víctima llevan ofrendas que pueden ser en especie, en comida o también a veces algún apoyo monetario, pero es muy, muy poco esto último. Son imparciales creo yo, en alguna medida, precisamente el acudir las partes con sus testigos, con sus medios de prueba como documentos, con toda su familia, garantiza la imparcialidad de la resolución de un problema. Por otro lado, como dije, se consulta a las autoridades ya pasadas y ellos dicen a veces cómo han resuelto problemas similares; se consideran agravantes, por ejemplo, la reincidencia y se consideran atenuantes cuando el perjuicio que se ha dado o hecho ha sido involuntario, entonces todo eso creo yo garantiza de alguna manera la imparcialidad.

Depende qué visión se tenga para decir que hay violación a los derechos humanos. Yo cuando generalmente me hacen esta pregunta, devuelvo otra pregunta y es la siguiente: qué tal que nosotros no hubiésemos sufrido la colonización española, que tal que hubiésemos desarrollado el sistema k'iche' o el sistema maya, o qué tal que los derechos humanos tuvieran una visión como la del sistema k'iche', entonces, tanto los derechos humanos como la Constitución de nuestra República se basa en valores occidentales, el sistema indígena se basa en valores distintos, en una cosmovisión distinta que en momentos puede entrar en controversia y en choque. Es importante recordar que en Totonicapán -aquí están algunos de los representantes de los 48 cantones-, el licenciado Pedro Ixchiu en su momento fue Presidente, hay también una publicación de CALAS en donde está escrito este tipo de normas para el cuidado de los recursos

naturales, la transgresión que se da y la sanción que se impone y allí, es donde podemos encontrar también que si hay reincidencia se dobla muchas veces la sanción. Muchas gracias.

Abner Martínez, Juez de Primera Instancia de Trabajo y Familia de San Marcos

Son dos preguntas: una, en realidad ¿es válido, es aceptable decir que existe un sistema jurídico indígena o de pronto es una conveniencia coyuntural al manejar esos términos? y la otra pregunta va encaminada realmente a si de esta manera manteniendo esta dualidad, podemos construir la identidad de nación que usted mencionó.

Licenciado Otto Marroquín

Muchas gracias, respecto a la primera pregunta acerca de si existe realmente el derecho indígena o bien es una posición coyuntural, yo considero que sí existe el derecho indígena, no es posición coyuntural; a lo largo de toda la historia de Guatemala hemos podido comprobar toda una diversidad de usos, de costumbres, de tradiciones y más que eso, todo un sistema de resolución de conflictos, lo que apuntaba con bastante detalle la doctora Mayén, el pixab y otras formas de conciliación, la protección familiar y demás, no son un producto social que esté cobrando mayor auge recientemente. Ha existido a lo largo de toda la historia de las comunidades indígenas, de alguna manera venimos a encontrar diría yo, tal vez una semejanza, porque es un derecho basado bastante en el sentido común, debe haber una participación, debe haber consenso, debe haber diálogo para tomar decisiones, es elemental en toda democracia tomar estas decisiones en esa forma y se me ocurre cierta semejanza, como ocurrió por ejemplo en Europa, cuando se dio el poder de la Inquisición demasiado fuerte y a manera de reacción dijeron: bueno busquemos tribunales de diálogo en que haya participación de los vecinos honorables, para que ellos también entren a integrar un jurado y de allí nace el derecho anglosajón, que se basa mucho en la costumbre, entonces acá sin haber comunicación, las comunidades mayas como también las incaicas, aztecas y demás, han venido buscando las soluciones a base del consenso y del diálogo; yo en este sentido sí considero que hay un derecho indígena, lo que ocurre es que a través de acontecimientos jurídicos más recientes como el Convenio 169, se ha puesto con más evidencia la necesidad de su planteamiento, su discusión y sus análisis y las distintas ONG han cobrado mayor interés sobre el mismo, pero la existencia data de siglos.

Por otro lado en cuanto a la pregunta de esa identidad de Estado Nación, de esa dualidad ¿cómo se puede resolver esta contradicción? Yo considero que efectivamente el Estado es una creación del derecho occidental que prácticamente como sabemos lo vino a imponer España a través de la Conquista. El profesor Severo Martínez Peláez en la obra La Patria del Criollo, aun cuando se basa en la obra de recopilación jurídica de Fuentes y Guzmán, tiene un análisis muy importante de cómo se dio todo el proceso de la conquista a través de dos instrumentos, de la espada y del catecismo y fue todo un proceso de conquista, la conquista digamos violenta y la conquista psicológica que es la más sutil, la más importante, porque aliena a los pueblos, los

domina sin que se den cuenta, como decir: vamos a poner barrotes sin que sean visibles, la alienación que es el proceso más importante de dominación.

Yo considero que todo ese proceso se ha venido consolidando a lo largo de más de 500 años de la fecha de la conquista y sabemos que el mismo 15 de septiembre de 1821 fue más que todo un cambio meramente formal, pero el derecho siguió al punto que el mismo Gabino Gainza que era la autoridad española pasó a gobernar las provincias, sólo cambió de posiciones en su silla y se pasó del lado de los independientes y así lo hicieron otros, no hubo ni siquiera un proceso de cambio revolucionario en la expresión de la palabra, sino que fue como un cambio posicional político de alguna conveniencia, entonces yo sí estimo que esa identificación de Estado Nación que busca el monismo cultural y jurídico, es necesario irlo desvaneciendo por sus efectos nefastos para que el derecho indígena cobre su verdadera presencia mediante la solución de los conflictos que se vayan dando y que se dan, pero que deben ser respetados cada vez más por las autoridades oficiales.

Las autoridades oficiales no son solo el juez de paz, sino que también sabemos que hay una delegación de hecho porque el principio de inmediación se viola constantemente cuando el juez por exceso de trabajo le dice al oficial: encárgate de ver este asunto, cuando hay un oficial conciliador, como ocurre en los juzgados de familia, reconocido oficialmente, o bien el mismo secretario tiene mayor intervención a veces que el mismo juez; todo el equipo de auxiliares de un tribunal u órgano jurisdiccional como lo son en otros entes, juegan un papel importante y yo creo que allí debe haber una mayor sensibilización, una mayor conciencia social para que este derecho sea reconocido y respetado. Por ello es que en la Comisión de Asuntos Indígenas de la Corte Suprema, se ha venido luchando y se mantiene ya esa lucha, en el sentido que cada vez más sea mayor el número de personas indígenas que se incorporen al Organismo Judicial, indistintamente de jueces, secretarios, oficiales, más que un intérprete aislado, porque entonces eso permitirá que el indígena protagonista dentro del mismo sistema de justicia, pueda tener un mayor espacio de acción para que este derecho cada vez cobre mayor relevancia.

Buenos días. La pregunta es para los dos distinguidos conferencistas. Qué es lo que piensan respecto a los casos concretos que se presentan a resolución sobre la aplicación exclusiva del derecho indígena o del sistema jurídico oficial. Hago esta pregunta porque conforme la sentencia que analizamos la tarde de ayer, creo que se dio esa dualidad y esto crea en cierta medida confusión, porque precisamente por las diferencias que señalaba la doctora Guisela Mayén, los resultados van a ser definitivamente distintos, si se aplica el sistema jurídico oficial o bien si se aplica el derecho indígena y en la sentencia de ayer yo creo que se dio esa dualidad y da lugar a un poco de confusión.

Doctora Guisela Mayén

Me pidió el Licenciado Otto Marroquín que dé respuesta a esa pregunta, pero tal vez también quisiera que él me ayude en algún momento.

Yo creo como lo decía nuestro distinguido invitado de México, ayer, que el sistema jurídico indígena tiene sus propias autoridades, quienes son las que deben dirimir los conflictos dentro de ese sistema bajo la luz de sus propias normas. No es el juez del sistema oficial quien tiene que aplicar o quien deba aplicar las normas del sistema indígena. En la situación de ayer que yo creo que es un caso complicado de alguna manera, se da porque las partes no llegan a ningún acuerdo en el proceso conciliatorio que se hizo en la comunidad o en la Procuraduría de los Derechos Humanos, a mí me parece que tal vez lo más atinado hubiese sido que el sistema oficial devolviera el caso al sistema indígena, pero desafortunadamente como no tenemos todavía una jurisdicción indígena reconocida, creo que el Juzgador del sistema oficial, se encuentra entre la ley y la pared porque está acostumbrado a que debe cumplir lo que la legislación dice y no devolver a la comunidad los casos.

En todo caso, si no se puede devolver a la comunidad el caso, si atender a estas diferencias que hemos planteado que existen y tomarlas como parte del contexto cultural en que se ha desarrollado el caso para entender por qué es que las cosas suceden así dentro de las comunidades indígenas y en el caso de ayer, tratar, procurar, que es lo que intentó hacer el Tribunal, dar una resolución que aun cuando hay opiniones entre ustedes que no se apegan ni a un sistema ni al otro, sí veo una resolución. Mi opinión personal está dentro del marco del resarcimiento, porque lo que se pidió en esa resolución era que se resarciera a las niñas del daño que se les había hecho. Tal vez para los miembros de las comunidades, para los amigos mayas, hubiera sido ideal que lo que el Tribunal hiciera era desestimar todo lo actuado por el sistema oficial y mantener la sanción indígena, respetando totalmente a las autoridades indígenas, pero yo creo que estamos en un proceso desde el momento en que entra en vigencia el Convenio 169, con la sensibilización necesaria para que se tomen en cuenta las costumbres, las tradiciones y las formas de dirimir los conflictos dentro de las comunidades indígenas, pues al sistema oficial no le queda más que atender estas diferencias.

José Edwin Recinos Díaz, Fiscal de Distrito del Ministerio Público de Huehuetenango

Primeramente mis felicitaciones a tan brillantes expositores doctora Mayén y licenciado Marroquín Guerra, con quien me une mucha amistad desde hace muchos años, como estudiante de la Universidad de San Carlos en Quetzaltenango y personalmente; he visto el desenvolvimiento del licenciado Marroquín y especialmente en este tema tan apasionante como lo es el derecho indígena, que con su participación ha aportado y fortalecido mucho este tema en Guatemala.

Dos preguntas puntuales. Se ha establecido que en Guatemala existen cuatro pueblos: el maya, el xinca, el garífuna y el ladino. La primera pregunta se contrae a lo siguiente: dentro del sistema jurídico xinca y garífuna existen algunos elementos adicionales que pudieran contribuir precisamente en este seminario, como pautas de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena; y la segunda, si existen algunos estudios o antecedentes en ese sentido de los pueblos xinca y garífuna.

Licenciado Otto Marroquín

Efectivamente, dentro de toda la conformación multicultural de Guatemala, están los pueblos xinca y garífuna que son una población menor a la población k'iche' y otras poblaciones indígenas. Sin embargo, creo que todavía los estudios no son muy profundos pero sí existen caracterizaciones muy propias, muy particulares del sistema de solución de conflictos, del sistema jurídico indígena en la población xinca y la población garífuna, que los caracterizan y los diferencian pero también si les unen elementos en la conciliación, en la mediación y en la participación familiar en la solución de los conflictos, y como decía antes, es una de las grandes diferencias como apuntaba la doctora Mayén, porque es importante que la familia se involucre, porque ese arrepentimiento del presunto delincuente tiene que ser de fondo para que cambie sustancialmente su conducta, para que no vuelva a reincidir y para que él no siga siendo un elemento negativo en su sociedad. Ahora, en cuanto a las pautas de coordinación, yo sí creo que es muy importante que se sigan fortaleciendo los programas de mediación que ya se tienen muy difundidos por el Organismo Judicial y también a través de la Defensoría Indígena.

En el Instituto de la Defensa Pública Penal hay un proyecto de fiscalías indígenas, hay varias instituciones que se han venido interesando, pero creo que debe haber un trabajo de coordinación, porque de lo contrario caemos en trabajos dispersos o tipo archipiélago, como yo decía en mi intervención hace algunos momentos.

De lo contrario, estaríamos propiciando que en Guatemala caigamos en una balcanización, sabemos que estos países que se llegaron a disgregar de Yugoslavia, era porque estaban unidos por una imposición del dictador Tito y en el momento en que desapareció esa coerción estatal, esas naciones que estaban aprisionadas bajo un yugo estatal se separan y se dio la famosa balcanización de triste recordación por tanta sangre que corrió en esos pueblos. En Guatemala de alguna manera, ha habido una opresión del derecho estatal que no ha permitido una expresión de estos pueblos porque tienen una lengua propia, tienen un derecho propio, tienen una cultura muy bien caracterizada y diferenciada de los demás que debe ser respetada, entonces aquí es donde el país debe dejar de emitir leyes que han tenido una función muy cosmética, porque efectivamente se aplican estas leyes, se emiten, así como se sancionaron los Acuerdos de Paz, la ratificó el Convenio 169, pero en la práctica qué es lo que realmente importa, allí es donde tenemos algunos problemas si tenemos leyes muy interesantes, muy líricas, porque pero si el funcionario que está en la práctica real, cotidiana, no observa esas leyes.

Por ejemplo, una resolución dictada por un juez donde cita el Convenio 169 en varios artículos, pero en la actividad jurisdiccional o judicial que llevó a cabo ignoró la aplicación verdadera de esas normas y lo hizo como una mera cita mecánica, como yo observaba cuando hace un tiempo me tocó coordinar la justicia laboral y veía a muchos jueces de trabajo que citaban mecánicamente los convenios de la OIT pero no los aplicaban realmente, entonces algo así nos está aconteciendo un poco con el Convenio 169, con los mismos Acuerdos de Paz, por eso hubo necesidad de que

se impulsara la Ley Marco que aprobó el Congreso, luego el reglamento de esta Ley Marco porque los Acuerdo de Paz siguen siendo una asignatura pendiente.

Estamos ya atiborrados de una gran cantidad de leyes que no se han cumplido, por eso creo que la importancia de este tipo de eventos y de muchos que se deben hacer y más que eventos, de un trabajo sistemático, funcional, integrador que deben hacer las instituciones importantes como la Corte Suprema de Justicia, la Defensa Pública, el Ministerio Público, es de penetrar en las bases hasta llegar a los auxiliares, a los funcionarios reales que están metidos en estas comunidades para que este derecho verdaderamente sea respetado y no por cuestiones líricas, porque me he fijado mucho que hay tipos de resoluciones en las se hacen las citas por cumplir un requisito, si les están pidiendo que citen el Convenio 169, pues se cita pero no sabemos verdaderamente en qué medida se está aplicando.

Zoila López de la Rosa, Jueza Civil de San Marcos

Con respeto a lo que hemos estado escuchando, creo que no se puede generalizar porque existen muchas influencias que llamamos de Occidente, pero yo veo en San Marcos dos cuestiones, la primera, que el derecho indígena se da en las razas puras porque lo que es allá en el altiplano de San Marcos, prácticamente no hacen caso de las cuestiones que resuelven entre ellos, por lo regular están llevando todos sus casos al Juzgado, hablamos de conflictos de tierra.

Segundo, mencionaban que las mujeres no han tenido derechos dentro del derecho indígena, pero a mí me da muchísimo orgullo ver que las mujeres de San Marcos van y pelean sus derechos, más cuando por ejemplo hay intestados y llega casi toda la familia y los hermanos dicen: esto es mío porque nosotros somos los hombres y a ellas no les toca nada y ellas responden: pues si me toca porque yo también era hija; y cuando vemos todas estas situaciones, creo que no podemos enmarcar un derecho indígena que sí amerita algunas partes, pero no podemos decir que en toda el área, allá con nosotros el área es la mam, por lo que yo he visto en los dos años.

Una cosa sí vimos el día de ayer con respecto a los alcaldes auxiliares, según la costumbre, los documentos que se faccionan son elaborados por alcaldes auxiliares que han medido las tierras y que dicen: sí es de este fulano esta tierra, a veces se le quita el valor ya cuando llega a un juzgado, se desvaloriza esta situación de que el alcalde auxiliar esté presente. En el juzgado es una declaración unilateral de voluntad que no tiene un fundamento en donde estuvo la comunidad, entonces yo veo que esta cuestión por la que estamos pasando es como mixta en algunos departamentos, por lo menos en lo que me compete en donde todavía hay mucha gente que se ha ido a Estados Unidos, está mandando su dinero y su familia ya no es de la idea de llevar un conflicto a las personas del consejo indígena, únicamente.

Doctora Guisela Mayén

Me ha pedido el Lic. Marroquín que yo aborde la respuesta de estas observaciones. Pienso que tal vez como lo dije hace un momento cuando me tocó el turno de hablar, las personas tenemos el derecho de decidir a qué sistema acudir, más bien dicho, a dirimir nuestros conflictos, y en este sentido definitivamente eso es válido, si las mujeres reivindican sus derechos de igualdad ante los hombres, aun cuando sean mujeres indígenas, pues también están en su derecho y es parte de la dinámica social de toda sociedad humana, además hay contacto cultural y las organizaciones de mujeres, las organizaciones feministas, que han hecho una labor allí muy callada pero muy segura, en la que nos han enseñado a las mujeres cuáles son nuestros derechos, cómo reivindicarlos y hacerles ver a los hombres que nos deben tratar en situación de igualdad, para mí creo que no es atentatorio al sistema jurídico indígena, cada quien tiene que tomar su decisión.

La jurisdicción de los alcaldes auxiliares seguramente en esas áreas va a quedar circunscrita a dirimir cuestiones más comunitarias, no sé, la gente tal vez ya no va a acudir especialmente en los problemas de tierra, que ustedes saben que es uno de los problemas más graves en Guatemala. En el sentido que los sistemas están allí para que logremos la paz, yo creo que no, personalmente no me rasgaría las vestiduras si me dicen que en una comunidad indígena ya no existe el derecho indígena, porque de hecho así es, en algunas persiste, se ha retomado y se ha fortalecido, en otras se ha perdido y esa es la realidad en el país.

Marco Vinicio Salazar Gordillo, Agente Fiscal del Ministerio Público de Quetzaltenango

Al final de su intervención usted sugiere al sistema jurídico oficial; que cuando el indígena solicite la vía del derecho oficial, se solicite por parte de los jueces el peritaje cultural; usted ha respondido al señor licenciado con relación a la sentencia de Totonicapán, diciendo que el Tribunal debió haber desestimado esa acción en contra de los implicados, fuera usted tan amable de abundar en esto.

Doctora Guisela Mayén

Yo creo que ayer, en la opinión de los representantes de los pueblos indígenas, ese caso debía haberse devuelto y respetado la sanción original de la asamblea y de la junta directiva del COEDUCA. En la situación en que estaba ya el caso, en segunda instancia se solicitó el peritaje cultural, entonces creo que fue cuando entró realmente la coordinación de los dos sistemas, que podría haber sido una alternativa, una salida del tribunal devolverlo, pero también dije que entiendo que el sistema oficial y sus operadores de justicia deben cumplir con lo que dice la ley y de esta sensibilización y flexibilización a una verdadera aplicación del Convenio 169 como dice el Licenciado Marroquín, y es lo que creo que con el tiempo se va a ir dando. También dije que no hay una jurisdicción indígena que pueda ser la vía para que el tribunal le devuelva el expediente debido que no está reconocido por el sistema oficial.

Al respecto quiero rápidamente contarles una anécdota de vida. Cuando empezaba el trabajo de MINUGUA en Guatemala, fui una de las primeras personas a las que MINUGUA consultó sobre una ley de coordinación y hace rato ya de eso, que si había necesidad de una ley de coordinación y de un reconocimiento oficial por parte del sistema oficial hacia el derecho indígena, creo que contesté lo siguiente y lo seguiría contestando: en primer lugar, el solo hecho de que haya una ley que reconozca al otro sistema es subordinarla, allí ya hay subordinación, no hay necesidad de hacer leyes de reconocimiento ni de coordinación dije yo en aquel momento, porque las autoridades indígenas existen, porque en la cotidianidad de la vida comunitaria se dirimen los conflictos muy a pesar del Organismo Judicial, muy a pesar de que los jueces digan que aquello no es derecho, que aquello no es legal. Existe un sistema paralelo y yo lo decía también en mi presentación, hay un pluralismo jurídico de hecho, entonces en ese momento pregunté ¿se necesita realmente una ley de coordinación, se necesita realmente un reconocimiento?, no y sigo pensando que no, porque repito, el mismo reconocimiento subordina al otro derecho.

Jorge Lemus, investigador de la Universidad de San Carlos

Quisiera saber si en los estudios que usted ha hecho en las diferentes comunidades donde ha estado, como parte de las autoridades indígenas, en sus consejos, existen miembros mujeres, y si no consideraría usted que este tipo de derecho indígena de alguna manera consolida la cultura machista y pudiera oponerse de alguna forma a la reivindicación de los derechos de la mujer. Gracias.

Doctora Guisela Mayén

Pregunta difícil para una mujer como yo que tengo una auto estima muy alta, pero yo le diría una cosa, primero en los consejos de ancianos no hay mujeres, la única comunidad en Guatemala donde yo sé que hay una cofradía de mujeres es en Santa María de Jesús en Sacatepéquez, es la única que conozco y que tenía mucha importancia. En general las mujeres van atrás de su marido, pero como ustedes saben donde hay un buen hombre es porque hay una excelente mujer atrás, entonces yo no creo necesariamente que eso sea realmente apoyar un machismo, así es esa cultura por supuesto, yo también entiendo que toda la corriente feminista actual reivindica los derechos de la igualdad de las mujeres, yo reivindico los míos en ese marco y pienso que en la medida en que las mujeres indígenas logren la igualdad y eviten ser castigadas, lastimadas y subordinadas por el hombre eso cambiará, esa es mi postura personal y es una pregunta muy difícil de contestar, pienso que también sería muy difícil para una mujer indígena responder a esto.

Haroldo González del Centro de Acción del Organismo Judicial de Quetzaltenango

Realmente siento que estamos enfocando conflictos o problemas tan pequeños, sin embargo no me dejarán mentir los que trabajan en los juzgados de Totonicapán, sobre el problema o el conflicto que se viene dando desde hace unos 70 u 80 años de dos municipios, específicamente

sobre conflictos territoriales: el caso de Momostenango y San Bartolo, donde las peculiaridades son tan importantes que, inclusive nos hemos dado cuenta de que a pesar de eso, las personas acuden a sus líderes, a sus autoridades, a sus organizaciones bien establecidas, sin embargo, no le han encontrado una solución a este conflicto. ¿Qué ha hecho el Estado, qué hemos hecho nosotros, cómo los hemos apoyado, qué opinión les merece a ustedes esto?

La otra situación que quisiera comentar también como cuestión importante que tampoco se ha dado a conocer, en el caso específico del municipio de San Bartolo, la elección política que se desarrolla en ese Municipio lo hacen en una forma simbólica porque ellos inclusive, nombran a sus autoridades con la participación de los líderes, convocan a una reunión a todas las comunidades y entonces eligen a quien va a ser hoy el alcalde, lo hacen en forma interna, por supuesto participan en la elección en la fecha establecida, pero lo hacen solamente por cuestiones de requisito o por cuestiones de procedimiento. Muchas gracias.

Licenciado Otto Marroquín

Solamente quisiera hacer un breve comentario en relación a otro comentario que hizo un participante. Yo creo que en esos conflictos territoriales, lo hemos dicho acá en este foro, debe utilizarse en una forma más responsable, más subjetiva, más seria la consulta, porque un diferendo territorial que implica una diversidad de factores, que no es solamente el trazo específico limítrofe de un territorio municipal con otro, sino que también están en juego otros factores: los terrenos que quedarán partidos por esa línea fronteriza, los problemas municipales de tributación que tendrán que hacer esas personas, una diversidad de situaciones. Creo que aquí la consulta es muy importante, porque es el medio democrático más eficiente, en la medida que sirva a cada uno con mayor rigor se evitará los enfrentamientos y desde luego debe hacerse no solamente con las autoridades propiamente de la comunidad, sino también con un apoyo de las autoridades estatales, para que avalen cómo queda en definitiva esa división administrativa

Eso que usted comenta me parece muy importante, es algo que también ocurre en la cabecera municipal de Sololá donde hay una municipalidad y un alcalde y hay un concejo municipal indígena al margen del otro concejo municipal oficial, llamémosle así, creo que ese tipo de participación de las poblaciones indígenas son muy importantes y por eso se ha cuestionado bastante algo que se hizo hace algún tiempo por la Constitución Política de 1985 que nos rige a la fecha, cuando a los alcaldes se les quitó la jurisdicción, se les quitó la autoridad de ser jueces de paz, porque se lograba una mejor solución del conflicto, porque era la persona que conocía la problemática de esa comunidad, y eso ha sido considerado ya mediante muchos estudios como un atraso en lugar de un avance, habían casos tal vez aislados por allí de corrupción que no han sido exclusivos de ellos, también se han dado con los jueces de paz oficiales, pero de alguna manera deben seguirse políticas institucionales que fortalezcan a la Nación y no solo al Estado.

Doctora Mayén, quiero darle una felicitación públicamente por el trabajo tan excelente que usted realiza, en lo personal el peritaje cultural que usted realizó en el departamento de Totonicapán en

donde tuve el gusto de conocerla, fue verdaderamente objetivo y si no hubiese sido así tal vez se hubieran ocultado aspectos que el tribunal desconocería para emitir un fallo.

Al licenciado Otto Marroquín quisiera preguntarle si considera que el peritaje cultural debería de incluirse dentro de la normativa procesal penal, dentro del capítulo de pericias especiales o basta únicamente que se tenga el artículo de la prueba para ofrecer un peritaje cultural, tomando en cuenta que esta figura es desconocida, no solo por operadores de justicia, sino también por abogados que litigan que en un momento dado tienen en sus manos la defensa de personas indígenas. Muchas gracias.

Licenciado Otto Marroquín

Efectivamente usted mismo ha dado la respuesta, yo creo que en la libertad de la prueba está la solución, porque es uno de los grandes logros de este Código Procesal Penal, la libertad de la prueba y no solo en sí, la libertad de la aportación de cualquier medio de prueba sino también de la valoración de la prueba, la valoración de la sana crítica razonada que incluso la enfatiza el Código como uno de los grandes avances, y por cierto, creo que como muchos, yo soy un enamorado de este Código, me tocó ser impulsor de ese Código como Subdirector de la Unidad de Planificación y Promoción de la Justicia Penal al interior de la Corte Suprema de Justicia, e impulsar desde el Ministerio Público esa política, pero yo creo que el peritaje cultural es importante que se lleve a cabo; pero insistir en algo que apuntaba la licenciada hace un momento, no debemos establecer normativas específicas porque le entramos a una regulación y anulamos esa prueba, dejando con esa regulación abierta y que tiene como única limitación dentro del Código Procesal Penal la prueba ilícita, los famosos frutos del árbol envenenado, esta regulación es la más acertada.

Casimiro Hernández, Agente Fiscal del Ministerio Público de Santa Cruz del Quiché

Para la doctora Mayén, cuando ella hacía referencia a las diferencias entre los dos sistemas, con la modestia del caso, quisiera agregarle una más y usted me dirá si estoy en lo correcto o no. El costo que significa para las partes procesales: hagamos un balance de cuánto le cuesta a un indígena ir al sistema oficial, especialmente cuando se le solicita la presencia de un abogado, en cambio con las autoridades indígenas van directo y no necesitan tanto formalismo, el procedimiento ante la Policía Nacional Civil, el Ministerio Público y finalmente un juez. En cambio en el sistema indígena es totalmente distinto, van directamente a las autoridades y se resuelve. El acceso a la justicia: a pesar de los esfuerzos que se han hecho por crear juzgados de paz en los municipios, aun hay muchas comunidades distantes a las cabeceras municipales y la gente tiene que acudir hasta allí, en cambio las comunidades resuelven los conflictos sin necesidad de estarse trasladando a distancias enormes que implican gastos para los interesados; y algo que sí me inquieta y que usted hablaba, como que se va en un camino de codificación, esto me inquieta porque el sistema jurídico indígena es demasiado amplio, podemos hacer aquí una especie de estadística, hay representantes de las etnias indígenas y de diversas comunidades,

y si analizamos sus posiciones, difieren en cuanto a la forma de resolver y castigar los conflictos que se dan en sus comunidades, pienso yo que codificar es atentar no solamente contra los principios y valores del derecho indígena, que es eminentemente oral y se traslada sobre la base de las costumbres y tradiciones de los pueblos, esa es mi posición, codificar pienso que es atentar contra los principios y valores del derecho indígena. Muchas gracias

Doctora Guisela Mayén

En cuanto a lo del costo, podemos decir que efectivamente hay grandes diferencias, la inmediatez del sistema indígena es increíble en comparación con todo lo que se tarda un proceso en el sistema oficial en el que pasa años poniendo problemas la parte que no quiere que se le sancione. En cuanto a la codificación no lo digo yo, ni lo avalo, ni lo descalifico, allí está en Totonicapán, allí está en otras comunidades, o sea no es que yo esté de acuerdo o en desacuerdo, es parte de lo que viene sucediendo, "cómo se codifica", hablar de esa codificación; cuando hay necesidad de cambiar una sanción se levanta un acta y en el acta de la junta directiva de la comunidad, queda asentado ese cambio. Entonces, no es realmente escribir un código, como los que existen en el sistema oficial, tal vez fue un término mal utilizado por mí, no es realmente una codificación, pero sí quiero reiterar que el sistema no es totalmente oral como se ha hablado, incluso en la época pre hispánica hay evidencias de que se escribía en el papel que se usaba en ese entonces, se llevaba así como se lleva ahora el expediente, se llevaba el expediente y los antecedentes ante un "Ajpop" en las comunidades de aquel entonces.

De nuevo, no ha sido nunca ni es ahora un sistema totalmente ágrafo, es un sistema escrito, hay y se levantan actas en las resoluciones, que eso sea parte de un contacto cultural que se ha dado y que ha sido una adopción de prácticas occidentales, pero están adoptadas dentro del sistema, a eso me refería, estoy de acuerdo con usted en que tal vez no debemos usar términos que confundan, lo que quise decir es que en Totonicapán se registra una norma, si existe una transgresión a dicha norma, la sanción es ésta y está escrito en un acta; por ejemplo, si se descorteza un árbol se decomisa la madera del árbol que fue descortezado, no se le deja a la persona que cometió el daño al árbol, si además la persona no cuida los recursos naturales, se le pone una multa de Q.50.00 dependiendo de lo que sea; si la persona debe cuidar un nacimiento de agua y no lo cuida, se le retira el servicio primero por un tiempo corto y si reincide y no sigue las normas del cuidado de los recursos, se le retira definitivamente el beneficio de ese servicio, está escrito y cambia, déjeme decirle que hace unos cinco años la multa era qué sé yo Q10.00 o Q50.00, probablemente ahora la multa sea de Q.1,000.00, porque para el que transgrede es muy fácil pagar una multa y seguir transgrediendo si la multa no es muy alta, me imagino que allí también hay cambios, es dinámico el sistema en eso. Muchas gracias.

Víctor Vicente Lem, Instituto de la Defensa Pública Penal

Quisiera manifestar que existe la tarea difícil y el reto del juzgador en cumplirse un bicéfalo cosmológico, podríamos decir, en el sentido de manejar la estructura del pensamiento occidental

y del pensamiento maya al momento de poder emitir la resolución o una sentencia. Quisiera dar referencias breves, reservándome nombres y demás datos de un juez de origen indígena, con el conocimiento de las implicaciones socioculturales, políticas y éticas que tiene el calendario maya, programa sus audiencias basado en el calendario sagrado de 260 días, es una experiencia de lo que hace una persona de origen indígena, lo cual puede hacerlo también una persona no indígena. En cualquier caso los ancianos y cofrades comparecen en el despacho de una juez, le manifiestan que quieren conocer ese caso en el seno de la comunidad y quieren participar dentro de ese caso, pero la respuesta espontánea es que no figuran como sujetos dentro del proceso.

En cambio la persona, la juzgadora, ya con la formación del derecho maya reacciona y dice, estas personas sí quieren abordar el derecho maya, cede posteriormente y dice conózcanlo dentro del derecho maya. Las personas indicadas renuncian, son de origen k'iche', renuncian al conocimiento de su autoridad, se someten a la autoridad kaqchikel, llegan con el alcalde comunitario, pero él manifiesta que por ser el caso religioso le compete a la cofradía y a los ancianos, entonces dejo esto como una reflexión de las experiencias que se ven y son chispas iniciales de ese proceso de coordinación que puede haber más adelante. Mi pregunta hacia el licenciado Marroquín es ¿cuáles serían las limitantes inmediatas de acuerdo a su experiencia, que se han visto para pretender esa coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena? Muchas gracias.

Lic. Otto Marroquín

Sucintamente le quiero responder en esta forma. Los jueces tienen un conflicto para resolver y decir: aplico el derecho indígena o bien aplico el derecho oficial, y es que nuestra Constitución Política se quedó demasiado corta para permitir un espacio jurídico de aplicación del derecho indígena y ante eso han tenido que hacer una integración con las normas del Convenio 169 para llevarlo a cabo, y es un panorama totalmente distinto, por ejemplo, el que tiene el juez nicaragüense o el juez colombiano o el juez mexicano de algunos estados como el de Quintana Roo u otro, donde las leyes a nivel constitucional y a nivel ordinario regulan expresamente el derecho indígena, incluso en Nicaragua han gozado las regiones autónomas de una autonomía completa, yo he tenido la oportunidad de estar en reuniones con los consejos de ancianos, con las comunidades indígenas del Atlántico en la costa norte de Nicaraqua y donde ellos deciden qué se hace con los recursos forestales y si una persona necesita la concesión, no va al Estado, va con esa comunidad y es la única que creo tiene autorización para darla o no de acuerdo con el impacto ambiental y demás aspectos; es decir que es una autonomía completa que les otorgó el período de la revolución sandinista y que lo mantienen y que está plasmado en la Constitución, entonces, hay un verdadera problema para el juez cuando realmente dice, bueno yo tengo una conciencia social, reconozco esos derechos y tengo acá una limitación. Al respecto, cuando se intentó hace algunos años la reforma constitucional, ésta se malogró porque ganó el NO a esas reformas constitucionales que en alguna medida trataban de abrir un espacio constitucional. Yo creo que debemos seguir en esa lucha para que realmente no estemos sólo buscando intersticios legales como el Convenio 169 que no tiene aplicación general. El mismo Código Procesal Penal da competencia a los jueces de paz comunitarios, sólo para asuntos penales porque en ese Código está el ámbito penal, pero ellos no pueden entrar a resolver asuntos de tipo familiar o de linderos y demás, sin embargo lo han hecho pero en aras de contribuir a la paz social.

Juan Gabriel Ixcamparic del Centro Pluricultural para la Democracia de Quetzaltenango

Tres puntos son a los que me quiero referir, el primero es las lógicas para entender los dos sistemas, si nosotros vamos a querer entender el sistema maya desde la lógica del derecho romano, lógicamente que nunca nos vamos a poner de acuerdo porque siempre nos vamos a referir a los Códigos y en ese sentido sí quisiera llamar a la reflexión para poder tomar en cuenta este aspecto. Por otro lado, en cuanto a una pregunta que se planteaba hace un momento sobre el carácter machista del sistema de justicia indígena o maya, quiero comentarles que en Sololá la alcaldía indígena tuvo por dos años a una Alcaldesa, la señora Dominga Vásquez. En el Quiché como parte de su estructura de autoridades comunitarias, también están participando mujeres, señoras; en la mesa de honor que se conformó para solventar el caso de Chias que es el libro que se entregó el día de ayer, también está conformada por mujeres. Y un rol importante de la mujer en muchos de estos casos, es a partir de la intervención de las comadronas, quienes tienen un papel muy relevante en la aplicación de la justicia.

El tercer punto es en cuanto al peritaje cultural y es que la ley que lo regule debe señalar que debe ser un experto titulado y para esperar una persona que venga a hacer un peritaje cultural se necesita mucho trámite, mucho tiempo y si lo queremos hacer desde las comunidades hay que pagarlo; sin embargo, el conocimiento está desde los ancianos y según nosotros, debe respetarse la participación de los ancianos como parte de el peritaje cultural para que sea más directo y más ágil. Gracias.

Doctora Guisela Mayén

Creo que la pregunta versó sobre si las mujeres forman parte de los consejos de ancianos, eso fue lo que yo entendí y por eso respondí de aquella forma, pero si las mujeres, especialmente en la práctica de las comadronas, tienen autoridad en ese ámbito y son muy respetadas, se utiliza mucho su consejo para las acciones que se deben tomar. Sobre el tema del peritaje cultural y la participación de las autoridades indígenas, yo quisiera como antropóloga reivindicar que si en el sistema judicial, por ejemplo, se hace un peritaje forense, lo hace un médico, si se hace un peritaje de un edificio lo hace un ingeniero, no la persona que vive en el edificio, entonces, yo como antropóloga reivindico que como especialista en el tema de la cultura k'iche' de Totonicapán, acepté el peritaje cultural sin desestimar por supuesto que unas de las personas entrevistadas por mí fueron las autoridades indígenas; pero el peritaje es un ejercicio, un expertaje y en ese sentido, repito, si hay un muerto se le pide al forense, si hay un problema con un documento falsificado se le pide al experto en la materia, perdonen, reitero que somos los antropólogos quienes debemos hacer los peritajes culturales. Muchas gracias.

Roberto Rivas, Juez de Primera Instancia Penal de Totonicapán

Siempre que se tratan estos temas, se abarca sólo el área penal, por ejemplo, yo estuve bastante tiempo de Juez de Paz en el municipio de Santo Tomás La Unión, Suchitepéquez, que colinda con Sololá, allí me iban a comentar varios líderes de la comunidad, los problemas de tierras, pero los problemas de tierras no creo también que solo los tenga esta comunidad, sino también en toda la comunidad donde hay bastante población indígena, donde no están registradas las tierras y prácticamente el sistema oficial solo acepta escrituras públicas cuando hay litigios entre tierras y dentro del sistema maya, la palabra tiene peso en este sentido, hay un conflicto entre los dos sistemas, pero tal como las tierras, muchas familias se van desintegrando, muchos se van a los Estados Unidos, otros mueren, emigran y estas tierras cómo van a quedar, qué problemática va a causar en el futuro las tierras que no tengan registro. Gracias.

Doctora Guisela Mayén

Yo me declaro en total ignorancia sobre ese tema, pero creo que el catastro podría ayudar.

Licenciado Edgar Pacay Yalibat, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia e integrante de la Comisión de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial

Tuve el atrevimiento de pedir un espacio para reflexionar sobre algunos puntos que creo conveniente que se empiecen a analizar, o bien que a través de esa perspectivas, se pueda analizar el tema que hoy nos ocupa. Quisiera poder tener la capacidad de síntesis para que en cinco minutos pueda plantear tres o cuatro ideas generales, que me permitan expresar el convencimiento del proyecto que se está impulsando desde la Comisión de Asuntos Indígenas de la Corte Suprema de Justicia. En mi calidad de Magistrado Vocal Sexto he tenido a bien empezar a impulsarlo desde el mismo momento en que regresé del Congreso de la República, una vez fui juramentado. A partir de ese momento empecé a hablar con el grupo de Magistrados y creo que a un año y meses los frutos se están viendo, se están dando por otras instituciones y creo que el pensamiento no está equivocado.

He estado escuchando con mucha atención los diferentes planteamientos, pero creería que se está haciendo my casuístico el análisis y creo que esto lo tenemos que hacer más desde la ciencia del derecho, así lo veo yo. ¿Por qué razón? Primero, porque nosotros ciudadanos no estamos tratando de entender una norma para aceptarla o no, sino que es el orden social el que crea el derecho y a partir de allí, yo quisiera que los temas se analizaran desde dos pilares fundamentales para el pueblo indígena: su dignidad y su identidad, su dignidad digo, para que no pase y con mis disculpas al doctor de México, lo que pasa en Quintana Roo, tres pecados capitales tiene la ley indígena, uno el juez indígena es nombrado por el Poder Judicial oficial; dos, solamente puede conocer de casos menores, quiere decir que el indígena no tiene capacidad para poder resolver sus conflictos; y tres, todo lo que resuelva el tribunal indígena puede ser

revertido en el Poder Judicial. Esto significa que no estamos haciendo absolutamente nada, si ese fuera el modelo que pudiéramos implantar acá, yo prefiero el sistema oficial.

Segundo, creo que este tema se está dando dentro de un movimiento que es responsabilidad de los nuevos liderazgos indígenas, hace como 26 años no me dejará de mentir el doctor Cojtí que está con nosotros, el fue uno de los que se atrevió y tuvo el valor en la época de la represión de empezar a hablar del primer tema que decía "acceso a la justicia", en aquellos tiempos mirábamos acceso a la justicia como simplemente la justicia en el propio idioma, no nos atrevíamos a más, él tuvo el valor e hizo varios planteamientos y creo que nuevamente ha tomado su liderazgo y ha empezado a hacer nuevos planteamientos, de lo contrario no lo tendríamos aquí. En esa primera oportunidad se habló de acceso a la justicia pero ese acceso a la justicia no es solamente en el propio idioma, alguien lo dijo por allá, el licenciado de Huehuetenango creo yo, el acceso a la justicia también es económico, el indígena tiene que pagar su justicia, pasaje, hospedaje, alimentación, hasta tiene que pagarle a los testigos su día, no es para que venga a mentir porque el testigo tiene trabajo y para poder venir tiene que cubrírsele su día y una serie de cosas más, lo que quiere decir que lo debemos poner también dentro del aspecto socioeconómico.

Hace unos años se empezó a hablar de pluralismo jurídico, en ese tiempo se dijo que eso era una locura, no se retomó, no hubo eco en las organizaciones donde se hacían los estudios, donde se tomaba el tema del acceso a la justicia, pero seguimos luchando y hoy me complace y doy una felicitación a ASIES a través de la licenciada de Colmenares, que están tomando la vanguardia para tratar el tema. Pluralismo no es empezar a analizar cómo resuelve cada quien sus casos concretos, pluralismo desde la ciencia del derecho o desde la ciencia jurídica, es aceptar la coexistencia de dos sistemas jurídicos en un mismo territorio, esa es mi opinión muy personal, creo que eso es lo que he extraído de lo que he leído, si de pluralismo jurídico se habló en Francia hace 40 años y lo hay en España y en Noruega, por qué no lo va a haber en Guatemala.

Hoy, ya se está dejando de hablar de pluralismo jurídico porque es una verdad ya establecida, en Guatemala hay pluralismo jurídico, todos sabemos, los que hemos estudiado derecho sabemos que para que exista un sistema jurídico tienen que haber por lo menos tres elementos esenciales: un conjunto de normas, una normativa ¿la tenemos o no la tenemos los pueblos indígenas? creo que sí; autoridades propias que apliquen esa normativa ¿la tenemos o no la tenemos?, sí la tenemos; tres instituciones que hagan posible aplicar esa normativa, ¿la tienen los pueblos indígenas, sí o no? sí la tienen.

Partiendo de esas hipótesis, podemos afirmar que sí hay un sistema jurídico indígena y que es innegable, entonces ahora tenemos que empezar a hablar y ese es el tema central para mí de este nuevo movimiento indígena, es la jurisdicción de los tribunales indígenas, eso implica y lleva al ámbito político que es Congreso de la República, la aceptación de que hay por allí una reforma a la ley, la Ley del Organismo Judicial que nos va a permitir a legitimar, tal vez no reconocer, sino legitimar la función jurisdiccional que hacen nuestras autoridades legítimamente constituidas

en cada comunidad indígena. Yo les rogaría si ustedes me aceptan y si también la licenciada me lo autoriza unos cinco minutos más para desarrollar los tres puntos esenciales que me quedan.

Yo quisiera para que sea global porque en cada mesa tendríamos que repetir lo mismo, si nosotros establecemos la jurisdicción en los tribunales indígenas ya no tenemos problemas de legitimación legal, esto es un tema muy apasionante, yo digo que este es problema de liderazgos indígenas, ¿por qué razón?, porque hace 26 años se dijo eso en un libro sobre activismo maya en el cual está un artículo del doctor Cojtí, antiguamente eran los antropólogos extranjeros los que venían a hacer los estudios y eran los antropólogos nacionales los que daban insumos y venía el desconocer de la realidad, conocer de la ciencia y de la temática, pero desconocedor de la realidad y así sacaba sus propuestas, sus conclusiones. Posteriormente cambió y nuevos antropólogos ya mayas empezaron a hacer sus reflexiones y allí hicieron sus planteamientos, para mí ese es el modelo que tenemos que tomar los académicos indígenas de la ciencia del derecho.

Solamente el que tiene identidad vive, el que conoce la realidad indígena y el que conoce también la ciencia del derecho creo que tendría la legitimación para hacer los planteamientos de ese pluralismo jurídico o esa jurisdicción de los tribunales, de lo contrario vamos a caer en el error y con todas las disculpas, pareciera que esto es como que empezar a mover las estructuras culturales sociales que han existido por siempre y entre paréntesis, vengo vestido como estoy, porque guiero empezar a fijar la postura de que al indígena se le va a recibir en cualquier lugar aunque no traiga traje, porque pareciera que las estructuras culturales están dadas y esto es lo primero que tenemos que cambiar, la mentalidad cultural; si los nuevos liderazgos indígenas hacen su planteamiento ya no vamos a entrar a las casuísticas ¿por qué razón? porque en las comunidades existen. Yo me atreví a decir en una oportunidad que el juicio indígena es un auténtica casación, por qué razón, porque el derecho indígena es dinámico, no se estatiza o no se queda quieto y se moviliza a través de un código de 20 o 30 años atrás, se produce derecho con cada caso concreto, yo oí por aquí que como que un caso es parámetro para resolver otro, no es cierto, por lo menos en lo que conozco de Alta Verapaz, cada caso concreto es una norma creada por el tribunal indígena. Es una auténtica casación, lo sabemos nosotros que creamos derecho a través de estas disposiciones.

Me gustaría en algunas oportunidades seguir tratando más este tema, porque honestamente creo que ha sido de las primeras instituciones que ha tomado la responsabilidad desde el lado fuera de los indígenas, hacia el beneficio o hacia el norte que buscamos nosotros los indígenas. Para terminar, quisiera decir que hace un año lo planteé y lo vuelve a plantear hoy, los líderes indígenas deben de replantearse la agenda indígena, deben de buscar su norte para lo que verdaderamente queremos, que sea correspondiente a nuestra identidad, de lo contrario siempre vamos a tener proyectos; hagan conciencia en ustedes mismos si hay algún proyecto hasta la fecha que no esté cargado de paternalismo o de proteccionismo hacia los pueblos indígenas, porque partimos de la idea equivocada de que los pueblos indígenas son pobrecitos, que son desvalidos, que son el sector vulnerable, honestamente puedo afirmar que los pueblos indígenas

no son todo eso, necesitan oportunidades en medio de un mundo socioeconómico y cultural y si se nos da, podemos demostrarlo así como lo he demostrado yo estando acá con ustedes y como lo he demostrado estando en la Corte Suprema de Justicia.

Licenciado Carmen María de Colmenares

Agradecemos al Magistrado Edgar Pacay Yalibat su intervención esta mañana, creo que con esto estamos listos para pasar al taller que coordinarán el licenciado Otto Marroquín y el licenciado Amílcar Pop. Dentro de la mecánica del taller está el análisis de dos sentencias, sin embargo, dado lo avanzado del tiempo nos vamos a circunscribir a responder a las tres primeras preguntas de la guía de trabajo únicamente y dejamos el análisis de las sentencias para las aportaciones propias de cada uno de los asistentes al taller.

TALLER: ELABORACIÓN DE PROPUESTAS PARA LA COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL SISTEMA JURÍDICO OFICIAL

Licenciada Carmen María de Colmenares

Por favor suplicamos a los relatores de la mesa número 6, número 7 y número 2, pasar al estrado. De acuerdo a la metodología seguida el día de ayer, no participaron dando sus conclusiones las mesas número 6 y 7, porque sólo eran 5 preguntas, hoy les hemos pedido al grupo 6 que responda a la primera pregunta y los demás grupos hacen comentarios a lo expuesto por ellos. Seguidamente al grupo 7 le pedimos que responda a la segunda pregunta, los demás miembros de los grupos hacen sus comentarios a la respuesta; a los integrantes del grupo 2 que por favor respondan a la tercera y los demás miembros de los grupos hacen sus comentarios. Va a dirigir el debate el licenciado Otto Marroquín.

1. ¿Es necesario legislar la coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial?

Grupo número 6

Relatora: Srita. Betzy Mireida Alvarado

El grupo consideró que se debe analizar la legislación existente, iniciando por la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 66, la Ley del Organismo Judicial en su artículo 3 y un análisis del Convenio 169, así como del Código Municipal. A partir de las normas existentes que permiten una ubicación del sistema jurídica indígena, se debe establecer la necesidad de legislar algunas otras normas ordinarias, especialmente en material civil, laboral, administrativa y familia, ya que en materia penal, en virtud de la libertad de prueba, se puede permitir ofrecer el peritaje cultural como una medida de urgencia para coordinar la legislación indígena con la legislación oficial.

Grupo 1

Del análisis coyuntural nacional se desprende que los pueblos indígenas estamos en un proceso de reconstrucción de ese tejido social que como secuela, refleja una fragmentación, un descabezamiento de los dirigentes indígenas, de las autoridades indígenas. Por lo tanto, eso ha permitido que la dinámica de los pueblos indígenas, así como de su sistema jurídico no esté en igualdad de condiciones con el sistema jurídico oficial, por lo tanto hablar de una ley de coordinación es muy prematuro, no es conveniente, no es viable de momento en todo

sentido el llevarlo a la práctica, dada a la interactividad de prevalencia del sistema prácticamente que domina el sistema jurídico oficial, no obstante que se esté hablando ya de pluralismo jurídico.

Grupo 2

No es necesario legislar la coordinación del derecho indígena sino solo fortalecer su reconocimiento, porque es un derecho que ya existe por sí con visión y principios propios.

Grupo 3

Consideramos que sí es necesario que se legisle pero esa legislación va orientada a establecer un instrumento marco, que contenga los siguientes elementos: la aceptación de la coexistencia de los dos sistemas, determinar sus mecanismos y funcionalidad a manera de que no exista un traslape en las resoluciones de conflictos, permitiendo el equilibro de la justicia que en última instancia es el producto de estos dos sistemas, es el que se viene a dañar; es necesario que este instrumento aunque ya sería materia de los legisladores, como mínimo contenga la definición de los sistemas como una ayuda a los operadores de justicia, que se identifiquen a las autoridades de ambos sistemas así a sus instituciones. Esto también debe dejar muy claro los siguientes principios: que no debe de existir subordinación entre un sistema y otro; que exista un respeto mutuo; y que exista la plena independencia de ambos sistemas.

Grupo 4

En cuanto a la coordinación que debiera de existir entre el derecho oficial y el derecho indígena, considera que la legislación que debiera de existir sería: primero, para efectos de definir a partir de qué momento se entra a conocer por cada problema jurídico, los problemas que suceden entre los miembros de cada comunidad, es decir, si tenemos un sistema oficial y tenemos un derecho indígena y los miembros de la comunidad o los sujetos procesales, son netamente indígenas entonces se debe definir quién debe conocer ese problema, o los propiamente indígenas o la autoridad estatal, entonces hay necesidad de legislar la coordinación entre ambos sistemas jurídicos pero exclusivamente para definir a partir de qué momento se entra a conocer. Segundo, para efectos de respetar la legitimación, la justificación y efectividad, en calidad de título ejecutivo de cada resolución de los sistemas jurídicos, es decir, si un problema ya fue abordado, conocido y resuelto por un sistema jurídico, hablemos de sistema jurídico indígena, se debe legislar la coordinación para efectos de reconocer que tiene un título ejecutivo y esa ejecución debe ser por la misma autoridad indígena si el problema fue resuelto por una autoridad indígena.

Con esto se pretende respetar la autonomía de la autoridad indígena, consecuentemente no habrá subordinación del sistema jurídico estatal y del sistema jurídico indígena, a la vez que se evitará la criminalización de la práctica de los elementos de la cultura indígena. Gracias.

Grupo 5

- Sí es necesario legislar la coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial, atendiendo a:
 - No implica subordinación o hegemonía de un sistema sobre el otro.
 - La existencia del derecho indígena es propio de los pueblos indígenas con sus principios, instituciones y procedimientos
 - El derecho indígena es ejercido por las propias autoridades

Grupo 7

- No es necesaria la coordinación sino una interacción entre los dos derechos la que debe quedar legislada.
- 2. De las medidas adoptadas en otros países para la coordinación entre ambos derechos, ¿cuáles serían las más apropiadas a aplicarse en el contexto guatemalteco?

Grupo 7

Relator: Licenciado Alfredo Cupil López

- Para responder esta pregunta hemos integrado las tres preguntas que contiene la guía, y resulta que en un primer momento se hizo la propuesta en el grupo de que no es preciso establecer una acción de coordinación entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico oficial, a efecto de que si bien la corriente de coordinación es la más difundida en Latinoamérica, especialmente por los antropólogos y que en Guatemala se habla de ello a partir de que llega la MINUGUA. Según lo explicara ayer la antropóloga Guisela Mayén, este seminario es precisamente para establecer esa coordinación, insistimos en que esto no es posible porque en una instancia de coordinación el que coordina manda y debe haber otros que ejecutan, y el sistema jurídico nacional no creemos que esté dispuesto a ser el ejecutor de lo que diga el sistema jurídico indígena. Entonces sucedería lo que se ha venido practicando, la subordinación del sistema jurídico indígena frente al sistema jurídico oficial, provocando con ello lo que se ha teorizado desde hace tres o cuatro años y se ha llamado "el cuplilicilio" es decir, que hay un sistema que extermina al otro y en este caso, los sistemas exterminados son los sistemas jurídicos indígenas frente a la forma en que se legisla desde el Congreso, la forma como se van a aplicar los sistemas cuasi indígenas, cuasi consuetudinarios, a partir por ejemplo de los centros de mediación y de los juzgados comunitarios que ayer dieron mucho que platicar.
- Siendo así, creemos que la mejor medida de interacción practicado en otros países es el caso de Colombia, porque allí si ustedes escucharon bien la exposición leída el día de ayer por quien conduce este Seminario, nos habla claramente que los jueces del sistema jurídico nacional colombiano se inhiben de conocer casos que ya conocen autoridades indígenas, eso es respetar la aplicabilidad del sistema jurídico indígena. Además, recuerden que si alguien que ha sido sentenciado a una pena comunitaria por las autoridades indígenas del lugar, sale

- de su territorio y se va a otra región de la misma Colombia, la Policía Nacional contribuye para regresarlo a su territorio, ese es un buen ejemplo de aplicabilidad en Guatemala.
- Redondeamos la idea, para que exista esa interacción jurídica deben haber cuatro elementos importantes: el primero de ellos es precisamente que haya una reciprocidad entre los dos sistemas, en el sentido de que los juzgadores del sistema jurídico nacional respeten las instituciones, las autoridades, las normas y los procedimientos del sistema jurídico indígena; el segundo aspecto a tomar en cuenta en esa interacción es respetar y velar porque se cumpla el debido proceso del sistema jurídico indígena, ajeno al sistema jurídico nacional porque son dos debidos procesos aunque sean distintos; tercero, por lo tanto en el marco del Estado nacional, en este caso Guatemala, es necesario que como parte de este Estado, éste ejerza determinado control a través de instancias como la Procuraduría de los Derechos Humanos, para velar porque ese debido proceso y las normas indígenas no contravengan lo dispuesto en materia de derechos indígenas reconocidos internacionalmente y, en la medida de lo posible se cumpla con el Estado de Derecho de Guatemala y el Estado de Derecho Internacional en no tergiversar la legislación adoptada.
- El cuarto aspecto importante para esa interacción, es reconocer la jurisdicción del derecho indígena o del sistema jurídico indígena y no tanto la competencia porque eso es materia interna. Asimismo, para efectos de que esa interacción sea efectiva en los casos en que no hay cumplimiento de parte de quienes han sido sentenciados en el sistema indígena, debe procurarse una homologación para efectos de conocer y respetar lo actuado y sentenciado por las autoridades indígenas.
- En tanto se recomienda que, para esa interacción jurídica debe haber un breve manual de procedimientos y un catálogo de derechos indígenas legítimo, es decir con orientación, para conocer cómo se actúa en las comunidades y que ese breve catálogo incluya los derechos indígenas tutelados legalmente que son distintos a los que legítimamente practican las autoridades indígenas. Tuteladas legalmente están tanto en las leyes nacionales como en los convenios internacionales. Muchas gracias.

Grupo 1

A pesar de lo que escuchamos acá de Alfredo Cupil, el inhibirse de conocer también ha propiciado a los países, en tal caso de Colombia, la práctica de los peritajes culturales, sociológicos, antropológicos y lingüísticos y es necesario para que el juzgador tenga nociones y conocimiento de los valores culturales, porque de la tipificación de un delito dentro del marco oficial, pudiera tener una connotación distinta, puesto que hay elementos culturales dentro de la comunidad que no es visible para el sistema oficial; en cuanto al cuestionamiento número 3, sobre las otras medidas para alcanzar la coordinación entre ambos derechos, no obstante los esfuerzos institucionalizados del tema indígena, tales como defensorías indígenas, fiscalías indígenas, sección o comisión de asuntos indígenas y de multiculturalidad, creemos que debe ser transversal el tema indígena, debe adoptarse, acoplarse las leyes y el encausamiento de esas leyes a través de los operadores de justicia.

Hacíamos referencia por ejemplo a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada aproximadamente hace 20 ó 21 años y llega al plano de la discusión nacional aproximadamente en los últimos 3 años. Ahora la ley Marco de los Acuerdos de Paz nos permite impulsar, fortalecer el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, así como también la apropiación de lo que establece el Convenio 169; aunque no recoge todas las aspiraciones de los pueblos indígenas, las demandas en el Cies creemos que es un avance mínimo. Por otro lado, también hablamos del fortalecimiento de esos esfuerzos que se están realizando en las estructura del Estado, tales como el Organismo Judicial, la Defensa Pública Penal, el Ministerio Público y otras instancias. Trabajó en la conducción del grupo como coordinador Marco Vinicio Salazar, secretaria Blanca Aracely Hernández y su servidor Víctor Lem.

Grupo 2

No es necesario adoptar medidas de otros países porque cada país tiene sus propias formas de regir su derecho, pero es necesario crear conciencia nacional de respetar la identidad propia del indígena guatemalteco para fortalecer la vigencia del derecho internacional.

Grupo 3

Sobre las medidas adoptadas en otros países, la verdad es que si nos vamos a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, que consideramos es la postura de lo que hizo el país de Colombia al establecer un mínimo de garantías, ésta encuentra su asidero en lo que se hablaba reiteradamente el día de ayer por uno de los asistentes. En el artículo 3 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT dice que no deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio. Consideramos entonces que con relación a adoptar una medida, ésta debe establecer un mínimo para que realmente no haya un problema de si se violó o no se violó un derecho humano o garantía individual o procesal, y coincidimos con lo que ya señaló en grupo, que exista realmente el principio y el respeto al debido proceso porque eso es lo que ha dado mucho dolor de cabeza a muchas autoridades y yo lo he apreciado en distintos lugares de Santa Eulalia, Huehuetenango y actualmente en Totonicapán, allí me he dado cuenta de este problema.

Grupo 4

Que exista autonomía de la autoridad indígena para conocer sus propios casos con el fin de que exista libertad de acceso a la justicia según el convenio 169 de la OIT que indica que el propio Estado respete la jurisdiccionalidad de los indígenas.

Grupo 5

Hay muchas experiencias que pueden fortalecer nuestro sistema jurídico, por ejemplo los cantones suizos, las comarcas españolas (declaraciones autonómicas), las reservas indígenas que se autogobiernan, las comarcas indígenas de Panamá.

Grupo 6

Es necesaria la implementación de la jurisdicción indígena como el caso de Colombia, por lo que debe reformarse la Constitución Política de la República en el sentido de implementar las judicaturas indígenas y a partir de ahí respetar las competencias de cada derecho. También se debe dar la autonomía indígena y con ello se daría un verdadero pluralismo jurídico reconociendo que en un solo Estado existen dos sistemas jurídicos distintos.

3. ¿Qué otras medidas recomienda el grupo para alcanzar la coordinación entre ambos derechos?

Grupo 2

Relator: Licenciado Casimiro Efraín Hernández

- Estrató de consensuar algunos criterios y los vamos a someter a la consideración de ustedes. Dice promocionar y fomentar desde la educación primaria el respeto y vigencia del derecho indígena guatemalteco, fortaleciéndolo desde esa etapa e incluso hasta nivel universitario. ¿Qué se pretende con esto?, porque de alguna manera el desconocimiento es obvio, nosotros mismos que hemos tratado de involucrarnos dentro del sistema desconocemos mucho en este aspecto, entonces se pretende que desde el inicio, el niño vaya empezando a conocerlo y que eso ayude a que vaya proyectándose para toda la sociedad. Asimismo que el Estado asuma su obligación y a través de sus instituciones trate de contribuir a la promoción, fomento y fortalecimiento del derecho indígena guatemalteco en talleres o foros como el presente, exigiendo tal vez una mayor participación de las instituciones que estamos involucradas en el medio.
- Que cuando lleguen casos ante los operadores de justicia o ante las instancias estatales donde se presuma que hay intereses indígenas de por medio, se acuda al peritaje cultural como una forma más equitativa de resolver con justicia el litigio sometido a las autoridades oficiales. Finalmente, es importante que a nivel institucional y esta es una coordinación directa, y cuando hablamos institucionalmente se refiere a entidades como la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio Público, la Defensa Pública, la Policía Nacional Civil y otros actores que intervengan en la administración de justicia estatal y como corolario a todo esto, recordemos que al final de cuentas lo que se pretende es un punto de equilibrio entre el derecho indígena y el derecho estatal, cuyo fin último de ambos sistemas es que la justicia debe prevalecer al final del camino.

Grupo 1

Sensibilizar a los operadores de justicia y fortalecer los esfuerzos que se están realizando a efecto de propiciar el conocimiento de las leyes que se relacionan con el Derecho Maya como el Convenio 169 de la OIT, la ley marco de los Acuerdos de Paz y la Ley de Idiomas Nacionales.

Grupo 3

Aquí se habló bastante y estuvo un poco dividido el asunto, se hablaba que si era necesario que se diera adiestramiento a ambos grupos, unos decían; si estamos en el derecho estatal no tenemos por qué conocer, pero se llegó a la conclusión de que es necesario que como acerbo intelectual a los que operamos dentro del sistema estatal, sí debemos conocer qué es lo que hace el otro sistema y que de igual manera, los del sistema indígena sepan qué es lo que hace el sistema estatal. Lo siguiente es la identificación plena de las autoridades indígenas en cada región, que existan ciertos acuerdos, yo ponía de ejemplo el acuerdo que se estableció entre el Ministerio de Gobernación y el Ministerio Público y que después nos convocó, nos presentamos con todos los Comisarios y se nos dijo: señores Fiscales conozca a su Comisario, regrésense a su departamento y coordine usted el trabajo de acuerdo a las condiciones socioeconómicas y socioculturales de su departamento. Creo que esto debe darse dentro del otro sistema, que existan ciertos acuerdos y que las autoridades que estamos en lo judicial en el Ministerio Público debemos emular esto y coordinar con las autoridades, se hablaba de que sería una cantidad de acuerdos, pero definitivamente esto ya es una tarea, es un valor agregado a nuestra función. De igual manera, utilizar lo que es la publicidad televisiva, escrita y radial bilingüe de acuerdo a cada región y de igual manera talleres, simposios, congresos, como éste que enriquece nuestra formación, y me trajo a memoria la antropóloga Guisela Mayén, que hay un libro por allí sobre que hay muchos estudios sociológicos, antropológicos, pero no hay estudios de juristas con relación a los dos sistemas y que definitivamente, la ciencia del derecho tiene que enriquecerse con estos planteamientos de juristas, salida del sector indígena y del sector ladino. Muchas gracias.

Grupo 4

Respetar la Ley del Organismo Judicial que no sean solo los tribunales existentes los que apliquen justicia sino también la autoridad indígena.

Grupo 5

- Nosotros hicimos y coincidimos con el grupo que nos antecedió, creemos que dentro de otras acciones que se pueden hacer para realmente avanzar en el tema de la coordinación, nosotros invitamos a que haya más reflexión al respecto, porque independientemente del concepto semántico que hay acerca de coordinación, interacción, complementariedad, homogenización, lo que para nosotros debe quedar claro es que sea cual sea ese concepto, no implica subordinación de un derecho sobre el otro, el reconocimiento de la existencia de ese sistema como tal con sus sistemas de autoridades, sus normas, sus instituciones, sus procedimientos propios y que este ejercicio, ese derecho sea ejercido por las autoridades propias de los pueblos indígenas. Eso debe de quedar claro independientemente del concepto que se vaya a manejar al respecto.

educativos, por ejemplo, hoy nuestro modelo educativo nacional es un modelo de conocimientos, somos un banco de datos y realmente se promueve poco el análisis, la reflexión, el pensamiento crítico, acerca del por qué ocurren las cosas, entonces creemos que debe de cambiarse, revisarse el sistema por un modelo educativo por competencias y habilidades, educar para qué, educar para la vida, educar para el trabajo, educar para que realmente lo que se haga se imparta en el conocimiento sistemático, académico y corresponda a esa realidad cotidiana de la sociedad guatemalteca.

- Entonces, creemos que eso es fundamental para entender el carácter diverso de la sociedad guatemalteca. Esto también implica revisar la currícula educativas a todos los niveles, porque realmente, como algunos compañeros allí en el grupo decían, todavía seguimos enseñando los viajes de Cristóbal Colón en la historia, como los únicos acontecimientos válidos del descubrimiento de América, entonces promover también el análisis crítico acerca de esos datos históricos, para que realmente lo histórico nos sirva como una herramienta de trabajo, una herramienta de vida para entender el por qué de las cosas en el presente. Creemos que en ese sentido también es importante aplicar acciones afirmativas desde las universidades especialmente, para que los indígenas que se encuentran en desventaja, puedan ser formados para que efectivamente haya profesionales indígenas en cada una de las regiones lingüísticas y se pueda prestar el servicio con pertinencia cultural.
- También consideramos en el grupo que es importante la actualización de los profesionales del derecho, entendiendo esto, como dijera el licenciado Pacay, que el derecho es una ciencia del derecho, no es nada estático, es dinámico, es cambiante y depende mucho de los acontecimientos sociales, creemos también que es necesario que haya un sistema de cuotas de participación de funcionarios en cargos de función pública, de indígenas en la Corte Suprema de Justicia, hoy por hoy tenemos solamente el logro de la integración de una comisión y de un representante de pueblos indígenas en la Corte Suprema de Justicia, integrada por 13 Magistrados, se ve una clara desventaja y eso no corresponde a la cantidad de población maya hablante e indígena en Guatemala.
- Creemos que es necesario una política de recursos humanos institucionales en todas las instituciones del sector justicia, con enfoque intercultural. Eso nos obliga en el grupo a considerar, por ejemplo, lo que ocurre en Huehuetenango, es increíble que una persona indígena que habla más de un idioma maya, esté siendo prácticamente echada a la calle solamente por el nombramiento a dedo, de una persona que viene de otro lugar, eso debe invitar a la reflexión acerca del cumplimiento de la Ley del Servicio Civil, de la ley de Carrera Judicial, de la Constitución Política de la República misma, para que efectivamente el servicio se haga brindándole solución a los conflictos de la gente. También opinamos que es conveniente crear un compendio de leyes en materia de pueblos indígenas y derechos humanos y esto, amarrado a la jurisprudencia que se ha venido creando para que no solamente sea una recopilación de leyes, sino que sirva como lecciones aprendidas que nos dejen

herramientas útiles de trabajo en las diversas fases del procedimiento penal, por decir alguna cosa.

Creemos que es necesario continuar con las campañas y programas de capacitación, sensibilización y formación, pero no dejarlos únicamente allí, es necesario monitorear la aplicación del conocimiento en el servicio para saber, porque la verdad es que eventos como este realmente tienen su costo económico, entonces no es correcto que la inversión que se haga con los fondos que sean, sean únicamente desperdiciados. Creemos también que es necesario continuar el fortalecimiento de los pueblos indígenas en su rol de autoridad, libre de la sociedad civil en general y que es necesario que se cumpla la legislación vigente en materia de discriminación racial, evitar que en nuestros centros de trabajo se discrimine a personas que comparecen en condiciones disminuidas y especialmente indígenas, a quienes se les da un trato disminuido en las instituciones del Estado.

Grupo 6

Es necesaria la promoción de más cursos de capacitación en peritajes culturales, especialmente en áreas con altos porcentajes indígenas. Además la concienciación tanto a operadores de justicia como abogados litigantes. Tanto los operadores de justicia como líderes comunitarios deben consensuar ambos sistemas evitando los excesos, la arbitrariedad y los abusos. Coordinar la homologación de resoluciones comunitarias en el sistema oficial o viceversa.

Grupo 7

Determinar la jurisdicción y realizar un manual de procedimientos dependiendo de la comunidad, solicitando que se le de seguimiento a este tema tocándose aspectos civiles y penales.

Licenciado Otto Marroquín

Habiendo cumplido con la exposición de cada uno de los relatores de los grupos en los que encontramos diversidad de opiniones muy importantes, algunas contrapuestas a otras, pero en eso realmente radica la riqueza de este evento.

CLAUSURA

Señora Antonia Buch Pen Vicepresidenta de la Junta Directiva de la Defensoría Maya

Buenas tardes a todas y todos, operadores de justicia. En primer lugar lamentamos mucho que no tuvimos una exposición de una persona indígena que nos haya explicado un caso detalladamente resuelto en el sistema de justicia maya. Eso es lo que hizo falta. En segundo lugar, todavía vemos la falta de presencia de varios indígenas, autoridades de las comunidades en este tipo de eventos, pero bueno, finalmente les digo que seguramente muchos de los que están aquí estarán de acuerdo conmigo y otros no, sobre el caso discutido el día de ayer, concretamente, ese caso muy bien se hubiera llevado en el sistema de justicia indígena.

Ayer hubo mucha discusión, interpretación, citaban artículos, la ley en Guatemala así es. Por otro lado, también debemos de profundizar el diálogo entre las dos partes, los indígenas y los no indígenas, el sistema de justicia oficial para nosotros sí tiene grandes debilidades, por otro lado el sistema de justicia maya también tiene grandes debilidades, ha sido golpeado por el tiempo de guerra que se vivió en Guatemala. La invasión también influyó bastante, la existencia de los indígenas en Guatemala; debemos de recordar o conocer que existen hace más de 5,000 años; para hablar también sobre la participación de la mujer indígena hace falta investigar.

La Defensoría Maya con su práctica y experiencia, trajo a la mesa de discusión un documento sobre Nociones del Derecho Maya, primer documento en discusión, sin embargo, en ese documento hay que fortalecer desde el punto de vista actual y también desde el punto de vista de cómo ven los operadores de justicia las nociones de derecho maya También, en cuanto la pregunta que nosotros nos hacemos como indígenas, sobre cuándo van a haber jueces bilingües pero no español al k'iche', kaqchikel y otros idiomas de la región. También los temas fueron discutidos precisamente solo en lo penal, mis respetos para la organización que coordinó esas actividades, pero sí hace falta una discusión sobre cuestiones laborales, civiles, de familia, porque también allí se aplica el sistema de justicia maya.

Por otro lado, también estamos conscientes en decir que necesitamos fortalecer el sistema de justicia oficial y fortalecer el sistema de justicia indígena, éste último ha sido bastante golpeado, por lo tanto necesita su fortalecimiento, si bien es cierto que hoy en día no se puede hablar de una coordinación por escrito, porque el sistema de justicia maya no está escrito, cada comunidad

tiene su dinámica y tiene procesos, tiene procedimientos de cómo resolver un caso y si ahorita hablamos de un manual que recoja un poco de cada cosa, éste también es un punto de análisis. También creemos que precisamente deberíamos de empezar por utilizar términos como derecho maya y derechos de los pueblos indígenas, que muy bien se utilizaron durante dos días, pero hay algo que todavía no se menciona, lenguas y étnico; sabemos que en Guatemala no existimos grupitos, sabemos que en Guatemala existen pueblos, sabemos que en Guatemala ya están reconocidos precisamente los idiomas mayas, no son lenguas, entonces son términos que les encargamos bastante ir cambiando en nuestra forma de decir las cosas, porque solo así la gente indígena se va a sentir satisfecha y también va a sentir que sí va a haber una confianza.

Finalmente termino porque de hecho estoy quitando precisamente derechos de otra persona que va a intervenir. Me quedo con decirles que hace falta discusión sobre educación, salud, medio ambiente, la economía de la situación de los pueblos indígenas. Otros temas que seguramente van a salir de los tipos de discusiones como aquí se hizo durante dos días. Voy al punto principal entonces, al agradecimiento precisamente de los ponentes, al doctor Juan Carlos Martínez de México, gracias por compartir su experiencia y el venir hasta aquí. Por otro lado, también agradecemos a nombre de ASIES al licenciado Otto Marroquín que también nos compartió sus experiencias y maneja quizá no el 100% pero sí una parte importante del tema indígena. Por otro lado, agradecemos al licenciado Amílcar Pop, quien se hizo presente, aunque no tuvo la oportunidad de exponer por el tiempo que ha se le había pasado, pero sin embargo está acá para la discusión del tema indígena, a la doctora Guisela Mayén que también es experta sobre el tema indígena.

Damos por clausurado esta actividad de dos días, esperamos poner en la práctica lo que aquí se habló y no hacer más documentos de investigación. Gracias.

A nombre de la Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya Oxlajup Haj Pop, que son autoridades mayas legítimamente reconocidas en las comunidades, quiero entregar a ASIES, un ejemplar de este libro que se titula "Del monismo al pluralismo jurídico", la parte teórica y la parte filosófica ha sido escrito por un servidor, pero la propuesta que está contenida en la parte final de ello, es una propuesta de consenso entre sacerdotes mayas del área k'iche' y del área mam. Aquí es donde se propone la interacción jurídica aceptada por el grupo 7, está debidamente fundamentada y por eso hacemos entrega de este ejemplar a ASIES con toda cariño.

Doctor Rudolf Huber

Bueno, déjenme en primer lugar agradecer a todos los ponentes, a todos ustedes por participar en el quehacer de este seminario. Para mí fue muy instructivo, muy ilustrativo y he aprendido muchísimo aunque todavía solo entiendo una pequeña parte de todo esto de la plurietnicidad y la juridicidad también que conlleva este problema, pero creo que hoy he entendido que hace falta un diálogo intercultural entre iguales, entre los dos sistemas para ver de qué forma se

puede acercar, coordinar, interrelacionar o de qué forma deciden al final hacerlo, pero siempre dejando existir a los dos sistemas para que se imparta la justicia justa para todo el pueblo guatemalteco.

En ese sentido, les agradezco a todos por toda su participación, hago entrega simbólica como ha dicho la licenciada Carmen María de Colmenares, de un diploma de asistencia el licenciado Erwin Recinos. El diploma dice: "Se extiende el presente diploma de asistencia al licenciado Erwin Recinos por su participación en el Seminario sobre coordinación entre el derecho indígena y el sistema jurídico oficial, impartido en la ciudad de Quetzaltenango, los días 31 de marzo y 1 de abril de 2006".

PARTICIPANTES

Los participantes se integraron en grupos de trabajo para los dos talleres del Seminario sobre Coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial.

GRUPO 1

Lic. Marco Vinicio Salazar Gordillo Agente Fiscal del Ministerio Público, Quetzaltenango Lic. Alejandro de Jesús Nowell Maldonado Juez de Paz de Olintepeque, Quetzaltenango Lic. Blanca Araceli Hernández Defensora Pública del IDPP, Coatepeque Lic. Edwin Edmundo Domínguez Rodas Juez de Primer Instancia de Trabajo y Familia, Huehuetenango Lic. Gustavo Adolfo Morales Sandoval Defensor Público del IDPP, San Marcos Lic. José Orlando Chaclán Tacám Asociación de Abogados Mayas Lic. Juan Zapeta López Alcaldía Indígena, Santa Cruz El Quiché Lic. Sergio Antonio Aguilar Martínez Magistrado de la Sala de Apelaciones de Sacatepéquez Lic. Víctor Vicente Lem Defensor Público del IDPP, Guatemala Licda. María Eugenia Villaseñor Velarde Magistrada Presidenta de la Sala V de la Corte de

Apelaciones, Quetzaltenango
Licda. Ana Patricia Secaida
Sr. Oscar Adán Espinoza
Subcomisario, Policía Nacional Civil

Lic. Gabriel Victoriano Vásquez Cluj Auxiliar Fiscal del Ministerio Público, Sololá

GRUPO 2

Lic. Casimiro Efraín Hernández Agente Fiscal del Ministerio Público, El Quiché Lic. José Luis Samayoa Palacios Unidad de Capacitación del Organismo Judicial Lic. Juan Ixchop Us Defensa Legal Indígena, El Quiché Lic. Julio Efrén Escobar García Juez de Primera Instancia de Trabajo y Familia de El Quiché Auxiliar Fiscal del Ministerio Público Distrital de Lic. Manuel Cuc Quim Quetzaltenango Lic. Orlando de Paz Cabrera Defensor Público del IDPP, Guatemala Defensor Público del IDPP, Totonicapán Lic. Pedro Edín Ixquiac Sum

^{*} IDPP Instituto de la Defensa Pública Penal.

Licda. Zully Cantoral de Arango Magistrada Presidenta de la Sala IV de la Corte de

> Apelaciones de Quetzaltenango Subinspector Policía Nacional Civil

Sr. Rito Humberto Tobar Urizar Lic. Abner Natanael Martínez Mendoza

Juez de Primera Instancia de Trabajo y Previsión Social Familia y Económico Coactivo de San

Marcos

Lic. Roberto Hernán Rivas Alvarado Juez de Primera Instancia Penal de Narcoactividad

y Delitos Contra el Ambiente de Totonicapán

Lic. Alberto Benito Uz Defensor Público del IDPP, Retalhuleu

GRUPO 3

Lic. Edwin Eduardo Rosales Parada Fiscal de Distrito del Ministerio Público,

Totonicapán

Lic. Mynor Saturnino Pérez Matzar Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de El Quiché

Lic. Carlos Calderón Paz

Defensor Público del IDPP, Quetzaltenango Lic. Pio Alberto Ucles González Magistrado Presidente de la Sala de la Corte de

Apelaciones de Trabajo y Previsión Social

de Suchitepéquez

Lic. Reyes Eleazar Ochoa Solís Juez Vocal del Tribunal de Sentencia Penal de

Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente,

Jueza de Primera Instancia Penal de

Huehuetenango

Licda. Silvia Consuelo Ruiz Cajas

Quetzaltenango

Licda. Elvira Eugenia Enríquez Carrillo Jueza de Primera Instancia Civil y Económico

Coactivo de Retalhuleu

Licda. Ingrid Ileana Robles Barrios

Lic. Alfonso Guárquez

Licda. Sandra Elizabeth Zayas Gil

Jueza de Paz, La Esperanza, Quetzaltenango

Defensa Legal Indígena, Sololá

Subdirectora de Prevención del Delito, de la

Alcaldía Indígena de Santa Cruz del Quiché

Policía Nacional Civil

Licda. Zoila López de la Rosa

Licda. Mara Elena León Hernández

Jueza de Primera Instancia Civil de San Marcos

GRUPO 4

Lic. Selvyn Boris Méndez Ríos Agente Fiscal del Ministerio Público de Sololá

Lic. Santiago Ortíz Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de

Huehuetenango

Defensor Público del IDPP de Retalhuleu Lic. Manuel de Jesús Vicente González

Lic. Josué Daniel Sandoval Villatoro Juez de Primera Instancia de Ixcán, El Quiché Lic. Manuel Arturo Estrada Gracias Juez de Primera Instancia de Trabajo, Previsión

Social y Familia de Sololá

Lic. Aroldo González Cos Mediador de la Unidad de Resolución de Conflictos

de Quetzaltenango

Lic. Estuardo Efraín Morán Blanco Juez de Paz de Salcajá, Quetzaltenango

Lic. Juan Andrés Bravo Defensoría Maya

Lic. Edwin Chipix Notz

Oficial I Policía Nacional Civil
Sr. Faustino Damián Pop Caal

Agente, Policía Nacional Civil

Lic. Asdrubal Ixcot Rojas Defensor Público del IDPP, Quetzaltenango

Asociación Waoib Aj

Lic. Byron Escobedo Menéndez Corte Suprema de Justicia

GRUPO 5

Lic. Augusto Taracena

Lic. Gabriel Victoriano Vásquez Chuj Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de Sololá

Lic. Diego Chac Cox Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de

Huehuetenango

Lic. Pedro Ixchiu García Coordinador de la Defensoría Indígena

Licda. Mayra Lourdes Ortega Letona Uneza de Primera Instancia Civil y Económico

Coactivo de Sololá

Defensa Legal Indígena

Agente, Policía Nacional Civil

Agente, Policía Nacional Civil

Agente, Policía Nacional Civil

Licda, Lidia Teresa Juárez Barato CENADOJ

Licda. Lola Marina Juan

Sr. Max Estuardo Delgado Reyes

Sr. Juan Carlos Tellez Sr. Edwin Raúl Cholotio Pur

Lic. Jorge Lemus Chávez Investigador de la Universidad de San Carlos de

Guatemala

Lic. Raúl Urizar Defensoría Maya de San Lucas Sacatepéquez

Srita. Aura Marina Charchalac Ordoñez Jueza de Paz Civil de Totonicapán

GRUPO 6

Lic. Edwin Recinos Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de

Huehuetenango

Lic. Vicente Heriberto Méndez

Auxiliar Fiscal del Ministerio Público de

Huehuetenango

Licda. Lilian Magdalena Noriega Lucas Uneza de Primera Instancia de la Niñez y

Adolescencia de Quetzaltenango

Licda. Mirna Elizabeth García García Jueza de Primera Instancia Civil y Económico

Coactivo de Totonicapán

Licda. Bibiana Maldonado Contreras CENADOJ

Licda. Aída del Rosario Franco Cordón Coordinadora General de la Escuela de Estudios

Judiciales, Organismo Judicial

Licda. María Martina Castro Defensa Legal Indígena de Totonicapán

Sr. Sam Luis Maldonado Inspector, Policía Nacional Civil

Lic. Carlos García Bulux Centro Pluricultural para la Democracia,

Quetzaltenango

Srita. Betzy Mireida Alvarado Notificadora del Tribunal de Sentencia de

Totonicapán

Lic. Byron Josué De León Organismo Judicial

Lic. Raúl Castillo Aguilar Radio Comunitaria de Quetzaltenango

GRUPO 7

Licda. Damaris Nohemy Oliva Defensor Público del IDPP. Lic. Jorge Antonio Salguero Defensor Público del IDPP.

Lic. Mynor Gustavo Acabal Ixcoy Juez Primero de Paz de Quetzaltenango Lic. Gustavo Trinidad Godínez Taracena Juez Segundo de Paz de Quetzaltenango

Licda. Mayra Roxana Turcios Castro Jueza Tercera de Paz de Olintepeque,

Quetzaltenango

Sra. Antonia Buch Pen Vicepresidenta de la Defensoría Maya

Lic. Ricardo Sulugüí Defensoría Maya Sra. Julia Trautsch Estudiante de Derecho

Lic. Juan Gabriel Ixcamparij Nolasco Coordinador Ejecutivo del Centro Pluricultural

para la Democracia

Lic. Alfredo Cupil Centro de Estudios de la Cultura Maya

Lic. José Raymundo Cedillo Fundación Maya Quiché

Lic. Enrique Girón Abogado litigante